DIE BESKERMING VAN KINDERREGTE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG IN DIE LIG VAN DIE KINDERWET 38 VAN 2005

deur

CHARMAINE CELLIERS

'n mini-verhandeling voorgelê luidens die vereistes vir gedeeltelike voldoening aan die graad

MAGISTER LEGUM

by die

UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA

STUDIELEIER: PROF. JM KRUGER

SEPTEMBER 2012

VERKLARING

Ek verklaar dat my mini-verhandeling met titel **DIE BESKERMING VAN KINDERREGTE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG IN DIE LIG VAN DIE KINDERWET 38 VAN 2005** my eie werk is en dat al die bronne wat ek gebruik het of uit aangehaal het, as sodanig aangetoon is en erkenning aan gegee is by wyse van volledige verwysing.

....

C CELLIERS **DATUM**

Studentenommer: 30206375

UITTREKSEL

Suid-Afrika het ‘n ver pad gekom sedert die 16de eeu in die erkenning en ontwikkeling van kinderregte. Kinderregte word vandag ten volle erken in die Grondwet, wat die hoogste gesag in die land is. Hierdie studie het ten doel om die beskerming van kinderregte in die Suid-Afrikaanse Reg te ondersoek, met verwysing na die rol wat internasionale reg, soos die *United Nations Convention on the Rights of the Child* (“die Konvensie”) en die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* 1990 (“Afrika Handves”) in die ontwikkeling van kinderregte gespeel het. Spesifieke voorskrifte ingevolge waarvan die regte van kinders beskerm word is ondersoek,insluitend artikel 28 van die Grondwet en sekere bepalings van die Kinderwet. Weens die beperkte omvang van hierdie verhandeling, is sekere afgebakende voorbeelde uit die Kinderwet ondersoek met spesifieke verwysing na kinders se regte en tradisionele waardes soos manlike besnydenis, vroulike besnydenis en maagdelikheidstoetse. Daar is gekyk of die praktiese probleme op regeringsvlak, byvoorbeeld die voorsiening en befondsing van maatskaplike dienste, die implementering van die bepalings van die Kinderwet vertraag. Skrywer kom tot die slotsom dat die bepalings van die Kinderwet alleenlik nie voldoende is om effektiewe beskerming aan sekere groepe kinders te verleen nie en hierdie probleme lei daartoe dat kinderregte nie behoorlik gerealiseer en geïmplementeer word nie, en dat daar nie ‘n behoorlike balans tussen die regte en verantwoordelikhede van die kind, die ouers en die staat bereik word nie. Moontlike oplossings vir die probleem en tekortkominge in die uitvoering van die Kinderwet word voorgestel in die slot hoofstuk.

ABSTRACT

South Africa has come a long way since the 16th century in the recognition and development of children's rights. Children's rights are now fully recognized in the Constitution, the supreme authority in the country. This study aims to investigate the protection of children's rights in South African law, with reference to the role of international law, such as the United Nations Convention on the Rights of the Child and the African Charter on the rights and Welfare of the child 1990, in the development of children's rights. Specific provisions under which the rights of children protected is examined, including Section 28 of the Constitution and certain provisions of the Children’s Act. Due to the limited scope of this paper, some designated examples from the Children’s Act are examined with particular reference to children's rights and traditional values such as male circumcision, female circumcision and virginity testing. It is looked at if whether the practical problems experienced on government level, the provision and funding of social services delay the implementation of the provisions of the Children's Act .Author comes to the conclusion that the provisions of the Children alone is not sufficient to ensure effective protection of the rights of certain groups of children and that these problems led to children's rights not properly realized and implemented, and that a proper balance between the rights and responsibilities of the child, the parents and the state is not reached. In the concluding chapter possible solutions to the problems and shortcomings in the implementation of the Children’s Act is suggested.

SLEUTELBEGRIPPE

Kinderregte ,grondwetlike beskerming van kinderregte, grondwetlike regte, maagdelikheidstoetse, besnydenis en inisiasie, globalisering van kinderregte, beskerming van kinderregte in die Internasionale Reg, staatsingryping, die beste belang van die kind-maatstaf, die kind wat sorg en beskerming nodig het, rol van die staat in implementering van kinderregte

KEY-TERMS

Children's rights, constitutional protection of children’s rights, constitutional rights, virginity testing, circumcision and initiation, globalization of children’s rights, protection of children’s rights in international law, state intervention, the best interests of the child standard, children in need of care and protection, role of government in implementing children’s rights

INHOUDSOPGAWE

HOOFSTUK 1:
INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

1 INLEIDING 1

2 PROBLEEMSTELLING 5

3 DOELSTELLING 7

4 NAVORSINGSMETODE 8

HOOFSTUK 2:
DIE BELANG VAN INTERNASIONALE REG VIR DIE BESKERMING VAN KINDERREGTE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

1 INLEIDING 9

2 DIE *UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD* 10

2.1 Agtergrond 10
2.2 Die regte wat beskerm word in die Konvensie 11
2.3 Leidende beginsels 12
2.4 Die status van die Konvensie in die Suid-Afrikaanse Reg 13

3 DIE *AFRICAN CHARTER ON THE RIGHTS AND WELFARE OF THE CHILD* 14

3.1 Agtergrond 14
3.2 Die regte wat beskerm word 15
3.3 Die rol van die Afrika Handves in Suid-Afrika 17

4 DIE GEBRUIK VAN INTERNASIONALE REG IN DIE BESKERMING VAN KINDERREGTE IN SUID-AFRIKA 19

5 SAMEVATTING 20

HOOFSTUK 3:

DIE BESKERMING VAN KINDERREGTE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

1 INLEIDING 21

2 'N KORT OORSIG OOR DIE ONTWIKKELING VAN KINDERSORGBESKERMING VOOR DIE 1990'S 21

2.1 Die voor-koloniale tydperk 21
2.2 Die koloniale tydperk 22
2.3 Die Uniejare 23
2.4 Die apartheidsera 24
2.5 Die konstitusionele era 25

3 KINDERS SE GRONDWETLIKE REGTE 26

3.1 Beskerming en outonomie 26
3.2 Die algemene toepassing van die Menseregtehandves op kinders 27
3.3 Artikel 28 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 31

3.3.1 Algemeen 31
3.3.2 Spesifieke voorskrifte 34
(a) Die reg op 'n naam en nasionaliteit 35
(b) Die reg op gesinsorg, ouerlike sorg of alternatiewe sorg en die reg op voeding, skuiling, gesondheidsorg en maatskaplike dienste 35
(c) Die reg om beskerm te word teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering 37
(d) Kinderarbeid 37

(e) Die regte van kinders in aanhouding 38
(f) Die reg op regsverteenwoordiging 38
(g) Die beste belang van die kind is altyd van oorheersende belang 39

3.4 Die Kinderwet 38 van 2005 41

3.4.1 Oorsig 41

3.5 Die rol van die staat in die implementering van kinderregte 44

3.6 Samevatting 47

HOOFSTUK 4:
KINDERS SE REGTE EN TRADISIONELE WAARDES: SPESIFIEKE VOORBEELDE

1 INLEIDING 50
2 DIE BESTE BELANG VAN DIE KIND EN DIE GEWOONTEREG 51
2.1 Inleiding 51
2.2 Die posisie van gewoontereg onder die Grondwet 52
2.3 Die beginsel van die beste belang van die kind en die gewoontereg 54

3 DIE KINDERWET 38 VAN 2005 EN DIE GEWOONTEREG 55
3.1 Inleiding 55
3.2 Die beginsel van die beste belang van die kind in terme van artikels 7 en 9 van die Kinderwet 56
3.3 Beskerming teen maatskaplike, kulturele en godsdienstige praktyke wat nadelig vir die algemene welsyn van die kind is 57
3.3.1 Inleiding 57
3.3.2 Manlike besnydenis 60
3.3.3 Vroulike besnydenis 63
3.3.4 Maagdelikheidstoetse 65

4 SAMEVATTING 68

HOOFSTUK 5:
SLOT

1 SAMEVATTING 71

2 GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS 74

BIBLIOGRAFIE EN METODE VAN VERWYSING

1 LITERATUUR

2 WETGEWING EN REGULASIES

3 REGSKOMMISSIEVERSLAE

4 INTERNASIONALE INSTRUMENTE

5 INTERNETBRONNE

6 LYS VAN HOFSAKE

7 AFKORTINGS

HOOFSTUK 1

INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

1 INLEIDING

Suid-Afrika het oor die afgelope dekade enorme veranderinge op politieke en maatskaplike vlakke ervaar. Daar is toenemende erkenning van die belangrikheid van die waarde van die fundamentele regte van kinders, soos vervat in die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996,[1] die Kinderwet[2] en internasionale instrumente soos die *United Nations Convention on the Rights of the Child*, 1989 (hierna "die Konvensie")[3] en die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* 1990 (hierna "die Afrika Handves").[4]

Ingevolge die bepalings van die Grondwet is die kind se beste belang van oorheersende belang in elke aangeleentheid wat die kind raak.[5] 'n Hof moet voorts die waardes wat onderliggend is aan die bevordering van 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid bevorder by die uitleg van die Menseregtehandves. In die proses van sodanige uitleg moet die hof internasionale reg in ag neem.[6] Gevolglik moet die howe ook kinderregte, soos beskerm in artikel 28, asook die res van die Menseregtehandves, uitlê in samehang met die bepalings van die Konvensie en die Afrika Handves. Artikel 28, alombekend as die kinderklousule, verleen spesiale beskerming aan kinders onder die ouderdom van 18 jaar.[7] Daarin word 'n reeks regte uiteengesit wat voorsiening maak vir die beskerming van kinders,

1 Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna "die Grondwet").
2 *Children's Act* 38 van 2005 (hierna "Kinderwet"), soos gewysig deur die *Children's Amendment Act* 41 van 2007. Die wet is nie in Afrikaans gepromulgeer nie.
3 Ratifikasie deur Suid-Afrika het op 16 Junie 1995 plaasgevind. Die Konvensie verleen slegs spesiale beskerming aan kinders onder die ouderdom van 18 jaar.
4 Die Afrika Handves is deur Suid-Afrika geratifiseer op 7 Januarie 2000.
5 A 28(2).
6 A 39(1)(a).
7 A 28(3) beperk die toepassing van a 28 tot persone onder die ouderdom van 18 jaar.

wat addisioneel is tot die beskerming wat die res van die Menseregtehandves bied. Afgesien van ‘n paar spesifieke beperkinge wat op die fundamentele regte van kinders geplaas word as gevolg van hulle ouderdom (byvoorbeeld die reg om te stem wat beperk word tot volwassenes), geniet elke kind dieselfde beskerming ingevolge die Menseregtehandves as enige volwassene.[8]

Sedert die afskop van die konstitusionele demokrasie, kan die inwerkingtreding van die Kinderwet beskou word as die belangrikste ontwikkeling in die familie- en kinderreg oor die afgelope dekade. Die Kinderwet stel ‘n omvattende wet ter beskerming van kinders daar deur verskeie wette wat oor kinders handel, soos die Wet op Kindersorg 74 van 1983, die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972, die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987, die Wet op Voogdy 192 van 1993, en die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 te konsolideer, verbeter en vervang.

Die Kinderwet is daarop gerig om uitvoering te gee aan sekere regte van kinders, soos vervat in die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika,[9] om beginsels met betrekking tot die versorging en beskerming van kinders uiteen te sit, en om kinders onder andere te beskerm teen mishandeling, misbruik, verwaarlosing en uitbuiting. Verder is die Kinderwet daarop gerig om kinderhowe daar te stel wat toeganklik is, en voorsiening te maak vir die uitreiking van bydraersbevele (*contribution orders*).

Die Kinderwet sluit verder algemene bepalings in wat wetgewing, prosedures, optrede en besluite aangaande kinders reguleer,[10] bepalings wat handel oor ouerlike regte en verantwoordelikhede,[11] surrogaatouerskap,[12] aanneming van

---

8 De Waal, Currie & Erasmus *The Bill of Rights Handbook* 4 uitg (2001) 456.
9 A 28.
10 Aa 6 – 17.
11 Aa 18 – 41.
12 Aa 292 – 303.

kinders,[13] internasionale aanneming in ooreenstemming met die *Hague Convention on Intercountry Adoption* 1993,[14] bepalings wat kinderontvoering verbied in ooreenstemming met die bepalings van die *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* 1980,[15] bepalings wat handel oor die gedeeltelike versorging van kinders,[16] kleinkinderopvoeding en die kinderbeskermingstelsel,[17] voorkomings- en vroeë ingrypingsdienste,[18] kinders in alternatiewe sorg,[19] kinders in pleegsorg,[20] kinder- en jeugsorgsentrums[21] instapsentrums,[22] nuwe oortredinge teen kinders, en aangeleenthede wat daarmee verband hou.

Afgesien daarvan dat die Kinderwet regte aan kinders verleen,[23] bepaal dit ook dat elke kind verantwoordelikhede teenoor sy of haar familie, gemeenskap en die staat het ooreenkomstig sy of haar ouderdom en vermoë.[24]

Die bepalings van die Kinderwet is van toepassing op kinders onder die ouderdom van 18 jaar,[25] maar nie op ongebore kinders nie.

Uit die ontwikkeling van die reg met betrekking tot kinders oor die afgelope dekade, blyk die tendens toenemend te wees om die outonomie van die kind te beskerm. Die feit dat die reg op ‘n gesinslewe nie beskerm word in die Grondwet nie, kan lei tot ‘n beperking op gesinsoutonomie met die gevolg dat die outonomie van die kind oorbeklemtoon word. Die outonomie van die kind

13 Aa 228 – 253.
14 Aa 254 – 273.
15 Aa 274 – 280.
16 Aa 76 – 90.
17 Aa 41 – 191.
18 Aa 143 - 149.
19 Aa 167 – 179.
20 Aa 180 – 190.
21 Aa 191 – 212.
22 Aa 213 – 227.
23 A 6.
24 A 16.
25 A 17.

behoort beskerm te word met inagneming van die kind se vlak van volwassenheid en die erkenning van die belangrikheid van gesinsoutonomie vir die beskerming van kinderregte.[26]

Dit is egter moeilik om 'n balans te verkry tussen die regte en verantwoordelikhede van die kind, die ouers en die staat. Die tradisionele beskouing van die ouer-kind-verhouding, waar gekonsentreer was op die regte, bevoegdhede, verpligtinge en verantwoordelikhede wat ouers in verband met hulle minderjarige kinders het, plaas ook struikelblokke in die pad van die vestiging en afdwinging van kinderregte. Ouerlike regte en verantwoordelikhede is nie meer 'n bevoegdheid wat tot voordeel van die kinders uitgeoefen moet word nie, maar eerder 'n versameling van verpligtinge en verantwoordelikhede wat in die belang van die minderjarige kind uitgeoefen moet word.[27]

Die konsep van kinderregte blyk die ouerlike regte en verantwoordelikhede en die gesinsoutonomie te bedreig. Dit rig 'n uitdaging aan sosiale persepsies dat kinders beskerm moet word, onvolwasse is en afhanklik is van volwassenes.[28] Daar het 'n klemverskuiwing plaasgevind in die ouer-kind-verhouding van ouers se regte en gesag na ouers se verantwoordelikhede en kinders se regte.

2 PROBLEEMSTELLING

Een van die mees revolusionêre aspekte van die Kinderwet lê daarin dat daar 'n volledige kosteberaming gedoen is gedurende die ontwikkelingsfase.[29] Die kosteberaming wat in die aanloop tot die Kinderwet gedoen is, het tot gevolg

---

26 Kruger "The protection of children's rights in South African Constitution – reflections on the first decade" 2007 *THRHR* 261.

27 *V v V* 1998 (4) SA 169 (C) Sien ook Skelton "Parental responsibilities and rights" in Skelton in Boezaart (red) *Child Law in South Africa* (2009) 64.

28 Human "The theory of children's rights" in Davel (red) *et al Introduction to Child Law in South Africa* (2000) 165.

29 Sloth-Nielsen "Trials and tribulations, trends and triumphs: the state of the nation's child and family law. and their institutions for the administration of justice" in Sloth-Nielsen & Du Toit (reds) *Trials and Tribulations, Trends and Triumphs* (2008) 12.

gehad dat verskeie tekortkominge in die praktyk geïdentifiseer is. Dit het meer spesifiek die personeeltekorte (byvoorbeeld 'n tekort aan maatskaplike werkers) uitgewys, asook die nodigheid vir addisionele dienste in die Kantoor van die Gesinsadvokaat om met bemiddeling, en ouerlike regte- en verantwoordelikheidsooreenkomste te handel.[30]

Die Kinderwet plaas uitdruklik 'n verpligting op die staat om 'n omvattende reeks maatskaplike dienste te voorsien en te befonds. Die dienste sluit in:

- gedeeltelike-sorg fasiliteite en kleinkinderopvoedingsprogramme
- voorkomings- en vroeë ingrypingsdienste
- instapsentrums
- beskermingsdienste (insluitend 'n ondersteuningskema vir huishoudings waarvan kinders die hoofde is)
- pleegsorg en groep-pleegsorg
- aanneming, insluitend internasionale aanneming
- kinder- en jeugsorgsentrums.

Kragtens die Kinderwet is die provinsiale lede van die Uitvoerende Raad met verantwoordelikheid vir Maatskaplike Ontwikkeling verantwoordelik vir die voorsiening en befondsing van al bogenoemde dienste uit die begroting wat aan hulle toegedeel is deur die provinsiale wetgewer. Die provinsiale afdelings van maatskaplike ontwikkeling is verantwoordelik vir befondsing en lewering van meer as 83% van die dienste waarvoor daar voorsiening gemaak word in die Kinderwet.[31]

---

30 Sloth-Nielsen in Sloth-Nielsen & Du Toit 12.

31 Budlender & Proudlock *Analysis of the 2009/10 Budgets of the Nine Provincial Departments of Social Development: Are the Budgets Adequate to Implement the Children's Act?* (2009) Children's Institute, University of Cape Town 40 http://www.ci.org.za/depts/ci/pubs/pdf/rights/workpap/Childrens_Act_Budget_Analysis_2009_Prov_DSD_Votes_28May2009.pdf [Datum gebruik: 18 Februarie 2010].

‘n Analise van die 2009/2010 begroting wat gedoen is deur die *Children’s Institute of the University of Cape Town* in 2009 en vergelyk is met die kosteberekening wat aanvanklik gedoen is, dui daarop dat die toekennings in die begrotings van die nege provinsies slegs 48% van die implementeringsplan vir die eerste jaar was, en 45% vir die derde jaar. Die afname tussen 2009/2010 en 2011/12 dui daarop dat die begroting nie gaan groei teen die tempo wat nodig is om jaar-vir-jaar geleidelik die gaping tussen dienste voorsien en die hoeveelheid kinders wat dienste benodig te laat krimp nie.[32]

Die syfers wys dat indien ons die gaping wil verklein of ten minste verhoed dat dit groter word, ons verbeteringe sal moet sien in die persentasie groei van die provinsiale begrotings. Alle provinsies moet die pas versnel ten opsigte van dienslewering en uitgawes. Laasgenoemde is haalbaar deur die vermeerdering van die oordrag van fondse na die nie-winsgewende organisasies wat betrokke is by maatskaplike opheffing ten einde die volle koste van die dienste wat hulle bied te dek, om hulle in staat te stel om uit te reik na meer kinders. Fokus op die daarstel van ‘n multi-dissiplinêre spanbenadering tot dienslewering sal ook help om die werkslading te versprei oor die verskillende kategorieë van instansies wat huidig beskikbaar is om die maatskaplike dienste vereis deur die Kinderwet te lewer.[33]

3 DOELSTELLING

Die oogmerk van hierdie studie is om die beskerming van kinderregte in die Suid-Afrikaanse reg te ondersoek. Hierdie ondersoek sal gedoen word met verwysing na die rol wat internasionale reg soos die Konvensie en die Afrika Handves gespeel het in die ontwikkeling van kinderregte in Suid-Afrika.

32 Budlender & Proudlock *40*
33 *Ibid.*

Spesifieke voorskrifte ingevolge waarvan die regte van kinders beskerm word sal ondersoek word, insluitend artikel 28 van die Grondwet en sekere bepalings van die Kinderwet. Weens die beperkte omvang van hierdie verhandeling, sal sekere afgebakende voorbeelde uit die Kinderwet ondersoek word. Daar sal in diepte gekyk word na manlike besnydenis, vroulike besnydenis en maagdelikheidstoetse.

Die navorsingsvraag is of die bepalings van die Kinderwet alleenlik voldoende is om effektiewe beskerming aan sekere groepe kinders te verleen (daar word net na sekere groepe kinders gekyk in die lig van die beperkte omvang van die skripsie). Daar word gekyk of die praktiese probleme op regeringsvlak, byvoorbeeld die voorsiening en befondsing van maatskaplike dienste, die implementering van die bepalings van die Kinderwet vertraag. Die vraag is voorts of hierdie probleme daartoe lei dat kinderregte nie behoorlik gerealiseer en geïmplementeer word nie, en dat daar nie 'n behoorlike balans tussen die regte en verantwoordelikhede van die kind, die ouers en die staat nie bereik word nie. Die vraag is uiteindelik: Word daar effektief uitvoering aan die bepalings van die Kinderwet gegee ten einde die regte van kinders voldoende te beskerm en af te dwing? Indien die navorsing toon dat hierdie vrae negatief beantwoord moet word, sal moontlike oplossings vir die probleem en tekortkominge in die uitvoering van die Kinderwet voorgestel word.

4 NAVORSINGSMETODE

Die navorsing in hierdie mini-verhandeling word uit 'n privaatregtelik-teoretiese perspektief onderneem en grootliks op 'n literatuurstudie gegrond. Die aard van die literatuur wat gebruik word is wetgewing, besliste hofsake, tydskrifartikels, handboeke, elektroniese bronne en materiaal uit ander dissiplines.

HOOFSTUK 2

DIE BELANG VAN INTERNASIONALE REG VIR DIE BESKERMING VAN KINDERREGTE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

1 INLEIDING

Die regte van die kinders van Suid-Afrika kan nie in isolasie gesien word, sonder om erkenning te verleen aan die rol wat internasionale reg daarin speel nie. Die getalle kinders wat hulle nasionale grense oorsteek, neem wêreldwyd toe as gevolg van verskeie redes, soos onder andere armoede, oorlog of ander interne probleme, gesinskonflik, egskeiding, ensovoorts. Hierdie probleme lei dikwels tot aanneming oor landsgrense, internasionale kinderontvoering en kinders wat internasionale vlugtelinge word.[1] Globalisering as uiteinde het ’n aantal nuwe regs-, ekonomiese, maatskaplike en kulturele probleme tot gevolg.

Globalisering het ’n invloed op besluitnemingsprosesse in howe wêreldwyd. Regters in bykans elke land raadpleeg toenemend internasionale reg en die reg van ander lande by die interpretasie van hulle nasionale reg en om oplossings te vind vir nuwe probleme wat mag ontstaan. Die redes vir hierdie ontwikkeling is die vooruitgang in wêreldwye toeganklikheid tot gekommunikeerde politieke- en regsdebatte van verskeie lande. Soortgelyke sake, soos georganiseerde misdaad, internasionale aanneming en ontvoering kom voor in howe regoor die wêreld.[2]

Ontwikkeling in die kinder- en familiereg vorm deel van hierdie evolusie van globalisering. Die grootste voordeel van die internasionalisering van kinderregte is dat die beskerming van kinderregte wêreldwyd toegepas word.[3] Baie van die

---

[1] Doek, Van Loon & Vlaardingerbroek *Children on the Move: How to implement their Right to Family Life* (1996) 4.

[2] McCarney “The globalisation of child and family law.” in Sloth-Nielsen & Du Toit (reds) *Trials & Tribulations, Trends & Triumphs* (2008) 25.

[3] McCarney in Sloth-Nielsen & Du Toit (reds) 26.

ontwikkelinge rondom kinderregte is gesetel in die *United Nations Convention on the Rights of the Child* (”die Konvensie”).[4]

Vir doeleindes van hierdie verhandeling word kortliks stilgestaan by die twee internasionale instrumente wat die belangrikste is vir die beskerming van kinderregte in Suid-Afrika, naamlik die Konvensie en die Afrika Handves. Een van die mees direkte voorbeelde van die invloed van die Konvensie is die aanneming van artikel 28 van die Grondwet. Daar word algemeen aanvaar dat hierdie artikel gebaseer is op die voorskrifte van die Konvensie.[5]

Ingevolge die bepalings van die Grondwet is ‘n kind se beste belang van deurslaggewende belang in elke aangeleentheid wat die kind raak.[6] ‘n Hof moet voorts die waardes wat onderliggend is aan die bevordering van ‘n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid bevorder by die uitleg van die Menseregtehandves. In die proses van sodanige uitleg moet die hof internasionale reg in ag neem.[7] Gevolglik moet die howe ook kinderregte, soos beskerm in artikel 28, asook die res van die Menseregtehandves, uitlê in samehang met die bepalings van die Konvensie en die Afrika Handves.

2 DIE *UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD*

2.1 Agtergrond

Die Konvensie het in 1989 sy eerste treë gegee in die geskiedenis van kinderregte. Sedertien het die Konvensie voortgegaan om dié te lei wat by sy beginsels gehou het om ’n wêreld te skep wat verantwoordelik is en respek het vir die behoeftes en regte van die kinders van die wêreld. Die uniekheid van die

4 McCarney in Sloth-Nielsen & Du Toit (reds) 25.
5 Mahery ”The United Nations Convention on the Rights of the Child: Maintaining its value in international and South African child law” in Boezaart (red) *Child Law in South Africa* (2009) 324.
6 A 28(2).
7 Aa 39 & 233.

Konvensie lê nie net daarin dat dit die mees geratifiseerde verdrag[8] in die geskiedenis van menseregteverdrae is nie, of in die rekordtyd waarbinne die ratifikasie plaasgevind het nie. Die grondliggende impak op staatsgedrag ten opsigte van die regte van hulle kinders, is een van die belangrikste prestasies. Die beginsels van die Konvensie het die bevoegdheid om moed te gee aan nasies wat sukkel om al die Konvensie se beloftes aan kinders na te kom, die bevoegdheid om trots te skep in nasies wat die standaarde nakom, en die effek om die beeld van nie-lidlande skade te berokken.[9]

2.2 Die regte wat beskerm word in die Konvensie

Die Konvensie is op die voorgrond van die internasionalisering van kinderregte aangesien dit die mees erkende internasionale menseregte-instrument in die wêreld is. Die Konvensie bevat al die basiese regte van 'n menseregte-instrument. Die algemene oorhoofse kwalifikasie van al die regte in die Konvensie is die voorsienings-, beskermings-, deelnemings- en voorkomingsregte.[10] Voorsieningsregte verwys na die regte wat kinders het om voorsien te word van dienste wat hulle basiese behoeftes bevredig, soos die reg op die hoogste haalbare standaard van gesondheidsorg (a 24), die reg op maatskaplike versekering (a 26) en die reg op opvoeding (a 29). Beskermings- en voorkomingsregte is daarop gerig om kinders te beskerm teen skadelike en gewelddadige dade en praktyke en om te voorkom dat kinders blootgestel word aan sulke praktyke. Kinders het byvoorbeeld die reg om beskerm te word teen alle vorme van geweld, misbruik en skadelike behandeling en om nie onderwerp te word aan wrede en vernederende straf nie (a 19). Deelnemingsregte is gerig op regte wat kinders toelaat om deel te neem aan enige besluite wat hulle raak, soos dat 'n kind die reg het om sy of haar opinie te gee in enige saak wat hom of haar raak (a 12), asook die reg op vryheid van uitdrukking (a 13).[11]

---

8 Die enigste twee state wat nog nie die Konvensie geratifiseer het nie, is Somalië en die Verenigde State van Amerika.

9 Mahery in Boezaart (red) 309.

10 Mahery in Boezaart (red) 314.

11 Mahery in Boezaart (red) 314.

Een van die uitstaande kenmerke van die Konvensie is die omvattende aard van die bepalings wat siviele en politieke regte kombineer, soos die reg op vryheid, maatskaplike, ekonomiese en kulturele regte, insluitende die reg op onderwys, die reg op die handhawing van ’n voldoende lewenstandaard en gesondheidsorg en die reg om te speel. Dit erken die reg op identiteit en die reg van sorgbehoewende kinders op spesiale beskerming. Dit stel kinderspesifieke weergawes daar van regte wat voorheen uitsluitlik van toepassing was op volwassenes, soos die reg op vryheid van uitdrukking en die reg op ’n regverdige verhoor. Dit kodifiseer die kind se reg om gehoor te word, beide in die algemeen en meer spesifiek, in alle verrigtinge wat hom of haar raak.[12]

2.3 Leidende beginsels

Die Konvensie stel ’n aantal leidende beginsels daar vir die implementering van sy voorskrifte. Dit is naamlik die beginsels van nie-diskriminasie (artikel 2), die beste belang van die kind (artikel 3), die reg op oorlewing en ontwikkeling (artikel 6) en die kind se reg om gehoor te word (artikel 12). Hierdie beginsels word versterk deur verskeie voorskrifte wat die staat se verpligting benadruk om ouers te ondersteun in hul kinderopvoedingsverpligtinge (artikel 18), die belangrikheid van kontak tussen ouers en kinders (artikel 9), die kind se reg op beskerming teen gevaar (artikel 19) en die reg van ’n kind op alternatiewe sorg, beskerming en bystand (artikel 20). Met ratifisering van die Konvensie het regerings hulself verbind tot hierdie nie-onderhandelbare en regsbindende minimum standaarde en verpligtinge met betrekking tot alle aspekte van kinders se lewens. Hulle verbind hulle tot die erkenning van en reaksie op spesifieke behoeftes van sekere groepe kinders wat mag ly as gevolg van diskriminasie; byvoorbeeld etniese minderhede, kinders met gestremdhede, kinders wat asiel soek, kinders in sorg en kinders in die regsisteem.[13]

---

12 McCarney in Sloth-Nielsen & Du Toit (reds) 25.
13 McCarney in Sloth-Nielsen & Du Toit (reds) 26.

2.4 Die status van die Konvensie in die Suid-Afrikaanse Reg

Die Konvensie het sedert 1995, toe Suid-Afrika 'n party tot die verdrag geword het, 'n invloed op die Suid-Afrikaanse regspleging. Dit bevat voorskrifte wat die status en toepassing van internasionale reg in Suid-Afrika bepaal. Ingevolge artikels 39 en 233 respektiewelik, moet die howe internasionale reg oorweeg wanneer hulle regte soos uiteengesit in die Menseregtehandves interpreteer. Wanneer nasionale wetgewing geïnterpreteer word, moet die regbank en howe 'n interpretasie kies wat in lyn is met internasionale reg bo 'n interpretasie wat nie in lyn daarmee is nie. Internasionale reg verwys na bindende instrumente wat deur Suid-Afrika geratifiseer is, soos die Konvensie, asook nie-bindende instrumente.[14]

Alhoewel die weergawes van die moniteringskomitees (soos die Komitee op die Regte van die Kind) nie bindend op ons howe is nie, lei die interpretasie wat hulle aan die artikels van die Konvensie gee deur hulle Algemene Kommentaar, die interpretasie van die voorskrifte in ons Menseregtehandves.[15] Alhoewel die gewig wat verleen word aan internasionale regsbeginsels van hof tot hof sal verskil, het die Grondwetlike Hof in *Government of the Republic of South Africa v Grootboom*[16] bevind dat "where the relevant principle of international law binds South Africa, it may be directly applicable".[17]

In *M v S (Centre for Child Law as Amicus Curiae)*[18] het die Grondwetlike Hof bevind dat artikel 28 van die Grondwet gesien moet word as 'n uitbreiding van ons internasionale verpligtinge as 'n lidstaat tot die Konvensie. Die belangrikheid van die algemene beginsels van die Konvensie in die toepassing van artikel 28 van die Grondwet is ook erken in *M v S,* waar die hof bevind het dat die beginsels alle beleid in Suid-Afrika met betrekking tot kinders rig.[19]

---

14 Mahery in Boezaart (red) 322.
15 Mahery in Boezaart (red) 322.
16 2001 (1) SA 46 (CC) par [26].
17 Mahery in Boezaart (red) 323-324.
18 2008 (3) SA 232 (CC).
19 Mahery in Boezaart (red) 324.

Die Konvensie het ’n noemenswaardige rol gespeel in die Kinderwet. Die projekkomitee wat afgevaardig is om die Kinderwet te hersien, het begin met ’n visie om ’n enkele omvattende wet vir Suid-Afrikaanse kinders daar te stel. Die visie is onder meer gebaseer op die Grondwet en die verpligting op die staat ingevolge die Konvensie en die Afrika Handves. Die Konvensie het dus ’n reuse rol gespeel in die skepping van die Kinderwet en sal voortgaan om ’n invloed uit te oefen op die implementering van hierdie en menige ander wette wat die kinders in Suid-Afrika beïnvloed.[20]

3 DIE *AFRICAN CHARTER ON THE RIGHTS AND WELFARE OF THE CHILD*

3.1 Agtergrond

Die Afrika Handves is die eerste en tot dusver enigste streeksgebonde verdrag oor kinderregte. Alhoewel dit voortgebou het op die 1979 *Declaration on the Rights and Welfare of the African Child,* is dit geskoei op die voorskrifte van die Konvensie. Die belangrikste verskil lê in die bestaan van voorskrifte met betrekking tot kinders se verpligtinge (artikel 31), wat in lyn is met die *African Human Rights Charter*.[21]

Die Afrika Handves*,* wat aangeneem is in 1990, bied riglyne vir kinderregte en welsynsvraagstukke in bekende Afrika-tale waardeur aan kinders se kulturele erfenis, historiese agtergrond en die waardes van die Afrika-beskawing prioriteit gegee word. Die Afrika Handves erken dat kinders in Afrika direkte draers van regte is en dat hulle daarteenoor verpligtinge teen ander het.[22] Laasgenoemde mag deur Westerse denkers as teenstrydig beskou word, maar dit reflekteer die

---

20 Mahery in Boezaart (red) 324.

21 Zelden *Law Library of Congress International Law: Children’s Rights* (August 2007) 5.

22 Die verpligtinge wat aan kinders opgelê word deur die Afrika Handves, is onder andere om by te dra tot die samehorigheid van die familie, om hulle ouers, meerderes en oues ten alle tye te respekteer, en om bystand te verleen in tye van nood, om die nasionale gemeenskap te dien met hulle fisiese en intellektuele vermoëns, en om tradisionele waardes te beskerm en versterk (a 31).

boustene van die Afrika-gemeenskap en positiewe gevolgtrekkinge kan hieruit gemaak word wanneer die Afrika-konsep van menseregte verstaan word.[23]

Die Afrika Handves het die potensiaal om die diskriminerende praktyke wat in baie dele van die kontinent oorheers, om te keer en om maatskaplike, administratiewe en regsinstellings op te voed in die manier waarop die kind in die gemeenskap gesien en hanteer moet word. Dit verplig lidstate om seker te maak dat alle nasionale wetgewing en kulturele praktyke voldoen aan die vasgestelde voorskrifte.[24]

3.2 Die regte wat beskerm word

Die Afrika Handves erken die kritieke situasie wat die meeste van die kinders van Afrika in die gesig staar as gevolg van hulle unieke maatskaplik-ekonomiese, kulturele, tradisionele en ontwikkelingsomstandighede, natuurlike rampe, gewapende konflikte, uitbuiting en honger. Dit erken ook dat inagneming van die fisieke en geestelike onvolwassenheid van die kinders van Afrika, hulle op spesiale beskerming en sorg geregtig maak.[25]

Die aanhef stel dit dat kinders ’n unieke en bevoorregte posisie in die Afrika-gemeenskap beklee, en dat hul geregtig is op regsbeskerming en besondere sorg met betrekking tot gesondheid, liggaamlike en verstandelike, morele en maatskaplike ontwikkeling. ’n Kind word beskou as enige persoon onder die ouderdom van 18 jaar (artikel 2). Die Afrika Handves gee uitdrukking aan die beginsels van nie-diskriminasie en die beste belang van die kind en bepaal dat kinders ’n inherente reg het op lewe en om beskerm te word deur die reg. Die doodstraf mag nie toegepas word op kinders wat misdade gepleeg het nie (artikels 3-5). Kinders het die reg op ’n naam en nasionaliteit, sowel as die reg op vryheid van uitdrukking, assosiasie en vreedsame byeenkoms, gedagtes, godsdiens en gewete, privaatheid, onderwys, en die reg op rus en ontspanning

[23] Lloyd “The African regional system for the protection of children’s rights” in Sloth-Nielsen (red) *Children’s Rights in Africa: A Legal Perspective* 33.
[24] Lloyd in Sloth-Nielsen (red) 33.
[25] Lloyd in Sloth-Nielsen (red) 35.

(artikels 6-12). Artikel 11, wat handel oor onderwys, is die langste artikel in die Afrika Handves en maak onder andere ook voorsiening daarvoor dat lidstate in die besonder vry en verpligte basiese onderwys aan kinders moet voorsien (artikel 11(3)).

Spesiale beskermingsmaatreëls moet geneem word vir gestremde kinders en hulle moet liggaamlike, verstandelike en geestelike gesondheid kan geniet (artikels 13-14). Kinders moet ook beskerm word teen alle vorme van ekonomiese uitbuiting en die verrigting van werk wat waarskynlik skadelik vir hulle kan wees (artikel 15). Kinders moet verder beskerm word teen alle vorme van marteling, mishandeling en misbruik (artikel 16); teen skadelike maatskaplike en kulturele praktyke (artikel 21); teen alle vorme van seksuele uitbuiting of misbruik (artikel 27); en teen die gebruik van verdowingsmiddels en onwettige dwelms (artikel 28). Kinders moet ook beskerm word teen ontvoering, mensehandel en om gebruik te word vir bedelary (artikel 29).[26]

Die Afrika Handves poog nie net om Westerse regsdenke te rekonsilieer met tradisionele Afrika kulturele waardes nie, maar verskaf ook leiding oor watter Afrika kulturele praktyke en tradisies afgeskaf moet word en watter behou moet word vir die effektiewe beskerming van die kinders van Afrika.[27]

Alhoewel die Afrika Handves geskoei is op die voorskrifte van die *United Nations Convention on the Rights of the Child,* is daar by vergelyking gevind dat die Afrika Handves 'n omvattende stel kinderregte kodifiseer en selfs die vlak van beskerming in bepaalde gevalle verhoog,[28] soos byvoorbeeld in die volgende gevalle:

- Die trefwydte van die beskerming van kindervlugtelinge strek wyer onder die Afrika Handves, wat daarvoor voorsiening maak dat interne misplaaste kinders aanspraak mag maak op vlugtelingbeskerming. Die

26 Zelden 5.
27 Davel "The African Charter on the Rights and Welfare of the Child, family law and children's rights" 2002 *De Jure* 282.
28 Davel 2002 *De Jure* 282.

oorsake van misplasing is nie beperk nie, en sluit die verbrokkeling van die ekonomiese of maatskaplike orde in.[29]

- Na aanleiding van die voorskrifte van die Konvensie is die beste belang van die kind in alle gevalle **'n** primêre oorweging in alle sake waarby die kind 'n belang het. Die Afrika Handves bevat 'n kragtiger bewoording, naamlik dat die beste belang van die kind **die** primêre oorweging is in sake waarby die kind 'n belang het.[30]

Alhoewel dit nie beperk is tot Afrika nie, is kindersoldate, kindervlugtelinge en misplaaste kinders iets wat by herhaling voorkom in Afrika. Die Afrika Handves gaan verder as die Konvensie, deurdat dit in lyn met die Afrika-kultuur en waardesisteem aan kinders verantwoordelikhede teenoor hulle ouers en gemeenskap toedig, relatief tot hulle ouderdom en vermoë.[31] Dit is ook een van die hoofpunte van die *Banjul Charter.*[32] Die rol van die familie, as basis van die gemeenskap en as natuurlike eenheid waarin kinders grootgemaak word, word erken.[33] Skadelike maatskaplike en kulturele praktyke moet deur die lidstate uitgeskakel word, in besonder daardie wat nadelig vir die gesondheid of lewe van 'n kind kan wees en daardie praktyke wat diskriminerend is op grond van geslag of enige ander status.[34] Voorbeelde van sodanige praktyke in die tradisionele Afrika-gemeenskap sluit in vroulike geslagsverminking, manlike geslagsverminking, die doodmaak van babatweelinge, kinderverlowings, manlike eersgeboortereg en kinderhuwelike.[35]

3.3 Die rol van die Afrika Handves in Suid-Afrika

Die Afrika Handves verskaf 'n teoretiese model vir die effektiewe beskerming van kinderregte in Afrika. Die Suid-Afrikaanse reg is in sommige opsigte nie in ooreenstemming met die Afrika Handves nie. Die volgende geval kan uitgelig word: Huwelike van kinders word toegelaat ingevolge tradisionele reg in baie

29 Davel 2002 *De Jure* 283.
30 Davel 2002 *De Jure* 283.
31 A 31 van die Afrika Handves.
32 *The African Charter on Human and People's Rights*.
33 A 18 van die Afrika Handves.
34 A 21(1) van die Afrika Handves.
35 Davel 2002 *De Jure* 283.

Afrika-lande, insluitend Suid-Afrika. Gegewe dat voortplanting beskou word as die hoofdoel van heteroseksuele verhoudings in tradisionele gemeenskappe, word die ouderdom waarop meisies in sulke gemeenskappe trou dikwels beskou as die bereiking van puberteit. Hierdie praktyk is duidelik in konflik met artikel 21(2) van die Afrika Handves. [36]

Voor ratifisering van die Afrika Handves het Suid-Afrika die Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 aangeneem. Artikel 3(1) van hierdie wet vereis dat voornemende gades tot ’n gewoonteregtelike huwelik ouer as 18 moet wees. Die wet bepaal egter dat die Minister of gedelegeerde amptenare die diskresie het om skriftelik toestemming te verleen aan kinders om te trou indien die Minister of amptenaar die huwelik beskou as wenslik en in belang van die partye betrokke (artikel 4). Daar sal egter nog gesien moet word tot watter mate die uitoefening van die diskresie die algemene verbod in artikel 3(1) van die wet en artikel 21(2) van die Afrika Handves ondermyn.[37]

Suid-Afrika het ’n stewige raamwerk daargestel vir die beskerming van kinderregte ten einde sy verpligtinge ingevolge die Afrika Handves na te kom. Ingevolge artikel 39(1) van die Grondwet, moet Suid-Afrikaanse howe internasionale reg oorweeg by die uitleg van die Menseregtehandves. In ’n aantal beslissings het die Suid-Afrikaanse Grondwetlike Hof[38] en die Hoë Hof[39] op die Afrika Handves staatgemaak in die uitleg van bepalings. Dit is egter nie net deur howe en regsprosesse wat kinders se regte gerealiseer word nie. Lidstate sal hulle politieke bereidwilligheid moet demonstreer deur hulle beleid

---

36 Viljoen “The African Charter on the Rights and Welfare of the Child” in Boezaart (red) *Child Law in South Africa* (2009) 349.

37 Viljoen “The African Charter on the Rights and Welfare of the Child” in Boezaart (red) *Child Law in South Africa* 349.

38 *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC), waar die hof benadruk het dat die primêre fokus die regte in die Suid-Afrikaanse Grondwet is. Sowel artikel 28 as die ander regte in die Grondwet moet in samehang met die voorskrifte van internasionale reg oorweeg word (par [55]). Sien ook Viljoen in Boezaart (red) 350 vn 101.

39 *B v M* 2006 (9) BCLR 1043 (W) par [137] en *Centre for Child Law v Minister of Home Affairs* 2005 (6) SA 50 (T) par [30], waar Regter De Vos gewaarsku het dat Suid-Afrika se ratifikasie van hierdie en ander verdrae “would become hypocritical nonsense if the policies and sentiments are not translated into action”. Sien ook Viljoen in Boezaart (red) 350 vn 102.

na te gaan en begrotings aan te pas ten einde gewig te gee aan kinderregte.[40] As ’n lidstaat en as ’n land wat ernstig toegewy is aan die bevordering en beskerming van die regte van kinders op ’n binnelandse vlak, is daar beide ’n regs- en morele plig op Suid-Afrika om sy verpligtinge onder die Afrika Handves te respekteer.[41]

4 DIE GEBRUIK VAN INTERNASIONALE REG IN DIE BESKERMING VAN KINDERREGTE IN SUID-AFRIKA

Suid-Afrika het sedert die val van die apartheidsera ’n lang pad gekom in die erkenning van kinderregte. Die implementering van die Grondwet en die ratifikasie van die *United Nations Convention on the Rights of the Child* en die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* is drie belangrike prestasies.[42]

Rosa en Dutschke is van mening dat die howe ’n belangrike instelling is vir die fasilitering en verwesenliking van die maatskaplik-ekonomiese regte van kinders, aangesien hulle die regering gebonde moet hou aan hulle verpligtinge ingevolge die Kinderwet, die Grondwet en die internasionale reg, in besonder die *United Nations Convention on the Rights of the Child,* die *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*,[43] die *African Charter on Human and Peoples Rights*[44] en die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child.*[45]

Internasionale menseregteverdrae is ooreenkomste tussen lande wat regte en verpligtinge onder die internasionale reg daarstel. Wanneer ’n regering vir die eerste keer ’n verdrag onderteken, is dit ’n aanduiding dat die betrokke staat van voorneme is om ’n party tot die ooreenkoms te word. Ondertekening van so

40 Davel 2002 *De Jure* 296.
41 Viljoen in Boezaart (red) 350.
42 Rosa & Dutschke “Child rights at the core: the use of international law in South African cases on children’s socio economic rights” 2006 *SAJHR* 224.
43 Die verdrag is deur Suid-Afrika onderteken op 3 Oktober 1994.
44 Die verdrag is deur Suid-Afrika onderteken op 9 Junie 1986 en geratifiseer op 9 Junie 1996.
45 Rosa & Dutschke 2006 *SAJHR* 224.

’n ooreenkoms bind nie die betrokke land van regsweë nie, maar die land is onder die verpligting om hom van dade te weerhou wat sal indruis teen die doelstellings van die verdrag. Wanneer ’n land die verdrag ratifiseer is dit formeel ’n lidstaat tot die verdrag. Die land word dan gebind deur internasionale reg om die regte te respekteer en die verpligtinge wat die verdrag daarstel, uit te oefen.[46]

Kinderregte vorm deel van ’n uitgebreide sisteem van menseregte. Die howe is die ideale instrument wat van regsweë kan verseker dat die staat sy verpligtinge nakom in die afdwinging en beskerming van kinderregte. Die verpligtinge wat deur artikel 39 van die Grondwet op ’n hof gelê word om internasionale reg in ag te neem by die uitleg van die handves van menseregte, beteken dat die hof ten minste die voorskrifte van die internasionale reg wat op die spesifieke geval van toepassing is, moet noem.[47] Indien dit nie toegepas word nie, moet ’n hof redes verskaf waarom die internasionale reg nie in ag geneem is nie.[48]

5 SAMEVATTING

Die invloed wat internasionale reg, soos onder andere die Konvensie en die Afrika Handves op kinderregte in Suid-Afrika het, is onbetwyfelbaar. Suid-Afrika kan trots wees op die manier waarop ons die invloed van die beginsels en standaarde van die Konvensie in ons regs- en wetgewende sisteme en prosesse omarm het.[49] Die Konvensie het ’n belangrike rol gespeel in die opstel van die Suid-Afrikaanse Grondwet, met as hoogtepunt die uitgebreide beskerming van kinderregte. Hierdeur het die internasionale reg reeds ’n belangrike rol gespeel in die verdere ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg.[50] Die *Children’s Act* is die gevolg van meer as ’n dekade se toewyding ten einde ons binnelandse reg te hervorm en in lyn te bring met die Grondwet en internasionale reg.

---

46 Rosa & Dutschke 2006 *SAJHR* 226.
47 A 39(1)(a).
48 Rosa & Dutschke 2006 *SAJHR* 260.
49 Mahery in Boezaart (red) 330.
50 Viljoen in Boezaart (red) 349.

HOOFSTUK 3

DIE BESKERMING VAN KINDERREGTE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

1 INLEIDING

Suid-Afrika bestaan uit 'n multikulturele samelewing waarin 'n veelvoud van regstelsels bestaan en nageleef word. Die inheemse reg,[1] ook bekend as tradisionele reg of gewoontereg,[2] is die reg wat oorspronklik in Suid-Afrika van toepassing was, en is die enigste regstelsel buiten die Westerse regstelsel wat in 'n beperkte mate amptelik erken word.[3]

2 'N KORT OORSIG OOR DIE ONTWIKKELING VAN KINDERSORGBESKERMING VOOR DIE 1990'S

2.1 Die voor-koloniale tydperk

Gedurende die voor-koloniale tydperk[4] was die welsyn van kinders ineengeweef met die gemeenskaplike welsyn van die uitgebreide familie of groep. Kinderjare in Afrika-gemeenskappe is gekenmerk as 'n tyd van leer en karakterbou. Kinders se belange is soms ondergeskik gestel aan die wyer belange van die groep of gemeenskap. Die gevolg was dat kinders somtyds oorgegee is aan ander familielede om byvoorbeeld na die beeste om te sien of om geselskap te verskaf. 'n Algemene metode om die maer jare te oorleef was om meisies in

[1] "Inheemse Reg" word as 'n generiese term gebruik om die verskillende regstelsels van die inheemse bevolking van Suid-Afrika aan te dui. Sien ook Bekker, Labuschagne & Vorster *Inleiding tot Regspluralisme in Suid-Afrika* Deel 1 Gewoontereg (2002) 3.

[2] Dit is die reg wat deur langdurige gebruik en aanwending bindend en afdwingbaar geword het. Dit word eenvoudig omskryf as die gewoontes en gebruike wat tradisioneel onder die inheemse bevolkingsgroepe van Suid-Afrika nagekom word en wat deel vorm van daardie bevolkingsgroepe (sien Bekker *et al* 39).

[3] Bekker *et al* 3.

[4] Die voor-koloniale tydperk dui op die tydperk voordat Suid-Afrika in 1652 'n kolonie geword het.

huwelike te verpand op grond van die gewoonteregtelike *lobolo*-ooreenkoms.[5] Die gewoontereg het ook sekere reëls ingesluit met betrekking tot die betaling van *isondlo*[6] aan ‘n persoon vir die versorging van ‘n kind wat nie ‘n lid van sy of haar groep is nie.[7] Kinderjare is nie deur ‘n sekere ouderdom beëindig nie, maar deur sekere rituele of aksies, soos byvoorbeeld inisiasie of om ‘n aparte huis op te sit. Baie van hierdie gewoonteregtelike reëls is vandag nog van toepassing op kinders wat in families woon waar die tradisionele reg nagevolg word.[8]

2.2 Die koloniale tydperk

Onder die koloniale regering van Nederland wat in 1652 begin het, was daar nie spesiale wetgewing met betrekking tot die versorging en beskerming van kinders nie, behalwe met betrekking tot die administrasie van bestorwe boedels.

‘n Weeskamer is in 1675 ingestel, bestaande uit ‘n voorsitter en vier lede (later het ‘n onder-voorsitter bygekom), wat die belange van die “wese en weduwees” moes behartig. Die Weeskamer se verpligtinge het mettertyd beheer oor minderjariges se boedels ingesluit, sodat die belange van kinders beskerm kon word. Hierdie liggaam was dus in heelparty opsigte ‘n voorbeeld van die hedendaagse Meesterskantoor.[9] Hierdie funksie is met Ordonnansie 62 van 1833 oorgedra aan die Meester van die Hooggeregshof.[10]

Tydens die Britse besetting in 1795 is die Kaap oorgeneem van die Nederlanders. Die eerste kinderhuis in Suid-Afrika het in 1815 onder Britse

---

5 *Lobolo* is eiendom in kontant of goedere wat ’n aanstaande man of hoof van sy familie onderneem om aan die hoof van die aanstaande vrou se familie as teenprestasie vir ’n gebruiklike huwelik te gee. Sien ook Bekker *et al* 64.

6 *Isondlo* is die betaling van vergoeding aan ’n persoon vir die versorging van ’n kind wat nie ’n lid van sy of haar groep is nie. Sien ook Bekker *et al* 87.

7 Bekker *et al* 87.

8 Skelton & Proudlock “Interpretation, objects, application and implementation of the Children’s Act” in Davel & Skelton (reds) *Commentary on the Children’s Act* (2007) 1-2.

9 Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (1979) 431.

10 Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-2.

bewind tot stand gekom. Die kinderhuis het bekend gestaan as "Het Suid-Afrikaansche Weeshuis". Verskeie kinderhuise is later in die eeu opgerig.[11]

'n Gevolg van die Engelse invloed was dat die praktyk van vakleerlingskap (*apprenticeship*), wat deel was van die vroeë reg van Engelse kinderwelsyn, deurgesypel het na Suid-Afrika, in die vorm van die *Masters and Servants Act*, 1856. Die uiteinde hiervan was dat afhanklike kinders onder die voogdyskap van gepaste persone geplaas is wat hulle 'n ambag kon leer in velde soos die vervaardiging van bote, die boubedryf, die tekstielbedryf, elektriese en meganiese ingenieurswese, die kosindustrie, die vervaardiging van meubels, leerwerk en drukkery. Enige kind wat die verpligte onderwys ondergaan het en 15 jaar oud was, kon homself of haarself as vakleerling verbind.[12]

Gedurende die 19de eeu het 'n kinderbeskermingsbeweging in die buiteland tot stand gekom wat kinders as slagoffers van hulle omstandighede beskou het wat spesiale sorg en behandeling in instellings benodig. Hierdie benadering het ook oorgespoel na die Kaapkolonie met die gevolg dat verskeie stukke wetgewing ter beskerming van kinders se regte die lig gesien het, soos die *Reformatory Institutions Act*, 1879, the *Deserted Wives and Children's Protection Act* 7 van 1895, the *Care of Neglected Children Act* 24 van 1895 and the *Natal Child Protection Act* 38 van 1901.[13]

2.3 Die Uniejare

In 1910 het Suid-Afrika 'n unie geword en daarmee saam die geleentheid gekry om die wette van die kolonies en die boererepublieke te konsolideer. Drie jaar later het die *Children's Care and Protection Act* 25 van 1913 in werking getree. Hierdie wet is algemeen beskou as 'n kinderhandves. Een van die belangrikste innovasies van die 1913 wet, was die oprigting van plekke van veiligheid waarin kinders skuiling kon vind. Die plekke van veiligheid het onder andere ook

---

[11] Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-3.
[12] Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-3.
[13] Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-4.

polisiestasies en hospitale ingesluit [14] Die professie van maatskaplike werkers het nog nie bestaan nie. Dit was eers teen 1924 dat die Vereniging vir die Beskeming van Kinderlewens dit kon regkry dat die Universiteit van Kaapstad 'n diplomakursus in maatskaplike werk aanbied.[15]

Die 1913-wet is in 1937 vervang deur die Kinderwet 31 van 1937.[16] Hierdie wet het die ouderdom waaronder 'n persoon as 'n kind gereken word verhoog van 16 jaar na 19 jaar. Kinderhowe is vir die eerste keer bekendgestel en elke landdros is verklaar tot 'n kommissaris van kinderwelsyn.[17] Die administrasie van die wet was aanvanklik die verantwoordelikheid van die Departement van Onderwys, maar is later (in 1937) oorgeskuif na die nuutgestigte Departement van Maatskaplike Welsyn, met die uitsondering van die skole-administrasie.[18]

2.4 Die apartheidsera

Gedurende die apartheidsera het die Kinderwet 33 van 1960 in werking getree, wat die ouderdom waarop 'n persoon vir doeleindes van kindersorg as 'n kind gereken kan word van 19 jaar na 18 jaar verminder het. Die wet het die apartheidsdenke van daardie jare gereflekteer met die oprigting van "Bantoe-kinderhowe" wat gehandel het met die welsyn van die kinders van Afrika.[19] Die wetgewer moes fokus op die registrasie en inspeksie van plekke van gedeeltelike sorg weens die toenemende getalle moeders wat gewerk het. Die wet het ook voorsiening gemaak vir die tydelike plasing van kinders vir observasie en behandeling. Die 1960-Kinderwet was die eerste Suid-Afrikaanse wet wat die term "pleegsorg" gebruik het.[20]

Die Wet op Kindersorg 74 van 1983 het voorsiening gemaak vir vereenvoudigde bepalings, en die Bantoe-kinderhowe het verdwyn. Die mees

14 Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-5.
15 Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-5.
16 Die wet het op 18 Mei 1937 in werking getree.
17 Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-5.
18 Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-5.
19 Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-6.
20 Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-6.

treffende innovasie van die 1983-wet was die klousule wat kriminele aanspreeklikheid daargestel het vir tandartse, verpleegsters en mediese praktisyns wat nagelaat het om die owerhede in kennis te stel van ‘n vermoede van mishandeling of verwaarlosing van kinders wat deur hulle ondersoek is. Die opstellers van die 1983-wet het egter nie die verskynsel van straatkinders en onvergeselde buitelandse kinders voorsien wat in die daaropvolgende dekades sou verrys nie, of die druk wat deur MIV/vigs meegebring sou word nie.[21] Die kinderregtebeweging in Suid-Afrika is in die tagtigerjarige gevorm teen die agtergrond van uiterste inbreukmaking op kinderregte.

2.5 Die konstitusionele era

Die demokratiese regering het sedert 1994 betekenisvolle verbintenisse tot kinders gemaak. Dit sluit byvoorbeeld in die ratifisering van die *United Nations Convention on the Rights of the Child* (“die Konvensie”), die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* (“die Afrika Handves”), die Menseregtehandves in die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (“die Grondwet”), die Kinderwet 38 van 2005 (“die Kinderwet) en die ontwikkeling van ’n Nasionale Plan van Aksie vir Kinders (“NPA”).[22] Regerings-, statutêre en maatskaplike liggame bestaan ten einde kinderregte binne hierdie raamwerk te bevorder en beskerm.[23]

Die Grondwet verklaar dat die Republiek van Suid-Afrika ’n soewereine staat is wat bestaan uit ‘n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.[24] Een van die grondliggende waardes is dat die Grondwet die oppergesag is, en dat enige regsvoorskrif of optrede wat daarmee onbestaanbaar is, ongeldig is. Voorts moet die verpligtinge wat daardeur opgelê word, nagekom word[25] en alle reg en optrede moet dus in lyn wees met die bepalings van die Grondwet. Dit, tesame met die gebiedende

[21] Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-6.
[22] Berry & Guthrie “Rapid assessment: The situation of children in South Africa” *Children’s Institute University of Cape Town* (2003) 11.
[23] Berry & Guthrie 11.
[24] Grondwet a 1 van hfst 1.
[25] Grondwet a 2.

voorskrifte van internasionale en streeksverdrae wat deur Suid-Afrika geratifiseer is, het gelei tot 'n aansienlike hoeveelheid regskepping sedert die einde van die apartheidsera in 1994. In die veld van die kinderreg is nuwe wette gepromulgeer wat elke aspek van kinderregte beïnvloed, soos die Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996, die Kinderwet, die Wysigingswet op die Strafreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) 32 van 2007 en die *Child Justice Act* 75 van 2008.[26]

3 KINDERS SE GRONDWETLIKE REGTE

3.1 Beskerming en outonomie

Die behoefte vir beskerming eerstens en die erkenning van outonomie tweedends is onderliggende en onderling verbonde onderwerpe in kinderregte. Klein kinders is grootliks afhanklik as gevolg van hulle beperkte bevoegdheid en algemene weerloosheid, met die gevolg dat die beskerming van kinders gedurende hulle vroeë jare 'n prioriteit is. Ouers en ander versorgers speel 'n belangrike leidende rol in die sosialisering van die kind en om die eerste lyn van ondersteuning vir hulle daar te stel.[27] Kinders moet egter steeds gesien word as mense in eie reg wat individuele draers van regte is, en behoort nie gesien te word as blote verlengstukke van hulle ouers nie.[28]

Soos wat kinders ouer word, neem hulle bevoegdheid geleidelik toe. Die Kinderwet gee erkenning daaraan, deurdat dit bepaal dat elke kind wat van sodanige ouderdom, volwassenheid en fase van ontwikkeling is dat hy of sy instaat is om deel te neem aan enige aangeleentheid wat hom of haar raak, het die reg om op enige gepaste wyse deel te neem en behoorlike oorweging moet gegee word aan die sienswyses wat deur die kind uitgespreek is.[29] Die behoefte aan die beskerming van kinders se regte duur deur hulle kinderjare totdat hulle

---

26 Skelton "Constitutional protection of children's rights" in Skelton in Boezaart (red) (red) *Child law in South Africa* (2009) 266.
27 Skelton in Boezaart (red) 275.
28 Skelton in Boezaart (red) 276.
29 Kinderwet 38 van 2005 a 10.

volwassenheid bereik. In *Christian Lawyers South Africa v Minister of Health* (*Reproductive Health Alliance* as Amicus Curiae)[30] was die Hooggeregshof bekommerd oor die grondwetlikheid van die bepaling wat meisies onder die ouderdom van 18 jaar toelaat om te besluit oor die beëindiging van swangerskap, mits hulle die intellektuele en emosionele vermoë het om 'n ingeligte besluit te neem. Die saak is beskryf as aangespoor deur die konsep van outonomie. Die Hof het bevind dat die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap,[31] wat gebaseer is op die meisie se vermoë om 'n besluit te neem eerder as 'n spesifieke ouderdom, die beste belang van die kind vooropstel aangesien dit buigsaam is en erken dat besluitneming om swangerskap te beëindig afhang van haar intellektuele, geestelike en emosionele volwassenheid, eerder as haar kronologiese ouderdom.[32]

3.2 Die algemene toepassing van die Menseregtehandves op kinders

Die Grondwet is die belangrikste instrument in die erkenning en beskerming van kinderregte in Suid-Afrika.[33] Die Menseregtehandves, soos vervat in die Grondwet, plaas 'n reeks verpligtinge op die staat met betrekking tot die bevordering, beskerming en verwesenliking van kinders se regte. Die Suid-Afrikaanse Grondwet word internasionaal beskou as een van die beste voorbeelde van grondwette waarin die regte van kinders beskerm word.[34] Artikel 28, alombekend as die kinderklousule, verleen spesiale beskerming aan kinders onder die ouderdom van 18 jaar.[35] Daarin word 'n reeks regte uiteengesit wat voorsiening maak vir die beskerming van kinders, wat addisioneel is tot die beskerming wat die res van die Menseregtehandves bied. Afgesien van 'n paar spesifieke beperkinge wat op die fundamentele regte van kinders geplaas word as gevolg van hulle ouderdom (byvoorbeeld die reg om te stem, wat beperk word tot volwassenes), geniet elke kind dieselfde beskerming

30 2005 (1) SA 509 (T).
31 Wet 92 van 1996 het in werking getree op 1 Februarie 1997.
32 *Christian Lawyers South Africa v Minister of Health* (*Reproductive Health Alliance* as Amicus Curiae) 2005 (1) SA 509 (T). Sien ook Skelton in Boezaart (red) 277.
33 Heaton *South African Family Law* 3 uitg (2010) 271.
34 Skelton in Boezaart (red) 265.
35 A 28(3) beperk die toepassing van a 28 tot persone onder die ouderdom van 18 jaar.

ingevolge die Menseregtehandves as enige volwassene.[36] Die meeste van hierdie regte word tot ‘n mate in artikel 28 herhaal en dien gevolglik as agtergrondsregte tot die spesifieke regte van kinders.[37] Sommige van die regte wat vervat is in die Menseregtehandves en wat nie spesifiek herhaal word in artikel 28 nie, is van besondere belang vir kinders. Hierdie regte sluit in die reg op gelykheid;[38] die reg op menswaardigheid;[39] die reg op liggaamlike en psigiese integriteit;[40] en die reg tot individuele outonomie, wat voortvloei uit die samevoeging van die reg tot privaatheid,[41] vryheid van godsdiens, oortuiging en mening[42] en vryheid van uitdrukking,[43] en die reg van assossiasie.[44]

Kinders kan in die besonder baat vind by die voorskrifte van artikel 9 van die Grondwet, aangesien dit bepaal dat diskriminasie op grond van ouderdom onbillik is.[45] Dit beteken dat daar ’n baie goeie rede moet wees om nie dieselfde regte, voorregte en voordele wat volwassenes toekom aan kinders toe te ken nie. Sommige van die gemeneregreëls en statutêre voorskrifte is oop vir dispuut aangesien dit onbillike diskriminasie op grond van jeugdigheid daarstel.[46] ’n Minderjarige het byvoorbeeld die reg om sonder haar ouers se toestemming self te besluit om haar swangerskap te beëindig,[47] maar ouers se toestemming word vereis vir enige ander operasie, waar ’n kind jonger as 12 jaar oud is, of waar die kind ouer as 12 jaar is, maar nie volwasse genoeg is of oor die intellektuele vermoë beskik om die implikasies van die operasie te verstaan nie.[48]

36 De Waal, Currie & Erasmus *The Bill of Rights Handbook* 4 ed (2001) 456.
37 Kruger “The Protection of children’s rights in the South African Constitution: Reflections on the first decade” 2007 *THRHR* 241.
38 Grondwet a 9.
39 A 10.
40 A 12(2).
41 A 14.
42 A 15.
43 A 16.
44 A 17.
45 Artikel 9 is die gelykheidsklousule.
46 De Waal, Currie & Erasmus 456.
47 Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996.
48 Kinderwet a 129(5).

In die saak *Christian Lawyers* (2005)[49] het die hof bevind dat artikels 12(2)(a) en (b), 27(1)(a), 10 en 14 van die Grondwet geld vir "almal", insluitende meisies onder die ouderdom van 18 jaar, en dat artikel 9(3) diskriminasie op grond van ouderdom verbied.[50] Gelykheid is 'n moeilike kwessie wanneer dit by kinderregte kom. As 'n algemene reël vra kinderregte vir spesiale beskerming eerder as vir gelykheid vir kinders.[51] Daar is nieteenstaande egter 'n saak uit te maak dat kinders nie minder beskerming behoort te ontvang as volwassenes onder dieselfde omstandighede nie.[52]

Diskriminasie is 'n verskynsel wat in 'n hele paar sake wat kinders raak, voorgekom het. Diskriminasie was onderliggend in die saak *BHE v Magistrate Khayelitsha*,[53] waarin die hof bevind het dat manlike eersgeboortereg onbillik diskrimineer teen kinders deurdat dit hulle verhoed om van hulle vader se boedel te erf. Dit diskrimineer teen hulle op grond van hulle geslag en geboorte.[54] Hoofregter Langa (soos hy toe bekendgestaan het) het opgemerk dat die miskenning van 'n buite-egtelike kind se reg om van sy of haar oorlede vader te erf, neerkom op onbillike diskriminasie en inbreukmaking op die kind se reg op waardigheid.[55]

---

49 *Christian Lawyers Association of South Africa v The Minister of Health* (*Reproductive Health Alliance as* Amicus Curiae) 2005 (1) SA 509 (T). Sien ook Skelton in Boezaart (red) 277.

50 Skelton in Boezaart (red) 277.

51 Skelton in Boezaart (red) 277.

52 Lyfstraf bly 'n teenstrydigheid, aangesien kinders die enigste groep is ten opsigte van wie die reg lyfstraf toelaat. Sien ook Skelton in Boezaart (red) 277.

53 *BHE v Magistrate Khayelitsha (Commission for Gender Equality as* Amicus Curiae); *Shibe and Sithole*; *South African Human Rights Commission v President of the Republic of South Africa* 2005 (1) SA 580 (CC) (hierna "*BHE*") Sien ook Skelton in Boezaart (red) 277.

54 Para [75]. Sien ook Skelton in Boezaart (red) 277 vn 75; *Petersen v Maintenance Officer* 2004 (2) SA 56 (C). Die hof het die reël van die gemenereg, wat nie toegelaat het dat buite-egtelike kinders onderhoud kon eis van hulle grootouers aan vaderskant nie (maar dit het onderhoudseise teen grootouers aan moederskant toegelaat), terwyl binne-egtelike kinders van enige van die grootouers kon eis, oorweeg. Die hof het bevind dat die reel neerkom op diskriminasie op grond van geboorte (wat in stryd is met a 9(3) van die Grondwet) en inbreuk maak op die kind se waardigheid (wat beskerm word deur a 10). Voorts kom die reel neer op 'n beperking op die kind se beste belang soos uiteengesit in a 28(2). Die hof het die gemenereg ontwikkel om 'n buite-egtelike kind toe te laat om te eis teen sy grootouers aan vaderskant.

55 Skelton in Boezaart (red) 277.

In *Khosa v Minister of Social Development; Mahaule v Minister of Social Development*[56] was die applikante permanente inwoners wie se kinders in Suid-Afrika gebore is, en wie aansoek gedoen het vir die betaling van maatskaplike toelaes met betrekking tot die kinders. Die hof het bevind dat die wet wat die betaling van maatskaplike toelaes[57] tot Suid-Afrikaanse burgers beperk ongrondwetlik is, as die weiering tot gevolg het dat daar onregverdig teen die kinders gediskrimineer word op grond van hulle ouers se nasionaliteit.[58]

Die Grondwet beskerm met opset nie die reg tot 'n gesinslewe nie. Die weglating daarvan is geopper in *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In Re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa Act*, 1990.[59] Die hof het bevind dat die weglating van hierdie reg nie verduideliking benodig nie, aangesien dit veranderlikes toelaat in die erkenning van verskeie gesinsvorme in 'n diverse gemeenskap. Indien die reg op 'n gesinslewe ingesluit sou gewees het, sou dit gelei het tot 'n dominansie van konserwatiewe, ouersgesentreerde regswetenskap. Ten spyte daarvan dat dit weggelaat is, is die reg op gesinslewe in verskeie sake genoem,[60] en die neiging is na 'n meer progressiewe as konserwatiewe interpretasie.[61]

Kinders se regte op privaatheid en waardigheid is ondersoek in *Johncom Media Investments v M.*[62] Die applikant het aansoek gedoen om 'n bevel wat artikel 12 van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 ongrondwetlik verklaar op die gronde dat die verbod om enige besonderhede van 'n egskeiding te publiseer, die reg op vryheid van uitdrukking beperk. Beide die partye het saamgestem dat die bepaling ongrondwetlik was, maar die *amicus curiae* het geargumenteer vir 'n remedie wat sal verseker dat die identiteit van die kinders wat vasgevang is in egskeidingsgedinge beskerm sal word deur die publikasie van alle inligting toe

---

56 2004 (6) SA 505 (CC) (hierna "*Khosa*") Sien ook Skelton in Boezaart (red) 277.
57 Wet op Maatskaplike Bystand 59 van 1992.
58 Skelton in Boezaart (red) 278.
59 1996 (4) SA 744 (CC). Sien ook Skelton in Boezaart (red) 278.
60 *B v M* [2006] 9 BLCR 1034 (W) en *Patel v Minister of Home Affairs* 2000 (2) SA 343 (D). Sien ook Skelton in Boezaart (red) 278.
61 Skelton in Boezaart (red) 278.
62 *Johncom Media Investments Limited v M (Media Monitoring Project as* Amicus Curiae) 2009 (4) SA 7 (CC). Sien ook Skelton in Boezaart (red) 278.

te laat, buiten dit wat die kind sal identifiseer. Die Grondwetlike Hof het artikel 12 met onmiddellike effek ongrondwetlik verklaar. Die hof het ‘n bevel ingesluit wat die publikasie van enige inligting wat enige van die partye tot ‘n egskeidingsgeding identifiseer of mag identifiseer, verhoed. Die enigste uitsondering op die algemene reël is dat die hof die publikasie van inligting mag toestaan in buitengewone omstandighede.[63]

3.3 Artikel 28 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

3.3.1 Algemeen

Die doel van artikel 28, bekend as die kinderklousule, is die beskerming van kinders en die klousule verleen dus regte aan kinders en nie aan hulle ouers nie.[64]

Dit is belangrik om daarop te let dat artikel 28 nie aan kinders die reg tot individuele selfbeskikking verleen nie.[65] Ouerlike regte en verantwoordelikhede as sodanig word nie deur die Grondwet beskerm nie. ’n Ouer kan byvoorbeeld nie aanspraak maak op ’n reg uit die Grondwet om sy of haar dogter se besluit om haar swangerskap te beëindig, teen te staan nie.[66] Ouers verkry ook nie die reg uit die Grondwet om lyfstraf aan hulle kinders toe te dien nie.[67] Alhoewel die staat om voor-die-hand-liggende redes nie sal inmeng in die metodes wat ouers gebruik ten einde hulle plig teenoor hulle kinders ingevolge die gemenereg, wetgewende en grondwetlike regte na te kom nie, sal die staat wel inmeng wanneer dit nodig is om die kind te beskerm en dan is die beste belang van die kind die belangrikste oorweging.[68]

63 Skelton in Boezaart (red) 278.

64 Cronje DSP en Heaton J *Die Suid-Afrikaanse Familiereg* 2 uitg (2004) 271.

65 Sien ook die bespreking in par 3.1.2 hierbo.

66 Artikel 5(3) van die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap maak voorsiening daarvoor dat ‘n mediese praktisyn ’n minderjarige moet adviseer om eers met haar ouers te konsulteer voordat hy of sy ’n aborsie uitvoer. Indien die kind weier om met haar ouers daaroor te praat, kan die mediese praktisyn nie die aborsie weier nie. Sien ook De Waal, Currie & Erasmus 457.

67 A 28(1)d.

68 A 28(2).

Artikel 28 het slegs op een aspek van die problematiese verhouding tussen kinders, ouers en die staat ’n impak. Die doel van artikel 28 is om kinders te beskerm in gevalle waar hulle in die besonder kwesbaar is. In hierdie geval versterk die addisionele regte soos uiteengesit in artikel 28 die beskerming soos vervat in die res van die Menseregtehandves. Artikel 28 omvat sekere sosio-ekonomiese regte vir kinders, wat ’n aanvulling is tot die algemene sosio-ekonomiese regte soos die reg op behuising, gesondheidsorg, voeding en maatskaplike sekuriteit vervat in artikels 26 en 27. Dit gee aan kinders die reg op onderwys, basiese voeding, behuising, mediese sorg en welsynsdienste.[69] Terselfdertyd word regte aan kinders verleen op gesinsorg of ouerlike sorg, of op gepaste alternatiewe sorg wanneer die kind uit die gesinsomgewing weggeneem word. Artikel 28 plaas dus ’n plig op die staat om te verseker dat ’n kind voorsien word van hierdie basiese vereistes en om aan die familie van die kind die middele te voorsien ten einde die vereistes na te kom.[70] Artikel 28(1) gee aan elke kind die reg

a) op ’n naam en nasionaliteit vanaf geboorte;

b) op gesinsorg of ouerlike sorg, of op gepaste alternatiewe sorg wanneer die kind uit die gesinsomgewing weggeneem word;

c) op basiese voeding, skuiling, basiese gesondheidsorgdienste en maatskaplike dienste;

d) om teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering beskerm te word;

e) om teen uitbuitende arbeidspraktyke beskerm te word;

f) om nie verplig of toegelaat te word om werk te verrig of dienste te lewer nie wat-

    (i) onvanpas is vir ’n persoon van daardie kind se ouderdom; of

69 De Waal, Currie & Erasmus 457.
70 De Waal, Currie & Erasmus 458.

(ii) ’n risiko vir die kind se welsyn, opvoeding, liggaamlike of geestelike gesondheid of geestelike, morele of sosiale ontwikkeling inhou;

g) om nie aangehou te word nie, behalwe as laaste uitweg, in watter geval, benewens die regte wat ’n kind kragtens artikels 12 en 35 geniet, die kind slegs vir die kortste gepaste tydperk aangehou mag word, en die reg het om-

(i) afsonderlik van aangehoudenes bo die ouderdom van 18 jaar aangehou te word; en

(ii) op ‘n wyse behandel te word en in omstandighede aangehou te word, wat met die kind se ouderdom rekening hou;

h) om, in siviele verrigtinge wat die kind raak, deur die staat op staatskoste van ‘n regspraktisyn voorsien te word indien dit andersins tot wesenlike onreg sou lei; en

i) om nie regstreeks in gewapende stryd gebruik te word nie en om in tye van gewapende stryd beskerm te word.

3.3.2 Spesifieke voorskrifte

(a) Die reg op ‘n naam en nasionaliteit

Artikel 28(1)(a) maak daarvoor voorsiening dat elke kind die reg het op ‘n naam en nasionaliteit vanaf geboorte.[71] Die grondwetlike beskerming van ’n kind se reg op ’n naam vanaf geboorte, en die kind se reg om sy of haar naam en ander basiese gesinsinligting te registreer, omvat ’n kind se reg tot ’n regsidentiteit. Die kind se reg op ’n regsidentiteit moet ook gesien word as ’n uitbreiding van sy of haar reg op menswaardigheid, soos vervat in artikel 10 van die Grondwet. Die reg op ’n identiteit het belangrike sielkundige en emosionele waarde, aangesien ’n naam die kind koppel aan sy of haar familie.[72] In *Hadebe v Minister of Home Affairs*[73] het die moeder van ‘n kind by die hoë hof aansoek gedoen om ‘n bevel om die respondent te verplig om die besonderhede op haar

[71] Skelton in Boezaart (red) 284.
[72] De Waal, Currie & Erasmus 458.
[73] [2007] JOL 18906 (D). Sien ook Skelton in Boezaart (red) 284.

kind se geboortesertifikaat reg te stel, nadat sy oor 'n tydperk van 18 maande nie daarin kon slaag om die wysigings te laat aanbring nie. Die hof het met direkte verwysing na artikel 28(1)(a) verklaar dat elke kind die reg het op 'n naam vanaf geboorte. Aangesien die artikel 'n verpligting op die staat plaas om toe te sien dat alle name aangeteken word in die register van geboortes en sterftes, moet die verantwoordelike amptenaar alles nodig doen om toe te sien dat die registrasie plaasvind en dat tegniese probleme nie in die pad van die registrasie staan nie.[74]

Die reg op nasionaliteit vanaf geboorte is 'n tradisionele reg vir alle kinders en word onderstreep deur verskeie internasionale instrumente.[75] Die beskerming van die reg op nasionaliteit is belangrik om staatloosheid te verhoed. As 'n persoon se reg op nasionaliteit misken word, kan menige ander regte, soos die reg om te stem en om in 'n sekere land te woon, ook misken word. Kinders is ook burgers en word gevolglik, soos volwassenes, beskerm deur artikels 20[76] en 21.[77]

(b) Die reg op gesinsorg, ouerlike sorg of alternatiewe sorg en die reg op voeding, skuiling, gesondheidsorg en maatskaplike dienste

Die reg van elke kind op gesinsorg, ouerlike sorg of alternatiewe sorg[78] wanneer die kind uit die gesinsomgewing verwyder word, is vervat in artikel 28(1)(b). Die doel van hierdie artikel is om te verseker dat kinders genoegsaam versorg is en om regs- en administratiewe aksie te vermy waar kinders verwyder word van hulle ouers of versorgers.[79] Die oogmerk van die

74 Skelton in Boezaart (red) 284.
75 A 7 van die Konvensie. Sien ook De Waal, Currie & Erasmus 458.
76 A 20 van die Grondwet beskerm die reg op burgerskap.
77 A 21 van die Grondwet beskerm die reg op vryheid van beweging en verblyf.
78 Sien in hierdie verband *Centre for Child Law v Minister of Home Affairs* 2005 (6) SA 50 (T) waar die hof beslis het dat onvergeselde buitelandse kinders wat binne die grense van Suid-Afrika is en sorgbehoewend is, deur die staat in 'n plek van veiligheid geplaas moet word totdat hulle gedeporteer kan word, asook *Centre for Child Law v MEC for Education* 2008 (1) SA 223 (T), waar die hof onder andere beslis het dat 'n kind geregtig is op toepaslike alternatiewe sorg wanneer die kind uit die gesinsomgewing weggeneem word.
79 Skelton in Boezaart (red) 285.

beskerming van kinders teen skeiding van hulle ouers as gevolg van 'n staatsaksie word die beste geïlustreer in *S v M*,[80] waarin die hof bevind het dat artikel 28(1)(b) saamgelees met artikel 28(2) bepaal dat die reg so ver as moontlik die opbreek van 'n gesinslewe of ouerlike sorg moet vermy waar dit kinders in gevaar kan plaas.[81] In praktiese terme beteken dit dat die howe waaksaam moet wees oor die effek wat die besluit op 'n kind of kinders mag hê wanneer hulle oorweeg om 'n primêre versorger tronk toe te stuur.

Die Konstitusionele Hof se benadering tot die regte in artikel 28(1)(b) en (c) van die Grondwet is dat hulle hoofsaaklik 'n plig op die ouers en gesinslede van die kind plaas.[82] Die plig gaan slegs op die staat oor as die kind se ouers of gesin in gebreke bly of nie in staat is om vir die kind te sorg nie. Die staat is egter verplig om die nodige omgewing vir die ouers en gesinslede te skep om behoorlik vir die kind te sorg. Die wyse waarop die staat dit moet doen, is om voorsiening te maak vir die regs- en administratiewe infrastrukture wat nodig is om die regte van kinders soos uiteengesit in artikel 28 te beskerm en om op 'n gekoördineerde basis, onderhewig aan die beskikbaarheid van middele, aan gesinne toegang tot grond, behuising, gesondheidsorg,[83] voedsel, water en bestaansekerheid te verskaf.[84]

Ingevolge die Konstitusionele Hof se beslissing in *Government of the Republic of South Africa v Grootboom*[85] moet die kind se regte kragtens artikel 28(1)(c) bepaal word in die konteks van die sosio-ekonomiese regte in artikel 25(5), 26 en 27 van die Grondwet. Artikel 28(1)(b) en (c) moet saamgelees word, aangesien dit verseker dat kinders na behore versorg word deur hulle ouers of

---

80 2008 (3) SA 232, 2007 (2) SACR 539 (CC). Sien ook Skelton in Boezaart (red) 285 vn 132.

81 Par [20]. Sien ook Skelton in Boezaart (red) 285.

82 *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2000 (11) BCLR 1169 (KH.), 2001 (1) SA 46 (KH.). Sien ook Cronjé & Heaton 268-269.

83 Sien ook in hierdie verband *TAC* 2002 (5) SA 421(CC) waarin die Konstitusionele Hof beslis het dat die staat ingevolge artikels 27(1) en (2) van die Grondwet verplig is om redelike wetgewende en ander maatreëls te tref om toenemend binne sy beskikbare middele, toegang tot die nodige gesondheidsorgdienste beskikbaar te stel om die oordrag van MIV/vigs van moeder na pasgebore baba te probeer uitskakel en *Centre for Child Law v MEC for Education* 2008 (1) SA 223 (T).

84 Cronje & Heaton 269.

85 2000 (11) BCLR 1169 (KH.), 2001 (1) SA 46 (KH) par [76].

gesinne en dat hulle gepaste alternatiewe sorg ontvang in die afwesigheid van ouerlike of gesinsorg. Die artikels omskryf die trefwydte van die sorg wat kinders behoort te ontvang in ons gemeenskap. Subartikel 1(b) definieer wie verantwoordelik is vir die versorging van kinders, terwyl subartikel 1(c) die verskeie aspekte van die versorgingselement lys.[86] Artikel 25(5) verplig die staat om, binne sy beskikbare middele, redelike wetgewende en ander maatreëls te tref om toestande te skep wat burgers in staat stel om op 'n billike grondslag toegang tot grond te verkry. Artikels 26 en 27 verplig die staat om, ook binne sy beskikbare middele, redelike en ander maatreëls te tref om die reg op toegang tot geskikte behuising asook die reg op gesondheidsorgdienste, voldoende voedsel en water en maatskaplike sekerheid in toenemende mate te verwesenlik.[87] Die hof het daarop gewys dat daar gevolglik 'n oorvleueling is tussen die regte wat in hierdie artikels genoem word en die kind se regte ingevolge artikel 28(1)(c). As gevolg van hierdie oorvleueling het die hof beslis dat artikel 28(1)(c) nie afsonderlike en onafhanklike regte aan kinders verleen nie, en hulle nie daarop geregtig maak om te eis dat skuiling aan hulle verskaf word nie. Die Konstitusionele Hof het gewaarsku dat "the carefully constructed constitutional scheme for progressive realization of sosio-economic rights would make little sense if it could be trumped in every case by the rights of children to get shelter from the State on demand" en dat "[c]hildren could become stepping stones to housing for their parents instead of being valued for who they are".[88]

(c) Die reg om beskerm te word teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering

Artikel 28(1)(d) verleen die reg aan kinders om beskerm te word teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering en is ondersteunend tot artikel 19(1) van die Konvensie.[89] Die Konstitusionele Hof het in twee sake die vraagstuk van lyfstraf in openbare instellings oorweeg. Ongelukkig het die hof nie enige noemenswaardige beslissings oor die betekenis van artikel 28(1)(d) in

86 Par [76].
87 Heaton *Vonnisbundel oor die Suid-Afrikaanse Familiereg* 3 uitg (2010) ("Heaton *Vonnisbundel*") 370.
88 Par [71]. Sien ook Heaton *Vonnisbundel* 368.
89 De Waal, Currie & Erasmus 464.

enige van die bevele gemaak nie. In *S v Williams*[90] moes die hof beslis oor die geldigheid van ‘n bevel van lyfstraf vir jong oortreders. Daar is aangevoer dat so ‘n bevel inbreuk maak op ‘n aantal grondwetlike regte, insluitend die reg om beskerm te word teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering. Die hof het die relevante artikel van die Strafproseswet 51 van 1977 ongeldig verklaar aangesien dit inbreuk gemaak het op die reg om beskerm te word teen wrede en vernederende straf. Die hof het dit dus nie nodig gevind om die artikel 28-regte in die besonder te oorweeg nie.[91]

(d) Kinderarbeid

Artikel 28(1)(e) verleen beskerming aan kinders teen uitbuitende arbeidspraktyke, maar dit plaas nie ’n ouderdomsbeperking op indiensneming van kinders nie. [92] Dit neem kennis van die feit dat daar duisende kinderarbeiders in Suid-Afrika is, in die besonder in die landbousektor. In die lig van hierdie realiteit is die vereistes dat ’n kind se opvoeding en gesondheid nie noemenswaardig deur sy werk beïnvloed mag word nie, ’n waardevolle aspek. ’n Groot getal kinders wat op plase werk sal deur hierdie klousule beskerm word, veral die kinders wat nie skool kan bywoon omdat hulle moet werk nie, asook die kinders wat met gevaarlike landboustof moet werk.[93]

(e) Die regte van kinders in aanhouding

Artikel 28(1)(g) stel regte daar aanvullend tot die regte waarvoor voorsiening gemaak word in artikel 12 (vryheid en sekerheid van die persoon) en artikel 35 (gearresteerde, aangehoue en beskuldigde persone). Dit gaan van die belangrike standpunt uit dat die aanhouding van kinders die heel laaste uitweg moet wees. Kinders is baie meer weerloos as volwassenes, en die negatiewe invloed van aanhouding is die rede waarom aanhouding so ver moontlik vermy

90 1995(3) SA 632 (CC). Sien ook Skelton in Boezaart (red) 287 vn 140.
91 Sien ook *Christian Education SA v Minister of Education* 2000 (4) SA 757 (CC).
92 Ingevolge artikel 43(1) van Die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997 is daar ‘n verbod op die indiensneming van enige kind onder die ouderdom van 15 jaar oud.
93 De Waal, Currie & Erasmus 466.

moet word. Waar kinders as laaste uitweg aangehou moet word, lig die subartikel spesifieke vereistes uit vir wettige aanhouding wat in lyn is met internasionale voorskrifte.[94]

(f) Die reg op regsverteenwoordiging

Ten einde ’n stem aan die kind te gee, het elke kind die reg op regsverteenwoordiging ingevolge artikel 28(1)(h) van die Grondwet. Die reg is aanvullend tot die regte uiteengesit in artikel 35(3)(g), wat aan elke beskuldigde persoon die reg gee op ’n billike verhoor. Artikel 28(1)(h) bepaal dat elke kind die reg het om deur die staat op staatskoste van ’n regspraktisyn voorsien te word indien dit andersins tot wesenlike onreg sou lei, en om onverwyld van hierdie reg verwittig te word.

In die saak *Soller v G*[95] is daar aandag gegee aan die kind se reg op regsverteenwoordiging. Bewaring (sorg) van K is aan sy moeder toegeken toe sy ouers geskei is. Toe K 15 jaar oud was, het hy die hof genader om wysiging van die bevel omdat hy by sy vader wou woon. Die hof het ‘n ander regsverteenwoordiger aangestel om K te verteenwoordig aangesien K se vader, wie die aansoek gebring het, van die rol geskrap is, en het die bevel gewysig. Die hof het daarop gewys dat artikel 28(1)(h) nie voorsiening maak vir die aanstelling van ‘n maatskaplike werker, sielkundige of berader nie. Wat vereis word is ‘n prokureur wat gebruik sal maak van spesifieke vaardighede en kundigheid om die kind te verteenwoordig. In kort kom dit dus daarop neer dat die regsverteenwoodiger die stem van die kind word en as ambassadeur vir die kind optree in die regsgeding.[96]

---

94 De Waal, Currie & Erasmus 466.

95 2003 (5) SA 430 (W). Sien ook *Legal Aid Board v R* 2009 (2) SA 262 (D) waarin die hof bevind het dat die Regshulpraad die bevoegdheid het om ingevolge sy grondwetlike verpligting om regshulp aan ’n minderjarige te verleen, ’n regsverteenwoordiger vir die minderjarige aan te stel sonder om ’n magtigende hofbevel of die toestemming van die kind se voog of ander persoon wat ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind het, te verkry. Sien ook Heaton *Vonnisbundel* 381.

96 Para [26] Sien ook Heaton *Vonnisbundel* 375.

(g) Die beste belang van die kind is altyd van deurslaggewende belang

Artikel 28(2) van die Grondwet bepaal dat die beste belang van die kind is van deurslaggewende belang in elke aangeleentheid wat die kind raak. Dit beteken egter nie dat alle ander grondwetlike regte eenvoudig geïgnoreer mag word of dat ’n beperking van die kind se beste belang ontoelaatbaar is nie. Dit beteken wel dat die kind se beste belang voorop gestel moet word, tensy inbreukmaking daarop ingevolge die beperkingsklousule in die Grondwet geregverdig kan word.[97] As die kind se beste belang met ’n ander persoon se grondwetlike regte bots, moet die hof vanselfsprekend die skending van die ander party se grondwetlike regte in ag neem wanneer beslis word of die beperking van die kind se beste belang regverdigbaar is.[98]

Die betekenis van “deurslaggewende belang” is deur die Konstitusionele Hof in *S v M* oorweeg.[99] Die vraagstuk het ter sprake gekom in die konteks van ‘n kriminele appel. Die enkelma van drie kinders het tronkstraf in die gesig gestaar vir bedrog, al was dit vir ‘n kort periode wat voorsiening maak vir vrylating in die gemeenskap met gemeenskapsdiens onder korrektiewe toesig. Die aansoek vir verlof tot appèl was gebaseer op die gronde dat die effek wat tronkstraf van die primêre versorger op die kinders mag hê, in ag geneem moet word. Die kompeterende regte was dus die regte van die kinders op ouerlike sorg, tesame met hulle beste belang wat oorweeg moes word, teenoor die regte van die gemeenskap om beskerm te word teen die effek van misdaad van ‘n ander.

In ‘n poging om die betekenis van die woorde “van oorheersende belang” te probeer definieer het regter Sachs beslis dat die omvattendheid van die beginsel alles blyk te belowe, maar bitter min blyk te lewer. Omdat die beste belang-beginsel onbepaalbaar is, het dit tot gevolg dat professionele persone en regters verskillende interpretasies daaraan koppel. Regter Sachs gaan voort om te sê dat terwyl die howe die feit van onbepaalbaarheid aanvaar, erken hulle

---

97 Grondwet a 36.
98 Heaton *Vonnisbundel* 277.
99 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae) 2008 (3) SA 232 (CC), 2007 (2) SACR 539 (CC). Sien ook Skelton in Boezaart (red) 282.

dat die krag van die artikel juis in die kontekstuele aard en inherente buigsaamheid daarvan lê. Die bepaling van die beste belang sal afhang van die individuele omstandighede van elke saak. ‘n Egte kind-gesentreerde benadering vereis ‘n in-diepte oorweging van die regte van die spesifieke kind in die presiese lewensomstandighede waarin die kind homself of haarself bevind. Indien ‘n voorafbepaalde formule gebruik word, sal dit teen die beste belang van die kind wees.[100] Die hof het die proses wat gevolg moet word om die beste belang van die kind te bepaal oorweeg, maar het die beginsel definieer met verwysing na wat dit nie is nie, eerder as wat dit is.

Die hof kom tot die gevoltrekking dat in gevalle waar primêre versorgers gevonnis moet word, die howe toepaslike aandag moet gee aan die kinders van die primêre versorger en dat redelike stappe geneem moet word om skade te beperk. Die hof beslis dat die beginsel van die oorheersendheid van die beste belang van die kind, saamgelees met die kind se reg op gesinslewe, vereis dat die belange van kinders wat beïnvloed word, behoorlik oorweeg moet word. Dit beteken nie dat die kind se beste belang alle ander oorwegings moet oorheers nie. Dit vra eerder dat elke saak op eie meriete oorweeg moet word met inagneming van die beste belang van die kinders wat beïnvloed word.[101]

4 DIE KINDERWET 38 VAN 2005

4.1 Oorsig

Die Kinderwet 38 van 2005 is een van die belangrikste en mees verreikende stukke wetgewing in die persone- en familiereg tot dusver in die geskiedenis van Suid-Afrika. Die Kinderwet, wat gebaseer is op die *Children’s Bill* 70 van 2003, is in Junie 2006 aanvaar. Die eerste gedeelte van die Kinderwet, wat primêr oor nasionale regeringsfunksies gehandel het, het op 1 Julie 2007 in werking getree. Die oorblywende gedeeltes van die Kinderwet, wat bestaan uit ’n wye reeks verdere voorskrifte, hoofsaaklik met betrekking tot provinsiale

100 Para [23] en [24]. Sien ook Skelton in Boezaart (red) 283.
101 Para [42]. Sien ook Skelton in Boezaart (red) 284.

regeringsfunksies, het op 1 April 2010 in werking getree. Vanaf 1 April 2010 is die Kinderwet dus na 13 jaar van intensiewe navorsing en konsultasie ten volle van krag. Die primêre doel van die Kinderwet is daarop gerig om uitvoering te gee aan sekere regte van kinders, soos vervat in die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika,[102] om beginsels met betrekking tot die versorging en beskerming van kinders uiteen te sit, en om kinders onder andere te beskerm teen mishandeling, misbruik, verwaarlosing en uitbuiting. Verder is die Kinderwet daarop gerig om kinderhowe daar te stel wat toeganklik is, en om voorsiening te maak vir die uitreiking van bydraersbevele (*contribution orders*).

Die Kinderwet sluit verder algemene bepalings in wat wetgewing, prosedures, optrede en besluite aangaande kinders reguleer,[103] bepalings wat handel oor ouerlike verantwoordelikhede en regte,[104] surrogaatouerskap,[105] aanneming van kinders,[106] internasionale aanneming in ooreenstemming met die *Hague Convention on Intercountry Adoption* 1993,[107] bepalings wat kinderontvoering verbied in ooreenstemming met die bepalings van die *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* 1980,[108] bepalings wat handel oor die gedeeltelike versorging van kinders,[109] kleinkinderopvoeding en die kinderbeskermingstelsel,[110] voorkomings- en vroeë ingrypingsdienste,[111] kinders in alternatiewe sorg,[112] kinders in pleegsorg,[113] kinder- en jeugsorgsentrums,[114] instapsentrums,[115] nuwe oortredinge teen kinders, en aangeleenthede wat daarmee verband hou.

---

102 A 28.
103 Aa 6 – 17.
104 Aa 18 – 41.
105 Aa 292 – 303.
106 Aa 228 – 253.
107 Aa 254 – 273.
108 Aa 274 – 280.
109 Aa 76 – 90.
110 Aa 41 – 191.
111 Aa 143 - 149.
112 Aa 167 – 179.
113 Aa 180 – 190.
114 Aa 191 – 212.
115 Aa 213 – 227.

Afgesien daarvan dat die Kinderwet regte aan kinders verleen,[116] bepaal dit ook dat elke kind verantwoordelikhede teenoor sy of haar familie, gemeenskap en die staat het ooreenkomstig sy of haar ouderdom en vermoë.[117]

Die bepalings van die Kinderwet is van toepassing op kinders onder die ouderdom van 18 jaar,[118] maar nie op ongebore kinders nie.

Die Kinderwet stel 'n omvattende wet ter beskerming van kinderregte daar deur verskeie wette wat oor kinders handel, soos die Kinderwet 33 van 1960, die Wet op Kindersorg 74 van 1983, die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972, die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987, die Wet op Voogdy 192 van 1993, die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 en die Wet op die Haagse Konvensie op Siviele Aspekte van Internasionale Kinderontvoering 72 van 1996 in die geheel te konsolideer, verbeter en vervang. Deel 1 van die Verdere Algemene Regswysigingswet 93 van 1962 en Deel 4 van die Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993 is ook deur die Kinderwet herroep.[119] Baie van die bepalings van hierdie wette word by die Kinderwet ingesluit of in gewysigde vorm daarin vervat.

Aanhefte tot wette het sedert die totstandkoming van die eerste demokratiesverkose regering in 1994 populêr geword in Suid-Afrika.[120] Die krag van 'n aanhef lê in die onderskeid wat dit maak tussen die verlede en die hede. 'n Konteks word geskep in die aanhef wat 'n stel waarde-gebaseerde verpligtinge aandui waaruit die wetgewing voortvloei. Die aanhef tot die Kinderwet is transformerend van aard aangesien dit ten doel het om die omstandighede van kinders te verbeter deur staatsverantwoordelikheid vir hulle versorging en beskerming te verseker, binne die milieu van hulle eie gesinne en gemeenskappe.[121]

---

116 A 6.
117 A 16.
118 A 17.
119 Skedule 4 van die Kinderwet.
120 Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-21.
121 Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-21.

Die aanhef verwys eerstens na die Suid-Afrikaanse Grondwet en beklemtoon dat Suid Afrika 'n gemeenskap is wat gebaseer is op demokratiese waardes, maatskaplike geregtigheid en fundamentele menseregte. Dit vestig 'n waardebasis vir die interpretering van die wet wat gekoppel is aan die Grondwet. Die aanhef verklaar dat dit die staat se verantwoordelikheid is om die regte soos vervat in artikel 28 van die Grondwet te respekteer, beskerm, bevorder en verwesenlik. Die klousule wat daarop volg verduidelik die rede hiervoor, naamlik dat die beskerming van kinders se regte 'n verpligting vereis om ook die regte van die volwassenes om hulle te verbeter, aangesien dit nie verkieslik of moontlik is om kinders se regte te beskerm in isolasie van hulle gesinne en gemeenskappe nie. Dit plaas 'n gemeenskapsgebaseerde beklemtoning op die beskerming van kinderregte, baie toepaslik vir 'n Afrika-konteks waar 'n gemeenskap vooropgestel word en waar alle mense gesien word as interafhanklik, as vasgevang in die idee van *ubuntu*.[122]

5 DIE ROL VAN DIE STAAT IN DIE IMPLEMENTERING VAN KINDERREGTE

Die Grondwet plaas 'n verpligting op die staat om uitvoering te gee aan al die regte, soos uiteengesit in die Menseregtehandves.[123] Dit sluit onder andere in kinders se grondwetlike regte op gesinsorg of alternatiewe sorg,[124] maatskaplike dienste,[125] en om beskerm te word teen misbruik en verwaarlosing.[126] Ten einde sy grondwetlike verpligtinge na te kom, moet die regering verseker dat die omgewing en dienste wat nodig is om die regte te vervul, beskikbaar is.

Die Kinderwet plaas uitdruklik 'n verpligting op die staat om 'n omvattende reeks maatskaplike dienste te voorsien en te befonds. Ingevolge artikel 4(2) van die wet moet alle staatsorgane redelike stappe doen tot die maksimum omvang van

---

122 *Ubunthu is* 'n Afrika-lewensfilosofie wat bepaal dat 'n persoon net 'n mens is deur ander mense. Skelton & Proudlock in Davel & Skelton (reds) 1-21.

123 Grondwet a 7(2).

124 A 28(1)(b).

125 A 28(1)(c).

126 A 28(1)(d).

hulle beskikbare middele om die realisering van die wet te bereik. Die klousule vereis dat alle regeringsdepartemente kinders vooropstel in die besluitnemingsproses oor begrotings en toekenning van hulpbronne.[127] Die dienste sluit in gedeeltelike-sorg fasiliteite en kleinkinderopvoedingsprogramme, voorkomings- en vroeë ingrypingsdienste, instapsentrums, beskermingsdienste (insluitend 'n ondersteuningskema vir huishoudings waarvan kinders die hoofde is), pleegsorg en groepspleegsorg, aanneming, insluitend internasionale aanneming en kinder- en jeugsorgsentrums.

Ingevolge die bepalings van die Kinderwet, rus die verantwoordelikheid vir maatskaplike ontwikkeling op die provinsiale lede van die Uitvoerende Raad vir Maatskaplike Ontwikkeling (*MEC's*) en is hulle verantwoordelik vir die voorsiening en befondsing van al hierdie dienste uit die begroting wat aan hulle toegeken word deur die Provinsiale Wetgewer.[128] [129]

Ten einde vas te stel of die regering sy verpligtinge ingevolge die Menseregtehandves nakom om beskerming en sorg te voorsien aan kinders wat sorgbehoewend is, is dit belangrik om die veranderinge in begrotingstoekennings en -uitgawes vir die lewering van hierdie dienste te monitor.[130] Deur kinders se maatskaplike en ekonomiese regte te monitor, help dit eerstens die regering om te beplan, wetgewing te skep en dienste aan kinders te lewer op 'n meer ingeligte vlak. Tweedens is dit 'n bewusmaking van gevalle waar kinders se maatskaplike en ekonomiese regte ontken word. Dit moenie uit die oog verloor word dat elke kind van belang is nie en indien daar op 'n kind se regte inbreuk gemaak word, word daar potensieël op ons

127 Berry "Protecting South Africa's Children: what difference will the new Children's Bill make?" 2007 *CME* 169.

128 Budlender & Proudlock "The Children's Act has commenced: Are the 2010/11 budgets of the provincial departments of social development adequate to implement it?" *Children's Institute, University of Cape Town* 3 http://www.ci.org.za/depts/ci/pubs/pdf/researchreports/ca_dsd_budget_analysis_jul10_all_provs.pdf [datum gebruik: 28 Julie 2010].

129 Sien ook Kinderwet aa 78, 93, 105, 146, 193 en 215.

130 Budlender, Gilbert & Proudlock "Keeping an eye on the government: Joint Monitoring Committee, Use the JMC: first" in 2001 *ChildrenFirst* 32.

Grondwet inbreuk gemaak.[131] Monitering het ten doel om kinderregte te bevorder, te beskerm en te verwesenlik en dit word gebruik as basis om vas te stel of ons ons belofte nakom om ons kinders se belange eerste te stel.[132]

Die provinsiale departemente van maatskaplike ontwikkeling is verantwoordelik vir befondsing en lewering van meer as 83% van hierdie dienste. Analisering van die begrotingstoekennings en -uitgawes voorsien dus ’n goeie maatstaf van die regering se vordering en planne.[133]

Die *Children’s Institute of the University of Cape Town* het na die volle inwerkingtreding van die Kinderwet ’n analise van die 2010/2011 begroting gedoen en dit vergelyk met die kosteberekening vir implementering van die Kinderwet wat aanvanklik gedoen is. Die kosteberekening bestaan uit verwagte kosteberamings oor ’n periode van ses jaar. Vir die vergelyking is 2009/2010 as die eerste jaar van implementering geneem. Vir die doel van hierdie vergelyking is die volledige toekennings vir die subprogramme op kindersorg- en beskerming, MIV en vigs, en sorg- en ondersteuningsdienste vir gesinne in ag geneem. Ten einde die aangeleentheid te vereenvoudig is slegs die hoogste en laagste skattings oorweeg, naamlik die laagste van die implementeringsplan (IP) en die hoogste van die volledige kosteberaming (FC). In totaal het die toekennings aan die nege provinsies alleenlik 49% van die verwagte koste van die implementeringsplan gedek in jaar 1 en 38 % vir jaar 4.[134]

Soos verwag is die prentjie nog donkerder as die vergelyking gedoen word met die FC hoë skattinge as wanneer dit gedoen word met die IP lae skattinge. In totaal gaan die nege provinsies volgens die skattinge slegs 5% van die verwagte koste van die FC in jaar 4 dek.[135]

---

131 McClain “Let’s help Government to keep its promise: monitoring service delivery” in 2001 *ChildrenFirst* 16.

132 McClain 2001 *ChildrenFirst* 18.

133 Budlender & Proudlock 40.

134 Budlender & Proudlock 44.

135 Budlender & Proudlock 45.

Die syfers dui aan dat die gaping tussen die voorsiening van dienste en die dienste wat benodig word waarskynlik oor tyd gaan vergroot. Dit is in teenstelling met die beginsel van progressiewe realisering.[136]

Een van die groot uitdagings wat vinnige groei in begrotings en die uitbreiding van dienslewering in die Kinderwet-areas daarstel, is die tekort aan maatskaplike diensleweringspersoneel. Hierdie personeel sluit maatskaplike werkers en hulpwerkers, kinder- en jeugsorgwerkers, vroeë kinderontwikkelingspraktisyns, gemeenskapsontwikkelingswerkers en huis-gebaseerde werkers in. Hierdie praktisyns word deur beide die regering en *Non Profit Organizations* (NPO's) aangestel. Die meerderheid praktisyns werk vir die NPO's en hulle salarisse en werkstoestande word dus nie geraak deur verbeterings in die salarisse en werkstoestande van regeringsamptenare nie. Dit het tot gevolg dat praktisyns in die bestaande poel rondskuif en dat daar nie 'n vermeerdering is in praktisyns wat dienste aan kinders kan lewer nie.[137]

Die Kinderwet skep drie geleenthede vir plaaslike owerhede om direk betrokke te wees by sy implementering. Die provinsiale hoof van maatskaplike dienste het op sy or haar inisiatief die diskresie om verskeie funksies aan munisipaliteite toe te ken, soos die registrasie van gedeeltelike-sorg fasiliteite en kleinkinder-opvoedingsprogramme en instapsentrums. Al drie tipes fasiliteite voorsien tydelike sorg vir kinders en is geleë in hulle onmiddellike gemeenskap.[138]

Die MEC vir Maatskaplike Ontwikkeling is verplig om saam met plaaslike owerhede (munisipaliteite) te werk ten einde gepaste persele te vind om te verseker dat daar voldoende verspreiding van die genoemde fasiliteite is. Die MEC moet ook verseker dat 'n register van die fasiliteite in stand gehou word. Die Kinderwet maak verder voorsiening dat die provinsiale hoof van maatskaplike ontwikkeling die diskresie het om die funksies met betrekking tot die registrasie van die fasiliteite oor te dra aan munisipaliteite. Die munisipale

136 Budlender & Proudlock 45.
137 Budlender & Proudlock 24.
138 Christmas "Reviewing the Children's Act - Implications for Local Government" *Local Government Bulletin 10* 11.

bestuurder het die administratiewe plig om die inligting met betrekking tot hierdie fasiliteite in stand te hou en dit beskikbaar te hê op aanvraag van die provinsiale hoof van maatskaplike ontwikkeling. Die funksie kan slegs aan die munisipaliteit oorgedra word indien daar vasgestel is dat die betrokke munisipaliteit die vermoë en kapasiteit het om die funksie uit te voer.[139]

6 SAMEVATTING

Suid-Afrika het 'n ver pad gekom sedert die 16de eeu in die erkenning en ontwikkeling van kinderregte. Kinderregte word vandag ten volle erken in die Grondwet, wat die hoogste gesag in die land is. Die hofbeslissings wat reeds in die Suid-Afrikaanse howe voorgekom het, demonstreer die toewyding van howe tot die interpretasie en toepassing van die regte op die lewens van die kinders.[140] Die benadering tot kinders in litigasie omvat beide die behoefte om kinders en hulle regte te beskerm. Die breër raamwerk van die internasionale reg wat die howe verplig is om in ag te neem wanneer kinderregte soos uiteengesit in die Grondwet oorweeg word, voorsien 'n ryk bron van inligting vir leiding en interpretasie.[141]

Uit die voorafgaande blyk dit duidelik dat Suid-Afrika oor omvattende wetgewing beskik wat in die besonder daarop gerig is om kinders se regte te beskerm. Wetgewing is egter net so sterk as wat die suksesvolle praktiese implementering daarvan is. Dit vereis dat daar voldoende kundige regspraktisyns, maatskaplike werkers, opvoeders en gesondheidswerkers moet wees om praktiese uitvoering aan die Kinderwet te gee. Samewerking tussen die Departemente van Maatskaplike Dienste, Gesondheid, Justisie en Grondwetlike Ontwikkeling en die Suid-Afrikaanse Polisiediens, sowel as die beskikbaarheid van fondse vir die lewering van dienste is nodig vir die implementering en uitvoering van die wet.

---

139 Christmas 11.
140 Skelton in Boezaart (red) 290.
141 Skelton in Boezaart (red) 290.

Alhoewel die verskillende rolle wat ouers en die staat speel duidelik blyk te wees, skend die draers van die verpligtinge die regte van kinders, en die voorsiening van dienste is meestal onvoldoende. Suid-Afrika het sedert 1994 sonder twyfel verskeie uitstekende wette en beleid geskep. Die implementering daarvan is egter stadig op alle vlakke, veral op regeringsvlak, waar menslike en ander hulpbronne dikwels afwesig is. Laasgenoemde blyk duidelik uit die analise van die 2010/2011 begroting wat deur die *Children's Institute of the University of Cape Town* gedoen is en die vergelyking daarvan met die kosteberekening vir implementering van die Kinderwet wat aanvanklik gedoen is. Aansienlik meer verantwoordelikheid vir die skepping van infrastruktuur en maatskaplike ontwikkeling is afgewentel na plaaslike owerheidsvlak, somtyds sonder voldoende middele. 'n Gebrek aan basiese vaardighede en ongelykhede tussen provinsies wat dateer uit die apartheidsera het 'n substandaard lewering van dienste tot gevolg, veral in die platteland.[142]

Die verhouding tussen die regering en maatskaplike diensorganisasies is nie in ooreenstemming met die oogmerke van die Opheffing en Ontwikkelingsprogramme (RDP) nie. Maatskaplike diensorganisasies bevind hulself dikwels met die reuse taak van diensverskaffers, sonder dat die nodige middele aan hulle verskaf word om die werk te doen. Ouers en gemeenskappe sukkel om kinders te voorsien van basiese noodsaaklikhede in 'n omgewing van uiterste armoede, 'n onbevredigende vlak van dienslewering en 'n MIV/vigs-pandemie wat die lewe en welsyn van gemeenskappe landswyd bedreig.[143]

Dit blyk dus duidelik uit bogenoemde dat 'n kultuur van kinderregte nog nie in Suid-Afrika gevestig is nie, met ander woorde ons kon nog nie daarin slaag om 'n veilige, beskermende en versorgende kinderregte-omgewing vir al die kinders in ons land te skep nie. Om inbreukmaking op kinderregte aan te spreek, is dit nodig dat beide volwassenes en kinders in hierdie verband opgevoed word. Kinders se kwesbaarheid word vererger deur swak toegang tot dienste, 'n gebrek aan voldoende beskermingsmaatreëls, en die sekondêre skending van

[142] Berry & Guthrie 12.
[143] Berry & Guthrie 12.

hulle regte in hulle interaksie met sisteme wat nie in staat is om tydig op die korrekte manier op die dringendheid van hulle omstandighede te reageer nie.[144]

[144] Berry & Guthrie 13.

HOOFSTUK 4
KINDERS SE REGTE EN TRADISIONELE WAARDES: SPESIFIEKE VOORBEELDE

1 INLEIDING

Kinders is een van die mees weerlose groepe in die gemeenskap en dit is die plig van die ouers, familie en die staat om na hulle om te sien en 'n beter lewe en toekoms vir hulle te verseker. Kinders se regte word beskerm in artikel 28 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 en die Kinderwet 38 of 2005. Die doel van die Kinderwet is om onder andere uitvoering te gee aan bepaalde regte van kinders, soos vervat in die Grondwet, en om beginsels met betrekking tot die versorging en beskerming van kinders daar te stel.[1] Aangesien die wet ten doel het om omvattende wetgewing daar te stel wat die algemene welsyn van kinders bevorder, bevat dit ook voorskrifte wat kinders voorsien van ander spesiale beskermingsmaatreëls, wat insluit: [2]

(1) beskerming teen maatskaplike, kulturele en godsdienstige praktyke wat nadelig vir die algemene welsyn van die kind is;
(2) beskerming teen kinderhandel;
(3) die erkenning van huishoudings onder die beheer van kinderhoofde en die minimum norme en standaarde waaronder sulke huishoudings behoort te funksioneer; en
(4) beskermingsmaatreëls met betrekking tot 'n kind se gesondheid wat in die besonder fokus op toestemming tot mediese behandeling, chirurgiese operasies, MIV-toetsing en toegang tot voorbehoedmiddels.

Vir doeleindes van hierdie skripsie en weens die beperkte omvang daarvan, word daar gefokus op die spesiale beskermingsmaatreël in die wet wat

[1] Kassan & Mahery "Special child protective measures in the Children's Act" in Boezaart *Child Law in South Africa* (2009) 185.
[2] Kassan & Mahery in Boezaart 185.

beskerming verleen teen maatskaplike, kulturele en godsdienstige praktyke wat nadelig vir die algemene welsyn van die kind is.

2 DIE BESTE BELANG VAN DIE KIND EN DIE GEWOONTEREG

2.1 Inleiding

Die beginsel dat die beste belang van die kind van oorheersende belang is in elke aangeleentheid wat die kind raak, word beskou as die goue draad wat deur alle aangeleenthede wat verband hou met kinders, geweef is. Artikel 3 van die United Nations Convention on the Rights of the Child 1989 (hierna "die Konvensie")[3] bepaal dat die beste belang van die kind die primêre oorweging is in alle sake waarby kinders betrek word, hetsy deur openbare of privaat maatskaplike instellings, howe, administratiewe regering of wetgewende liggame. Die Konvensie verteenwoordig die hoogtepunt van 'n halfeeu se internasionale pogings om 'n universiële standaard in die veld van menseregte daar te stel.[4]

Die beginsel word ook gereflekteer in artikel 4 van die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* 1990 (hierna "die Afrika Handves"),[5] wat bepaal dat: "[i]n all actions concerning the child undertaken by any person or authority the best interests of the child shall be the primary consideration".[6]

Artikel 28(2) van die Grondwet gee hoofsaaklik erkenning daaraan dat in alle sake waarin kinders betrokke is, die kinders se beste belang die deurslaggewende faktor moet wees. Die beste belang van die kind moet bepaal word deur die omstandighede van elke individuele saak.[7]

3 Die Konvensie is wêreldwyd die mees algemeen-geratifiseerde internasionale menseregteverdrag, wat ook deur Suid-Afrika geratifiseer is op 16 Junie 1995.
4 Alston *The Best Interest of the Child Reconciling Culture and Human Rights* (1994) 1.
5 Die Afrika Handves is deur Suid-Afrika geratifiseer op 7 Januarie 2000.
6 Alston *Reconciling* 4.
7 Ngidi "Upholding the best interests of the child in South African customary law" in Boezaart *Child Law in South Africa* (2009) 225.

Die uitdaging lê daarin dat kulturele perspektiewe en die kind se beste belang by mekaar uitgebring moet word. Ingevolge die gewoontereg word 'n kind se posisie hoofsaaklik bepaal deur die status van die kind se ouers, en 'n individu word beskerm deur sy of haar ouers. Kinders word nie gekies vir voorkeurbehandeling nie; hulle welsyn word eerder beskou as onlosmaaklik deel van dié van hulle families.[8]

Sedert die inwerkingtreding van die Grondwet was die howe instrumenteel in die handhawing van gewoonteregpraktyke en -beginsels, sowel as die hervorming van sommige van die praktyke en -beginsels waar dit teenstrydig was met die Grondwet.[9] Dit het tot gevolg gehad dat die gewoontereg hervorm is ten einde die grondwetlike regte soos vervat in die Menseregtehandves te handhaaf, insluitend die beginsel dat die beste belang van die kind deurslaggewend is, wat ook 'n reg is wat gewaarborg word aan elke kind in Suid-Afrika. Die gewoontereg word erken as deel van die Suid-Afrikaanse reg en onlangse hervorming in die veld van die kinderreg inkorporeer sommige van die gewoonteregpraktyke en -beginsels in wetgewing ten einde die belange van kinders op wie die gewoontereg van toepassing is, te beskerm.[10]

2.2 Die posisie van gewoontereg onder die Grondwet

Die Grondwet erken dat die gewoontereg deel is van die Suid-Afrikaanse reg, onderhewig daaraan dat die toepassing daarvan bestaanbaar is met die bepalings van die Grondwet.[11] Artikel 31 van die Gondwet maak voorsiening vir die reg tot beoefening van kultuur en godsdiens, en die gebruik van taal in soverre dit nie met enige bepaling van die Handves van Regte onbestaanbaar is nie.[12] Artikel 39(2) bepaal dat by die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenereg of gewoontereg, elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Menseregte moet

---

[8] Ngidi in Boezaart 225.

[9] *Bhe v Magistrte, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC). Sien ook Ngidi in Boezaart (red) 226.

[10] Ngidi in Boezaart 226.

[11] A 39(3) van die Grondwet. Sien ook Ngidi in Boezaart 225.

[12] A 31(1) & (2).

bevorder. Die Handves ontken nie die bestaan van ander regte of vryhede wat deur die gemene reg, gewoontereg of wetgewing erken of verleen word nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met die Handves bestaanbaar is.[13] Ingevolge artikel 211(3) moet die howe gewoontereg toepas wanneer dié reg toepasbaar is, behoudens die Grondwet en enige wetgewing wat spesifiek oor die gewoontereg handel. Wetgewing wat spesifiek met gewoontereg handel is byvoorbeeld die Swart Administrasiewet 38 van 1927, die Wysigingswet op Swart Wetgewing 76 van 1963 en die Wysigingswet op die Bewysreg 45 van 1988.

Die howe het dit duidelik gemaak dat, onder die grondwetlike orde, die gewoontereg nie ondergeskik is aan die gemenereg nie, maar gelykstaande daaraan. In *Mabuza v Mbatha* moes die hof uitspraak lewer oor 'n dispuut oor die bestaan al dan nie van 'n gewoonteregtelike huwelik tussen die partye. Ten einde die dispuut op te los, moes die howe kyk na die status van die gewoontereg binne die grondwetlike bedeling. In die woorde van Regter-president Hlope:[14]

> "The proper approach is to accept that the Constitution is the supreme law of the Republic. Thus any custom which is inconsistent with the Constitution cannot withstand constitutional scrutiny. In line with this approach, my view is that it is not necessary at all to say African Customary Law should not be opposed to the principles of public policy or natural justice. To say that is fundamentally flawed as it reduces African Law (which is practised by the vast majority in this country) to foreign law – in Africa!"

Die hof se sentiment in *Mabuza v Mbatha* is weerspieël in *Alexkor Ltd v Richtersveld Community*,[15] waar die hof beslis het dat waar die inheemse reg in die verlede gesien is deur die gemenereg-bril, dit nou gesien moet word as 'n integrale deel van ons reg en soos alle reg vir sy trefkrag afhang van sy bestaanbaarheid onder die Grondwet.[16]

[13] A 39(3).
[14] 2003 (4) SA 218 (C) para [30].
[15] 2004 (5) SA 460 (CC) para [51].
[16] Ngidi in Boezaart 225.

2.3 Die beginsel van die beste belang van die kind in die gewoontereg

Die beginsel van die beste belang van die kind is lank toegepas in die gemenereg voordat dit konstitusioneel omskryf is. Die beste belang van die kind is in die konteks van die gewoontereg altyd gedien deur die beskerming van die gesin en die handhawing van wat vir die gesin as ‘n geheel goed is, eerder as dié van die kind as individu.[17] In ooreenstemming met die konvensionele wysheid van die 1930's tot die 1950's was daar in die gewoontereg nie in die besonder aandag gegee aan die welsyn van kinders nie. In plaas daarvan het die klem daarop gelê om te besluit aan watter gesin of familie die kind geaffilieer was, en sodra daardie vraag beantwoord is, kon twee belangrike regte vasgestel word: ‘n seun se reg op opvolging en ‘n voog se eis op die bruidskat wat betaal moet word vir ‘n meisie se huwelik.[18] Kragtens die gewoontereg word kinders se klassifikasie gebaseer op die status van hulle ouers op die tydstip van hulle geboorte. Daar is kinders van ongetroude vroue of oujongnooiens wat behoort aan die familie van die vrou, en wat val onder die voogdyskap van haar voog; kinders van ‘n getroude vrou wat behoort aan die familie van die vrou se man; kinders wat opgegee is vir aanneming wat die kinders word van die aangenome familie en kinders wat gebore word uit ‘n *ukungena* verhouding. Dit is gevalle waar ‘n weduwee betrokke raak in ‘n verhouding met haar oorlede man se broer of manlike familielid en die kinders gebore uit so ‘n verhouding word dan beskou as kinders gebore uit die huwelik tussen die vrou en haar oorlede man en word in die geheel beskou as wettig.[19]

Oor die algemeen het al hierdie klasse kinders die reg teenoor hulle respektiewelike voogde tot behuising, en die reg om gevoed en geklee te word in ooreenstemming met die maatskaplike stand van hulle voogde. Kinders se regte, byvoorbeeld die reg om op te volg, word ook vasgestel deur betaling van

---

17 Ngidi in Boezaart 227.
18 Ngidi in Boezaart 228.
19 Ngidi in Boezaart 228.

lobolo, wat ‘n gewoonteregtelike huwelik daarstel, en ander gebruike soos *isondlo.*[20]

3 DIE KINDERWET 38 VAN 2005 EN DIE GEWOONTEREG

3.1 Inleiding

Die Kinderwet is daarop gerig om die implementering van alle wetgewing met betrekking tot kinders te lei, hetsy prosedures, aksies en besluite deur ‘n staatsorgaan in enige saak wat ‘n kind in die algemeen raak. Dit sluit in die inkorporering van sommige gewoonteregtelike regsbeginsels en praktyke in wetgewing.[21]

Die Kinderwet maak voorsiening vir ‘n wye definisie en interpretasie van “versorger”, wat insluit enige persoon wat omsien na ‘n kind met die geïmpliseerde of uitdruklike toestemming van die ouer of voog.[22] In die Kinderwet word ‘n familielid met betrekking tot ‘n kind gedefinieer as ‘n ouer van die kind, enige ander persoon wat ouerlike verantwoordelikhede en regte met betrekking tot die kind het, ‘n grootouer, broer, suster, oom, tannie of neef of niggie van die kind en enige ander persoon met wie die kind ‘n noemenswaardige verhouding het, gebaseer op ‘n sielkundige of emosionele band, wat ‘n gesinsverhouding verteenwoordig.[23] Die wye uitgebreide definisie van ‘n kind se familielid gee erkenning aan die rol wat uitgebreide families kan speel in die grootmaak van kinders. Die Kinderwet akkommodeer dus die gewoonteregtelike regsbeginsel dat ‘n kind aan die uitgebreide familiegroep behoort, byvoorbeeld aan die familie van die ongetroude moeder of dié van die ongetroude vader.[24]

---

20 *Isondlo* is die betaling van vergoeding aan ’n persoon vir die versorging van ’n kind wat nie lid van sy of haar groep is nie (Bekker, Labuschagne & Vorster *Inleiding tot Regspluralisme in Suid-Afrika Deel 1: Gewoontereg* 87).

21 Ngidi in Boezaart 236.

22 A 32 van die Kinderwet 38 van 2005. Sien ook Ngidi in Boezaart 236.

23 A 1 (1) van die Kinderwet 38 van 2005. Sien ook Ngidi in Boezaart 236.

24 Ngidi in Boezaart 237.

Die definisie van ‘n huwelik in die Kinderwet sluit gewoonteregtelike huwelike in, asook huwelike aangegaan in ooreenstemming met godsdienstige reg, onderhewig aan sekere prosedures.[25] Die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike[26] erken alle gewoonteregtelike huwelike wat gesluit is in terme van die relevante gewoonteregpraktyke. Aangesien gewoonteregtelike huwelike beskou word as wettige huwelike, word kinders wat andersins beskou sou wees as kinders van ongetroude ouers na inwerkintreding van die wet beskou as kinders van getroude ouers.[27]

Die Kinderwet erken ook tradisionele owerhede, wat gedefinieer word as enige owerheid wat in terme van die inheemse reg of enige ander reg, die sake van enige inheemse groep administreer wat woonagtig is binne die area en onder die beheer van die tradisionele leier.[28]Die relevansie van die laaste bepaling is geleë in die oplossing van dispute deur bemiddeling ten einde kinders te beskerm teen nadelige hofprosesse.[29]

3.2 Die beginsel van die beste belang van die kind in terme van artikels 7 en 9 van die Kinderwet

Die beginsel dat die beste belang van die kind allesoorheersend is in alle aangeleenthede wat die kind raak, is deeglik vasgelê in internasionale reg en onderliggend in ons Grondwet.[30] Artikel 9 van die Kinderwet bepaal dat in alle aangeleenthede betreffende die versorging, beskerming en welsyn van ‘n kind moet die standaard dat die kind se beste belange van oorheersende belang is, toegepas word. Hierdie artikel vind aanklank by artikel 28(2) van die Grondwet en ondersteun die belangrikheid van hierdie beginsel.[31]

---

25 A 1 (1) van die Kinderwet 38 van 2005. Sien ook Ngidi in Boezaart 237.

26 Wet 120 van 1998.

27 Ngidi in Boezaart 237.

28 A 1 (1) van die Kinderwet 38 van 2005.

29 Ngidi in Boezaart 237.

30 A 3(1) van die Konvensie, a 4(1) van die Afrika handvel en a 28(2) van die Grondwet. Sien ook Ngidi in Boezaart 237.

31 Ngidi in Boezaart 237.

Artikel 7 maak voorsiening vir riglyne in die bepaling van die beste belang van die kind-maatstaf. Dit bevat ‘n lys van faktore wat oorweeg moet word wanneer die beste belang van die kind-maatstaf toegepas moet word. Artikel 7(1)(f) bepaal dat een van die faktore die kind se behoefte is om onder die sorg van sy of haar ouer, gesin en uitgebreide gesin te bly en om ’n band met sy of haar gesin, uitgebreide gesin, kultuur of tradisie te behou.[32]

3.3 Beskerming teen maatskaplike, kulturele en godsdienstige praktyke wat nadelig vir die algemene welsyn van die kind is

3.3.1 Inleiding

Kinders het die reg op waardigheid, vryheid van persoon, gelykheid en beskerming teen misbruik, maar hulle het ook die reg om hulle kultuur en godsdiens te beoefen.[33]

Die aanhef van die Grondwet erken spesifiek dat Suid-Afrika aan almal behoort wat daarin leef, eensgesind in ons verskeidenheid. Die Grondwet beskerm die regte van individue en groepe wat hulle kultuur en godsdiens beoefen in artikel 31 van die Menseregtehandves. Artikel 31 bevat ook ‘n voorbehoudsbepaling dat kulturele en godsdienstige regte nie uitgeoefen mag word op ‘n manier wat onbestaanbaar is met enige reg in die Handves nie. Dit is dus nodig om na elke spesifieke kulturele, godsienstige en maatskaplike praktyk te kyk en die regte teen mekaar op te weeg ten einde vas te stel of dit inbreuk maak op die kind se regte.[34]

Die verpligting om kinders te beskerm teen maatskaplike, kulturele of tradisionele gebruike wat nadelig vir hulle gesondheid of algemene welsyn is, kan gevind word in verskeie internasionale instrumente, soos artikel 24(3) van die Konvensie, wat daarvoor voorsiening maak dat staatspartye die nodige effektiewe en toepaslike maatreëls moet tref met die oog daarop om

---

32 Ngidi in Boezaart 237.

33 Aa 28(1) en 31(1) van die Grondwet.

34 *Virginity testing and the Children’s Bill* Discussion Paper (2005) Children’s Institute, University of Cape Town.

tradisionele praktyke wat nadelig vir ‘n kind se gesondheid mag wees, af te skaf.[35] Op ‘n streeksvlak verleen artikel 21 van die Afrika Handves beskerming aan kinders teen skadelike maatskaplike en kulturele praktyke, deur te bepaal dat alle staatspartye die nodige maatreëls in plek moet stel om alle skadelike maatskaplike en kulturele praktyke wat die welsyn, waardigheid en normale groei en ontwikkeling van die kind in die besonder affekteer, uit te skakel.[36]

Alhoewel dit die rol van die reg is om standaarde daar te stel wat daarop gemik is om alle skadelike tradisionele gebruike uit te skakel, is dit te bevraagteken of ‘n verbod alleen voldoende is. Sekere tradisionele gebruike is weens hulle aard deel van ‘n gemeenskap se hartklop en mag selfs deur sommige lede van die gemeenskap beskou word as dít wat die gemeenskap se identiteit definieer. [37] Sommige tradisionele gebruike soos vroulike besnydenis mag ‘n maatskaplike rol vervul in die gemeenskap, wat dit moeilik maak vir meisies wat nie besny is nie om te kan trou. Gevolglik moet alternatiewe ontwikkel word met inagneming van die tradisies van die gemeenskap. Aangesien nóg kultuur nóg tradisies staties is, kan kinderregte nie van een kultuur na ‘n ander oorgedra word nie, maar moet daar aandag gegee word aan die funksies wat dit vervul in die verskillende tradisies. Kinderregte het ‘n beter vooruitsig om geïmplementeer te word indien dit die plaaslike kulturele oortuigings weerspieël.[38]

Alhoewel die Suid-Afrikaanse Grondwet nie ‘n uitdruklike voorskrif bevat wat skadelike maatskaplike, kulturele, godsdienstige en tradisionele praktyke verbied nie, is daar sekere voorskrifte wat geïnterpreteer en uitgebrei kan word om kinders te beskerm. Dit sluit in die reg op waardigheid;[39] die reg op privaatheid;[40] die reg op lewe;[41] die reg om op geen wyse gemartel te word; en om nie nie op ‘n wrede, onmenslike of vernederende wyse behandel of gestraf

---

35 Kassan & Mahery in Boezaart 186.
36 Kassan & Mahery in Boezaart 187.
37 Van Bueren “Children’s rights: balancing traditional values and cultural plurality” in Douglas & Sebba *Children’s Rights and Traditional Values* (1998) 17.
38 Van Bueren in Douglas & Sebba 17.
39 Grondwet a 11.
40 Grondwet a 14.
41 Grondwet a 11.

te word nie;[42] die reg op liggaamlike en psigiese integriteit;[43] die reg om teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering beskerm te word;[44] en die verskanste beginsel dat ‘n kind se beste belang van deurslaggewende belang is in elke aangeleentheid wat die kind raak.[45]

Ten einde te verseker dat Suid-Afrikaanse kinders beskerm word teen praktyke wat potensieël nadelig vir hulle gesondheid en algemene welstand kan wees, maak artikel 12(1) van die Kinderwet uitdruklik daarvoor voorsiening dat elke kind die reg het om nie onderwerp te word aan maatskaplike, kulturele en godsdienstige praktyke wat nadelig is vir hulle algemene welsyn nie.[46] Die Wet spreek spesifieke praktyke soos manlike besnydenis, vroulike genitale skending, maagdelikheidstoetse en vroeë huwelike van kinders aan.

Die gemelde praktyke is aanvanklik geïdentifiseer gedurende die Suid-Afrikaanse Regshervormingkommissie (hierna “SARHK”) se ondersoek na die hersiening van die reg insake kinders. Kinders behoort beskerm te word teen potensieel skadelike maatskaplike, kulturele en godsdienstige praktyke in lyn met Suid-Afrika se internasionale en grondwetlike verpligtinge.[47] In die verslag het die SARHK aanbeveel dat manlike besnydenis gereguleer moet word, dat vroulike besnydenis (genitale skending) verbied moet word, dat ‘n opvoedkundige en kriminele regsbenadering aangeneem word tot maagdelikheidstoetse, dat kinderhuwelike verbied moet word, en dat ‘n minimum standaardouderdom vasgestel moet word vir huweliksluiting.[48] Hierdie voorskrifte, wat vervat is in die konsep Kinderwet wat in 2002 vir kommentaar vrygestel is, het vele debat uitgelok gedurende die parlementêre debatvoering. Gevolglik is die bepalings in die Kinderwet soos dit nou daar uitsien, ‘n

42 Grondwet aa 12(1)(d) & (e).
43 Grondwet a 12(2).
44 Grondwet a 28(1)(d).
45 Grondwet a 28(2).
46 Kassan & Mahery in Boezaart 187.
47 SALRC *Review of the Child Care Act* Discussion Paper 103 Project 110 (2001) hfst 21 (2001). Sien ook Kassan & Mahery in Boezaart 188.
48 SALRC *Review of the Child Care Act* hfst 2. Sien ook Kassan and Mahery *Protective Measures* 187

middeweg waarop ooreengekom is deur parlementariërs, na inagneming van die sienings van die verskeie belangegroepe, insluitend tradisionele leiers.[49]

3.3.2 Manlike besnydenis

Besnydenis word in die Afrika-kultuur algemeen beskou as die belangrikste gebeurtenis tydens die inisiasieproses, en in sommige kulture word dit beskou as noodsaaklik om volwassenheid te betree. Volgens moderne idees van menseregte, maak dit inbreuk op 'n individu se regte tot waardigheid en liggaamlike integriteit.[50]

Alhoewel Suid-Afrika die Konvensie en die Afrika Handves geratifiseer het, en die Suid-Afrikaanse Grondwet en die Kinderwet in werking gestel het, word die tradisie van besnydenis van seuns steeds in veral die swart kulture beoefen en hou dit dikwels ernstige gesondheidsprobleme in wat soms tot die dood van die seun lei. Manlike besnydenis is die sny van die voorhuid van die punt van die manlike penis. Dit word uitgevoer op kinders wat wissel van pasgebore babas tot diegene wat puberteit bereik het. Die redes vir hierdie praktyk sluit in godsdienstige oorwegings, kulturele oorwegings, gesondheid en higiëne, en om die bereiking van manlikheid te vier. Meer onlangs word dit gesien as 'n manier om MIV-infeksie te voorkom.[51] Alhoewel daar geargumenteer kan word dat dit gesondheidsvoordele kan inhou sonder permanente skade aan gesondheid, word dit meermale uitgevoer onder onhigiëniese toestande met primitiewe instrumente, sonder enige verdowing.[52] Hierdie prosedure kan ernstige skade en gesondheidsnagevolge vir kinders inhou, soos erge pyn en bloeding, wondinfeksies, absesse, sere, afsterwing van die weefsel, wondkrampe, septisisme, misvorming van die penis en selfs die dood.[53]

---

49 Kassan and Mahery *Protective Measures* 188.
50 Ngidi in Boezaart 239.
51 Kassan & Mahery in Boezaart 188.
52 Nyaundi "Circumcision and the rights of the Kenyan boy–child" (2005) *African Human Rights Law Journal* 172.
53 Nyaundi 2005 *African Human Rights Law Journal* 177.

Die kinders wat die inisiasieproses deurgaan word in afsondering gehou om gesond te word en gedurende hierdie tyd ontvang hulle onderrig aangaande hulle rol as man in die gemeenskap. Die ritueel en wat dit inhou, is omvou deur misterie en die geïnisieerdes lê ‘n eed af om nooit te vertel wat met hulle gebeur het nie.[54]

Die Kinderwet reguleer die besnydenis van manlike kinders.[55] Die betrokke bepalings van die Kinderwet poog om laasgenoemde aan te spreek deur voorsiening te maak dat besnydenis slegs uitgevoer mag word soos voorgeskryf. Die Kinderwet onderskei tussen manlike kinders onder die ouderdom van 16 jaar en dié van 16 jaar en ouer. Besnydenis op manlike kinders onder die ouderdom van 16 jaar word verbied, tensy dit uitgevoer word as deel van ‘n godsdienstige praktyk op die voorgeskrewe manier of vir mediese redes op die aanbeveling van ‘n mediese praktisyn.[56] Die wet vereis dat daar regulasies in plek gestel moet word om te verseker dat besnydenis van jong manlike kinders vir godsdienstige doeleindes uitgevoer word in ooreenstemming met sekere reëls en praktyke. Dit moet byvoorbeeld uitgevoer word deur ‘n opgeleide mediese dokter of ‘n opgeleide persoon van die godsdiens, en dit moet onder higiëniese toestande uitgevoer word (steriele chirurgiese handskoene wat na gebruik weggegooi word, moet gebruik word, instrumente moet volgens mediese standaarde gesteriliseer word, en menslike weefsel moet in ooreenstemming met mediese standaarde verwyder word).[57]

Vir besnydenis van manlike kinders 16 jaar en ouer word die kind se toestemming op die voorgeskrywe wyse, behoorlike berading en die nakoming van die reëls vir die prosedure soos voorgeskryf in die regulasies vereis.[58] Artikel 12(10) bepaal spesifiek dat elke manlike kind, met inagneming van die kind se ouderdom, volwassenheid en stadium van ontwikkeling, die reg het om besnydenis te weier. Dit word uitgebrei na alle manlike kinders, ongeag of hulle

---

54 Nyaundi 2005 *African Human Rights Law Journal* 175.

55 Aa 12(8) & (9).

56 A 12(8)(a) & (b). Sien ook Kassan & Mahery in Boezaart 188.

57 General Regulations Regarding Children (GK R261 *GG* 33076 van 1 April 2010) reg 5 & 6. Sien ook Kassan & Maherry in Boezaart 189.

58 A 12(9)(a) ,(b) & (c). Sien ook Kassan & Mahery in Boezaart 189.

onder of bo die ouderdom van 16 jaar is, mits hulle oor voldoende vlakke van volwassenheid en ontwikkeling beskik om te verstaan wat die besnydenis-prosedure behels. Hulle het die reg om uitdrukking te gee aan hulle siening en om te weier om tot die besnydenis toe te stem.[59] Alhoewel hierdie bepaling aan die kinders 'n mate van beskerming bied deurdat dit hulle die reg gee om die besnydenis-prosedure te weier, is dit onseker in welke mate dit beskerming bied, veral in gevalle waar dit vereis word dat kinders inisiasieprosedures moet deurgaan om hulle manlikheid te bewys. Hulle sal waarskynlik nie weier nie uit vrees dat hulle deur die gemeenskap gebrandmerk sal word of as 'n uitgeworpene beskou sal word.[60]

Ten einde die probleme wat met tradisionele besnydenis gepaardgaan, in die besonder sterftes en permanente beserings, die hoof te bied, is die *Northern Province Circumcision Schools Act* 6 van 1996 in Limpopo uitgevaardig, terwyl die *Traditional Circumcision Act* 6 van 2001 in 2001 in die Oos-Kaap in werking getree het. Die oogmerk van die *Northern Province Circumcision Schools Act* is om die hou van inisiasieskole te beheer. Die wet maak voorsiening daarvoor dat permitte verkry moet word voordat sulke skole gehou kan word.[61]

Die *Traditional Circumcision Act* is daarop gerig om veilige besnydenispraktyke te verseker en om praktyke van geforseerde besnydenis uit te skakel. Die wet vereis die toestemming van 'n ouer of voog waar die persoon onder 21 jaar oud is en bewys van ouderdom dat die persoon ten minste 18 jaar oud is, of in gevalle waar ouers dit spesifiek versoek, dat die kind ten minste 16 jaar oud is. Die *Traditional Circumcision Act* is nie herroep deur die Kinderwet nie, en daar mag potensiële konflik bestaan oor wie toestemming moet verleen. Hierdie aangeleentheid sal opgelos moet word in ooreenstemming met artikel 146[62] van die Grondwet, wat bepaal hoe sulke aangeleenthede hanteer moet word. Die

---

59 A 12(10) van die Kinderwet. Sien ook Kassan & Mahery in Boezaart 190.

60 Kassan & Mahery in Boezaart 190.

61 Ngidi in Boezaart 239.

62 A 146 van die Grondwet is van toepassing op ’n teenstrydigheid tussen nasionale wetgewing en provinsiale wetgewing wat binne ’n funksionele gebied vermeld in Bylae 4 (inheemse reg en gewoontereg) val. Nasionale wetgewing wat eenvormig met betrekking tot die land as geheel geld, geniet voorrang bo provinsiale wetgewing.

beste belang van die kind sal in hierdie aangeleentheid vooropgestel moet word.[63]

3.3.3 Vroulike besnydenis

Verskeie tradisionele gebruike wat die opsetlike verandering, beskadiging of besnydenis van die vroulike geslagsorgane vir nie-mediese redes insluit, staan bekend as vroulike genitale skending (besnydenis) of FGM (*female genital mutilation*).[64] FGM is een van die tradisionele rituele wat meisies voorberei vir volwassenheid, en dit word uitgevoer op meisies van verskillende ouderdomme. Die prosedure kan een van die volgende vorms aanneem: die verwydering van die huid van die klitoris (klirodektomie); die verwydering van die klitoris en alles of 'n gedeelte van die labia minora (uitsnyding); die verwydering van die klitoris, die labia minora en ten minste twee derdes van die labia majora ("vasgesping") wat tot gevolg het dat die vaginale opening vernou word; en ander metodes wat insluit die steek; deursteek of insnyding van die klitoris en/of labia. Hierdie prosedures word gewoonlik uitgevoer deur 'n tradisionele geneser of 'n ou vrou van die gemeenskap, met primitiewe instrumente (gewoonlik ongesteriliseerd) en sonder enige verdowing.[65]

Hierdie prosedure kan ernstige skade aan kinders en vroue berokken, wat kan lei tot ernstige gesondheidsnagevolge soos erge pyn en bloeding, wondinfeksies, absesse, sere, afsterwing van die weefsel, wondkrampe en septisisme. Ander komplikasies sluit in skeuring in die vagina, uiters pynlike menstruasie, uiters pynlike geslagsomgang en in sommige gevalle kan normale kindergeboorte gevaarlik wees. In sommige kulture word meisies so vroeg as in hulle kleuterjare besny, en in ander kulture word die prosedure uitgevoer op meisies wat hubare ouderdom (14 tot 16 jaar) bereik het, adolessente en volwasse vroue.[66]

---

63 Ngidi in Boezaart 240.

64 Kassan & Mahery in Boezaart 190.

65 Alston & Gilmour-Walsh *The Best Interests of the Child - Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values* UNICEF (1996) 18.

66 Kassan & Mahery in Boezaart 190.

Redes wat aangevoer word om die praktyk te regverdig, sluit in gewoonte en tradisie, godsdienstige oortuigings, higiëne, familietrots, beskerming van maagdelikheid en die voorkoming van losbandigheid, toenemende seksuele plesier vir die man, verbetering van fertiliteit, en die voorkoming van moeder- en babasterftes.[67]

FGM word internasionaal beskou as ‘n inbreukmaking op die menseregte van meisies en vroue. Dit is ‘n praktyk wat die diep gewortelde ongelykheid tussen mans en vrouens reflekteer, en dit stel ‘n uiterste vorm van diskriminasie teen vroue daar. Dit word meermale uitgevoer op minderjariges en is dus ‘n inbreukmaking op die regte van kinders. Ander menseregte wat daardeur aangetas word, is ‘n persoon se reg op gesondheid, sekuriteit en fisiese integriteit, die reg om vry te wees van mishandeling en wrede, onmenslike of vernederende behandeling, en die reg op lewe, veral aangesien die prosedure soms tot die dood lei.[68]

In die lig van die aard van die prosedure, die manier waarop dit uitgevoer word, die nadelige gevolge daarvan en die internasionale oproepe om die praktyk af te skaf, bepaal artikel 12(3) van die Kinderwet dat genitale skending of besnydenis van ‘n meisie ‘n kriminele oortreding daarstel.[69] Alhoewel die Kinderwet regsbeskerming aan meisies bied, is dit ook nodig dat kulturele waardes en norme binne ‘n gemeenskap eers moet verander. Dit sluit byvoorbeeld in die geloof dat ‘n man eerder gewillig sal wees om met ‘n meisie te trou wat besny is aangesien sy as “rein” beskou word, of die siening van gemeenskapleiers dat dit nodig is om meisies te besny aangesien dit deel van hulle kultuur is.[70]

In die praktyk is dit baie moeilik om tradisie te verander, aangesien elke individu se identiteit gedefinieer word deur tradisie in die een of ander vorm. Tradisie

---

67 Packer “Understanding the sociocultural and traditional context of female circumcision and the impact of the human rights discourse” in Nnaemeka & Ezeil *Engendering Human Rights (Cultural and Socioeconomic Realities in Africa)* (2005) 226.

68 Kassan & Mahery in Boezaart 191.

69 Kassan & Mahery *in Boezaart* 192.

70 Packer in Nnaemeka & Ezeil 224.

verteenwoordig ‘n begrip van en ‘n vashou aan die verlede. ‘n Individu groei onder die gevormde druk van die toestande en tradisies wat aan haar voorgehou word. Enige veranderinge in haar geloof, is die nietigverklaring van sommige gevolge van die verlede. Die verandering van enige persoon se tradisie vereis effektief dat die persoon haarself losmaak van die patrone van haar verlede en van die verledes waaruit sy opgegroei het. Die verbreking of verandering van tradisie is moeilik in die sin dat gewoonte gerieflik is en die mens ‘n natuurlike weerstand teen verandering het. Verder het gewoonte die toets van tyd deurstaan.[71] Dit is egter nie ‘n onmoontlike taak nie en deur vroulike besnydenis te benader uit ‘n gesondheidsoogpunt en nie net as ‘n menseregnie, deur bewusmakingsveldtogte in gebiede waar die praktyk beoefen word, en deur die bemagtiging van individue, sal die gemeenskappe self besef dat dit waarskynlik tyd is om die spesifieke tradisie in heroënskou te neem. Die primêre oogmerk moet wees om daadwerklike en gewillige veranderinge in sosiale waardes teweeg te bring.[72]

3.3.4 Maagdelikheidstoetse

Maagdelikheidstoetse of maagdelikheidsinspeksie bestaan uit ‘n verskeidenheid praktyke wat die ondersoek van die geslagsdele van meisies en vroue insluit om vas te stel of hulle seksueel aktief is en of hulle maagde is. In sommige kulture word die toetse ook op seuns uitgevoer, alhoewel dit nie algemene praktyk is nie.[73]

Dit word beskou as ‘n baie kontroversiële praktyk, aangesien dit implikasies inhou vir meisies wat getoets is en daar gevind is dat hulle nie meer maagde is nie. Sulke meisies word gewoonlik deur die gemeenskap vermy of gestigmatiseer. Dit word ook beskou as ‘n vorm van geweld teen vroue, diskriminerend van aard, as inbreukmaking op die privaatheid van jong meisies en ook as ‘n skending van hulle waardigheid.[74]

---

[71] Packer in Nnaemeka & Ezeil 227.
[72] Packer in Nnaemeka & Ezeil 242.
[73] Kassan & Mahery in Boezaart 192.
[74] Kassan & Mahery in Boezaart 192.

Gedurende die regshervormingsproses en die openbare verhore wat gehou is in aanloop tot die konsep Kinderwet, is voorstelle gemaak om maagdelikheidstoetse onwettig te verklaar, aangesien dit diskriminerend van aard is omdat dit meesal op meisies uitgevoer word. Daar is ook geargumenteer dat dit sou lei tot diskriminasie waar kinders geïdentifiseer is as dat hulle nie meer maagde is nie; dat die praktyk kinders wat in die openbaar geïdentifiseer is as maagde aan risiko blootstel, aangesien hulle geteiken kan word deur seksuele predatore wat glo aan die mite dat seksuele omgang met ‘n maagd MIV/vigs kan genees; dat die uitvoering van ‘n maagdelikheidsinspeksie van die meisie se seksuele organe gesondheidsrisiko’s soos seksueel oordraagbare siektes en moontlik selfs MIV/vigs kan inhou; dat daar inbreuk gemaak word op kinders se reg op privaatheid weens die openbare aard van die bekendmaking van die uitslae van die toets; en dat die praktyk lei tot kommersialisering van meisies, aangesien hulle status as maagde hulle meer waardevol maak in huwelikskontrakte (*lobola*).[75]

Argumente ten gunste van maagdelikheidstoetse sluit in dat die toetse as ‘n kulturele praktyk bydra tot die bevordering en onderhoud van waardevolle kulturele identiteit; dat sekere gesondheidsregte bevorder word weens die openbare aard van die praktyk wat weerhouding van seksuele omgang aanmoedig, wat op sy beurt weer VIGS en seksueel oordraagbare siektes voorkom; dat die praktyk vroegtydige ingryping en remedierende aksie moontlik maak waar toetsing daarop dui daarop dat ‘n meisie seksueel misbruik is; en dat die praktyk nie diskriminered is op grond van geslag nie, aangesien kulturele praktyke waar seuns se maagdelikheid getoets word ook geïdentifiseer is.[76]

Nadat publieke verhore in die parlement aangehoor is en ‘n groot aantal voorleggings en voorstelle gemaak is ten aansien van maagdelikheidstoetse, volg die Kinderwet uiteindelik ‘n gebalanseerde benadering wat nie onomwonde maagdelikheidstoetse verbied nie. Artikel 12(4) verbied die algehele praktyk net in gevalle waar die kinders onder die ouderdom van 16 jaar is. Enige iemand

---

75 Kassan & Mahery in Boezaart 192.
76 Kassan & Mahery in Boezaart 193.

wat so ‘n toets op ‘n kind (seun of dogter) uitvoer, maak homself of haarself skuldig aan ‘n misdryf.[77]

Kinders bo die ouderdom van 16 jaar kan maagdelikheidstoetse ondergaan, mits die vereistes soos uiteengesit in die Kinderwet en regulasies nagekom word. Die beskermingsmaatreëls is in plek gestel om enige moontlike beperking op die kind se regte te voorkom. Die beskermingsmaatreëls sluit in:

(1) Die kind moet op die voorgeskrewe manier, soos uiteengesit in die regulasies, toestemming gee.[78] Die regulasies bepaal dat die kind sowel as die persoon wat die toets uitvoer ‘n skriftelike toestemmingsvorm moet teken, en dit moet vergesel wees van bewys van die kind se ouderdom. Die toestemmingsbrief moet vir ‘n periode van 12 maande bewaar word deur die persoon wat die maagdelikheidstoets uitgevoer het.[79]

(2) Behoorlike voorligting moet aan die kind gegee word voordat die toets onderneem word.[80]

(3) Die toets moet op die voorgeskrewe manier uitgevoer word.[81] In hierdie verband bepaal die regulasies dat die persoon wat die toets uitvoer dit op elke kind individueel moet uitvoer, in privaatheid, en in higiëniese toestande (byvoorbeeld deur die gebruik van chirurgiese handskoene vir elke toets en in die geval waar die toets penetrasie van enige liggaamsdeel behels, die vernietiging van die handskoene op die voorgeskrewe manier, sterilisasie van enige instrumente gebruik en die vermyding van kontak van enige bloed of liggaamsvloeistof tussen die toetser en die kind);[82]

(4) Slegs ‘n vroulike persoon mag die toets kan uitvoer op ‘n meisie.

(5) Geen persoon wie se naam op Deel B van die Nasionale Kinderbeskermingsregister voorkom, wat onbevoeg verklaar is om met

77 Kinderwet a 305(1)(a). Sien ook Kassan & Mahery in Boezaart 193.
78 A 15(5)(a).
79 General Regulations Regarding Children r 3.
80 A 12(5)(b).
81 A 12(5)(c).
82 General Regulations Regarding Children r 4.

kinders te werk, mag toegelaat word om 'n maagdelikheidstoets uit te voer nie.

(6) Die uitslag van die toetse mag nie sonder die kind se toestemming bekendgemaak word nie.[83]

(7) Die liggaam van 'n kind wat 'n maagdelikheidstoets ondergaan het mag nie op enige wyse gemerk word nie. Enige persoon wat hierdie voorskrifte verontagsaam is skuldig aan 'n misdryf.[84]

Hierdie voorskrifte is so opgestel dat dit erkenning gee aan die kulturele en tradisionele gebruike van sekere gemeenskappe, terwyl dit terselftertyd beskerming verleen aan die regte en integriteit van die kinders. Indien hierdie voorskrifte na behore geïmplementeer word, sal dit die nodige beskerming aan kinders verleen. Ten einde te verseker dat kinders inderdaad beskerm word, is opvoeding en bewusmaking van hierdie voorskrifte en vereistes belangrik binne gemeenskappe wat hierdie praktyke onderneem.[85]

4 SAMEVATTING

Kinders is mense in eie reg wat geregtig is om met menswaardigheid behandel te word as individue apart van hulle ouers en gesinne. Gewoontereg is 'n aktiewe en integrale deel van die Suid-Afrikaanse gemeenskap en die toepassing daarvan gaan beslis lei tot uitdagings wat waarskynlik getoets sal word in die Konstitusionele Hof. In alle gevalle waar 'n party hom of haar beroep op die gewoontereg, moet die bestaanbaarheid daarvan getoets word teen die bepalings van die Handves van Menseregte en ander geldende wette, met die beste belang van die kind as deurslaggewende faktor.

Die voorskrifte van die Kinderwet is so opgestel dat dit erkenning gee aan die kulturele en tradisionele gebruike van sekere gemeenskappe terwyl dit terselftertyd tot 'n mate beskerming verleen aan die regte en integriteit van die kinders. Indien hierdie voorskrifte na behore geïmplementeer en afgedwing

83 A 12(6).
84 A 305(1)(a).
85 Kassan & Mahery in Boezaart (red) 193.

word, behoort dit die nodige beskerming aan kinders te verleen en hulle algemene welsyn te bevorder. Ten einde te verseker dat kinders inderdaad beskerm word, is opvoeding en bewusmaking van hierdie voorskrifte en vereistes belangrik binne gemeenskappe wat hierdie praktyke onderneem.

Die bepaling van die beste belang van die kind in kulturele gebruike soos manlike besnydenis, vroulike besnydenis en maagdelikheidstoetse is nie goed afgebaken nie. Daar kan enersyds geargumenteer word dat dit in die beste belang van die kind is om onderwerp te word aan genoemde kulturele praktyke, aangesien dit nie sosiaal aanvaarbaar sou wees indien die kind byvoorbeeld nie besny word nie. Dit sou tot gevolg hê dat hy of sy deur die gemeenskap as ‘n uitgeworpene beskou sal word en nie volwassenheid sal betree nie, en as sulks nie sal mag trou en ‘n familie hê nie. Andersyds kan daar geargumenteer word dat besnydenis byvoorbeeld baie nadelig vir die kind se gesondheid is, beide fisies en psigies.

Ek is van mening dat die middeweg wat in die Kinderwet gevolg word om manlike en vroulike besnydenis wat deel van sommige kulture is toe te laat, onderhewig aan die voorskrifte van die wet, nie werklik die beste belang van die kind dien nie. Tradisie en tradisionele praktyke soos besnydenis, wat oor soveel jare gevestig is in gemeenskappe, kan nie sonder meer verander word deur wetgewing in plek te stel nie. In teorie lyk alles goed en wel en indien die voorskrifte nagekom word soos dit bedoel is, behoort dit beskerming aan kinders te verleen. In die praktyk kan kinders egter uit vrees om uit die gemeenskap verwerp te word, nogtans toestemming verleen tot die praktyke, want dit is hoe dit nog altyd deur die eeue heen gewerk het.

Dit is belangrik om te onthou dat tradisionele waardes en kulturele waardes nie staties is nie en dat dit deur die onderskeie gemeenskappe verander kan word indien die bewusmakingsveldtogte nie net uit ‘n menseregte-oogpunt benader word nie, maar ook uit byvoorbeeld ‘n gesondheidsoogpunt. Kinderregte het ‘n beter vooruitsig om geïmplementeer te word indien dit plaaslike kulturele oortuigings weerspieël. Die weg wat gevolg moet word, is dus om eerstens

kulturele persepsies te verander voordat daar gepoog word om kinderregte te implementeer.

HOOFSTUK 5
SAMEVATTING, GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS

1 SAMEVATTING

In die voorafgaande hoofstukke is daar gekyk na die toenemende erkenning van die belangrikheid van die waarde van die fundamentele regte van kinders, soos vervat in die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, die Kinderwet en internasionale instrumente soos die *United Nations Convention on the Rights of the Child*, 1989 (hierna "die Konvensie") en die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* 1990 (hierna die "Afrika Handves").[1]

Die regte van die kinders van Suid-Afrika kan nie in isolasie gesien word, sonder om erkenning te verleen aan die rol wat internasionale reg daarin speel nie. Die getalle kinders wat hulle nasionale grense oorsteek, neem wêreldwyd toe as gevolg van verskeie redes, soos onder andere armoede, oorlog of ander interne probleme, gesinskonflik, egskeiding, ensovoorts. Hierdie probleme lei dikwels tot aanneming oor landsgrense, internasionale kinderontvoering en kinders wat internasionale vlugtelinge word. Globalisering as uiteinde het 'n aantal nuwe regs-, ekonomiese, maatskaplike en kulturele probleme tot gevolg..[2]

Ontwikkeling in die kinder- en familiereg vorm deel van hierdie evolusie van globalisering. Die grootste voordeel van die internasionalisering van kinderregte is dat die beskerming van kinderregte wêreldwyd toegepas word. Baie van die ontwikkelinge rondom kinderregte is gesetel in die *United Nations Convention on the Rights of the Child* ("die Konvensie"). Die Konvensie het sedert 1995, toe Suid-Afrika 'n party tot die verdrag geword het, 'n invloed op die Suid-Afrikaanse regspleging uitgeoefen. Dit bevat voorskrifte wat die status en

---

1 Sien die bespreking in hoofstuk 1, paragraaf 1 hierbo.

2 Sien hoofstuk 2 hierbo vir 'n meer volledige bespreking van die belang van inernasionale reg vir die beskerming van kinderregte in die Suid-Afrikaanse Reg.

toepassing van internasionale reg in Suid-Afrika bepaal. Ingevolge artikels 39 en 233 respektiewelik, moet die howe internasionale reg oorweeg wanneer hulle regte soos uiteengesit in die Menseregtehandves interpreteer. Wanneer nasionale wetgewing geïnterpreteer word, moet die regbank en howe 'n interpretasie kies wat in lyn is met internasionale reg bo 'n interpretasie wat nie in lyn daarmee is nie. Internasionale reg verwys na bindende instrumente wat deur Suid-Afrika geratifiseer is, soos die Konvensie, asook nie-bindende instrumente.[3]

Die Afrika Handves verskaf 'n teoretiese model vir die effektiewe beskerming van kinderregte in Afrika. Suid-Afrika het 'n stewige raamwerk daargestel vir die beskerming van kinderregte ten einde hulle verpligtinge ingevolge die Afrika Handves na te kom. Ingevolge artikel 39(1) van die Grondwet, moet Suid-Afrikaanse howe internasionale reg oorweeg by die uitleg van die Menseregtehandves. In 'n aantal beslissings het die Suid-Afrikaanse Grondwetlike Hof en die Hoë Hof op die Afrika Handves staatgemaak in die uitleg van bepalings.[4]

Alhoewel die gewig wat verleen word aan internasionale regsbeginsels van hof tot hof sal verskil, het die Grondwetlike Hof in *Government of the Republic of South Africa v Grootboom*[5] bevind dat "where the relevant principle of international law binds South Africa, it may be directly applicable". In *M v S (Centre for Child Law as Amicus Curiae)*[6] het die Grondwetlike Hof bevind dat artikel 28 van die Grondwet gesien moet word as 'n uitbreiding van ons internasionale verpligtinge as 'n lidstaat tot die Konvensie. Die belangrikheid van die algemene beginsels van die Konvensie in die toepassing van artikel 28 van die Grondwet is ook erken in *M v S,* waar die hof bevind het dat die beginsels alle beleid in Suid-Afrika met betrekking tot kinders rig.

Die projekkomitee wat afgevaardig is om die Kinderwet 38 van 2005 te hersien, het begin met 'n visie om 'n enkele omvattende wet vir Suid-Afrikaanse kinders

---

3 Sien hoofstuk 2 paragraaf 2.4 vir 'n meer volledige bespreking.

4 Vir voorbeelde van beslissings in die Grondwetlike Hof en die Hoë Hof, sien onderskeidelik voetnotas 43 en 44 in hoofstuk 2.

5 2001 (1) SA 46 (CC) par [26].

6 2008 (3) SA 232 (CC).

daar te stel. Die visie is onder meer gebaseer op die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 en die verpligting op die staat ingevolge die Konvensie en die Afrika Handves. Die Konvensie het dus 'n reuse rol gespeel in die skepping van die Kinderwet en sal voortgaan om 'n invloed uit te oefen op die implementering van hierdie en menige ander wette wat die kinders in Suid-Afrika beïnvloed. Die Kinderwet is die gevolg van meer as 'n dekade se toewyding ten einde ons binnelandse reg te hervorm en in lyn te bring met die Grondwet en internasionale reg.

Suid-Afrika bestaan uit 'n multikulturele samelewing waarin 'n veelvoud van regstelsels bestaan en nageleef word. Die inheemse reg, ook bekend as tradisionele reg of gewoontereg,[7] is die reg wat oorspronklik in Suid-Afrika van toepassing was, en is die enigste regstelsel buiten die Westerse regstelsel wat in 'n beperkte mate amptelik erken word.[8]

Met verwysing na hoofstuk 4, waarin daar gekyk word na spesifieke voorbeelde van kinders se regte en tradisionele waardes, kom dit duidelik na vore dat kinders mense in eie reg is wat geregtig is om menswaardig behandel te word as individue apart van hulle ouers en gesinne. Gewoontereg is 'n aktiewe en integrale deel van die Suid-Afrikaanse gemeenskap en die toepassing daarvan gaan beslis lei tot uitdagings wat waarskynlik getoets sal word in die Konstitusionele Hof. In alle gevalle waar 'n party hom of haar beroep op die gewoontereg, moet die bestaanbaarheid daarvan getoets word aan die bepalings van die Handves van Menseregte en ander geldende wette, met die beste belang van die kind as deurslaggewende faktor.

Die voorskrifte van die Kinderwet is so opgestel dat dit erkenning gee aan die kulturele en tradisionele gebruike van sekere gemeenskappe terwyl dit terselftertyd beskerming verleen aan die regte en integriteit van die kinders. Indien hierdie voorskrifte na behore geïmplementeer word, sal dit die nodige beskerming aan kinders verleen en hulle algemene welsyn bevorder. Ten einde

7 Vir die definisie van "inheemse reg" sien hoofstuk 3 hierbo, voetnoot 1.

8 Vir 'n kort oorsig oor die onwikkeling van kindersorgbeskerming voor die 1990's sien hoofstuk 3 paragraag 2 hierbo, waar daarkortliks gekyk word na die verskillende tydperke voordat Suid-Afrika 'n demokrasie geword het.

te verseker dat kinders inderdaad beskerm word, is opvoeding en bewusmaking van hierdie voorskrifte en vereistes belangrik binne gemeenskappe wat hierdie praktyke onderneem.

Dit is verder belangrik om te onthou dat tradisionele waardes en kulturele waardes nie staties is nie en dat dit deur die onderskeie gemeenskappe verander kan word indien die bewusmakingsveldtogte nie net uit ‘n menseregte-oogpunt benader word nie, maar ook uit byvoorbeeld ‘n gesondheidsoogpunt. Kinderregte het ‘n beter vooruitsig om geïmplementeer te word indien dit plaaslike kulturele oortuigings weerspieël [9]

2 GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS

Suid-Afrika het ‘n ver pad gekom sedert die 16de eeu in die erkenning en ontwikkeling van kinderregte. Kinderregte word vandag ten volle erken in die Grondwet, wat die hoogste gesag in die land is.[10] Die hofsake wat reeds in die Suid-Afrikaanse howe voorgekom het, demonstreer die toewyding van die howe tot die interpretasie en toepassing van die regte op die lewens van kinders. Die breër raamwerk van die internasionale reg wat die howe verplig is om in ag te neem wanneer kinderregte soos uiteengesit in die Grondwet oorweeg word, voorsien ‘n ryk bron van inligting vir leiding en interpretasie.[11]

Die Kinderwet 38 van 2005 is een van die belangrikste en mees verreikende stukke wetgewing in die persone- en familiereg tot dusver in die geskiedenis van Suid-Afrika. Die Kinderwet stel ‘n omvattende wet ter beskerming van kinderregte daar deur verskeie wette wat oor kinders handel, soos die Kinderwet 33 van 1960, die Wet op Kindersorg 74 van 1983, die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972, die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987, die Wet op Voogdy 192 van 1993, die Wet op Natuurlike Vaders van

---

9 Sien hoofstuk 4 vir ‘n volledige bespreking van spesifieke voorbeelde van kinders se regte en tradisionele waardes.

10 Sien Hoofstuk 3 paragraaf 3 vir ‘n volledige bespreking van die regte van kinders soos beskerm in die Grondwet en die algemene toepassing van die res van die Menseregtehandves op kinders.

11 Sien hoofstuk 2 paragraaf 2.4.

Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 en die Wet op die Haagse Konvensie op Siviele Aspekte van Internasionale Kinderontvoering 72 van 1996 in die geheel te konsolideer, verbeter en vervang. Deel 1 van die Verdere Algemene Regswysigingswet 93 van 1962 en Deel 4 van die Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993 is ook deur die Kinderwet herroep. Baie van die bepalings van hierdie wette word by die Kinderwet ingesluit of in gewysigde vorm daarin vervat. [12]

Die Grondwet plaas 'n verpligting op die staat om uitvoering te gee aan al die regte, soos uiteengesit in die Menseregtehandves.Dit sluit onder andere in kinders se grondwetlike regte op gesinsorg of alternatiewe sorg, maatskaplike dienste, en om beskerm te word teen misbruik en verwaarlosing. Ten einde sy grondwetlike verpligtinge na te kom, moet die regering verseker dat die omgewing en dienste wat nodig is om die regte te vervul, beskikbaar is.[13]

Suid-Afrika beskik oor omvattende wetgewing wat in die besonder daarop gerig is om kinders se regte te beskerm. Wetgewing is egter net so sterk as wat die suksesvolle praktiese implementering daarvan is. Dit vereis dat daar voldoende kundige regspraktisyns, maatskaplike werkers, opvoeders en gesondheidswerkers moet wees om praktiese uitvoering aan die Kinderwet te gee. Samewerking tussen die Departemente van Maatskaplike Dienste, Gesondheid, Justisie en Grondwetlike Ontwikkeling, en die Suid-Afrikaanse Polisiediens, sowel as die beskikbaarheid van fondse vir die lewering van dienste is nodig vir die implementering en uitvoering van die wet.[14]

Alhoewel die verskillende rolle wat ouers en die staat speel duidelik blyk te wees, skend die draers van die verpligtinge die regte van kinders, en die voorsiening van dienste is meesal onvoldoende. Suid-Afrika het sedert 1994 sonder twyfel verskeie uitstekende wette en beleid geskep. Die implementering daarvan is egter stadig op alle vlakke, veral op regeringsvlak, waar menslike en ander hulpbronne dikwels afwesig is. Laasgenoemde blyk duidelik uit die

[12] Sien hoofstuk 3 paragraaf 4 vir 'n volledige bespreking.
[13] Sien hoofstuk 3 paragraaf 5 hierbo vir 'n volledige bespreking.
[14] Sien hoofstuk 3 hierbo vir 'n volledige bespreking.

analise van die 2010/2011 begroting wat deur die *Children's Institute of the University of Cape Town* gedoen is en die vergelyking daarvan met die kosteberekening vir implementering van die Kinderwet wat aanvanklik gedoen is. Aansienlik meer verantwoordelikheid vir die skepping van infrastruktuur en maatskaplike ontwikkeling is afgewentel na plaaslike owerheidsvlak, somtyds sonder voldoende middele. 'n Gebrek aan basiese vaardighede en ongelykhede tussen provinsies wat dateer uit die apartheidsera het 'n substandaard lewering van dienste tot gevolg, veral in die platteland

Die verhouding tussen die regering en maatskaplike diensorganisasies is nie in ooreenstemming met die oogmerke van die Opheffing en Ontwikkelingsprogramme (RDP) nie. Maatskaplike diensorganisasies bevind hulself dikwels met die reuse taak van diensverskaffers, sonder dat die nodige middele aan hulle verskaf word om die werk te doen. Ouers en gemeenskappe sukkel om kinders te voorsien van basiese noodsaaklikhede in 'n omgewing van uiterste armoede, 'n onbevredigende vlak van dienslewering en 'n MIV/vigs-pandemie wat die lewe en welsyn van gemeenskappe landswyd bedreig.[15]
Dit blyk dus duidelik uit bogenoemde dat 'n kultuur van kinderregte nog nie in Suid-Afrika gevestig is nie, met ander woorde ons kon nog nie daarin slaag om 'n veilige, beskermende en versorgende kinderregte-omgewing vir al die kinders in ons land te skep nie.. Om inbreukmaking op kinderregte aan te spreek, is dit nodig dat beide volwassenes en kinders in hierdie verband opgevoed word.

Kinders se kwesbaarheid word vererger deur swak toegang tot dienste, 'n gebrek aan voldoende beskermingsmaatreëls, en die sekondêre skending van hulle regte in hulle interaksie met sisteme wat nie in staat is om tydig op die korrekte manier op die dringendheid van hulle omstandighede te reageer nie.[16]
Deeglike beplanning vir implementering en finansiële beplanning is nodig voordat die oogmerke van die Kinderwet ten volle uitgevoer kan word ten einde die lewens van kinders in Suid-Afrika ten goede te verander. Monitering is verder belangrik ten einde kinderregte te bevorder, te beskerm en te verwesenlik en kontrole toe te pas. Alhoewel moniteringsgroepe 'n belangrike

[15] Sien hoofstuk 3 hierbo vir 'n volledige bespreking.
[16] Sien hoofstuk 3 hierbo vir 'n volledige bespreking.

rol speel in die implementering van kinderregte, is monitering alleenlik nie voldoende nie.

Ek beveel aan dat 'n onahanklike liggaam, soortgelyk aan die Kantoor van die Kinderkommissaris in Nieu Zeeland, in die lig geroep word met die spesifieke taak om die regte, gesondheid, welsyn en algemene belange van kinders tussen die ouderdom van 0 en 18 jaar te bevorder, in lyn met die bepalings van die Konvensie en die Afrika Handves. So 'n onafhanklike liggaam sal in 'n beter posisie wees om die regering en instellings belas met kinderwelsyn oorhoofs te monitor ten einde kinderregte te bevorder en seker te maak dat voldoende fondse geallokeer word vir die volgende:

- bewusmakingsveldtogte,
- dienslewering, en
- opheffing van kinders en opleiding van sleutelpersoneel, soos maatskaplike werkers en ondersteuningspersoneel by die Kantoor van die Gesinsadvokaat om te handel met bemiddeling en ouerlike regte en verantwoordelikheidsooreenkomste.

Al die verskillende instellings sal op 'n gereelde basis terugvoer moet gee aan die betrokke Kinderkommissaris oor die vordering wat gemaak word in die realisering van kinderregte.

Die regering kan verder selfs oorweeg om 'n onafhanklike Kinderombudsman aan te stel wat verantwoordelik sal wees om gevalle te ondersoek waar daar sprake van skending van kinderregte is.

Kinders is die toekomstige leiers van die land en dit is dus van kardinale belang dat 'n gesonde omgewing gekweek word waarin kinders se regte beskerm en bevorder word en waarin hulle kan groei tot verantwoordelike volwasse burgers van die land waarin hulle kan voortbou aan 'n kultuur van kinderregte.

BRONNELYS

1 LITERATUUR

A

Alston P (red) *The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights* (Clarendon Press New York 1994)

Alston P & Gilmour-Walsh *The Best Interests of the Child - Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values* UNICEF 1996

B

Bekker JC, Labuschagne JMT, en Vorster LP *Inleiding tot Regspluralisme in Suid-Afrika* Deel 1 Gewoontereg (Butterworths Durban 2002)

Berry L "Protecting South Africa's children: what difference will the new Children's Bill make?" 2007 *CME* 168-171

Berry L and Guthrie T *Rapid Assessment: The Situation of Children in South Africa* (Children's Institute University of Kaapstad 2003)

Boezaart T (ed) *Child Law in South Africa* (Juta Claremont 2009)

C

Cronje DSP en Heaton J *Die Suid-Afrikaanse Familiereg* 2 uitg (LexisNexis Butterworths Durban 2004)

Christmas A *Reviewing the Children's Act - Implications for Local Government* in Local Government Bulletin

Cronje DSP & Heaton J *Vonnisbundel oor die Suid-Afrikaanse Familiereg* 3de uitg (LexisNexis 2010)

D

Davel CJ en Skelton AM *Commentary on the Children's Act* (Juta Kaapstad 2007)

Douglas D en Sebba L *Children's Rights and Traditional Values* (Dartmouth Publishing Company Brookfield 1998)

Davel CJ (red) *et al Introduction to Child Law in South Africa*

Davel T "The African Charter on the rights and welfare of the child, family law and children's rights" 2002 *De Jure* 282-296

De Waal, Currie & Erasmus *The Bill of Rights Handbook* 4th uitg (Juta Landsdowne 2001)

Doek JE, Van Loon H & Vlaardingerbroek P *Children on the Move: How to Implement their Right to Family Life* (Martinus Nijhoff London 1996)

G

Gilbert S en Proudlock P "Keeping an eye on the government: Joint Monitoring Committee, Use the JMC: first" in 2001 *ChildrenFIRST* 32-37

H

Heaton J *South African Family Law* 3de uitg (LexisNexis Durban 2010)

Heaton J *Vonnisbundel oor die Suid-Afrikaanse Familiereg* 3de uitg (LexisNexis Durban 2010)

Human S “The Theory of Children’s Rights” in Davel (red) *et al Introduction to Child Law in South Africa* (Juta Landsdowne 2000)

K

Kassan D & Mahery P “Special child protective measures in the Children’s Act” in Boezaart T (red) *Child Law in South Africa* (Juta Claremont 2009) 185-224

Kruger JM “The protection of children’s rights in South African Constitution – reflections on the first decade” 2007 *THRHR* 239-262

L

Lloyd A “The African regional system for the protection of children’s rights” in Sloth-Nielsen J (red) *Children’s Rights in Africa: A Legal Perspective* (Ashgate Aldershot England 2008) 33-35

M

Mahery P “The United Nations Convention on the Rights of the Child: Maintaining its value in International and South African Child Law” in Boezaart T (red) *Child Law in South Africa* (Juta Claremont 2009) 309-330

McCarney W “The globalisation of child and family law” in Sloth-Nielsen J & Du Toit Z (reds) *Trials & Tribulations, Trends & Triumphs* (Juta Kaapstad 2008)

McClain C “Lets help Government to keep its promise: monitoring service delivery” in 2001 *ChildrenFIRST* 16-18

N

Ngidi R “Upholding the best interests of the child in South African customary law” in Boezaart T (red) *Child Law in South Africa* (Juta Claremont 2009) 225-242

Nyaundi PM "Circumcision and the Rights of the Kenyan Boy-child" 2005 *African Human Rights Law Journal* 171-181

P

Packer C "Understanding the sociocultural and traditional context of female circumcision and the impact of the human rights discourse" in Nnaemeka O & Ezeil JN *Engendering Human Rights (Cultural and Socio-economic Realities in Africa)* (Palgrave Macmillan New York 2005)

R

Rosa S & Dutschke M "Child rights at the core: the use of international law in South African cases on children's socio economic rights" 2006 *SAJHR* 224-260

S

Skelton A "Parental responsibilities and rights" in Boezaart (red) Child Law in *South Africa* (Juta Claremont 2009)

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

Skelton A & Proudlock P "Interpretation, objects, application and implementation of the Children's Act" in Davel T & Skelton A (reds) *Commentary on the Children's Act* (Juta Kaapstad 2007)

Sloth-Nielsen J & Du Toit Z (reds) *Trials & Tribulations, Trends & Triumphs* (Juta Kaapstad 2008)

Sloth-Nielsen J "Trials and tribulations, trends and triumphs: the state of the nation's child and family law and their institutions for the administration of justice" in Sloth-Nielsen J & Du Toit Z *Trials and tribulations, trends and triumphs* (Juta Kaapstad 2008)

V

Van Bueren G "Children's rights: Balancing traditional values and cultural plurality" in Douglas G & Sebba L *Children's Rights and Traditional Values* (Dartmouth Publishing Company Brookfield 1998)

Van Zyl DH *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (Butterworth Durban 1979 en herdruk 1987)

Viljoen "The African Charter on the Rights and Welfare of the Child" in Boezaart T (red) *Child Law in South Africa* (Juta Claremont 2009)

Z

Zelden W *Law Library of Congress International Law: Children's Rights* (August 2007)

2 WETGEWING EN REGULASIES

Children's Act 38 van 2005

Children's Amendment Act 41 van 2007

GK R261 Deel II 5 & 6 *GG* 33076 van 1 April 2010

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Northern Province Circumcision Schools Act 6 van 1996

Swart Administrasiewet 38 van 1927

Traditional Circumcision Act 6 van 2001 in 2001

Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997

Wet op die Keuse oor die beëindiging van Swangerskap Wet 92 van 1996

Wet op Maatskaplike Bystand 59 van 1992

Wysigingswet op die Bewysreg 45 van 1988

Wysigingswet op Swart Wetgewing 76 van 1963

3 REGSKOMMISSIEVERSLAE

SALRC Discussion Paper 103, *Review of the Child Care Act* Projek 110 Hoofstuk 21 (2001)

Virginity testing and the Children's Bill Discussion Paper (2005) Children's Institute, University of Cape Town

4 INTERNASIONALE INSTRUMENTE

African Charter on Human and People's Rights (Banjul Charter)

African Charter on the Rights and Welfare of the Child 1990

United Nations Convention on the Rights of the Child 1989

5 INTERNETBRONNE

Budlender D & Proudlock P *Analysis of the 2009/10 Budgets of the Nine Provincial Departments of Social Development: Are the Budgets Adequate to Implement the Children's Act?* (Children's Institute, University of Cape Town 2009)

http://www.ci.org.za/depts/ci/pubs/pdf/rights/workpap/Childrens_Act_Budget_Analysis_2009_Prov_DSD_Votes_28May2009.pdf [Datum gebruik: 18 Februarie 2010]

Budlender D & Proudlock P *The Children's Act has Commenced: Are the 2010/11 Budgets of the Provincial Departments of Social Development Adequate to Implement it?* (Children's Institute, University of Cape Town) http://www.ci.org.za/depts/ci/pubs/pdf/researchreports/ca_dsd_budget_analysis_jul10_all_provs.pdf [Datum gebruik: 28 Julie 2010]

6 LYS VAN HOFSAKE

Alexkor Ltd v Richtersveld Community 2004 (5) SA 460 (CC)

BHE v Magistrate Khayelitsha (Commission for Gender Equality as Amicus Curiae*); Shibe and Sithole; South African Human Rights Commission v President of the Republic of South Africa* 2005 (1) SA 580 (CC)

B v M 2006 9 BCLR 1043 (W)

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 (CC)

Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly In Re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa Act 1996 (4) SA 744 (CC)

C v Gauteng Department of Health and Social Welfare [2011] JOL 27 290 (GNP)

Centre for Child Law v MEC for Education 2008 (1) SA 223 (T)

Christian Education SA v Minister of Education 2000 (4) SA 757 (CC).

Christian Lawyers South Africa v Minister of Health and Others (*Reproductive* Health Alliance as Amicus Curiae) 2005 (1) SA 509 (T)

Government of the Republic of South Africa v Grootboom 2001 (1) SA 46 (CC)

Hadebe v Minister of Home Affairs [2007] JOL 18906 (D)

Johncom Media Investments Limited v M (Media Monitoring Project as Amicus Curiae) 2009 (4) SA 7 (CC)

Khosa v Minister of Social Development; Mahaule v Minister of Social Development 2004 (6) SA 505 (CC)

Legal Aid Board v R 2009 (2) SA 262 (D)

Mabuza v Mbatha 2003 (4) SA 218 (C)

M v S (Centre for Child Law as Amicus Curiae) 2008 (3) SA 232 (CC).

MEC for Education, KwaZulu Natal v Pillay 2008 (1) SA 474 (CC)

Patel v Minister of Home Affairs 2000 (2) SA 343 (D)

Petersen v Maintenance Officer 2004 (02) SA 56 (C)

Government of the Republic of South Africa v Grootboom 2000 (11) BCLR 1169 (KH), 2001 (1) SA 46 (KH)

S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae) 2008 (3) SA 232 (CC), 2007 (2) SACR 539 (CC)

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

Soller v G 2003 (5) SA 430 (W)

TAC 2002 (5) SA 421(CC)

V v V 1998 (4) SA 169 (C)

7 AFKORTINGS

AFCHPR - African Charter on Human and Peoples Rights

AFCRWC - *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*

CRC – *Committee on the Rights of a Child*

ICECSR - *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*

UNCRC - *United Nations Convention on the Rights of the Child*

ECHR - *European Convention on Human Rights*

FC – *Full Cost*

GM - F*emale genital mutilation*

IP – *Implementing Plan*

MEC – *Members of the Executive Council (Uitvoerende Raad vir Maatskaplike Ontwikkeling)*

NPA – *National*

NPO – *Non Profit Organization*

RDP – *Reconstruction and Development Programme (Opheffings en Onwikkelingsprogramme)*

SARHK - Suid-Afrikaanse Regshervormingkommissie