

# Aantekening: Weerlegging van die vermoede van vaderskap en die beskerming van "beoogde" gesinslewe binne konteks van die ongetroude biologiese vader se reg op kontak met sy kind

*Anton van der Linde*

---

A. van der Linde, Departement Privaatreg, Universiteit van Pretoria

---

## **Abstract**

### **Rebuttal of the presumption of paternity and the protection of "intended" family life within the context of the unmarried biological father's right to contact with his child: a European perspective**

This note addresses the right of the unmarried biological father to contact with his child in circumstances where the mother is married to another man at the time of birth of the child. The right is investigated from a European perspective based on two recent judgments by the European Court on Human Rights (ECtHR). The extent to which such a biological father can contest the husband's paternity (based on the presumption *pater est quem nuptiae demonstrant*), as well as the importance of protecting such a biological father's "intended family life" (for purposes of a right to contact) within the context of Article 8 of the European Convention on Human Rights, are investigated. The position in a few European jurisdictions is compared with that in South Africa. In South Africa the position seems to be dictated by the best-interests-of-the-child principle. This seems to be in line with the view advocated by the ECtHR. The ECtHR, however, also provides valuable guidelines pertaining to the protection of "intended family life" which can be of use to South African courts in an application by the biological father to obtain a right to contact in terms of section 23 of the Children's Act.

## **1. Inleiding**

Artikel 8 van die Europese verdrag vir die regte van die mens (hierna EVRM) lui soos volg:

1. Everyone has the right to respect for his *private* and *family life* ...<sup>1</sup>
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a

democratic society ... for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Die regsposisie van die ongetroude biologiese vader wat op sterkte van artikel 8(1) EVRM aanspraak maak op kontak met sy kind, kan in die lig van bestaande regspraak deur die Europese hof vir die regte van die mens (hierna die EHRM), soos volg saamgevat word:

(1) Die konsep *family life*, oftewel *gesinslewe*, binne die konteks van artikel 8 EVRM is nie beperk tot huwelik-gebaseerde verhoudings nie. Die konsep kan ook slaan op ander *de facto* of feitelike gesinsbande waar die partye buite huweliksverband saamwoon. 'n Kind gebore uit só 'n feitelike gesinslewe is *ipso iure* deel van die gesin vanaf die moment van sy geboorte.<sup>2</sup>

(2) Blote biologiese bande (bloedverwantskap) tussen ongetroude biologiese vader en kind alleen, sonder enige verdere regsbasis<sup>3</sup> of feitelike faktore wat dui op die bestaan van noue persoonlike bande, is onvoldoende om die beskerming ingevolge artikel 8 EVRM te geniet.<sup>4</sup>

(3) Alhoewel samewoning as 'n algemene reël 'n vereiste vir sodanige feitelike verhouding is, kan daar wel in uitsonderingsgevalle ander faktore aanwesig wees wat, saam beskou, aantoon dat daar 'n verhouding bestaan wat 'n voldoende mate van bestendigheid en stabiliteit toon om *de facto* of feitelike gesinsbande daar te stel.<sup>5</sup> Die bestaan al dan nie van 'n gesinslewe vir doeleindes van artikel 8 is in wese 'n feitevraag wat afhanklik is van die werklike bestaan van ware en noue persoonlike bande.<sup>6</sup>

(4) Artikel 8 EVRM beskerm nie alleen die reeds bestaande gesinslewe nie, maar kan, waar omstandighede dit regverdig, uitgebrei word na die "potensiële" of moontlike verhouding wat kan ontwikkel tussen die ongetroude biologiese vader en kind.<sup>7</sup> Relevante faktore in só geval sluit in die aard van die verhouding tussen die natuurlike ouers en die mate van belangstelling in en toewyding tot die kind deur die ongetroude biologiese vader na sy geboorte.<sup>8</sup>

In twee betreklik onlangse beslissings van die EHRM<sup>9</sup> vind hierdie beginseël verdere toepassing. Die vraag ontstaan in watter mate artikel 8 EVRM-beskerming verleen aan "intended family life", oftewel "beoogde gesinslewe", vir sover dit betrekking het op die ongetroude biologiese vader se reg op kontak met sy kind<sup>10</sup> in gevalle waar die feit dat "gesinslewe" tussen die biologiese vader en sy kind nie voldoende gevestig het nie, nie aan enige versuim van die biologiese vader toegeskryf kan word nie, maar aan wetgewing of die optrede van die moeder. Dit kom byvoorbeeld voor in die situasie waar die moeder ten tye van die geboorte van die kind getroud is met 'n ander man as die biologiese vader (verwekker) en eersgenoemde gevolglik die juridiese vader vanweë die werking van die vermoede van vaderskap is.<sup>11</sup> Dit gebeur dikwels dat die moeder en haar eggenoot die biologiese vader kontak met die kind weier omrede dit inbreuk sou maak op die bestaande gesinslewe tussen juridiese vader (eggenoot), moeder en kind.

Die EHRM oorweeg hierdie situasie en verskaf in dié verband waardevolle riglyne wat die beskerming van 'n "beoogde gesinslewe" binne die konteks van artikel 8 EVRM plaas en

beskerm. Die vraag word ondersoek of die ongetroude biologiese vader ook in die Suid-Afrikaanse reg die nodige beskerming in soortgelyke omstandighede geniet en of die hof sodanige omstandighede in 'n hofaansoek ingevolge artikel 23 van die Kinderwet 38 van 2005 (hierna die Kinderwet) in oorweging sal neem. Daar word oorweeg in watter mate die ongetroude biologiese vader se "beoogde" gesinslewe en potensiele verhoudingsvorming in aanmerking geneem word in omstandighede waar hy verhinder word om dit te ontwikkel. In die lig van die besondere feite van die sake onder bespreking word die regsposisie in Suid-Afrika wat die betwisting en erkenning van vaderskap betref, ook onder die loep geneem en met Europese tendense vergelyk.

## 2. Feite

In *Anayo*<sup>12</sup> was die applikant in die periode Junie 2003 – Augustus 2005 in 'n verhouding met 'n getroude vrou betrokke. Alhoewel die vrou aanvanklik 'n egskeiding beoog het, verbreek sy in Augustus 2005 die verhouding en leef verder saam met haar eggenoot. In Desember 2005 skenk sy geboorte aan 'n tweeling van wie die applikant die biologiese vader is. Die moeder en haar eggenoot leef in 'n gesinsverhouding met die tweeling asook twee van hul eie kinders. Ingevolge die vermoede van vaderskap is haar eggenoot die juridiese vader van die tweeling. Al die partye is dit eens dat die applikant die biologiese vader is. Die biologiese vader doen aansoek om kontak met die kinders.

In *Schneider*<sup>13</sup> is die feite wesenlik dieselfde, maar hier skenk die getroude vrou geboorte aan 'n seun. Die moeder en haar eggenoot erken dat die applikant die vader kan wees, maar gee te kenne dat dit net sowel die eggenoot kan wees. Hulle weier egter om vaderskaptoetse te laat ondergaan. Die applikant (biologiese vader) het vaderskap van die kind erken, welke erkenning egter in die lig van artikel 1594 § 2 van die *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* ongeldig was.<sup>14</sup> Hy mag ook nie ingevolge die huishoudelike reg die vaderskap van die juridiese vader (eggenoot) betwis het nie.<sup>15</sup> Ingevolge artikel 1685 § 2 *BGB* kan 'n persoon (insluitende die biologiese vader) met wie die kind noue persoonlike bande het, aansoek doen om kontak indien dit in die beste belang van die kind is, hy/sy verantwoordelikheid vir die kind aanvaar het (dus in effek betrokke is by die kind se ontwikkeling) en daar gevolglik 'n "sosiale of gesinsband" tussen die persoon en kind bestaan.

In beide sake<sup>16</sup> kon die biologiese vader (applikant) nie die kind erken en sodoende (outomatiese) kontak as ouer/vader bekom nie. Hy moes dus soos enige ander derde party aansoek doen ingevolge artikel 1685 § 2 *BGB* met die volgende dilemma: vanweë die feit dat hy alle kontak met sy kind(ers) verbied was deur die moeder en haar eggenoot, was hy nie in staat om 'n sosiale en gesinsverhouding met die kind(ers) op te bou nie en kon hy nie aan die vereistes in gemelde artikel voldoen nie. Die biologiese vaders argumenteer nou voor die EHRM dat hulle "beoogde gesinslewe" deur artikel 8 EVRM beskerm word, aangesien hulle nie 'n "gesinslewe" binne konteks van artikel 8 EVRM en artikel 1685 § 2 *BGB* kon opbou nie, weens omstandighede buite hulle beheer. Die applikante beweer dat hulle bloot hoef aan te toon dat (1) hulle 'n opregte belangstelling getoon het in die kind vóór en ná geboorte deur 'n toekoms met die moeder en kind in die vooruitsig te stel; (2) hulle

vaderskap (informeel) erken het voor die geboorte; (3) hulle aansoek gedoen het om kontak met en inligting oor die kind.<sup>17</sup>

### 3. Bevinding van die EHRM

#### 3.1 Inbreukmaking op artikel 8 EVRM

Die EHRM oorweeg eerstens die vraag of daar ingevolge die Duitse reg inbreukmaking op artikel 8 EVRM was. Die posisie soos dit in die algemeen daar uitsien en soos in die inleiding tot hierdie aantekening uiteengesit, word kortliks geskets. Die EHRM gaan dan voort en beslis.<sup>18</sup>

*[I]ntended family life may, exceptionally, fall within the ambit of Article 8, notably in cases where the fact that family life has not yet fully been established is not attributable to the applicant ... In particular, where the circumstances warrant, "family life" must extend to the potential relationship which may develop between a child born out of wedlock and the natural father.<sup>19</sup>*

In beide *Anayo* en *Schneider* was geen noue persoonlike bande tussen die applikant (biologiese vader) en die kind aanwesig wat as 'n "bestaande en gevestigde" gesinslewe aangemerkt kon word nie.<sup>20</sup> Die applikante en hul kinders het nooit saamgewoon nie en hulle het die kinders tot op datum selfs nie eers ontmoet nie. In beide sake is die aard van die verhouding (of gebrek aan 'n verhouding) tussen die biologiese vader en kind deur die moeder en haar eggenoot veroorsaak.<sup>21</sup>

In die lig van huishoudelike wetgewing was die applikant nie in staat om die eggenoot / juridiese vader se vaderskap te betwis nie. Eweneens kon hy nie aansoek doen om as (juridiese) vader erken te word nie. Indien hy dit sou kon doen, het hy as vader (outomaties) die reg op kontak met die kind gehad. Huidig moet hy egter as derde noue persoonlike bande oftewel 'n sosiale en gesinslewe tussen hom en die kind aantoon, wat hy vanweë faktore buite sy beheer nie in staat was om te doen nie.<sup>22</sup> Die feit dat daar nie 'n bestaande gesinslewe tussen die biologiese vader en kind bestaan het nie, kon nie aan die biologiese ouer toegeskryf word nie en kon nie teen hom gehou word nie.

In die lig van die twee faktore hier bo vermeld waarna gekyk word om 'n "beoogde" gesinslewe te beskerm, beslis die hof<sup>23</sup> dat (1) selfs al het die moeder en biologiese vader nie saamgewoon nie, dit vasstaan dat hulle in 'n verhouding van een en 'n half jaar betrokke was; (2) dit nie 'n bloot toevallige of kortstondige verhouding was nie; (3) wat die biologiese vader se belangstelling in en toegewydheid tot die kind betref, dit vanuit sy perspektief 'n "beplande swangerskap" was. Die vader het die moeder vergesel na minstens twee mediese ondersoeke wat met die swangerskap verband gehou het. Hy het selfs voor geboorte vaderskap erken (wat geen regspraak gehad het nie in die lig van die vermelde wetgewing). Ná die kind se geboorte het hy foto's van die kind ontvang en onmiddellik met 'n aansoek om kontak begin. Die biologiese vader was daarna verhoed om enige verdere verantwoordelikhede teenoor die kind op te neem vanweë die moeder en eggenoot se optrede. Volgens die hof dui dit in 'n voldoende mate op sy belangstelling in die kind.<sup>24</sup>

In *Schneider* (met verwysing na *Anayo*) beslis die hof soos volg:<sup>25</sup>

In view of the foregoing, the Court does not exclude that the applicant's intended relationship with F. fell within the ambit of "family life" under Article 8. In any event, the determination of the legal relations between the applicant and F. – that is, whether the applicant had a right of access to F. and information about his personal circumstances –, even if they fell short of family life, concerned an important part of the applicant's identity and thus his "private life" within the meaning of Article 8 § 1. The domestic courts' decision to refuse him contact with and information about F. thus interfered with his right to respect, at least, for his private life.<sup>26</sup>

### **3.2 Bestaan daar regverdiging vir die inbreukmaking binne die konteks van artikel 8(2) EVRM?**

Die volgende vraag wat oorweging verdien het, was of die inbreukmaking geregverdig kon word binne die konteks van artikel 8(2) EVRM.

In dié verband word veel gewig geheg aan die oorweging van die "beste belang van die kind"-maatstaf. Dié maatstaf is van deurslaggewende belang in elke aangeleentheid rakende 'n kind.<sup>27</sup> Die volgende aspekte verdien, aldus die hof, besondere vermelding:

(1) Die huishoudelike howe (in Duitsland) het die biologiese vader kontak tot en inligting aangaande sy kind geweier sonder om, in die omstandighede van die geval, oorweging te skenk aan die vraag of sodanige kontak in die kind se beste belang sou wees.<sup>28</sup> Sou dit nie in die kind se belang wees om 'n "light bond" met sy biologiese vader te ontwikkel nie? Moes die kind se belang om 'n band met sy biologiese vader op te bou, nie swaarder gewees het as die belange van die moeder en eggenoot nie?<sup>29</sup>

(2) Die EHRM bevind dat die howe versuim het om mededingende belange op te weeg en 'n balans te probeer vind.<sup>30</sup> Die reg op kontak en inligting was geweier bloot omrede die biologiese vader nie die juridiese vader was nie en, tweedens, omrede daar geen "sosiale of gesinslewe" andersins tussen hulle bestaan het nie. Die Duitse regering se argument dat die wetgewing noodwendig die beste belang van die kind dien en dat die beskerming van die juridiese gesin bo die aansprake van biologiese vaders stabiliteit aan die gesin verskaf, word verwerp.

Die EHRM beslis soos volg:<sup>31</sup>

Having regard to the realities of family life in the 21st century the Court is not convinced that the best interest of children living with their legal father but having a different biological father can be truly determined by a general legal assumption. *Consideration of what lies in the best interest of the child concerned is, however, of paramount importance in every case of this kind (...)*. Having regard to the great variety of family situations possibly concerned, the Court therefore considers that a fair balancing of the rights of all persons involved necessitates an examination of the particular circumstances of the case.<sup>32</sup>

In die lig van die versuim van die howe in hierdie verband was die inbreukmaking op artikel 8 EVRM gevolglik *ongeregverdig* ingevolge artikel 8(2) EVRM.<sup>33</sup>

## 4. Bespreking

### 4.1 *Betwisting en erkenning van vaderskap*

Ter inleiding word kortliks na die posisie in België en Nederland verwys.<sup>34</sup>

In België kan die biologiese vader (verwekker) die vaderskap van die moeder se eggenoot betwis.<sup>35</sup> Hy moet bewys (1) dat die eggenoot nie die biologiese vader van die kind is nie, en (2) dat hy self die biologiese vader is. Sodra hy dit bewys,<sup>36</sup> word die vaderskap van die eggenoot terugwerkend ongedaan gemaak en die biologiese vader se vaderskap terugwerkend vasgestel.<sup>37</sup>

Artikel 318 van die *Belgisch Burgerlijk Wetboek (BBW)* bepaal verder: "II / Een *erkenning* door de biologische vader is niet mogenlijk zolang het vaderschap van de echtgenoot *niet succesvol betwist is*."<sup>38</sup> 'n Moontlikheid is dat die moeder die vaderskap van haar eggenoot suksesvol voor die regbank kan betwis en dat die biologiese vader dan met die instemming van die moeder die kind erken voor 'n amptenaar van die burgerlike stand.<sup>39</sup>

Ingevolge die Nederlandse reg is die eggenoot van die moeder (soos in die Belgiese reg) die juridiese vader sou die kind binne die huwelik gebore word.<sup>40</sup> Sowel hy as die moeder en die kind kan egter sy (die eggenoot) se vaderskap deur die regbank laat ontken.

Artikel 1:200 *BW* bepaal in dié verband:

Het in artikel 199, onder a en b, bedoelde vaderschap kan, op de grond dat de man niet de biologische vader van het kind is, worden ontkend:

- a. door de vader of de moeder<sup>41</sup> van het kind;
- b. door het kind zelf.

Die biologiese vader (verwekker) het egter (anders as ingevolge die Belgiese reg) nie sodanige aksie nie.<sup>42</sup> Die biologiese vader mag die kind ook nie erken nie, tensy die vaderskap van die eggenoot ontken is en die kind dus nie meer 'n juridiese vader het nie.<sup>43</sup> Die rede hoekom die biologiese vader nie die eggenoot se vaderskap mag betwis nie, is dat dit potensiële ontwrigting in die bestaande gesinslewe van die moeder, haar eggenoot en die kind kan veroorsaak. Terselfdertyd mag die moeder egter nie die biologiese vader vir onderhoud aanspreek<sup>44</sup> of om die geregtelike vasstelling van die biologiese vader se vaderskap aansoek doen nie,<sup>45</sup> omdat die kind wel 'n vader het (synde die eggenoot van die moeder).

Dieselfde geld die posisie in Duitsland. Ingevolge artikel 1594 § 2 van die *BGB* is enige erkenning van vaderskap deur die biologiese vader nie geldig solank vaderskap van 'n ander

man (moeder se eggenoot) bestaan nie. Vaderskap van die eggenoot mag betwis word ingevolge artikel 1600 § 1 *BGB* deur die juridiese vader (eggenoot), die moeder of die kind. Die biologiese vader (verwekker) het as algemene reël nie sodanige remedie nie. As uitsondering mag hy dit betwis slegs waar daar géén sosiale en gesinslewe tussen die juridiese vader en kind bestaan nie. Die rede is eweneens soos hier bo gemeld, naamlik dat die reg die bestaande gesinslewe wil beskerm.<sup>46</sup> Indien dit gevolglik nie vir die biologiese vader moontlik is om die (juridiese) vaderskap van die eggenoot van die moeder te betwis en die kind as sy kind te erken nie,<sup>47</sup> en die moeder nie vaderskap van haar man ontken het nie, kan só 'n biologiese vader alleen as 'n derde of buitestander aansoek doen om kontak met die kind en nie as die kind se (juridiese) ouer nie. Die bestaan van 'n "gesinslewe" of noue persoonlike bande met die kind word dan as voorwaarde/vereiste gestel.

In Suid-Afrika bepaal artikel 21 van die Kinderwet dat die biologiese vader van 'n kind wat nie ingevolge artikel 20 ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind het nie, volle ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind verkry indien hy tydens die kind se geboorte saam met die moeder in 'n permanente verhouding woon;<sup>48</sup> of indien hy, ongeag of hy saam met die moeder woon of gewoon het, daartoe toestem om geïdentifiseer te word, of ingevolge artikel 26 suksesvol aansoek doen om geïdentifiseer te word, as die kind se vader of vergoeding betaal ingevolge die inheemse reg; bydra of in goeie trou gepoog het om by te dra tot die kind se grootmaak vir 'n redelike tydperk; en bydra of in goeie trou gepoog het om by te dra tot uitgawes in verband met die onderhoud van die kind vir 'n redelike tydperk.<sup>49</sup>

Dit wil voorkom of die ongetroude biologiese vader wie se vaderskap vasstaan en nie deur die moeder betwis word nie, en wat aan artikel 21(1)(a) voldoen (dus met die moeder saamgewoon het in 'n permanente verhouding ten tye van die geboorte), outomaties ouerlike verantwoordelikhede en regte bekom, selfs al is die moeder ten tye van die geboorte met 'n ander man getroud en laasgenoemde die (juridiese) vader is.<sup>50</sup> Dit lyk nie of dit vir die biologiese vader nodig sal wees om in sodanige omstandighede die eggenoot se vaderskap eers suksesvol te betwis nie.<sup>51</sup>

Artikel 26 bepaal dat 'n persoon wat nie getroud is met die moeder van 'n kind nie en wat die biologiese vader van die kind is of daarop aanspraak maak, aansoek kan doen dat 'n wysiging aangebring word aan die registrasie van die geboorte van die kind, ingevolge artikel 11(4) van die Wet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes,<sup>52</sup> om hom te identifiseer as die vader van die kind indien die moeder tot sodanige wysiging toestem; of aansoek tot 'n hof kan doen vir 'n bevel wat sy vaderskap van die kind bevestig indien die moeder weier om toe te stem tot sodanige wysiging, onbevoeg is om toestemming te gee weens geestesongesteldheid, nie opgespoor kan word nie, of oorlede is. Hierdie artikel is nie van toepassing op die biologiese vader van die kind wat verwek is deur verkragting van of bloedsbande met die kind se moeder nie; of op enige persoon wat biologies verwant is aan 'n kind net omrede hy 'n gameetskenker vir doeleindes van kunsmatige bevrugting is nie.<sup>53</sup>

Dit is onduidelik of die ongetroude biologiese vader wat níe aan artikel 21(1)(a) voldoen nie, vaderskap kan erken eers nadat hy die moeder se eggenoot se vaderskap suksesvol betwis het. Artikel 26(2) maak geen melding van die situasie onder bespreking nie, te wete waar die kind reeds 'n juridiese vader met ouerlike verantwoordelikhede en regte het, soos in die geval van die eggenoot van die moeder ingevolge die vermoede van vaderskap. Die

ongetroude biologiese vader word in só'n geval gevolglik nie ingevolge artikel 26(2) van die moontlikheid om die kind as sy kind te erken, uitgesluit nie. Is dit dus voldoende indien die moeder ingevolge artikel 26(1)(a) toestemming gee dat hy as vader geïdentifiseer/erken kan word, of moet hy bykomend tot die moeder se toestemming of tydens 'n hofaansoek ingevolge artikel 26(1)(b) die gemeenregtelike vaderskapsvermoede (van die eggenoot) weerlê deur wetenskaplike getuienis van sy vaderskap voor te lê en bloed- of DNS-toetse op die moeder, kind en haar eggenoot te vereis?

In *YD v LB (A)*<sup>54</sup> spreek regter Murphy hom soos volg oor hierdie aangeleentheid uit:<sup>55</sup>

Before the presumption [vermoede van vaderskap] can be rebutted the applicant will have to establish on a balance of probabilities that he and not the presumptive father is the biological father. *He will need to do likewise in any application he brings in terms of s 26 of the Children's Act. Even were the respondent to admit that the applicant is the father, that may not be sufficient to rebut the common-law presumption.* There is no evidence on record regarding the attitude of the presumptive father. The only conceivable reliable evidence available to the applicant to rebut the common-law presumption in these circumstances would be a blood or DNA test.<sup>56</sup>

In *YD (now M) v LB*<sup>57</sup> verskil die hoogste hof van appèl by monde van appèlregter Lewis van regter Murphy. Die feite van die saak plaas vaderskap van die biologiese vader egter nie in geskil nie.<sup>58</sup> Volgens die hof is dit waar dat artikel 37 van die Kinderwet die gebruik van wetenskaplike toetse in die vooruitsig stel ten einde vaderskap te bepaal. Dit is binne die inherente bevoegdheid van die hof as oppervoog van kinders om spesifieke toetse *in die beste belang van die kind* te gelas.<sup>59</sup> Die inherente bevoegdheid hoef egter nie aangewend te word in gevalle waar vaderskap nie deur die partye betwis word nie.<sup>60</sup> Word die ongetroude biologiese vader se vaderskap egter betwis, of is dit enigsins in geskil,<sup>61</sup> blyk die situasie anders te wees en kan die hof mediese toetse gelas mits dit in die beste belang van die kind is.

Appèlregter Lewis sit die regsposisie soos volg uiteen.<sup>62</sup>

[15] It is clear, in my view, that the rights to privacy and bodily integrity may be infringed (by a procedure ordered by a court in the exercise of its inherent jurisdiction) *if it is in the best interests of a child to do so.* These rights, like others enshrined in the Constitution, may be limited where it is reasonable and justifiable, applying the criteria in s 36(1)<sup>63</sup> of the Constitution. As I have said in this case it is not [omrede vaderskap vasgestaan het], *but in others it might well be justifiable to order blood or DNA tests.*<sup>64</sup>

Die Suid-Afrikaanse reg skyn gevolglik 'n meer buigsame benadering te volg as die Duitse, Nederlandse en selfs Belgiese reg, waar dit blyk dat erkenning van vaderskap deur die biologiese vader moontlik is eers nadat dit vasstaan dat die moeder se eggenoot se vaderskap suksesvol ontken is deur sodanige eggenoot, moeder of kind. Anders as in die Duitse en Nederlandse reg, maar in ooreenstemming met die posisie in België, het die ongetroude biologiese vader (verwekker) ook die reg om die eggenoot (juridiese vader) se vaderskap te betwis.<sup>65</sup> In die Duitse en Nederlandse reg het die biologiese vader (verwekker)



nie so 'n remedie nie. Die posisie ingevolge die Suid-Afrikaanse reg blyk in ooreenstemming te wees met die standpunt van die EHRM, naamlik dat die beste belang van die kind die aangeleentheid behoort te dikteer in gevalle waar die juridiese vader se vaderskap nie vasstaan nie. Só 'n benadering, wat in effek die diskresie binne die bevoegdheid van die hof plaas, is aan te beveel eerder as die reëling daarvan deur middel van rigiede wetgewing. Die bestaande gesinslewe tussen juridiese vader (eggenoot), moeder en kind behoort nie ten alle koste in belang van stabiliteit beskerm te word nie.<sup>66</sup> Waar die biologiese vader (verwekker) die eggenoot se vaderskap wel betwis, behoort onder andere die volgende faktore in aanmerking geneem te word:

(1) Die eggenoot sal nie langer die vader van die kind wees nie. Dit het onder andere 'n effek op die kind se onderhoudsbehoefte, die posisie van die kind as erfgenaam ingevolge die intestate erfreg en die behoud van die kind se familienaam of -van.<sup>67</sup> Na 'n suksesvolle betwisting van die eggenoot se vaderskap sal hy daarna bloot die kind se sogenaamde stiefouer wees. Wat sy toekomstige onderhoudsplig ten opsigte van die kind betref met wie hy in 'n gesinslewe staan, kom die belang van *Heystek v Heystek*<sup>68</sup> opnuut na vore. Die *Heystek*-beslissing is gebaseer op die kind se reg op ouerlike sorg. Indien die stiefouer die funksionele toets slaag om *in loco parentis* van 'n kind te staan, is die stiefouer klaarblyklik onderhoudspligtig teenoor daardie stiefkind. Volgens Young<sup>69</sup> is so 'n benadering gebaseer op die "reality of relationships and the needs of children". Van Schalkwyk en Van der Linde<sup>70</sup> is van mening dat hierdie benadering die beste belang van die kind voorop stel en nie primêr fokus op die gemeenregtelike benadering van bloedverwantskap nie.<sup>71</sup> Die praktiese effek hiervan is volgens vermelde skrywers dat die natuurlike ouers en die stiefouer *pro rata* volgens elkeen se finansiële vermoë onderhoudspligtig is.<sup>72</sup>

(2) Die kind het 'n reg op afkomskenis en dit omvat meer as die blote verneming van die naam van die biologiese vader. Die beeld wat die kind van sy werklike vader het, is belangrik vir sy identiteitsontwikkeling en die ewewigtige ontplooiing van sy persoonlikheid. Die kind het ingevolge artikel 7 van die konvensie oor die regte van die kind die reg om sy ouers te ken. Die mees natuurlike wyse om jou ouers te ken, is tog deur kontak met hulle te hê. Bowendien het die kind ingevolge artikel 9(3) van die konvensie die reg op kontak met beide ouers op 'n gereelde basis, tensy dit nie in die kind se beste belang is nie.<sup>73</sup> Die belang van die kind om mediese gegewens van sy/haar biologiese vader te hê, kan ook hieronder ressorteer.

(3) Die kind behoort 'n eie, afsonderlike reg op kontak met beide ouers te hê.<sup>74</sup>

(4) Die afweging van mededingende (grondwetlike) belange, te wete die onderskeie partye se grondwetlike regte op privaatheid en liggaamlike integriteit (wat mediese toetse betref), teenoor pogings om die waarheid te vind, geregtigheid tussen partye te laat geld, en die beste belang van die kind.<sup>75</sup>

(5) Die kind se reg op gesins- of ouerlike sorg.<sup>76</sup>

(6) Verwante aspekte sluit in die stabiliteit van die gesinsomgewing waarin die kind hom tans bevind; of die waarheid omtrent wie sy/haar biologiese vader is daardie stabiliteit in gedrang sal bring; die kwessie of die kind in staat sou wees om 'n betekenisvolle verhouding met die biologiese vader op te bou; en die waarskynlikheid dat die aansoeker wel die biologiese vader is.<sup>77</sup>

Indien die biologiese vader die eggenoot se vaderskap suksesvol betwis, en/of die moeder tot erkenning van sy vaderskap in artikel 26 toestem, of hy 'n hofbevel ingevolge artikel 26(1)(b) verkry, met of sonder die nodigheid om die vermoede van vaderskap wetenskaplik te weerlê soos hier bo verduidelik, beteken dit egter steeds nie as *sodanig* dat hy nou inherente, ouerlike verantwoordelikhede en regte ten aansien van sy kind verkry nie. Hy moet ook aan die verdere vereistes in artikel 21(1)(b)(ii) en (iii) voldoen.<sup>78</sup>

#### **4.2 Beskerming van "beoogde" gesinslewe van biologiese vader as derde party**

Sou die ongetroude biologiese vader verkies om bloot 'n aansoek om kontak ingevolge artikel 23 van die Kinderwet te doen in omstandighede waar sy biologiese vaderskap vasstaan, maar hy nie outomatiese ouerlike verantwoordelikhede en regte verkry het nie (soos waar hy nie ten tye van die geboorte 'n permanente verhouding met die moeder saamgewoon het nie), moet die hof die volgende in aanmerking neem: (a) die beste belange van kind; (b) die verhouding tussen die applikant en die kind en enige ander relevante persoon en die kind; (c) die graad van verbintenis wat die applikant jeens die kind getoon het; (d) die mate waarin die applikant bygedra het tot die uitgawes in verband met die geboorte en onderhoud van die kind; en (e) enige ander feit wat volgens die hof in aanmerking geneem behoort te word.<sup>79</sup>

In *Anayo* en *Schneider* kon die applikante nie die eggenoot se vaderskap ingevolge die Duitse reg betwis nie. Hulle moes gevolglik as 'n *derde party* die hof nader om kontak met die kind, wat kon slaag slegs indien daar 'n gesinslewe tussen hulle en die kind bestaan het. Aangesien so 'n gesinslewe vanweë die moeder en eggenoot se optrede afwesig was, vra hulle kontak op sterkte van hul "beoogde gesinslewe".

Die EHRM se bevinding aangaande die beskerming van die biologiese vader se "beoogde gesinslewe" is steeds van waarde, en Suid-Afrikaanse howe behoort daarvan kennis te neem<sup>80</sup> in omstandighede waar:

(1) die ongetroude biologiese vader se feitelike vaderskap vasstaan<sup>81</sup> (selfs al is die moeder ten tye van die geboorte *getroud* en sy saamwoon met haar eggenoot, wat dus die juridiese vader vanweë die vermoede van vaderskap is) en hy bloot 'n aansoek om kontak ingevolge artikel 23 van die Kinderwet wil bring, maar hy verhinder was om *enige verhouding*<sup>82</sup> met die kind op te bou; of

(2) die ongetroude biologiese vader bloot 'n aansoek ingevolge artikel 23 van die Kinderwet om kontak wil doen, maar die *ongetroude* moeder hom in die verlede verhinder het om enige verhouding met die kind op te bou, of tot die ontwikkeling en/of onderhoud van die kind finansiëel en andersins by te dra.<sup>83</sup>

In hierdie konteks stel die EHRM 'n belangrike beginselstandpunt daar. "Beoogde gesinslewe", oftewel 'n "beoogde voldoening" aan artikel 23(2)(b), (c) en (d), behoort in aanmerking geneem te word. Die aard van die verhouding tussen die biologiese vader en moeder is van belang. Veral die aard van die verhouding vóór geboorte, ten tye van geboorte en ná geboorte van die kind is belangrik.<sup>84</sup> Die duur van die verhouding, sodat dit nie as 'n bloot toevallige of kortstondige verhouding tipeer kan word nie, is ook 'n belangrike faktor. Wat die vader se toegewydheid tot die kind betref, kan gevra word of dit na sy oordeel 'n "beplande swangerskap" was. Het hy die moeder voor die geboorte emosioneel, finansiële en andersins ondersteun? Het hy haar na mediese ondersoek vergesel? Eweneens behoort enige poging deur hom om die eggenoot se vaderskap te betwis en/of om as die kind se vader geïdentifiseer/erken te word, swaar te weeg. Bowenal maak artikel 23(2)(a) voorsiening daarvoor dat die hof die beste belang van die kind voorop stel.<sup>85</sup>

Die EHRM stel dit onomwonde dat "beoogde gesinslewe" en die potensiele verhouding wat tussen die biologiese vader en kind kan ontwikkel, beskerming verdien, maar binne die konteks van die "beste belang van die kind"-maatstaf. Daar is gevolglik selfs ruimte vir die argument dat artikel 23(2) kon volstaan het met slegs een faktor of vereiste, te wete die beste belang van die kind.<sup>86</sup> Die nut van die beslissing deur die EHRM in *Anayo* en *Schneider* is die beklemtoning dat "intended family life" binne die konteks van artikel 8 EHRM binne 'n persoon, insluitende die kind, se reg op respek vir sy gesinslewe kan val.<sup>87</sup>

Dié beginsel kan selfs uitgebrei word na ander tipe verhoudings, soos dié tussen kleinkinders en grootouers, of tussen ander belanghebbende derdes en die kind.

In hierdie konteks is die onlangse beslissing in *LH v LA*<sup>88</sup> bemoedigend. Alhoewel daar aanvanklik 'n noue band tussen die grootouers en die kleinkind (J) was,<sup>89</sup> verbreek die moeder die band en daar verloop 'n tydperk van drie jaar waarin grootouers en kleinkind geen kontak het nie. Die grootouers wil sodanige bande hervestig.<sup>90</sup> Die moeder staan 'n aansoek om kontak teen op die basis dat die kind die grootouers vir drie jaar nie gesien het nie, hulle nie sal erken nie, en nie langer daarvan bewus is dat hulle sy grootouers is nie.<sup>91</sup> Die moeder beweer dat dit nie in die kind se beste belang is om te weet dat haar huidige man nie die kind se biologiese vader is nie. Regter Smith wys daarop dat die moeder grootliks daartoe bygedra het dat die bestaande band verbreek is. Hy verklaar:<sup>92</sup> "[The mother] had effectively barred them from seeing J for the past three years and now uses that fact as justification for her refusal to allow them further contact with him."

Alhoewel daar in *LH v LA* vroeër bestaande bande was, behoort die beslissing eweseer te geld sou die grootouers (ander derdes) vanweë die moeder/vader se optrede nóóit enige bande met die kind gehad het nie, mits dit natuurlik in die beste belang van die kind is.<sup>93</sup>

## 5. Samevatting

Artikel 8 EVRM beskerm elkeen se reg op respek vir sy gesinslewe. "Beoogde" gesinslewe binne konteks van die ongetroude biologiese vader (en moontlik ander derdes) se reg op kontak met die kind word deur die EHRM by artikel 8 ingesluit.<sup>94</sup>

Alhoewel die Grondwet van Suid-Afrika geen uitdruklike reg op die "gesin" en "gesinslewe" bevat nie, het die konstitusionele hof reeds vroeër<sup>95</sup> bevind dat die Grondwet voldoende direkte en indirekte beskerming daaraan bied.<sup>96</sup>

Hier ter lande behoort kennis geneem te word van die tendens om ook aan die "beoogde gesinslewe" beskerming te verleen in die omstandighede wat hier bo bespreek is. Die buigsame benadering in die Suid-Afrikaanse reg oor die betwisting en erkenning van vaderskap, gebaseer op die maatstaf van die beste belang van die kind, is in ooreenstemming met die beginselstandpunt van die EHRM.<sup>97</sup> Desnieteenstaande is die beskerming van die "beoogde" gesinslewe belangrik by aansoeke om kontak tot die kind ingevolge artikel 23 van die Kinderwet. In dié verband bied die EHRM waardevolle riglyne.

Wat die toekomstige ontwikkeling van artikel 8 EVRM betref, word daar reeds geruime tyd betoog en voorsien dat dié reg in so 'n mate sal ontwikkel dat daar 'n vermoede van 'n gesinslewe tussen ouer, insluitende die ongetroude biologiese vader, en kind vanaf geboorte sal bestaan en dat die hof dan vanuit hierdie posisie ingaan op die vraag of inbreukmaking op so 'n verhouding ingevolge artikel 8(2) EVRM geregverdig is.<sup>98</sup> Daardeur kan die EHRM die buigsamheid van die konsep *gesinslewe* herbevestig, wat weer die toepassing van dié konsep op alternatiewe gesinstrukture sal verseker ten einde gelyke behandeling<sup>99</sup> aan alle kinders (binne of buite die huwelik gebore) te verleen.

## Bibliografie

Banoobhai, W. en S. Hector. 2009. The court's power to compel DNA testing in paternity disputes – *LB v YD* 2009 5 SA 463 (T). *Obiter*, 30:791–802.

Boezaart, T. 2010a. *Personereg*. 5de uitgawe. Claremont: Juta.

—. 2010b. *Personeregbronnebundel*. 5de uitgawe. Claremont: Juta.

Bonthuys, E. 2011. What you don't know can't hurt you: The Supreme Court of Appeal and the presumption of paternity. *South African Law Journal*, 128:427–36.

Forder, C.J. 1994. Family life ... Van sprookje tot werklikheid: De Zaak Kroon, Zerrouk en M Hallem Driss *Bulletin van het Nederlands Juristen comité voor de Menserechten*, 322.

Harris, D.J., M. O'Boyle en C. Warbrick. 2009. *Law of the European Convention on Human Rights*. 2de uitgawe. Londen, Dublin, Edinburgh: Oxford University Press.

Heaton, J. 2007. *South African family law*. 3de uitgawe. Durban: Lexis Nexis.

—. 2009. *Persons*. *Juta Quarterly Review* (October-December par. 2.1).

- Kilkelly, U. 1999. *The child and the European Convention on Human Rights*. Dartmouth, Aldershot, Brookfield, Singapore, Sydney: Ashgate.
- Louw, A.S. 2009. Acquisition of parental responsibilities and rights. LLD-proefskrif, Universiteit van Pretoria. Beskikbaar by <http://upetd.up.ac.za/thesis/available/etd-09102009-170707>.
- Mobray, A. 2012. *European Convention on Human Rights*. 3de uitgawe. Oxford: Oxford University Press.
- Nicholson, C. 2010. *LB v YD* 2009 5 SA 463 (T). Disputed paternity, blood tests; court as upper guardian, compel blood tests for DNA testing; best interests of the child, *De Jure*, 43:409–16.
- Senaeve, P. 2008. *Compendium van het personen- en familierecht*. 11de uitgawe. Leuven: Acco.
- Spiro, E. 1964. Legitimate and illegitimate children. *Acta Juridica*, 53–81.
- . 1985. *Law of parent and child*. 4de uitgawe. Kaapstad: Juta.
- Van der Linde, A. en L.N. van Schalkwyk. 2011. Die reg van die kind op kontak met beide ouers: Opmerkings na aanleiding van onlangse ontwikkelinge in die Nederlandse reg. *Potchefstroom Elektroniese Regstydskrif*, 14(1):68–234.
- Van Dijk, P. en G.H.J. van Hoof. 1998. *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. 3de uitgawe. Den Haag, Londen, Boston: Kluwer Law International.
- Van Schalkwyk, L.N. en A. van der Linde. 2003. Onderhoudspelig van stiefouer. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 66(2):301–12.
- Vlaardingebroek, P. 2011. *Het hedendaagse personen- en familierecht*. 6de uitgawe. Kluwer: Deventer.
- Young, A.H. 2000. This child does have 2 (or more) fathers: Stepparents and support obligations. *McGill Law Journal* 34:107–31.

## Eindnotas

<sup>1</sup> Eie beklemtoning. Vir 'n volledige bespreking van die konsep *gesinslewe*, asook van die bestek en trefwydte daarvan, sien Harris, O'Boyle en Warbrick (2009:361–424); ook Van Dijk en Van Hoof (1998:489–515); Mobray (2012:24–60).

<sup>2</sup> *Sien Keegan v Ireland* 1994 18 EHRR 342 par. 44; *Lebbink v The Netherlands* aansoek no. 45582/99 van 01-06-2004 NJ 2004 667; *Znamenskaya v Russia* aansoek no. 45582/99 van 02-06-2005 par. 26.

<sup>3</sup> Soos "erkenning".

<sup>4</sup> *Lebbink*.

<sup>5</sup> *Berrehab v Netherlands* 1989 11 EHRR 322 329 par. 21; *Lebbink* par. 36; sien in dié verband *Kroon v The Netherlands* 1995 19 EHRR 263 par. 30; *Keegan v Ireland* 1994 18 EHRR 342.

<sup>6</sup> *Lebbink* par. 36.

<sup>7</sup> *Nyland v Finland* aansoek no. 27110/95 van 29-06-1999.

<sup>8</sup> *Nyland*. Sien ook *Lebbink* par. 36. In *Lebbink* bevind die hof egter dat *bestaande* gesinsbande aanwesig was (par. 40). Gemelde faktore was nie in voldoende mate in *Nyland* aanwesig nie. *Nyland* verskil van *Keegan*, *Kroon* en *Lebbink* in die sin dat geen gesinsbande tussen die biologiese vader en die kind in *Nyland* bestaan het nie en die vader bloot vasstelling van sy vaderskap versoek. Hy beoog geen ouer-kind-verhouding daarna nie. Die moeder ontken ook die applikant in *Nyland* se vaderskap.

<sup>9</sup> *Anayo v Germany* aansoek no. 20578/07 van 21-12-2010 en *Schneider v Germany* aansoek no. 17080/07 van 15-09-2011. *Nyland* verskil van *Anayo* en *Schneider* in die sin dat die biologiese vader in *Nyland* alleen vasstelling van sy vaderskap beoog, maar geen ouer-kind-verhouding daarna in die vooruitsig stel nie.

<sup>10</sup> Vroeër is ook deur die EHRM erkenning verleen aan "intended family life" binne die konteks van interstaatlike aanneming ingevolge die Haagse Konvensie, 1993. In *Pini v Romania* aansoek no. 78028/01 en 78030/01 van 22-09-2004 staan die Roemeense owerheid 'n aansoek in bovermelde verband teen op grond van die nienakoming van sekere tegniese aspekte. Die applikante het slegs by een geleentheid kontak met die kinders gehad, waarna die aannemingsproses 'n aanvang geneem het. Na aanleiding van die vraag of die verhouding tussen die potensiële aannemende ouers en die kinders binne die bestek van *gesinslewe* in art. 8 EVRM val, beslis die EHRM soos volg (parr. 143, 246): "Although family life has not yet been fully established in the instant case, seeing that the applicants have not lived with their respective adopted daughters or had sufficiently close *de facto* ties with them either before or after the adoption orders were made, *the fact is not attributable to the applicants*. In selecting the children solely on the basis of a photograph without having had any real contact with them that would have served as preparation for the adoption, the applicants were simply following the procedure put in place by the respondent State in such matters ... However, *this does not mean ... that all intended family life falls entirely outside the ambit of Article 8 (par. 143)*." (Eie beklemtoning)

<sup>11</sup> *Pater est quem nuptiae demonstrant* ("die vader is hy wat deur die huwelik aangewys word"). Sien Bonthuys (2011:430–1) se kommer oor die onduidelike bewoording van art. 20 van die Kinderwet en die effek daarvan op die vaderskapsvermoede. Sy verklaar (431): "I

proceed upon the assumption that the marital presumption of paternity indeed remains in respect of married but *non-biological fathers*." (Eie beklemtoning)

<sup>12</sup> Parr. 8–10.

<sup>13</sup> Parr. 6–9.

<sup>14</sup> Sien bespreking hier onder in par. 4.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Anayo en Schneider*.

<sup>17</sup> *Schneider* par. 59.

<sup>18</sup> *Schneider* par. 81.

<sup>19</sup> Eie beklemtoning. Die hof steun op die vroeëre beslissing in *Pini v Romania* (hier bo) waar die beginsel binne die konteks van interstaatlike aanneming ter sprake gekom het.

<sup>20</sup> *Schneider* par. 83.

<sup>21</sup> *Schneider* par. 84.

<sup>22</sup> *Schneider* parr. 85–6.

<sup>23</sup> *Schneider* parr. 88, 90.

<sup>24</sup> *Schneider* parr. 88–9.

<sup>25</sup> *Schneider* par. 90.

<sup>26</sup> Alhoewel die hof dus nie die beoogde verhouding onder die begrip *family life* uitsluit nie, gaan die hof voort om dit eerder onder die applikant se reg op respek vir sy "private life" te hanteer (par. 91).

<sup>27</sup> *Schneider* par. 93.

<sup>28</sup> *Schneider* par. 95.

<sup>29</sup> *Schneider* par. 95.

<sup>30</sup> *Schneider* par. 96.

<sup>31</sup> *Schneider* par. 100.

<sup>32</sup> Eie beklemtoning.

<sup>33</sup> *Schneider* par. 104.

<sup>34</sup> Die posisie ingevolge die Belgiese en Nederlandse reg word interessantheidshalwe kortliks vergelyk vanweë my navorsingsbesoeke vroeër aan die Katolieke Universiteit, Leuven en die Vrije Universiteit, Amsterdam en die toeganklikheid van die reg in die onderskeie kodes.

<sup>35</sup> Art. 318 § 1–5 *BBW*. Die gemeenregtelike vermoede van vaderskap hier bo geld as vertrekpunt. Sien vir 'n volledige bespreking Senaeve (2008:254 e.v.).

<sup>36</sup> Bewys kan deur alle moontlike middele geskied (art. 318 § 3). Senaeve (2008:258) verwys na *onregstreekse bewysvoering*, bv. die afwesigheid van geslagsgemeenskap tussen die eggenoot en moeder tydens verwekking, en *regstreekse bewysvoering*, soos d.m.v. medies-biologiese toetse.

<sup>37</sup> Art. 318 § 5; Senaeve (2008:259).

<sup>38</sup> Eie beklemtoning.

<sup>39</sup> Sien vir 'n volledige bespreking Senaeve (2008:254 e.v.).

<sup>40</sup> Art. 1:199a.

<sup>41</sup> Die feit dat die *moeder* haar eggenoot se vaderskap kan laat ontken, volg na die beslissing in *Kroon v Netherlands* ((1995) 19 EHRR 263). In dié saak is 'n kind uit 'n stabiele verhouding tussen X en Y gebore terwyl Y in daardie stadium nog met Z getroud was. Ingevolge die Nederlandse reg was dit onmoontlik om erkenning te verkry van die biologiese vader se vaderskap, tensy die vrou se *man Z* vaderskap ontken (Z het Y reeds vroeër verlaat en dit was onseker waar hy hom bevind het). Die hof verklaar (285 par. 40): "Respect for 'family life' (wat tussen X, Y en die kind bestaan het) requires that biological and social reality prevail over a legal presumption which, as in the present case, flies in the face of both established fact and the wishes of those concerned without actually benefitting anyone." Die hof bevind dat die owerheid 'n positiewe plig gehad het om die applikante se gesinslewe te respekteer. Me. Y word dus toegelaat om Z se vaderskap te ontken en in die geboorteregister te meld dat X die vader van die kind is. Dit het X in staat gestel om die kind te erken. (Sien die vonnisbespreking van Forder (1994:322.) Gemelde beslissing van *Kroon* word later gevolg deur die hof's-Gravenhage 12 Mei 1995 *NJ*1995 601; sien ook HR 4 Nov. 1995 1998 *NJ* 249; HR 20 Okt. 1995 *NJ* 1996 174.) Die moeder moet die versoek om ontkenning van vaderskap by die regbank indien binne een jaar na die geboorte van die kind (art. 1:200 § 5). Die moeder kan dus die vaderskap van haar eggenoot ontken en so 'n band vestig tussen die biologiese vader (verwekker) en die kind via 'n geregtelike vasstelling van vaderskap ingevolge art. 1:207 *BW*. Sy kan verder 'n onderhoudseis instel teen die biologiese vader (verwekker) ingevolge art. 1:394 *BW*, maar eers wanneer die vaderskap van haar man (eggenoot) ontken is.

<sup>42</sup> Vlaardingerbroek (2011, hfst. 6 par. 6.8).

<sup>43</sup> A 1:198-205 *BW*.



<sup>44</sup> A 1:394 *BW*.

<sup>45</sup> A 1:207 *BW*.

<sup>46</sup> *Schneider* parr. 73, 75.

<sup>47</sup> Nederland; Duitsland.

<sup>48</sup> Art. 21(1)(a) van die Kinderwet.

<sup>49</sup> Art. 21(1)(b) van die Kinderwet.

<sup>50</sup> Soos in die *Kroon*-saak. Sien Bonthuys (2011:434). Na my mening kom dit (ook) voor of die kind dan twee vaders het.

<sup>51</sup> Sien die bespreking van *YM v LB* 2010 6 SA 338 (HHA). So 'n vertolking word nie deur art. 21 of art. 26 verbied nie.

<sup>52</sup> Wet 51 van 1992.

<sup>53</sup> Art. 26(2)(a) en (b) van die Kinderwet.

<sup>54</sup> 2009 5 SA 463 (T).

<sup>55</sup> 483F-J par. 10.

<sup>56</sup> Eie beklemtoning.

<sup>57</sup> 2010 6 SA 338 (HHA).

<sup>58</sup> Par. 12. Die feite is analoog aan dié in *Anayo*.

<sup>59</sup> Par. 13.

<sup>60</sup> *Ibid.* Soos in die geval van *Anayo*. Bonthuys (2011:428) wys op die eienaardige gevolge van die HHA se beslissing. Die beslissing verwys nie na die effek van die vaderskapsvermoede nie en dui verder nie aan wie nou die vader van die kind is nie. Het die kind nou twee vaders of word die vermoede van vaderskap outomaties weerlê op grond van die feit dat die partye nie die vaderskap van die biologiese vader betwis nie? Volgens my is die effek van die beslissing dat die biologiese vader nou die juridiese vader is en dat die vermoede van vaderskap sonder die nodigheid van DNS-toetse weerlê is. Die vrou se eggenoot is dus nou in effek "stiefouer".

<sup>61</sup> Soos in *Schneider*.

<sup>62</sup> Par. 15.

<sup>63</sup> Sien in dié verband Heaton (2009, par. 2.1).

<sup>64</sup> Eie beklemtoning. Boezaart (2010a:359) wys egter daarop dat die hof nie in aanmerking neem dat die ma, pa en die kind se weefsel getoets moet word nie. Bonthuys (2011:430) wys op die verskeidenheid sake voor *LB v YD* en *YM v LB* waar die vraag ter sprake gekom het of die hof persone (in die besonder volwassenes) kan dwing om bloedtoetse te ondergaan (sien *E v E* 1940 TPD 333; *Seetal v Provitha* 1983 3 SA 827 (D); *M v R* 1 SA 416 (O); *Nell v Nell* 1990 3 SA 889 (T); *O v O* 4 SA 137 (K); *D v K* 2 BCLR 209 (N)). Sy wys ook op die onderskeie beleidsoorwegings waar die howe enersyds van mening is dat hulle nie die bevoegdheid het om volwassenes te verplig nie, omdat dit nie in belang van die kind sou wees nie of die reg op privaatheid, ens. sou skend. Andersyds verplig sommige howe die partye tot toetse omrede dit in die beste belang van die kind sou wees of omrede die individue se reg op privaatheid en fisiese integriteit opgeweeg moet word teen die feit dat die hof die waarheid moet vasstel en geregtigheid tussen die partye moet laat geskied. Bonthuys verklaar (2011:430): "The Supreme Court of Appeal has not yet pronounced on the issue and so the results of these cases are diametrically opposed." Die Kinderwet handel ook nie uitdruklik met hierdie aangeleentheid nie. Dit wil tog voorkom of die HHA die beste belang van die kind as maatstaf stel (vir sover dit verpligte toetse op kinders én volwassenes betref).

<sup>65</sup> Gewoonlik is dit die taak van die moeder en haar eggenoot om die vaderskapsvermoede te weerlê. Ander belanghebbende persone (insluitende die biologiese vader) kan die vermoede weerlê indien dit in belang van die kind is – sien Spiro (1964:58); Spiro (1985:21); Boezaart (2010:105 vn. 68). Ingevolge art. 26(1)(b) kan die biologiese vader aansoek by 'n hof doen vir 'n bevel wat sy vaderskap bevestig. Die stelling dat die verwekker die eggenoot se vaderskap kan betwis, word ook afgelei uit *YM v LB* (HHA).

<sup>66</sup> Die kind se reg om groot te word in 'n stabiele gesinsomgewing is slegs een van die faktore wat die hof ingevolge art. 7(1)(k) in aanmerking te neem by die oorweging van die beste belang van die kind.

<sup>67</sup> Vlaardingebroek (2011, hfst. 6 par. 6.9).

<sup>68</sup> 2002 2 SA 754 (T).

<sup>69</sup> (2000:127).

<sup>70</sup> (2003:312).

<sup>71</sup> Die beslissing weerspieël die komplekse realiteite van die moderne gesinslewe en beklemtoon die handhawing van die konstruktiewe rol wat verskillende ouerlike figure in die lewens van kinders speel – Van Schalkwyk en Van der Linde (2003:312).

<sup>72</sup> Indien die kind deur so 'n toedrag van sake vanuit 'n onderhoudsoogpunt benadeel sou word, kan dit die hof noop om te bevind dat 'n betwisting van vaderskap nie die beste belang van die kind dien nie. In *Nyland* bevind die EVRM (alhoewel om ander redes) die volgende: "It is justifiable for domestic courts to give greater weight to the interest of the child and the family in which it lives than to the interest of an applicant in obtaining determination of a biological fact."

<sup>73</sup> Dit sluit aan by die kind se grondwetlike reg op ouerlike sorg in art. 28(1)(b) van die Grondwet. Wat die beste belang van kind betref, is veral art. 7(1)(k) belangrik wat slaan op die kind se reg om in 'n stabiele gesinsomgewing groot te word. (Sien die klem wat die Duitse en Nederlandse wetgewing soos bespreek hierop plaas.)

<sup>74</sup> Sien in hierdie verband Van der Linde en Van Schalkwyk (2011:68), waar die posisie ingevolge art. 1:377a lid 1 BW in die Nederlandse reg bespreek word. Die skrywers (98) huldig die mening dat die reg op kontak uitgebrei moet word om nie slegs te slaan op die ouer in art. 21 van die Kinderwet nie. Volgens hulle bied art. 28(2) oftewel die maatstaf van die beste belang van die kind ruimer beskerming.

<sup>75</sup> *LB v YD (a quo* beslissing) 470–1 parr. 21–23. Sien in dié verband Heaton (2009, par. 2.1) waar sy n.a.v. *D v K* betoog vir 'n volskaalse ondersoek na mededingende belange ingevolge art. 36 van die Grondwet. Vir 'n korrekte toepassing van die maatstaf van die beste belang van die kind en ander grondwetlike belange sien *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick* 2000 3 SA 422 (KH) par. 20; *Sonderup v Tondelli* 2001 1 SA 1171 (KH) par. 29; *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 3 SA 232 (KH), 2007 2 SACR 539 (KH) parr. 25, 26, 42.

<sup>76</sup> Art. 28(1)(b) van die Grondwet.

<sup>77</sup> Sien Banoobhai en Hoctor (2009:801–2).

<sup>78</sup> Om aan die vereistes in art. 21(1)(b)(ii) en (iii) te voldoen, is redelik maklik, aangesien dit enige *pogings* van sy kant insluit om daaraan te voldoen, al is hy deur die moeder daartoe verhinder. Anders as byvoorbeeld in Nederland, is blote erkenning van vaderskap ingevolge art. 26 van die Kinderwet onvoldoende om ouerlike verantwoordelikhede en regte te bekom en dus as juridiese vader aangemerkt te word.

<sup>79</sup> Art. 23(2).

<sup>80</sup> Art. 39(1)(c) van die Grondwet.

<sup>81</sup> Soos in *Anayo*.

<sup>82</sup> Binne konteks van art. 23(2)(b), (c), (d).

<sup>83</sup> In beide (a) en (b) is daar dus geensins sprake van enige *bestaande* bande nie, wat oënskynlik deur art. 23 as van die faktore deur die hof in oorweging geneem word.

<sup>84</sup> *Lebbink*.

<sup>85</sup> Dit is benewens art. 28(2) van die Grondwet wat hierdie maatstaf as deurslaggewende maatstaf stel in alle aangeleenthede rakende die kind.

<sup>86</sup> Die verhouding tussen die applikant en kind is tog daarby ingesluit – sien art. 7(1)(a), (b), (c), (d).

<sup>87</sup> Dit word egter meer geredelik hanteer onder 'n persoon se reg op sy/haar privaatheid binne konteks van art. 8 EVRM.

<sup>88</sup> 2012 6 SA 41 (OKG).

<sup>89</sup> Die kleinkind het vir twee en 'n half jaar naweke by hulle deurgebring.

<sup>90</sup> Par. 5.

<sup>91</sup> Par. 8.

<sup>92</sup> Parr. 14, 15.

<sup>93</sup> Sien ook vir verdere aspekte waar "intended family life" beskerming behoort te verdien, *Pini v Romania*.

<sup>94</sup> Hierdie ontwikkeling dui daarop dat die konsep *gesinslewe* 'n dinamiese kern het, allermens staties van aard is en voortdurend ontwikkel wat die omskrywing en inhoud daarvan betref.

<sup>95</sup> *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* 1996 4 SA 744 (KH).

<sup>96</sup> Parr. 98–103, 807–8; sien in dié verband o.a. artt. 10, 14, 18, 21, 28(1)(b), 15(3)(a), 35(2)(f)(i) en (ii).

<sup>97</sup> Vir sover *YM v LM* geïnterpreteer kan word om te slaan op verpligte toetse t.o.v. beide kinders en volwassenes. Sodanige benadering word na my mening bevestig deur die EHRM. Vir die korrekte toepassing van die "beste belang van die kind"-maatstaf, sien die sake genoem in n. 75 en die bespreking in die algemeen deur Heaton (2009, par. 2.1)

<sup>98</sup> Kilkelly (1999:191 e.v.).

<sup>99</sup> In dié verband bevat art. 14 van die EVRM die volgende verbod teen diskriminasie: "The enjoyment of the rights and freedoms set forth in <sup>the</sup> Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status." Sien in dié verband die soortgelyke bepaling van art. 9(3) van die Grondwet.