# Kinders betrokke by instemmende seksuele handelinge

**L WARD**

**21068666**

Mini-skripsie voorgelê ter gedeeltelike nakoming vir die graad *Magister Legum* in Vergelykende Kinderreg aan die Potchefstroomkampus van die Noordwes-Universiteit

Studieleier: Prof PG du Toit

Mei 2014

Dit begin alles hier ™

NORTH-WEST UNIVERSITY ®
YUNIBESITI YA BOKONE-BOPHIRIMA
NOORDWES-UNIVERSITEIT

# Kinders betrokke by instemmende seksuele handelinge

deur

**Lelanie Ward**

**21068666**

**LLB**

Skripsie voorgelê vir die *Magister Legum* in Vergelykende Kinderreg aan die Potchefstroomkampus van die Noordwes-Universiteit

LLM in Vergelykende Kinderregmodules Geslaag:

LLMC 811

LLMC 812

LLMC 813

LLMC 817

LLMC 821

LLMC 822

LLMC 824

LLMC 825

Studieleier: Prof PG du Toit

November 2013

# BEDANKINGS

Ek wil graag die volgende persone bedank vir hulle waardevolle bydra tot die suksesvolle voltooiing van hierdie skripsie:

Eerstens wil ek my Hemelse Vader bedank vir die wonderlike voorreg wat Hy aan my gegee het. Alle eer kom Hom toe en sonder Hom sou ek nie in staat gewees het om hierdie skripsie te voltooi nie.

- My man, Shaun Ward, vir al sy ondersteuning, liefde, geduld en bystand; vir die moed inpraat wanneer ek moedeloos was en vir al die sjokolade en koppies koffie wat hy aangedra het.
- My ouers, Hennie en Helen du Preez, vir al hul ondersteuning, bemoediging, oneindige liefde en vertroue, vir hul raad en hulp. Ek bedank my ouma vir al haar hulp met die vertaling van Engels na Afrikaans en formulering van sinne. My suster en swaer, my broer en skoonsuster vir hul belangstelling en motivering.
- My skoonouers, Steven en Anita Oberholzer, sonder wie se motivering die skripsie nooit voltooi sou kon word nie. Moms vir al die aande se kos wat sy gebring het omdat sy geweet het ek het min tyd en baie werk - ek waardeer dit uit die diepte van my hart. Tatties, dankie vir al die motiveringsboodskappies uit Amerika.
- My studieleier, prof Pieter Du Toit, vir sy bystand en ondersteuning.
- My vriende, my kollegas te Scheepers en Aucamp Prokureurs vir al die belangstelling en bemoediging. Ek bedank graag elke persoon wat my skryfstuk deurgelees het en advies gegee het; spesifieke bedanking aan Philip Stoop en Chanel Kempff.
- Dankie aan Spectrum Marketing vir die druk en bind van my skripsie.
- Spesiale dank aan my beste vriendin, Mari le Roux, vir al die ondersteuning, advies en trane afvee. Sy is een in ’n miljoen; baie dankie!

# OPSOMMING

# KINDERS BETROKKE BY INSTEMMENDE SEKSUELE HANDELINGE

Artikels 15 en 16 van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007 reguleer instemmende seksuele handelinge onder kinders. Sou kinders bo die ouderdom van twaalf en onder die ouderdom van sestien betrokke wees by instemmende seksuele handelinge sou die instemmende seksuele handeling deur beide die artikels gekriminaliseer word. Die Teddy Bear Clinic in samewerking met RAPCAM het beide die artikels se grondwetlikheid voor die Konstitusionele Hof getoets. Die Konstitusionele Hof het beide die artikels as ongrondwetlik verklaar en beslis dat die artikels inbreuk maak op kinders se reg op menswaardigheid, privaatheid, asook die beste belang-bepaling van die kind. Hierdie skripsie het ten doel om ondersoek in te stel na die vraag op welke wyse die kind betrokke by instemmende seksuele handelinge se belang deur die reg beskerm word. Ten einde die vraag te beantwoord word daar ondersoek ingestel na die historiese agtergrond van wetgewing wat instemmende seksuele handelinge onder kinders gereguleer het. Daar is verder ondersoek ingestel na wetgewing wat aan kinders die reg op selfbeskikking verleen en hoe daardie reg beskerm word. Internasionale instrumente is ook ontleed. Die Hoë Hof- asook die Konstitusionele Hof-uitsprake rakende kinders betrokke by instemmende seksuele handelinge en die gevolge wat beide die artikels vir kinders inhou, is in diepte bespreek. Die beste belang-bepaling van kinders word krities ontleed aan die hand van regspraak asook die inbreukmaking van artikels 15 en 16 van die Wet op die beste belang van kinders. Ten slotte word ’n gevolgtrekking en bevindings gemaak.

**SLEUTELWOORDE:** Artikels 15 en 16; *Wysigingswet op die Strafreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede)*; instemmende seksuele handeling; historiese agtergrond; selfbeskikking; menswaardigheid; privaatheid; beste belang-bepaling; internasionale instrumente.

**ABSTRACT**

**CHILDREN INVOLVED IN CONSENSUAL SEXUAL CONDUCT**

Sections 15 and 16 of the *Criminal Law* (*Sexual Offences and Related Matters*) *Amended Act* 32 of 2007 regulate consensual sexual acts between children. Both these sections criminalised children engaging in consensual sexual acts. The constitutionality of sections 15 and 16 of the Act where tested before the Constitutional Court by the Teddy Bear Clinic and RAPCAM. The Constitutional Court held that both articles are unconstitutional and ruled that these articles violate children's right to human dignity, privacy and the best interest of the child. The objective of this dissertation is to investigate whether children's best interests are protected by law when they are involved in consensual sexual conduct. In order to answer this question, the historical background of legislation that regulated consensual sexual acts between children is analysed. Legislation that gives and protects children's right to self-determination is examined. International instruments are also analysed. The High Court and the Constitutional Court judgements relating to children involved in consensual sexual conducts are discussed. The negative consequences of both these articles are discussed. The best interest principle is discussed according to case law. Ultimately a conclusion is reached.

**KEYWORDS:** Sections 15 and 16, *Criminal Law (Sexual Offences and Related Matters) Amendment Act*, consensual sexual conduct, historical background, self-determination, human dignity, privacy, best interest principle, international instruments.

# INHOUDSOPGAWE

**BEDANKINGS** i

**OPSOMMING** ii

**ABSTRACT** iii

**INHOUDSOPGAWE** iv

**LYS VAN AKRONIEME** vi

**HOOFSTUK 1**
**INLEIDING** 1

***1.1 Inleiding*** 1
***1.2 Raamwerk van die skryfstuk*** 2
***1.3 Gemeenregtelike posisie en historiese oorsig*** 3
***1.4 Wet op Seksuele Misdrywe*** 4
***1.5 Gevolgtrekking*** 9

**HOOFSTUK 2**
**KINDERS SE REG OP SELFBESKIKKING EN DIE BESKERMING DAARVAN DEUR WETGEWING** 11

***2.1 Inleiding*** 11
***2.2 Kinders se reg op vryheid en sekerheid*** 11
***2.3 Internasionale instrumente*** 12
*2.3.1 Universal Declaration of Human Rights* 12
*2.3.2 International Covenant on Economic Socio and Cultural Rights* en *International Covenant on Civil and Political Rights* 13
*2.3.3 United Nations Convention on the Rights of the Child* 13
*2.3.4 African Charter on Human and People's Rights* 14
***2.4 Grondwetlike bepalings*** 15
***2.5 Children's Act*** 16

***2.6 Wet op die Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap*** 18
***2.7 Gevolgtrekking*** 19

**HOOFSTUK 3**
**KINDERS BETROKKE BY INSTEMMENDE SEKSUELE HANDELINGE EN DIE REGULERING DAARVAN DEUR WETGEWING** 20
***3.1 Inleiding*** 20
***3.2 Die Wysigingswet op die Strafreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede)*** 20
***3.3 Hoë Hof-uitspraak*** 25
***3.4 Konstitusionele Hof-uitspraak*** 27
***3.5 Gevolgtrekking*** 33

**HOOFSTUK 4**
**DIE KIND SE BESTE BELANG AS DEURSLAGGEWENDE BELANG IN ELKE AANGELEENTHEID WAT DIE KIND RAAK** 34

***4.1 Inleiding*** 34
***4.2 Internasionale instrumente*** 34
***4.3 Nasionale wetgewing*** 36
***4.4 Die interpretering van die beste belang-beginsel*** 38
4.4.1 *S v M (Centre for Child Law* as *amicus curiae*) 39
2008 3 SA 232 KH
**4.5 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH)** 41
***4.6 Gevolgtrekking*** 46

**HOOFSTUK 5**
**SAMEVATTING EN BEVINDINGS** 48

**BIBLIOGRAFIE** 51

# LYS VAN AKRONIEME

| | |
|---|---|
| **ACHPR** | African Charter on Human and People's Rights van 1981 |
| **ACRWC** | African Charter on the Rights and Welfare of a Child van 1999 |
| **CJLPP** | Cornell Journal of Law and Public Policy |
| **CRC** | Convention on the Rights of the Child |
| **ICCPR** | International Covenant on Civil and Political Rights |
| **ICESCR** | International Covenant on Economic Social and Cultural Rights van 1966 |
| **PELJ** | Potchefstroom Electronic Law Journal |
| **SAJBL** | South African Journal of Bioethics and Law |
| **THRHR** | Tydskrif vir die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg |
| **UDHR** | Universal Declaration on Human and People's Rights van 1948 |

**HOOFSTUK 1**

**INLEIDING**

## *1.1 Inleiding*

Kinders word wêreldwyd as kosbaar beskou, as die personifikasie van hoop, die belofte van wat die toekoms mag inhou, 'n legio geleenthede. Kinders is egter kinders – kwesbaar, met 'n enorme behoefte aan beskerming en leiding. In die woorde van ons eie leier en ikoon, Nelson Rolihlahla Mandela, vind ons bevestiging -

> Veiligheid en sekuriteit gebeur nie net nie, dit is die gevolg van kollektiewe konsensus en openbare belegging. Ons skuld ons kinders, die mees kwesbare burgers in ons samelewing, 'n lewe vry van geweld en vrees.[1]

Dit spreek derhalwe vanself dat enige wetgewing wat kinders raak daarop geskoei moet word om hul kwesbaarheid en betrokke behoeftes as middelpunt te hê.[2] Daar berus dus 'n plig op die staat, as die paterfamilias van die nasie, om te verseker dat die hulp en ondersteuning wat kinders vir positiewe groei en ontwikkeling verlang, aan hulle verskaf word.[3] Suid-Afrikaanse howe ondersteun die beginsel dat kinders spesiale beskerming moet geniet en dat dit deur middel van wetgewing wat hulle regte en vryheid beskerm asook wetgewing wat leiding vir kinders daarstel moontlik is.[4] Dit is egter van die grootste belang om te verseker dat sodanige wetgewing wat die beskerming van kinders as oogmerk het, nie tot gevolg het dat kinders aan omstandighede blootgestel word wat nadelig vir hulle ontwikkeling kan wees nie.[5]

In die onlangse Konstitusionele Hof-uitspraak van *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 KH het Khampepe R beslis dat artikels 15 en 16 van die *Wysigingswet op die Strafreg*

---

1
2 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 KH par 1-3.
3 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 KH par 1-3.
4 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 KH par 1-3.
5 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 KH par 1-3.

(*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007 kinders se reg op menswaardigheid, privaatheid en ’n kind se beste belang beperk.[6] Artikels 15 en 16 van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) kriminaliseer sekere instemmende seksuele handelinge teenoor kinders. Artikel 15 van die *Wysigingswet op die Strafreg* bepaal soos volg:

> ‘Iemand ("A") wat 'n handeling van seksuele penetrasie met 'n kind ("B") pleeg, is, ondanks die toestemming van B tot die pleeg van sodanige handeling, skuldig aan die misdryf van die pleeg van 'n handeling van instemmende seksuele penetrasie met 'n kind.’

Artikel 16 van die *Wysigingswet op Strafreg* bepaal soos volg:

> ‘Iemand ("A") wat 'n handeling van seksuele skending met 'n kind ("B") pleeg, is, ondanks die toestemming van B tot die pleeg van sodanige handeling, skuldig aan die misdryf van die pleeg van 'n handeling van instemmende seksuele skending met 'n kind.’

Die gevolge van artikels 15 en 16 is dat kinders tussen die ouderdom van twaalf en sestien betrokke by instemmende seksuele handelinge gekriminaliseer kan word. Dus kan gevra word op welke wyse die kind betrokke by instemmende seksuele handelinge se beste belang-beginsel deur die reg beskerm word?Ten einde die volle omvang van artikels 15 en 16 te verstaan is dit nodig om ondersoek in te stel na die gemeenregtelike bepalings wat instemmende seksuele handelinge gereguleer het. Die *Wet op Seksuele Misdrywe* 23 van 1957 wat instemmende seksuele handelinge tussen kinders gereguleer het sal ook ondersoek word.

### *1.2 Raamwerk van skryfstuk*

Hierdie skripsie het ten doel om in hoofstuk 1 ’n historiese oorsig te bied oor die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg rakende die regulering van seksuele gedrag tussen kinders. Dit sal hanteer word aan die hand van drie besprekingspunte waarvan die gemeenregtelike posisie eerstens aandag sal geniet. Die *Wet op Seksuele Misdrywe* 23 van 1957 sal daarna onder die loep geplaas word en laastens sal die huidige posisie rakende instemmende seksuele handelinge ondersoek word.

---

6 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 KH.

In hoofstuk 2 sal daar ondersoek ingestel word na verskeie wetgewing wat aan kinders die reg op selfbeskikking verleen. Kinders se reg op selfbeskikking sal ook aan die hand van internasionale bronne bespreek word om sodoende vas te stel tot welke mate kinders se belang beskerm word en of Suid-Afrika sy verpligtinge kragtens die internasionale instrumente nagekom het. Hoofstuk 2 het ook verder ten doel om uit te wys dat artikels 15 en 16 van die *Wysigings Wet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) voor die ongrondwetlike verklaring van beide die artikels, nie met ander statutêre bepalings versoenbaar was nie. In hoofstuk 3 sal artikels 15 en 16 van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) en die verwere bepreek word. Artikels 15 en 16 van die Wet sal aan die hand van regspraak bespreek word en bepaal op welke mate sekere fundamentele regte van kinders beperk word. In hoofstuk 4 sal daar ondersoek ingestel word na wat die beste belang-beginsel van die kind inhou en ook op welke mate artikels 15 en 16 van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) inbreuk op die beste belang-bepaling van 'n kind maak. Daar sal ook verder na die internasionale instrumente in dié verband verwys word. Verder sal daar aan die hand van die *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* aangetoon word op welke wyse artikels 15 en 16 van die Wet inbreuk op 'n kind se beste belang maak. In die samevattingshoofstuk sal daar aangetoon word op welke wyse 'n kind betrokke by instemmende seksuele handelinge se beste belang deur die reg beskerm word.

### *1.3 Gemeenregtelike posisie en historiese oorsig*

Kragtens die gemenereg het daar 'n onweerlegbare vermoede bestaan dat geen meisie onder die ouderdom van twaalf toestemming kon verleen tot seksuele omgang nie.[7] Sou enige persoon geslagsgemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van twaalf gehad het, was hy skuldig aan die misdaad verkragting.[8] Verkragting is deur die gemenereg gedefinieer as die opsetlike en onregmatige

7 Minnie "Sexual Offences Against Children" 523-541.
8 Minnie "Sexual Offences Against Children" 523-541.

geslagsgemeenskap deur 'n man met 'n vrou sonder die toestemming van die vrou.[9] Volgens die gemenereg sou verkragting slegs plaasvind indien die penis die vagina penetreer.[10] Volgens die gemeenregtelike bepalings kon 'n man nie verkrag word nie en kon 'n vrou ook nie die misdaad van verkragting pleeg nie.[11] Alhoewel 'n vrou nie skuldig bevind kon word aan verkragting nie, kon sy wel as 'n medepligtige by die pleeg van verkragting skuldig wees.[12] Kragtens die gemenereg sou dit as 'n geldige verweer geopper kon word indien die meisie bo twaalf was en toestemming tot seksuele omgang verleen het. Die manspersoon kon wel in so 'n geval skuldig bevind word aan 'n oortreding van artikel 14(1)(a) kragtens die *Wet op Seksuele Misdrywe* 23 van 1957 (hierna die *Wet op Seksuele Misdrywe)*.[13] Onsedelike aanranding was deur die gemenereg gedefinieer as die betasting van 'n ander persoon se liggaam op 'n onsedelike wyse sonder daardie persoon se toestemming.[14] Dit is belangrik om te merk dat seksuele handelinge met en onder kinders eers deur die gemenereg gereguleer is tot op 'n punt waar wetgewing inwerking getree het.

Die *Girls and Mentally Defective Women's Act 3* van 1916 het seksuele omgang tussen beide 'n man en 'n vrou onder die ouderdom van sestien gekriminaliseer, behalwe in die geval waar hulle getroud was.[15] Die Wet is vervang deur die *Ontugwet* 23 van 1957 (hierna die *Ontugwet*). Die naam van die *Ontugwet* het in 1988 verander na die *Wet op Seksuele Misdrywe.* Kragtens hierdie Wet was daar 'n spesifieke bepaling wat seksuele handelinge tussen 'n man en vrou onder die ouderdom van sestien verbied het. Die bepaling is in artikel 14 van die Wet vervat. Artikel 14(1)(a) het bepaal dat, sou enige manspersoon geslagsgemeenskap met 'n meisie onder sestien hê of poog om seksuele omgang met haar te hê, hy aan 'n misdryf skuldig sou wees.[16] Dit is duidelik dat artikel 14(1)(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe* instemmende seksuele handelinge onder kinders gereguleer het en verskeie ooreenstemmings met artikels 15 en 16 van die Wet het soos later

---

9 Minnie "Sexual Offences Against Children" 523-541.
10 Minnie "Sexual Offences Against Children" 523-541.
11 Minnie "Sexual Offences Against Children" 523-541.
12 *Jonathan* 1987 1 SA 633 (A) 643 H-I.
13 Minnie "Sexual Offences Against Children" 523-541.
14 Snyman *Strafreg* 453.
15 *Girls and Mentally Defective Women's Act* 3 van 1916.
16 A 14 *Ontugwet* 23 van 1957.

gemerk sal word.

### *1.4 Die Wet op Seksuele Misdrywe*

Die *Wet op Seksuele Misdrywe* het seksuele handelinge in 'n wye omvang gedefinieer. Die hoofdoel van die Wet was om 'n sekere sienswyse af te dwing rondom morele optrede en immorele optrede.[17] Sekere van die seksuele oortredings kragtens die gemenereg het grotendeels met van die seksuele oortredings vervat in die *Wet op Seksuele Misdrywe* ooreengestem.[18] Die sienswyses rakende moraliteit wat die *Wet op Seksuele Misdrywe* probeer daarstel het, het egter nie ooreengekom met die sienswyse van die samelewing nie, en het dit kommer gewek.[19]

In *Masiya v Director of Public Prosecutions, Pretoria* (*Centre for Applied Legal Studies, Amicus Curiae*) het die hof uitgewys hoe die gemenereg en die *Wet op Seksuele Misdrywe* nie saam met die gemeenskap se sienswyse verander het nie.[20] In hierdie saak het die beskuldigde tereggestaan op 'n aanklag van gemeenregtelike verkragting.[21] Die beskuldigde het onregmatige anale seksuele penetrasie met 'n meisie van nege sonder haar toestemming gehad.[22] Slegs 'n man kon verkragting pleeg met 'n vrou onder die gemenereg, en die penis moes die vrou se vagina gepenetreer het. Die Hoë Hof van Pretoria het beslis dat die definisie van verkragting onder die gemenereg ongrondwetlik was en die saak is na die Konstitusionele Hof verwys vir bekragtiging van die bevel van ongrondwetlike verklaring.[23]

Die Konstitusionele Hof het beslis dat die definisie van verkragting nie ongrondwetlik was nie.[24] Die gemeenregtelike definisie van verkragting moes wel uitgebrei word omdat dit nie voldoen het aan die gees, oogmerke en strekking van die Handves van

---

17 Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences: The Substantive Law* 198.
18 Minnie "Sexual Offences Against Children" 525-541.
19 Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences: The Substantive Law* 198.
20 *Masiya v Director of Public Prosecutions, Pretoria* (*Centre for Applied Legal Studies, Amicus Curiae)* 2007 5 SA (KH).
21 *S v Masiya* 2006 11 BCLR 1377 (T).
22 *S v Masiya* 2006 11 BCLR 1377 (T).
23 *S v Masiya* 2006 11 BCLR 1377 (T).
24 *Masiya v Director of Public Prosecutions, Pretoria* (*Centre for Applied Legal Studies, Amicus Curiae)* 2007 5 SA (KH) 22.

Menseregte nie.[25] Die meerderheidsuitspraak van die Konstitusionele Hof het beslis dat die definisie van verkragting nie-instemmende anale penetrasie met 'n vrou moet insluit, sodat die gemeenregtelike definisie van verkragting met die *Grondwet* van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna *Grondwet*) versoenbaar is.[26]

Die gemenereg het bepaal dat indien 'n meisie, bo twaalf maar onder sestien jaar, toestemming verleen tot seksuele omgang met 'n seun, die daad nie as onregmatig beskou moes word nie.[27] Die gemeenskap se kommer oor 'n kind se vermoë om toestemming tot seksuele omgang te verleen het daartoe gelei dat artikel 14 van die *Wet op Seksuele Misdrywe* tot stand gekom het.[28] Artikel 14 van die *Wet op Seksuele Misdrywe* kon dus as die wetgewende bepaling rakende toestemming beskou word.[29]

Artikel 14(1)(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe* het bepaal dat enige manspersoon wat ontug met 'n meisie onder die ouderdom van sestien jaar pleeg of probeer pleeg aan 'n misdryf skuldig was.[30] Al het die meisie toestemming verleen tot die handeling, sou die man steeds skuldig wees aan die misdryf.[31] Die term "ontug" was in die Wet gedefinieer as "buite-egtelike vleeslike gemeenskap".[32] Daar word informeel na die misdaad as statutêre verkragting verwys.[33]

In die Suid-Afrikaanse Regskommissieverslag 85 van 1999 word daar verwys na Milton se voorlegging. Milton was van mening dat artikel 14 van die *Wet op Seksuele Misdrywe* gebrekkig was.[34] Volgens Milton het die artikel twee oogmerke ten doel

---

25 *Masiya v Director of Public Prosecutions, Pretoria* (*Centre for Applied Legal Studies, Amicus Curiae*) 2007 5 SA (KH) 23.
26 *Masiya v Director of Public Prosecutions, Pretoria* (*Centre for Applied Legal Studies, Amicus Curiae*) 2007 5 SA (KH) 44.
27 Minnie "Sexual Offences Against Children" 523-541.
28 Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences: The Substantive Law* 199.
29 Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences: The Substantive Law* 199.
30 Artikel 14(1)(a) *Wet op Seksuele Misdrywe* 23 van 1957.
31 Snyman *Strafreg* 368.
32 A 1 *Wet op Seksuele Misdrywe* 23 van 1957.
33 Snyman *Strafreg* 368.
34 Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences: The Substantive Law* 198.

gehad.[35] Eerstens was dit om seksuele omgang met 'n persoon onder die ouderdom van sestien te verbied en tweedens om enige vorm van seksuele handeling met 'n persoon onder die voorgeskrewe ouderdom te verhoed.[36]

Volgens die voorlegging van Milton was die gebrek rakende artikel 14 van die Wet soos volg:[37] die woord "oortreder" was nie duidelik in artikel 14 van die Wet omskryf nie; die artikel het verwys na enige "manspersoon" of enige "vroulike persoon".[38] Dit het die gevolg gehad dat die oortreder ook 'n persoon tussen die ouderdom van twaalf en sestien kon wees.[39] Milton was verder van mening dat, wanneer 'n seksuele oortreding met 'n kind gepleeg word, dit in die meeste gevalle aanvaar word dat die oortreder 'n volwasse persoon is.[40] Milton se argument was dat die oortreding nie 'n duidelike ouderdomsverskil uiteengesit het nie.[41] As gevolg van laasgenoemde is dit duidelik waarom Milton geargumenteer het dat artikel 14 van die Wet herformuleer moes word.

Die gebrek van artikel 14(1)(a) kan ook geïllustreer word aan die hand van *R v H* 1959 SA 583(K). Die beskuldigde was in die landdroshof van Kaapstad aangekla van die oortreding van artikel 14(1)(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*.[42] Hy het vleeslike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van sestien jaar gehad.[43] Die beskuldigde het skuldig gepleit en is tot twee maande gevangenisstraf met dwangarbeid gevonnis.[44] Gedurende die klaagster se getuienis het sy getuig dat sy en die beskuldigde al vyf jaar lank in 'n liefdesverhouding was.[45] Die klaagster het ook verder getuig dat sy en die beskuldigde 'n seksuele verhouding met mekaar

---

35 Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences: The Substantive Law* 198.
36 Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences: The Substantive Law* 198.
37 Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences: The Substantive Law* 200.
38 Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences: The Substantive Law* 200.
39 Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences: The Substantive Law* 200.
40 Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences: The Substantive Law* 200.
41 Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences: The Substantive Law* 200.
42 *R v H* 1959 3 SA 583 (K) 583 D-E.
43 *R v H* 1959 3 SA 583 (K) 583 E.
44 *R v H* 1959 3 SA 583 (K) 583 E.
45 *R v H* 1959 3 SA 583 (K) 583 F.

gehad het.[46] Die klaagster was gedurende die pleeg van die oortreding vyftien en die beskuldigde sewentien jaar oud.[47] Daar is na die Kaapse Hooggeregshof geappelleer.

Van Wyk R het beslis dat, indien die klaagster ouer as sestien jaar was, daar geen misdaad kragtens die bepalings van artikel 14(1)(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe* gepleeg sou wees nie.[48] Van Wyk R het verder beslis dat, indien die beskuldigde ten tyde van die handeling jonger as sestien was hy ook nie 'n misdaad kragtens die bepalings van artikel 14(2)(b) van die Wet sou kon pleeg nie.[49] Die hof het beslis dat die ouderdomme van die partye sodanig was dat die saak nie as ernstig beskou kon word nie. Volgens die hof was die klaagster amper oud genoeg dat 'n misdaad nie met haar gepleeg kon word nie, en die beskuldigde amper jonk genoeg om nie die misdaad te kon pleeg nie.[50] Die hof het ook bevind dat dit duidelik was dat daar 'n liefdesverhouding tussen die klaagster en die beskuldigde was.[51] Die hof het beslis dat die vonnis onredelik was en dat dit gewysig moes word deur die twee maande gevangenisstraf met dwangarbeid op te skort vir 'n tydperk van drie jaar op voorwaarde dat die beskuldigde gedurende daardie tydperk nie 'n artikel 14(1)(a) oortreding pleeg nie.[52]

Insien enige persoon 'n artikel 14 oortreding gepleeg het kon daardie persoon een van drie verwere geopper het. Artikel 14(2) van die *Wet op Seksuele Misdrywe* het drie verwere bevat wat geopper kon word indien 'n persoon vir 'n oortreding van artikel 14(1) aangekla is.[53] Die eerste verweer was in artikel 14(2)(a) vervat en het uit drie elemente bestaan. Al drie die elemente moes gelyktydig teenwoordig wees vir die verweer om te kon slaag.[54] 'n Voldoende verweer sou wees, indien dit geblyk het dat die meisie ten tyde van die pleeg van die misdaad 'n prostituut was, dat die aangeklaagde persoon op die bedoelde tydstip onder die ouderdom van een-en-

---

46 *R v H* 1959 3 SA 583 (K) 583 F.
47 *R v H* 1959 3 SA 583 (K) 583 F.
48 *R v H* 1959 3 SA 583 (K) 583 F.
49 *R v H* 1959 3 SA 583 (K) 584 A.
50 *R v H* 1959 3 SA 583 (K) 584 A-B.
51 *R v H* 1959 3 SA 583 (K) 584 B.
52 *R v H* 1959 3 SA 583 (K) 584 C.
53 A 14(2) *Wet op Seksuele Misdrywe* 23 van 1957.
54 Snyman *Strafreg* 369.

twintig was en dat dit die eerste geleentheid was waarop hy aangekla is. Die tweede verweer was in artikel 14(2)(b) vervat wat bepaal het dat dit as ’n verweer geopper kon word indien die aangeklaagde persoon op die bedoelde tydstip onder die ouderdom van sestien jaar was. Artikel 14(2)(c) het die derde verweer vervat wat bepaal het dat indien ’n meisie of die persoon in wie se sorg sy was die aangeklaagde persoon mislei het deur hom te laat glo dat sy op die bedoelde tydstip bo die ouderdom van sestien was.

Snyman[55] het die term “mislei” soos vervat in artikel 14(2)(c) gekritiseer. Snyman[56] was van mening dat die term “mislei” verwarring meegebring het. Snyman[57] het gemeen dat daar onduidelikheid bestaan het of “mislei” net duidelike misleiding insluit of moes die term wyer geïnterpreteer word sodat dit ook stilswyende misleiding by implikasie kon insluit?[58] Snyman[59] het geargumenteer dat die wyer betekenis van “mislei” ondersteun moes word. Die rede hiervoor was volgens Snyman[60] dat die verweer nie vereis dat die meisie of die persoon in wie se sorg sy was die beskuldigde opsetlik of bewustelik hoef te mislei het nie en berus die bewyslas op die beskuldigde persoon om die misleiding op ’n oorwig van waarskynlikheid te bewys. Volgens Snyman[61] kon die grondwetlikheid van die reël betwyfel word. Snyman[62] was van mening dat die howe artikel 14(2) op so ’n wyse geïnterpreteer het dat die oortreder hom nie op dwaling kon beroep nie.[63] Indien die meisie volwasse en liggaamlik ontwikkeld was, sou dwaling nie geopper kon word nie.[64] Volgens Snyman[65] was ander verwere soos dwaling uitgesluit, omdat die howe van mening was dat die wetgewer die bedoeling gehad het om uitdruklike verwere onder artikel 14(2) daar te stel.[66]

---

55 Snyman *Strafreg* 369.
56 Snyman *Strafreg* 369.
57 Snyman *Strafreg* 369.
58 Snyman *Strafreg* 369.
59 Snyman *Strafreg* 369.
60 Snyman *Strafreg* 369.
61 Snyman *Strafreg* 369.
62 Snyman *Strafreg* 369.
63 Snyman *Strafreg* 369.
64 Snyman *Strafreg* 369.
65 Snyman *Strafreg* 369.
66 Snyman *Strafreg* 369.

### *1.5 Gevolgtrekking*

Uit die bogenoemde is dit duidelik dat die gemenereg en die *Wet op Seksuele Misdrywe* seksuele oortredings teenoor kinders gereguleer het.[67] Die gemenereg asook die *Wet op Seksuele Misdrywe* het baie gapings gelaat wat oorbrug moes word. Die *Wet op Seksuele Misdrywe* het nie meer die doel bereik waarvoor dit uitgevaardig is nie. As gevolg van verskeie leemtes in beide die gemenereg en die *Wet op Seksuele Misdrywe* is artikels 15 en 16 van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) gepromulgeer.[68]. Die gemeenregtelike posisie dat ŉ meisie onder twaalf jaar nie bevoeg is om toe te stem tot seksuele omgang nie het op so ŉ wyse ontwikkel dat dit in ŉ statutêre bepaling omskep is en in artikel 57 van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) vervat is.[69]

Vervolgens sal daar ondersoek ingestel word na die kind se reg op selfbeskikking en die verskeie wetgewende bepalings wat dié reg beskerm.

---

67 Minnie "Sexual Offences Against Children" 523-541.

68 Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences The Substantive Law* 198.

69 A 57 *Wysigingswet op die Strafreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede)* 32 van 2007.

**HOOFSTUK 2**

**KINDERS SE REG OP SELFBESKIKKING EN DIE BESKERMING DAARVAN DEUR WETGEWING**

## *2.1 Inleiding*

In hierdie hoofstuk sal daar ondersoek ingestel word na 'n kind se reg op selfbeskikking en outonomie. Daar sal ondersoek ingestel word na hoe hierdie reg deur die howe geïnterpreteer word en tot watter mate hierdie reg deur die internasionale instrumente en nasionale wetgewing vervat en beskerm word.

## *2.2 Kinders se reg op vryheid en sekerheid*

In die *Gillick v West Norfolk and Wisbench Area Health Authority* 1985 3 ALL ER 402 word die beslissing beskou as een van die belangrikste rakende 'n kind se reg op selfbeskikking en outonomie.[70] Die beslissing word as 'n internasionale maatstaf rakende die ontwikkeling van kinders en hul regte beskou.[71] In hierdie saak het daar 'n dispuut tussen mevrou Gillick en die Departement van Gesondheidsdienste van Engeland bestaan.[72] Die dispuut het gehandel oor die memorandum wat deur die Departement uitgevaardig is.[73] In die memorandum het die Departement van Gesondheid aan geneeshere die bevoegdheid verleen om aan sestienjarige meisies inligting rakende voorbehoedmiddels asook die middel self sonder enige ouerlike toestemming te verskaf.[74] Die hof het beslis dat sodra 'n kind oor die genoegsame volwassenheid en intellektualiteit beskik, die kind toegelaat moet word om 'n ingeligte besluit te neem.[75] Die hof het beslis dat die memorandum, uitgevaardig deur die

70 *Gillick v West Norfolk and Wisbench Area Health Authority* 1985 3 ALL ER 402.
71 *Gillick v West Norfolk and Wisbench Area Health Authority* 1985 3 ALL ER 402.
72 *Gillick v West Norfolk and Wisbench Area Health Authority* 1985 3 ALL ER 402.
73 *Gillick v West Norfolk and Wisbench Area Health Authority* 1985 3 ALL ER 402.
74 *Gillick v West Norfolk and Wisbench Area Health Authority* 1985 3 ALL ER 402.
75 *Gillick v West Norfolk and Wisbench Area Health Authority* 1985 3 ALL ER 402.

Departement van Gesondheidsdienste as regmatig beskou moet word.[76] Die meerderheid uitspraak het beslis:

> A minor's capacity to make his or her own decision depends on the minor having sufficient understanding and intelligence to make the decision and is not to be determined by reference to any judicially fixed age limit.[77]

Dit sal duidelik uit die volgende bespreking blyk dat die *Gillick v West Norfolk and Wisbench Area Health Authority* 'n groot rol gespeel het gedurende die ontwikkeling van die wetgewing. Die House of Lords het ook die internasionale instrumente se verpligtinge nagekom soos uit die volgende bespreking sal blyk.

### *2.3 Internasionale instrumente*

Ingevolge artikel 39(1)(b) van die *Grondwet* moet 'n hof, tribunaal of forum internasionale reg in ag neem wanneer die Handves van Menseregte geïnterpreteer word. Hierdie internasionale reg verwys na bindende, sowel as nie-bindende internasionale reg.[78] Aangesien hierdie bespreking oor die realisering van regte vervat in die Handves van Menseregte handel, moet die internasionale instrumente oorweeg word.

#### *2.3.1 Universal Declaration of Human Rights van 1948*

Die *Universal Declaration of Human Rights* van 1948 was die eerste menseregte-instrument wat na die Tweede Wêreldoorlog tot stand gekom het. Die internasionale instrument het gewoonteregstatus verwerf. Die internasionale instrument maak nie spesifiek voorsiening vir die beskerming van kinders se reg op sekerheid nie, maar soos alle ander fundamentele menseregte word die reg op selfbeskikking as een van die belangrikste internasionale menseregte beskou en beskerm. Artikel 3 van die *Universal Declaration of Human Rights* (hierna *UDHR*) bepaal dat elke persoon die reg op lewe, vryheid en sekerheid van 'n persoon het.[79] Dit is duidelik dat die artikel drie afsonderlike regte vir beskerming uiteensit. Die afleiding wat gemaak kan word,

---

76 *Gillick v West Norfolk and Wisbench Area Health Authority* 1985 3 ALL ER 402.
77 *Gillick v West Norfolk and Wisbench Area Health Authority* 1985 3 ALL ER 402.
78 *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH).
79 Artikel 3 *UDHR*.

is dat die drie afsonderlike regte kragtens die *UDHR* as ewe belangrik beskou kan word.[80]

### *2.3.2 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights van 1966 en International Covenant on Civil and Political Rights*

Die *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (hierna *ICESCR*) is deur Suid-Afrika onderteken, maar nog nie geratifiseer nie. Die reg op selfbeskikking word deur die *ICESCR* beskerm. In hierdie internasionale instrument word daar in artikel 1 bepaal dat elke persoon die reg op selfbeskikking het en besluite mag neem rakende hul politiese status en ekonomiese, sosio- en kulturele ontwikkeling.[81]

Suid-Afrika het op 3 Oktober 2013 die *International Covenant on Civil and Political Rights* (hierna *ICCPR*) onderteken en in Desember 1998 is die internasionale instrument deur Suid-Afrika geratifiseer. Die internasionale instrument is nie spesifiek daargestel vir die beskerming van kinders se regte nie, maar is kinders geregtig tot die regte vervat in die *ICCPR*. Artikel 1 van die *ICCPR* bied beskerming aan elke individu se reg op selfbeskikking. Die *ICCPR* plaas ŉ verpligting op lidstate om die reg op selfbeskikking te bevorder, te realiseer en te respekteer. Die term "selfbeskikking" word in die internasionale instrumente baie wyd omskryf met die gevolg dat elke lidstaat afsonderlike riglyne rakende die reg op selfbeskikking daar kan stel.

### *2.3.3 United Nations Convention on the Rights of the Child van 1989*

Die *United Nations Convention on the Rights of the Child* (hierna die *CRC*) het in 1989 tot stand gekom en Suid-Afrika het die *CRC* in 1995 geratifiseer. Die ratifisering van die *CRC* plaas ŉ verpligting op ŉ lidstaat om die regte vervat in die *CRC* te beskerm en te bevorder. Die reg op selfbeskikking word nie in ŉ spesifieke

80 Venter 2013 *Potchefstroom Electronic Law Journal* (hierna *PELJ*) 371.
81 Artikel 1 *ICCPR* en *ICESCR*

artikel in die *CRC* vervat nie, maar daar word wel erkenning aan die reg op selfbeskikking in artikels 12 tot 16 van die *CRC* gegee.

Artikel 12 van die *CRC* bepaal dat, indien 'n kind in staat is om sy eie sienswyses te vorm, moet die staat verseker dat 'n kind toegelaat word om daardie sienswyses uit te druk in enige aangeleentheid wat die kind raak. Artikel 13 bepaal dat 'n kind die reg het op vryheid van uitdrukking. Artikel 14 bepaal dat 'n lidstaat verplig is om 'n kind se vryheid van denkwyse te respekteer. Artikel 15 bepaal dat 'n staat erkenning moet verleen aan 'n kind se reg op vryheid van assosiasie en vredevolle bestaan. Artikel 16 bepaal dat geen kind onderworpe sal wees aan enige onregmatige inmenging van sy of haar privaatheid en familielewe nie. Die artikel bepaal verder dat geen onregmatige inbreuk gemaak mag word op die kind se eer en reputasie nie.

### *2.3.4 African Charter on Human and People's Rights van 1981 en African Charter on the Rights and Welfare of the Child van 1999*

In die *African Charter on Human and People's Rights* (hierna *ACHPR*) word die reg op selfbeskikking in artikel 20 beskerm. Die artikel bepaal dat elke persoon die reg tot bestaan het en dat elke persoon 'n onbetwisbare en onvervreembare reg op selfbeskikking het.

Die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* (hierna die *ACRWC*) is in 1997 deur Suid-Afrika onderteken en in 2000 geratifiseer. Die *ACRWC* is die eerste streeksgeoriënteerde instrument met regsbindende krag wat die kind as 'n houer van menseregte identifiseer. Die internasionale instrument bied nie uitdruklike beskerming aan die kind se reg op selfbeskikking nie maar, net soos in die *CRC*, word daar aan die reg op selfbeskikking erkenning verleen. Artikel 4 bepaal dat sodra 'n kind sy eie denkvermoë kan vorm daar aan die kognisie oorweging geskenk word.[82] Artikel 7 bepaal dat sodra 'n kind bevoeg is om sy of haar eie sienswyse te vorm is 'n kind geregtig om die sienswyses vrylik uit te druk.[83] Artikel 12 bepaal dat

82 A 4 *ACRWC*.
83 A 7 *ACRWC*.

elke kind die reg het om te speel en om aan 'n kulturele lewe deel te neem.[84]

### *2.4 Grondwetlike bepaling*

Die Handves van Menseregte word internasionale as 'n goeie voorbeeld van 'n *Grondwet* beskou wat spesifieke beskerming aan kinders se regte bied.[85] In artikel 28 van die *Grondwet* word daar spesifieke regte en beskerming vir kinders uiteengesit. Dit is belangrik om in gedagte te hou dat kinders ook geregtig is op al die regte vervat in die Handves van Menseregte, behalwe waar daar 'n beperking op die reg geplaas word; byvoorbeeld, kinders onder die ouderdom van agtien is nie geregtig om te stem nie.[86] 'n Kind se reg op selfbeskikking word nie onomwonde in artikel 28 van die *Grondwet* uiteengesit nie, maar word in artikel 12 van die *Grondwet* vervat, waarop elke individu geregtig is, insluitende kinders. Artikel 12(2)(b) bepaal dat elke persoon die reg op liggaamlike integriteit het met inbegrip van die reg om besluite rakende voortplanting te neem.

In *Ferreira v Levin* 1996 1 SA 984 (KH) het die hof beslis dat artikel 12 ten doel het om die aspekte rakende liggaamlike selfbeskikking te beskerm.[87] In *Phillips v De Klerk* 1983 TPD het die hof erkenning gegee aan die reg op selfbeskikking in sover die reg nie die sosiale belang benadeel nie. Die hof het ook verder beslis dat:

> The mentally competent individual's right to control his own destiny in accordance with his own value system, his right of self-determination must be rated even higher than his health and life.[88]

Currie en De Waal[89] was van mening dat die reg op vryheid en sekerheid van 'n persoon 'n reg daarstel dat elke persoon "uitgelos" moet word. Hulle was verder van mening dat 'n persoon se reg op liggaamlike integriteit 'n sfeer van ontasbaarheid skep. Die ontasbaarheid wat deur artikel 12(2)(b) geskep word, bestaan uit twee komponente, naamlik "sekerheid in" en "beheer oor" en dit is belangrik om in

---

84 A 12 *ACRWC*.
85 Skelton "Constitutional Protection of Children's Rights" 265-290.
86 Skelton "Constitutional Protection of Children's Rights" 265-290.
87 *Ferreira v Levin* 1996 1 SA 984 (KH).
88 *Phillips v De Klerk* 1983 TPD.
89 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 308.

gedagte te hou dat die twee komponente nie as sinonieme beskou moet word nie.[90] Die eerste komponent "sekerheid in" stel 'n beskermingsmeganisme daar om elke persoon se reg op liggaamlike sekerheid en integriteit teenoor die inmenging van die staat te beskerm. Dit bring mee dat daar 'n verpligting op die staat berus om redelike maatreëls aan te neem om te verhoed dat enige persoon inbreuk op 'n ander persoon se reg op sekerheid maak. 'n Voorbeeld hiervan is om nie deur 'n ander persoon seksueel mishandel te word nie.[91] Die tweede komponent bied beskerming teen inmenging van 'n persoon se liggaamlike outonomie; byvoorbeeld dat elke persoon toegelaat moet word om besluite te neem rakende sy of haar lewe.[92] Daar bestaan geen twyfel dat die reg op selfbeskikking 'n belangrike reg is nie.[93] Die grondwetlike erkenning en beskerming van elke persoon se reg op selfbeskikking maak ook selfbestuur moontlik.[94] Die reg hou in dat elke individu keuses en besluite kan neem rakende sy of haar lewe ooreenkomstig sy of haar persoonlikheid en denkwyses.[95]

Vervolgens sal ondersoek ingestel word na nasionale wetgewing wat kinders se reg op liggaamlike integriteit met inbegrip van die reg op sekerheid van en beheer oor die eie liggaam beskerm.

### *2.5 Children's Act 38 van 2005*

Die *Children's Bill* is oor 'n lang tydperk deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie opgestel.[96] Die doel was om 'n wet saam te stel met verskeie regte daarin vervat vir die beskerming van kinders en hul regte.[97] In 2003 het die Minister van Maatskaplike Ontwikkeling die *Children's Bill* aan die parlement voorgelê en in 2005 is die *Children's Act* 38 van 2005 (hierna *Children's Act*) goedgekeur. Die *Children's Act* het in 2005 gedeeltelik in werking getree met finale inwerkingtrede in 2010. Die Wet het ten doel om *interalia* voorsiening te maak vir sekere regte soos uiteengesit in die

90 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 308.
91 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 308.
92 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 308.
93 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 308-310.
94 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 308-310.
95 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 308-310.
96 Du Preez *The Medical Treatment of Children and the Children's Act 38 of 2008* 10.
97 Du Preez *The Medical Treatment of Children and the Children's Act 38 of 2008* 10.

*Grondwet*.[98] Die Wet beoog ook om voorsiening te maak vir strukture, dienste en middele vir die bevordering en monitering van die gesonde fisiese, sielkundige, intellektuele, emosionele en maatskaplike ontwikkeling van kinders.[99]

In die *Children's Act* word 'n kind gedefinieer as enige persoon onder die ouderdom van agtien jaar.[100] Kragtens die *Wysigingswet op die Strafreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede)* word 'n kind vir die doeleindes van artikels 15 en 16 van die Wet omskryf as 'n persoon bo die ouderdom van twaalf en onder die ouderdom van sestien jaar.[101] Die probleem wat rakende artikels 15 en 16 ontstaan het, was dat kinders tussen twaalf en sestien gekriminaliseer kon word indien hulle instemmende seksuele handelinge aangegaan het. 'n Volledige bespreking in dié verband volg in hoofstuk 3.[102]

Die definisie van "toestemming" in die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) is die vrywillige en ongedwonge instemming tot 'n handeling.[103] Hier is twee aspekte van belang rakende die definisie van toestemming vervat in artikel 1 van die Wet. Eerstens is die definisie van toestemming nie van toepassing op artikels 15 en 16 van die Wet nie, maar vind die gemeenregtelike[104] definisie van toestemming op artikels 15 en 16 toepassing.[105] Tweedens word kinders onder die ouderdom van twaalf in alle opsigte as onbevoeg beskou om toe te stem tot enige seksuele omgang soos gedefinieer in artikel 1 van die Wet.[106]

---

98 Kassan en Mahery "Special Child Protective Measures in the Children's Act" 185-223.
99 A 2 *Children's Act*.
100 A 1 *Children's Act* 38 van 2005. Sien ook die *CRC* en *ACRWC*, definieer ook 'n kind as 'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar.
101 A 1(1)(b) *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007. Sien ook Snyman *Strafreg 411,* Minnie "Sexual Offences Against Children" 523-541.
102 A 15 en 16 *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.
103 A 1 *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.
104 Die tradisionele definisie van toestemming is die definisie voordat die Wysigingswet op die Strafreg (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) in werking getree het.
105 A 1 *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007: die definisie van toestemming is net van toepassing vir die doeleindes van artikels 3, 4, 5 (1), 6, 7, 8 (1), 8 (2), 8 (3), 9, 10, 12, 17 (1), 17 (2), 17 (3) (a), 19, 20 (1), 21 (1), 21 (2), 21 (3) en 22.
106 A 1 *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van

Kragtens artikel 134 van die *Children's Act* is 'n kind van twaalf geregtig op toegang tot voorbehoedmiddels. 'n Kind van twaalf kan dus, sonder die toestemming van sy ouers, nie net toestem tot enige voorbehoedmiddels nie, maar ook enige advies en inligting rakende die voorbehoedmiddels aanvra.[107]

Die woordvoerder van die *Children's Rights Centre,* Ramsden[108] het die besluit verwelkom dat kinders bo die ouderdom van twaalf toegang tot voorbehoedmiddels moet hê sonder ouerlike toestemming. Ramsden[109] is van mening dat elke persoon wat 'n reproduktiewe ouderdom bereik het, geregtig is op toegang tot voorbehoedmiddels. Die direkteur van die *Aids Foundation of South Africa,* Majola[110] stem saam dat die wetgewende bepalings 'n platform vir families, gesondheidsdiensverskaffers en skole skep om seksuele, reproduktiewe aangeleenthede aan te spreek. Verder word daar geredeneer dat die wetgewende bepalings die staat in staat sal stel om kinders by te staan en te beskerm teen seksuele mishandeling.[111] Die Departement van Gesondheid se bevinding is dat die meeste tieners voor die ouderdom van veertien seksueel aktief is, en het dit aanleiding gegee tot artikel 134 van die *Children's Act* wat bepaal dat geen persoon 'n kind van twaalf mag weier om voorbehoedmiddels te bekom nie.[112]

### *2.6 Wet op die Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap*

In artikel 1 van *Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap* word 'n "vrou" gedefinieer as enige vroulike persoon van enige ouderdom. Gevolglik bring dit mee dat 'n vrou van enige ouderdom haar swangerskap mag termineer. Kragtens artikel 5(3) van die *Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap* kan 'n minderjarige meisie, ongeag haar ouderdom, onafhanklik toestem tot die terminering van haar swangerskap. Die Wet bepaal wel dat 'n geneesheer of enige mediese opgeleide persoon die kind moet aanbeveel om haar ouers in kennis te stel; indien die kind

---

2007.

107 A 134 *Children's Act* 38 van 2005.

108 Govender en Masango 2007 http://www.southafrica.info/services/rights/childact-030707.htm.

109 Govender en Masango 2007 http://www.southafrica.info/services/rights/childact-030707.htm.

110 Govender en Masango 2007 http://www.southafrica.info/services/rights/childact-030707.htm.

111 Govender en Masango 2007 http://www.southafrica.info/services/rights/childact-030707.htm.

112 A 134 *Children's Act* sien ook Kassan en Mahery "Special Child Protective Measures in the Children's Act" 185-223.

egter sou weier, moet die terminering steeds uitgevoer word.[113] Voordat die geneesheer die prosedure kan uitvoer, moet die pasiënt bevoeg wees om behoorlik toe te stem.[114]

Artikel 7 van die Wet bepaal verder dat die identiteit van die pasiënt te alle tye vertroulik gehou moet word behalwe in die geval waar sy dit self openbaar. Kragtens die *Children's Act* is daar sekere bepalings wat kinders se toestemming tot mediese behandeling reguleer, maar hierdie bepalings is nie van toepassing op die *Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap* nie.[115]

Uit die bogenoemde is dit duidelik dat die verskillende bepalings indirek handel oor die instemmende seksuele handelinge van kinders. Dus kan aangevoer word dat daar aan kinders genoegsame beskerming deur wetgewing rakende die reg op selfbeskikking verleen word.

### *2.7 Gevolgtrekking*

Uit die bogenoemde blyk dit duidelik dat die kind se reg op selfbeskikking duidelik in die Suid-Afrikaanse wetgewende raamwerk vervat en beskerm word. Die *Children's Act* verleen die reg uitdruklik aan elke kind bo die ouderdom van twaalf. Kragtens die *Grondwet* word die reg op selfbeskikking as 'n fundamentele reg aan elke individu verleen; uit die woordkeuse blyk dit duidelik dat die wetgewer die bedoeling gehad het om 'n kind hierby in te sluit. Die bepalings van die nasionale wetgewing is in ooreenstemming met die staat se verpligtinge soos meegebring uit die ratifisering van verskeie internasionale instrumente soos die UDHR, ICESCR, ICCPR, CRC en die ACRWC. Dit is dus duidelik dat 'n kind bo die ouderdom van twaalf jaar toegelaat moet word om sy of haar reg op selfbeskikking sonder die inmenging van sy of haar ouers of die staat uit te oefen.

113 A 5(3) *Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap* 92 van 1996.
114 McQuoid-Mason 2010 *South African Journal of Bioethics and Law* (hierna *SAJBL*)12.
115 McQuoid-Mason 2010 *SAJBL* 12.

**HOOFSTUK 3**

**KINDERS BETROKKE BY INSTEMMENDE SEKSUELE HANDELINGE EN DIE REGULERING DAARVAN DEUR WETGEWING**

## *3.1 Inleiding*

In hierdie hoofstuk sal daar ondersoek ingestel word na artikels 15 en 16 van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) wat instemmende seksuele handelinge tussen kinders reguleer. Daar sal ook ondersoek ingestel word na die moontlike gevolge wat die artikels vir kinders inhou. In dié hoofstuk sal die Hoë Hof en Konstitusionele Hof se beslissings rakende die artikels ontleed word, asook die bydrae van die Konstitusionele Hof-uitspraak tot die beskerming van kinders betrokke by instemmende seksuele handelinge.

## *3.2 Die Wysigingswet op die Strafreg (Seksuele Misdrywe En Verwante Aangeleenthede)*

Die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) het op 16 Desember 2007 in werking getree.[116] Die Wet stel Suid-Afrikaanse howe in staat om seksuele misdade teenoor persone, veral seksuele misdade teenoor kwesbare groepe, soos vrouens en kinders, te bestry.[117] Die Wet het ten doel om alle aspekte van wetgewing en die implementering van wetgewing met betrekking tot seksuele misdrywe op ’n omvattende en uitgebreide wyse te hersien en te wysig.[118] Die Wet het verder ten doel om alle regsaspekte van of met betrekking tot seksuele misdrywe in 'n enkele statuut te behandel, omvattende bepalings te verorden wat handel met die skepping van sekere nuwe, uitgebreide of gewysigde seksuele misdrywe teenoor kinders en persone wat verstandelik

116 Aanhef *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007 sien ook Minnie “Sexual Offences Against Children” 523-541.

117 Anon Datum onbekend http://www.justice.gov.za/docs/InfoSheets/2008%2002%20SXOactInsert_web.pdf.

118 Aanhef *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.

gestremd is. Die Wet het verder ten doel om misdrywe met betrekking tot seksuele uitbuiting of aanvoring, blootstelling aan of vertoon van pornografie en die skepping van kinderpornografie te bestry.[119] Die Wet wil 'n onderskeid tref tussen die ouderdom vir toestemming tot verskillende instemmende seksuele handelinge vir die voorsiening van spesiale bepalings met betrekking tot die vervolging en beregting van instemmende seksuele handelinge tussen kinders ouer as twaalf, maar jonger as sestien.[120] Die Wet het ook ten doel om 'n verpligting te skep om seksuele misdrywe aan te meld wat met of teenoor kinders of persone wat verstandelik gestremd is, gepleeg word.[121]

In die Wet is spesiale bepalings uiteengesit met betrekking tot instemmende seksuele handelinge met sekere kinders en die vervolging en beregting van sodanige instemmende seksuele handelinge.[122] Die bepalings is vervat in artikels 15 en 16 van die Wet. In die aanhef van die Wet word uiteengesit dat kinders as 'n kwesbare groep beskou moet word.[123] Die aanhef bepaal verder dat kinders spesiale beskerming moet geniet, omdat kinders meer waarskynlike slagoffers van seksuele misdrywe kan wees.[124] Die beste belang van die kind moet in elke aangeleentheid prioriteit geniet.[125]

Artikel 15 van die Wet bepaal dat enige persoon wat 'n handeling van seksuele penetrasie met 'n kind pleeg, skuldig sal wees aan die misdryf van statutêre verkragting, al het die kind toestemming verleen. Artikel 16 van die Wet bepaal enige persoon wat 'n handeling van seksuele skending met 'n kind pleeg skuldig sal wees aan die misdryf van statutêre seksuele skending, al het die kind toestemming daartoe verleen.

---

119 Aanhef *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.

120 Aanhef *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.

121 Aanhef *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.

122 Artikels 15 en 16 *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.

123 Aanhef *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.

124 Aanhef *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.

125 Aanhef *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.

Dit is van belang om te let dat die laasgenoemde artikels se bewoording van mekaar verskil. Artikel 15 van die Wet bevat die term “seksuele penetrasie” en artikel 16 van die Wet bevat die term “seksuele skending”.[126] Seksuele penetrasie word in die Wet gedefinieer as: “’n handeling waar ’n geslagsorgaan van iemand in of verby die geslagsorgaan van iemand anders gaan, insluitende die anus of die mond”.[127] Seksuele skending word in die Wet gedefinieer as: “enige direkte of indirekte kontak met ’n persoon se geslagsorgane deur ’n ander persoon, maar nie ’n handeling van seksuele penetrasie nie”.[128]

Die doel van artikels 15 en 16 van die *Wysigingswet op die Strafreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede)* is om kinders teen seksuele mishandeling en blootstelling deur volwassenes te beskerm.[129] Volgens Snyman[130] word instemmende seksuele handelinge onder kinders deur die Wet gekriminaliseer omdat kinders tussen die ouderdom van twaalf en sestien nie die implikasies en gevolge van seksuele handelinge verstaan nie.

Indien ’n persoon artikels 15 of 16 oortree, is daar sekere verwere wat geopper kan word.[131] Die eerste verweer word in artikel 56(2)(a) van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) vervat. Die artikel bepaal dat wanneer 'n persoon kragtens artikels 15 of 16 van 'n misdryf aangekla word, dit 'n geldige verweer is om aan te voer dat die kind die beskuldigde persoon mislei het om te glo dat, ten tyde van die beweerde pleeg van die misdryf, hy of sy sestien jaar of ouer was en dat die beskuldigde persoon redelikerwys geglo het dat die kind sestien jaar of ouer is.[132] Die tweede verweer kragtens artikel 56(2)(b) van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*)

126 A 15 en 16 *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.
127 A 1(1)(k) *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007. Sien ook *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 13 en 14.
128 A 1(1)(k) *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007. Sien ook *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 13 en 14.
129 Meerkotter 2003 http://www.sabinet.co.za/abstracts/art40/art40_v5_n4_a5.html.
130 Snyman *Strafreg* 411.
131 A 56(2)(a) en (b) *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.
132 A 56(2)(a) en (b) *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.

bepaal dat wanneer 'n beskuldigde persoon kragtens artikel 16 van 'n misdryf aangekla word, dit 'n geldige verweer teen sodanige aanklag is om aan te voer dat beide die beskuldigde persone kinders was en dat die ouderdomsverskil tussen hulle, ten tyde van die beweerde pleging van die misdryf, nie meer as twee jaar was nie.

Kinders wat by ŉ instemmende seksuele handeling betrokke is en waar ŉ daad van penetrasie plaasgevind het, kan nie dieselfde verweer opper as kinders wat by instemmende seksuele skending betrokke is nie.[133] Die rede hiervoor is dat daar wel kennis gedra word van die feit dat kinders seksueel eksperimenteer (seksuele aanraking) en dat kinders nie onnodig vervolg moet word nie.[134] Die verweer in artikel 56(2)(b) is beperk tot nie-penetrerende handelinge.[135] Kinders tussen twaalf en sestien wat dus ŉ handeling van instemmende seksuele penetrasie aangegaan het, sal nie van vervolging uitgesluit wees nie.[136]

Artikel 54(1) van die *Wysigingswet op die Strafreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) het bepaal dat wanneer iemand kennis dra dat 'n seksuele misdryf met 'n kind gepleeg is, sodanige misdryf onmiddellik by 'n polisiebeampte aangemeld moet word.[137] In sover hierdie artikels instemmende seksuele handelinge tussen kinders gekriminaliseer het, was dit nie versoenbaar met die bepalings van die *Children's Act* en die *Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap* nie. Die artikel plaas ŉ verpligting op elke individu, indien hy of sy van seksuele mishandeling teenoor ŉ kind kennis dra, die individu dit moet rapporteer. In teenstelling hiermee bepaal die *Children's Act* dat ŉ kind van twaalf geregtig is om enige inligting rakende reproduktiwiteit, insluitende voorbehoedmiddels te bekom. Verder bepaal die *Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap* dat ŉ meisie van enige ouderdom geregtig is om haar swangerskap te beëindig sonder enige toestemming van haar ouers. Dit bring mee dat, sou enige individu kennis dra dat

133 A 56(2)(b) *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007. Sien ook Minnie "Sexual Offences Against Children" 523-541.
134 Minnie "Sexual Offences Against Children" 523-541.
135 Minnie "Sexual Offences Against Children" 523-541.
136 Minnie "Sexual Offences Against Children" 523-541.
137 A 54(1)(a) *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 32 van 2007.

kinders tussen die ouderdomme van twaalf en sestien instemmende seksuele handelinge met mekaar aangaan en dit kragtens artikel 54(1) rapporteer, skuldig sal wees aan 'n oortreding. Indien 'n geneesheer wat voorbehoedmiddels aan 'n kind tussen twaalf en sestien voorsien, kennis dra dat instemmende seksuele handelinge 'n statutêre oortreding is en versuim om dit te rapporteer, die geneesheer moontlik vervolg kan word.[138]

Die vraag of die strafreg as 'n instrument gebruik moet word om die seksuele optrede van minderjariges te reguleer het sekere sosiale en politieke kwessies ontketen.[139] Hoe nader minderjariges aan volwassenheid kom, hoe moeiliker raak dit om op 'n regverdige wyse aan hulle selfbestuur te verleen.[140] Dit is ook moeilik om kinders te probeer beskerm teen potensieel skadelike handelinge waarin hulle vrywillig betrokke raak.[141] Die poging deur artikels 15 en 16 van die Wet om seksuele aktiwiteite tussen minderjariges te reguleer het oor verskeie verbandhoudende probleme gestruikel wat die situasie verder kompliseer.[142] Hierdie probleme is soos volg: om 'n meisie van twaalf se swangerskap te termineer, maar ook daarvan bewus te wees dat sy kragtens artikel 15 van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) 'n misdryf pleeg en moontlik vervolg kan word indien dit gerapporteer word.

Strafregskrywer het beswaar gemaak teen die kriminalisering van instemmende seksuele handelinge tussen tieners wat vrywillig in die seksuele aktiwiteite deelneem.[143] In teenstelling hiermee was die wetgewer besorg oor die feit dat hulle moontlik 'n bydrae sal hê om seksuele aktiwiteite tussen tieners aan te moedig indien daar geen wetgewing is wat die aktiwiteite reguleer nie.[144] Labuschagne[145] was van mening dat jeugdiges deur wetgewing teen seksuele misbruik beskerm moet word, maar hul psigoseksuele ontplooiing moet nie deur die strafreg onderdruk of geskend

---

138 McQuoid-Mason 2010 *SAJBL* 14.
139 Phipps 2003 *Cornell Journal of Law and Public Policy* (hierna *CJLPP*) 375.
140 Phipps 2003 *CJLPP* 375.
141 Phipps 2003 *CJLPP* 375.
142 Phipps 2003 *CJLPP* 375.
143 Phipps 2003 *CJLPP* 375.
144 Phipps 2003 *CJLPP* 375.
145 Labuschagne 1999 *Tydskrif vir die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* (hierna THRHR)164.

word nie.

Die probleem wat by die kriminalisering van instemmende seksuele handelinge ontstaan, is dat dit inbreuk maak op verskeie grondwetlike regte van die kind soos vervat in artikel 10, artikel 12(2), artikel 14 en artikel 28(2) van die *Grondwet* soos beslis deur Rabie R in die Hoë Hof en bekragtig deur die Konstitusionele Hof.

### *3.3 Hoë Hof-uitspraak*: *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development*

Op 14 Januarie het die *Teddy Bear Clinic for Abused Children* en *RAPCAM* (hierna verwys as die applikante) 'n aansoek in die Noord Gauteng Hoë Hof van Pretoria gebring dat artikels 15, 16 en 56(2) van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) ongrondwetlik verklaar moet word.[146] Soos reeds bespreek, sou kinders bo die ouderdom van twaalf en onder die ouderdom van sestien betrokke by instemmende seksuele handelinge gekriminaliseer word indien hulle instemmende seksuele handelinge met mekaar het.[147]. Die applikante het nie die grondwetlikheid van die artikels bevraagteken in sover dit volwassenes wat instemmende seksuele handelinge met kinders het kriminaliseer nie.[148] Die applikante was van mening dat kinders tussen die ouderdom van twaalf en sestien in 'n spesiale posisie geplaas word omdat hulle fisiologies vinnig ontwikkel en volwasse is, maar psigies is hulle nog nie ten volle ontwikkel nie en is hulle dus kwesbaar vir die invloed van 'n volwassene.[149] Die applikante het aangevoer dat artikels 15 en 16 grondwetlik aanvaarbaar was in sover dit volwassenes kriminaliseer, maar ongrondwetlik waar dit kinders se seksuele gedrag sou kriminaliseer.[150]

Die applikante het ook aangevoer om die gedrag van kinders soos vervat in artikels

---

146 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development (*73300/10 2013 ZAGPPHC par 1.1.

147 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 1.1.

148 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 22.

149 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 24.

150 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 24.

15 en 16 te kriminaliseer, op verskeie grondwetlike regte inbreuk maak.[151]. Tweedens was aangevoer dat die oortredings vervat in artikels 15 en 16 van die Wet irrasioneel is, sou dit saam met die verwere in artikel 56 gelees word.[152] Derdens het die applikante ook aangevoer dat die oortredings vervat in die artikels nie ooreengestem het met die doel van die Wet om kinders teen volwassenes te beskerm nie.[153]

In die deskundige getuienis van Flisher en Grevers, wat deel van die applikante se aansoek gevorm het, is daar aangevoer dat dit in die beste belang van die kind sou wees om optredes wat "gesonde seksuele" gedrag bevorder te handhaaf en dat uiting van "ongesonde seksuele" gedrag onder kinders ontmoedig moet word.[154] Die deskundige getuies het verder aangevoer dat die "ongesonde" seksuele gedrag op verskeie wyses bevorder word:[155]. Sodra die gedrag van kinders as gevolg van instemmende seksuele handelinge gekriminaliseer word, ervaar die kinders trauma in die vorm van verleentheid, angs en spyt.[156] Dit bring mee dat kinders 'n lewenslange negatiewe uitkyk oor hul seksualiteit sal hê.[157] Die kriminalisering van instemmende seksuele handelinge is onvanpas in die Suid-Afrikaanse konteks omdat navorsing en statistieke toon dat kinders al van 'n vroeë ouderdom seksueel aktief is.[158] Artikels 15 en 16 het nie net instemmende seksuele handelinge gekriminaliseer nie, maar ook onbewustelik 'ongesonde' seksuele gedrag bevorder.[159]

Die applikante het verder aangevoer dat die kriminalisering van instemmende

---

151 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 36.
152 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 38.
153 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 41.
154 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 59.
155 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 60
156 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 60.1.
157 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 60.6.
158 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 61.
159 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 60.

seksuele handeling vervat in die artikels in sekere gevalle die klag van verkragting sal ontmoedig omdat dit vir die vervolgingsgesag makliker sal wees om die oortredings van artikels 15 of 16 as die misdaad van verkragting te bewys.[160] Dit hou gevolglik in dat beide die kinders betrokke by instemmende seksuele handelinge vervolg sou word. In so 'n geval berus die onus op die slagoffer om te bewys dat die seksuele daad nie instemmend was nie.[161] Indien die slagoffer nie daarin slaag om dit te bewys nie, moet sy of hy ook skuldig bevind word aan die oortredings van artikels 15 of 16.[162] Gevolglik sou kinders nie 'n klag van verkragting rapporteer nie, omdat die moontlikheid bestaan het dat die slagoffer ook skuldig bevind kon word kragtens artikels 15 of 16 van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en verwante Aangeleenthede*).

Op sterkte van die getuienis wat gelewer is, het die Hoë Hof van Pretoria die genoemde artikels van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) ongrondwetlik verklaar en na die Konstitusionele Hof vir die bekragtiging daarvan verwys.

### *3.4 Konstitusionele Hof-uitspraak: The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013

In *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 saak het die Konstitusionele Hof op 3 Oktober 2013 beslis dat artikels 15 en 16 van die Wet inbreuk maak op kinders, tussen die ouderdom van twaalf en sestien jaar, se regte op menswaardigheid, privaatheid en die beste belang van die kind soos in die *Grondwet* vervat.[163]

---

160 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 54.

161 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 54.

162 *Teddy Bear Clinic for the Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* (73300/10) 2013 ZAGPPHC par 54.

163 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 49.

Die Konstitusionele Hof het beslis dat sodra grondwetlike regte beperk word dit aan die hand van artikel 36 van die *Grondwet* gemeet moet word.[164] Khampepe R het beslis dat in sekere omstandighede daar regsgeldige redes is waarom kinders se fundamentele regte beperk kan word as gevolg van hul ontwikkeling en kwesbaarheid.[165]

Khampepe R het beslis dat, wanneer kinders se regte geïnterpreteer en toegepas word, Suid-Afrikaanse howe die korrekte benadering moet volg.[166] Khampepe R het beslis dat Suid-Afrikaanse howe in gedagte moet hou dat kinders op verskeie fundamentele regte vervat in die *Grondwet* geregtig is.[167] Khampepe R het na die beslissing van *S v M* (*Centre for Child Law* as *Amicus Curiae*) 2008 (3) SA 232 (KH) verwys waar die hof beslis het dat kinders individuele draers van regte is:[168]

> Every child has his or her own dignity. If a child is to be constitutionally imagined as an individual with a distinctive personality, and not merely as a miniature adult waiting to reach full size, he or she cannot be treated as a mere extension of his or her parents, umbilically destined to sink or swim with them. The unusually comprehensive and emancipatory character of section 28 presupposes that in our new dispensation the sins and traumas of fathers and mothers should not be visited on their children. Individually and collectively all children have the right to express themselves as independent social beings, to have their own laughter as well as sorrow, to play, imagine and explore in their own way, to themselves get to understand their bodies, minds and emotions, and above all to learn as they grow how they should conduct themselves and make choices in the wide social and moral world of adulthood.[169]

Khampepe R het beslis dat artikel 10 van die *Grondwet* bepaal dat elkeen ingebore waardigheid het en die reg dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm moet word.[170] Die hof het verder beslis dat alhoewel menswaardigheid die hoeksteen van

---

164 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 39.
165 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 39.
166 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 38.
167 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 38.
168 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 38.
169 *S v M* (*Centre for Child Law* as *Amicus Curiae*) 2008 (3) SA 232 (KH) par 18.
170 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 53.

die *Grondwet* is, dit nie moeiteloos gedefinieer kan word nie.[171] Khampepe R het beslis dat waardigheid die erkenning is van elke persoon se ingebore reg op menswaardigheid, asook die waarde van die keuses wat elke persoon maak.[172] Die hof het bevind dat kinders se reg op menswaardigheid as uiters belangrik beskou moet word en dat hulle nie van hul ouers se reg op menswaardigheid afhanklik is nie.[173] Die hof het ook beslis dat kinders se reg op menswaardigheid nie beperk kan word tot hulle 'n sekere ouderdom bereik het nie.[174]

Die respondente het aangevoer dat die statutêre beperkings daargestel is om kinders tussen die ouderdom van twaalf en sestien te beskerm.[175] Die respondente het verder aangevoer dat die statutêre beperking ten doel gehad het om kinders se lewenskwaliteit te bevorder in ooreenstemming met artikel 10 van die *Grondwet*.[176]

Daarbenewens het die applikante gesteun op die *National Coalition for Gay & Lesbian Equality v Minister of Justice* saak se uitspraak waar die hof beslis het dat die kriminalisering van sodomie 'n onregmatige beperking was rakende die reg op menswaardigheid en privaatheid.[177] Khampepe R het beslis dat sodra 'n seksuele handelinge gekriminaliseer word, dit stigma meebring van vernedering.[178] Khampepe R het verder beslis dat wanneer 'n persoon se instemmende seksuele besluite nie deur die gemeenskap gerespekteer word nie, maar eerder gekriminaliseer word, sal daardie persoon se ingebore waardigheid onvermydelik

---

171 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 53.

172 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 53.

173 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 53.

174 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 53.

175 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 53.

176 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 53.

177 *National Coalition for Gay & Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 (KH) par 28 sien ook *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 54.

178 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 55.

minder word.[179] Die hof het verder beslis dat al word die strafregtelike bepalings selde toegepas, dit 'n simboliese uitwerking op die sosiale lewe en waardigheid van daardie persone het.[180]

Daar is verder deur Khampepe R beslis dat dit belangrik is om in gedagte te hou dat artikels 15 en 16 van die Wet 'n wye reeks seksuele handelings insluit en dat die meerderheid kinders gedurende hul ontwikkelingsfase met die seksuele handelinge eksperimenteer.[181] Die hof het ook beslis dat die kriminalisering van instemmende seksuele handelinge neerkom op vernedering en dat dit negatiewe gevolge onder kinders sal meebring.[182] Khampepe R het beslis dat die stigma rondom die kinders, sou hul die statutêre bepalings oortree, onvermydelik artikel 10 van die *Grondwet* beperk. Khampepe R het bevind dat 'n persoon se menswaardigheid nie net ontstaan uit wat 'n persoon van homself of haarself dink nie, maar ook wat die gemeenskap van daardie persoon dink.[183]

Die hof het beslis dat sodra 'n kind artikels 15 en 16 van die Wet oortree het, hy of sy blootgestel sal word aan strafregtelike verrigtinge en vervolging. Die hof het verder beslis dat gedurende die proses die kind se reputasie en waardes deur sy portuurgroep bevraagteken sal word.[184] Die hof het verwys na die "Jules High School case"[185]; Khampepe R het beslis dat die publieke blootstelling en trauma wat

---

179 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 55.

180 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 55.

181 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 55.

182 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 55.

183 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 56.

184 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 56.

185 Two boys had sexual intercourse with a girl. All three children were investigated and subsequently prosecuted under section 15 of the *Sexual Offences Act*. As the NDPP explained in the High Court, "[the two boys] were arrested outside school premises in the late morning during the week. Their peers were aware that they had been arrested. The media had dubbed them 'gang rapists'. The boys and their family were deeply shamed and traumatised". The NDPP decided to prosecute the girl because she had "willingly sneaked out of the school yard to engage in consensual sexual intercourse with two boys." At the time the proceedings were initiated in the High Court the female learner had yet to return to school or write her end-of-year examinations.

die kinders ondergaan pertinent op vernederinging neerkom en inbreuk op hul reg op menswaardigheid maak.[186]

Die hof het ook beslis dat die kriminalisering van instemmende handelinge deur artikel 41 van die Wet vererger word. Die artikel bepaal dat die persoon wat kragtens artikels 15 en 16 van die Wet 'n seksuele misdryf pleeg se naam in die seksregister aangeteken moet word.[187] Die nadele wat voortspruit uit die bepaling is dat 'n persoon wie se naam in die seksregister verskyn nie aangestel mag word om met kinders te werk nie. Verder mag hy of sy nie as 'n kind se voog aangestel word nie en sal ook nooit kan kwalifiseer om pleegouers of aanneemouers van 'n kind te wees nie.[188] Die hof het beslis dat artikel 41(1) van die Wet ten doel het om kinders teen seksuele misdadigers te beskerm, maar deur die kriminalisering van instemmende seksuele handelinge nie die doel bereik nie.[189] Inteendeel, om kinders wat 'n artikel 15 of artikel 16 misdryf gepleeg het in die toekoms van kinders te weerhou is 'n pertinente beperking van 'n kind se reg op menswaardigheid.[190]

Khampepe R het beslis dat artikels 15 en 16 van die Wet kinders tussen die ouderdom van twaalf en sestien se reg op menswaardigheid beperk. Die hof het ook beslis dat die artikels as ongrondwetlik verklaar word in sover dit kinders tussen die ouderdom van twaalf en sestien kriminaliseer vir instemmende seksuele handelinge.[191]

Rakende kinders se reg op privaatheid het die hof beslis dat artikel 14 van die *Grondwet* aan elke persoon die reg op privaatheid gee. Die hof het ook verwys na *Bernstein v Bester NO* 1996 2 SA 751 (KH) waarin Ackermann R 'n volledige

---

186 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 56.

187 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 57.

188 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 57.

189 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 57.

190 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 57.

191 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT* 12/13 2013 (KH) par 58.

uiteensetting rakende privaatheid gegee het en word dit ook beskou as die "continuum of privacy interests".[192] Ackermann R het beslis dat:

> The truism that no right is to be considered absolute, implies that from the outset of interpretation each right is always already limited by every other right accruing to another citizen. In the context of privacy this would mean that it is only the inner sanctum of a person, such as his/her family life, sexual preference and home environment, which is shielded from erosion by conflicting rights of the community. This implies that community rights and the rights of fellow members place a corresponding obligation on a citizen, thereby shaping the abstract notion of individualism towards identifying a concrete member of civil society. Privacy is acknowledged in the truly personal realm, but as a person moves into communal relations and activities such as business and social interaction, the scope of personal space shrinks accordingly.[193]

Die hof beslis dat die oortreding van artikels 15 en 16 van die Wet die mees intieme deel van 'n persoonlike verhouding verbied en dus neerkom op die inbreukmaking op 'n kind se reg op privaatheid. Die oortredings vervat in artikels 15 en 16 van die Wet veroorsaak dat polisiebeamptes, aanklaers en voorsittende beamptes beheer oor 'n kind se intieme verhouding met 'n ander uitoefen, en gevolglik in 'n diep persoonlike dimensie van hul lewens inmeng.[194] Die inbreukmaking en beperkings wat die artikels meebring, word deur die rapportering en verslagdoeningproses vererger: betroubare derde partye word deur artikel 54 van die Wet verplig om inligting rakende seksuele handelinge te openbaar wat die moontlikheid van vervolging vir die betrokke kind inhou.[195]

Die hof het beslis dat artikels 15 en 16 van die Wet 'n kind se reg op privaatheid in beperk.[196] Khampepe R het beslis dat die reg op privaatheid die reg op menswaardigheid onderhou ten opsigte van die beskerming van 'n individu se reg op privaatheid en outonomie.[197] Khampepe R het dus uit die bogenoemde getuienis beslis dat sy oortuig is dat artikels 15 en 16 van die Wet kinders tussen die

---

192 *Bernstein v Bester NO* 1996 2 SA 751 (KH) par 67.
193 *Bernstein v Bester NO* 1996 2 SA 751 (KH) par 67.
194 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 60.
195 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development and Another* CCT 12/13 2013 (KH) par 60.
196 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 63-64.
197 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 63-64.

ouderdom van twaalf en sestien se reg op privaatheid beperk.[198]

### *3.5 Gevolgtrekking*

Uit die bogenoemde is dit duidelik dat die bepalings uitgevaardig deur die Wet ten doel het om seksuele misdrywe teenoor kinders te beperk. Dit is verder duidelik dat die gedrag van instemmende seksuele handelinge onder kinders gekriminaliseer word. In beide die Hoë Hof en die Konstitusionele Hof se beslissings is dit duidelik dat die artikels nadelige gevolge vir kinders inhou en op inbreuk maak op hul fundamentele regte neerkom. Dit is verder duidelik dat die verwere wat daar gestel word rakende die artikels deur beide die howe as irrasioneel beskou word en dit nie genoegsame beskerming aan kinders se regte bied nie. Die ongrondwetlike verklaring van beide die artikels deur die Konstitusionele Hof is ’n bewys dat kinders betrokke by instemmende seksuele handelinge se regte nou ten volle beskerm word. Vervolgens sal die beste belang-bepaling van ’n kind ontleed word asook op welke wyse die artikels inbreuk op die beste belang van ’n kind maak.

198 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 63-64.

**HOOFSTUK 4**

**DIE KIND SE BESTE BELANG AS DEURSLAGGEWENDE BELANG IN ELKE AANGELEENTHEID WAT DIE KIND RAAK**

## *4.1 Inleiding*

Hierdie hoofstuk het ten doel om die beste belang van ’n kind in terme van artikel 28 van die *Grondwet* te ontleed deur verwysing na die howe se interpretering en toepassing van die beste belang bepaling. Verder sal daar ondersoek ingestel word na die mate waartoe artikels 15 en 16 van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) inbreuk gemaak het op die beste belang van die kind met verwysing na die Hoë Hof-uitspraak asook die Konstitusionele Hof-uitspraak.

Die beste belang van die kind speel ’n merkwaardige rol nie net in nasionale wetgewing nie, maar ook in internasionale instrumente. Suid-Afrika het verskeie internasionale instrumente onderteken en geratifiseer waarin die beste belang van die kind vervat en beskerm word. Vervolgens sal die relevante internasionale asook nasionale wetgewing bespreek word rakende die beste belang van die kind.

## *4.2 Internasionale instrumente*

Die *CRC* het in 1989 tot stand gekom en Suid-Afrika het die *CRC* in 1995 geratifiseer. Die ratifisering van die *CRC* plaas ’n verpligting op ’n lidstaat om die regte vervat in die *CRC* te beskerm en te bevorder.[199] Die regte uiteengesit in artikel 28 van die *Grondwet* is dus ’n nakoming van Suid-Afrika se internasionale verpligting onder die *CRC*. Die *CRC* word geag een van die belangrikste bronne van die internasionale kinderreg te wees. Dit is ’n uiters volledige dokument wat ten doel het

199 Jansen Van Rensburg en Lamarche *Rights to Social Security and Assistance* 151-194.

om menseregte te bevorder, met spesifieke verwysing na die regte van kinders.[200] Dit is ook die een internasionale instrument wat deur die meeste state geratifiseer is.[201]

Die beste belang van die kind word pertinent in artikel 3 van die *CRC* beskerm en bepaal soos volg:

> In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

Die *CRC* bied erkenning aan die spesiale behoeftes van kinders, en die *CRC* komitee van die *CRC* het deurlopend beklemtoon dat dit belangrik is om aan die benadeelde en kwesbare groepe aandag te skenk.[202] In algemene kommentaar 5 het die komitee van die *CRC* aangevoer dat daar van alle wetgewende, administratiewe en juridiese liggame of ondernemings vereis word om die beste belang-beleid toe te pas in elke aangeleentheid waarby 'n kind betrokke is.[203] Die komitee het ook verder aangevoer dat sodanige instansies in oorweging moet bring hoe die betrokke kind se belang deur hulle besluite en optrede beïnvloed kan word.[204] Kragtens artikel 3(1) van die *CRC* moet daar aan die beste belang van die kind primêre oorweging geskenk word in enige aangeleentheid waarby 'n kind betrokke is.[205] Gedurende die interpretering van die kind se sienswyse, moet al die relevante faktore in ag geneem word om te bepaal wat die beste belang van die kind in 'n spesifieke situasie is.[206] Dit is belangrik dat die konsep beste belang van die kind nie 'n definitiewe definisie het nie omdat die beste belang van die kind bepaal sal word na gelang van elke saak en faktore.

Volgens die *CRC* is dit belangrik om in ag te neem dat die beste belang van die kind die mees oorheersende faktor is wat in ag geneem moet word, maar ook die faktore

---

200 Schaffer *Child Law in South Africa* 90.
201 Mahery "The United Nations Convention on the Rights of the Child" 309-330.
202 Mahery "The United Nations Convention on the Rights of the Child" 309-330.
203 Mahery "The United Nations Convention on the Rights of the Child" 309-330.
204 Mahery "The United Nations Convention on the Rights of the Child" 309-330.
205 Mahery "The United Nations Convention on the Rights of the Child" 309-330.
206 Mahery "The United Nations Convention on the Rights of the Child" 309-330.

en belange van die situasie waarin die kind hom bevind.[207] Die beste belang-beleid bepaal in sekere aangeleenthede die resultaat en optredes wat rakende die kind geneem moet word.[208]

Die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* (hierna die *ACRWC*) is die eerste streeksgeoriënteerde instrument met regsbindende krag wat die kind as 'n draer van menseregte identifiseer. Artikel 4 van die *ACRWC* bepaal dat 'n kind se beste belang die primêre oorweging moet wees in elke aangeleentheid wat die kind raak.[209]

### *4.3 Nasionale wetgewing*

Op 1 Februarie 1996 is die 1993 tussentydse *Grondwet* deur die finale *Grondwet* vervang; dit het meegebring dat Suid-Afrika vir die eerste keer 'n demokratiese staat geword het.[210] Die *Grondwet* word as die hoogste gesag van Suid-Afrika beskou en alle ander wetgewing mag nie teenstrydig met die bepalings van die *Grondwet* wees nie.[211] Deur die Handves van Menseregte in die Grondwet te inkorporeer dui op die nakoming van internasionale verpligtinge. Artikel 7 van die *Grondwet* bepaal dat die Handves van Menseregte 'n hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika is.[212] Dit verskans die regte van alle mense in ons land en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid.[213] Die staat moet die regte in die Handves van Menseregte eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik.[214] Die regte in die Handves van Menseregte is onderworpe aan die beperkings in artikel 36 van die *Grondwet*.[215] Die Handves van Menseregte plaas verskeie verpligtinge op die staat. Suid-Afrika het verder ook sy internasionale verpligting nagekom deur artikel 28 van die *Grondwet* wat spesifieke regte en beskerming aan kinders verleen.

---

207 Mahery "The United Nations Convention on the Rights of the Child" 309-330.
208 Mahery "The United Nations Convention on the Rights of the Child" 309-330.
209 A 4 *ACRWC*.
210 Du Preez *The Medical Treatment of Children and the Children's Act 38 of 2008* 4.
211 A 2 *Grondwet*.
212 A 7 *Grondwet*.
213 A 7 *Grondwet*.
214 A 7 *Grondwet*.
215 A 7 *Grondwet*.

Artikel 28 van die *Grondwet* vervat verskeie regte ten opsigte van kinders; onder andere word die beste belang van die kind in artikel 28(2) van die *Grondwet* beskerm. Artikel 28(2) van die *Grondwet* bepaal dat 'n kind se beste belang van deurslaggewende betekenis is in elke aangeleentheid wat die kind raak.[216] In *The Director of Public Prosecutions, Transvaal v The Minister of Justice and Constitutional Development* 2009 4 SA 22 KH verwys die hof na Friedman en Pantazis se mening dat artikel 28(2) van die *Grondwet* ten doel het om die kwesbaarheid van kinders aan te spreek en om te verseker dat daar genoegsame beskerming aan kinders se regte verleen moet word.[217] Hulle was verder van mening dat in elke aangeleentheid waar 'n kind betrokke is en hul regte ter sprake is, die belange van 'n kind in ag geneem moet word.[218]

Die *Children's Act* bied ook erkenning en beskerming aan die beste belang van die kind. Die aanhef van die *Children's Act* bevestig dat elke kind geregtig is op die regte soos in artikel 28 van die *Grondwet* uiteengesit.[219] Dit dui op Suid-Afrika se verbintenis voortspruitend uit die ratifisering van die *CRC*, om die beste belange van die kind te beskerm.[220] Artikel 2 van die *Children's Act* omvat die oogmerke van die Wet wat ondermeer uiting gee aan die grondwetlike regte van kinders. In artikel 2 van die *Children's Act* word die aandag meer spesifiek gerig op die feit dat die beste belang van die kind een van die belangrikste bepalings in elke aangeleentheid rakende die kind is.[221] Artikel 2 van die *Children's Act* bepaal verder dat in alle verrigtinge, aksies of beslissings in 'n aangeleentheid aangaande 'n kind die beste belange van die kind gerespekteer, beskerm, bevorder en volbring moet word, onderhewig aan regmatige beperkings.[222] Artikel 9 van die *Children's Act* bepaal dat in alle aangeleenthede betreffende die versorging, beskerming en welsyn van 'n kind die kind se beste belange as 'n oorheersende belang oorweeg moet word.

---

216 A28(2) *Grondwet*.
217 *The Director of Public Prosecutions, Transvaal v The Minister of Justice and Constitutional Development* 2009 4 SA 22 KH par 10.
218 *The Director of Public Prosecutions, Transvaal v The Minister of Justice and Constitutional Development* 2009 4 SA 22 KH par 12.
219 Aanhef *Children's Act*.
220 Ferreira *The best interests of the child* 210.
221 A 2(1)(iv) *Children's Act*.
222 A 6(2)(a) *Children's Act*.

Uit die bogenoemde is dit duidelik dat die betekenis van die beste belange van 'n kind nie in een van die wetgewings of instrumente gedefinieer word nie. Die beginsel kan slegs kortliks opgesom word as 'n maatstaf wat gevolg moet word wanneer besluite rakende kinders en hulle regte geneem moet word. Verder is daar ook geen duidelikheid oor hoe die beste belang-beginsel geïnterpreteer of toegepas moet word nie.

### *4.4 Die interpretering van die beste belang-beginsel*

Gedurende die interpretering en toepassing van kinders se regte is dit belangrik om te bepaal hoe die kind se regte moontlik beskerm kan word; terselfdertyd moet daar oorweging geskenk word aan die kind se selfbeskikking.[223] Skelton[224] is van mening dat kinders as individuele draers van die regte vervat in die *Grondwet* beskou moet word en dat kinders nie net deel van hul ouers en hul regte beskou moet word nie. Artikel 10 van die *Children's Act* bepaal dat elke kind van sodanige ouderdom en volwassenheid in staat is om deel te neem aan enige aangeleentheid aangaande homself of haarself. Artikel 10 bepaal verder dat 'n kind die reg het om op enige gepaste wyse deel te neem aan 'n aangeleentheid wat hom of haar raak en dat daar behoorlike oorweging gegee moet word aan die kind se sienswyses.[225] Skelton[226] is verder van mening dat kinders gedurende puberteitsjare hulle menseregte meer onafhanklik uitoefen, wat daartoe lei dat die verpligting wat op die ouers rus om toe te sien dat die kinders se regte uitgeoefen word ook sal verminder. Skelton se mening kan dus geïnterpreteer word om te beteken dat die gemeenskap en die staat se regte en verpligtinge rakende 'n kind as sulks ook sal verminder gedurende die kind se puberteitsjare waartydens hy of sy die reg tot selfbeskikking oor sy of haar liggaam sal uitoefen.

Die beste belang-beginsel van 'n kind word sedert 1948 deur howe aangespreek soos in *Fletcher v Fletcher* 1948 1 SA 130 (A). Sedertdien het die bepaling

---

223 Skelton "Constitutional Protection of Children's Rights" 265-290.
224 Skelton "Constitutional Protection of Children's Rights" 265-290.
225 A 10 *Children's Act*.
226 Skelton "Constitutional Protection of Children's Rights" 265-290.

toepassing gevind in talle hofuitsprake. In Suid-Afrika het die beste belang-beginsel in die verlede grotendeels net toepassing gevind in familieregaangeleenthede.[227] Skelton[228] is van mening dat dit duidelik is dat artikel 28(2) van die *Grondwet* in die voetspore van internasionale instrumente volg en word die bepaling nou in Suid-Afrika by elke aangeleentheid waarin 'n kind betrokke is en sy of haar regte beskerming moet geniet, uitgebrei. Skelton[229] is verder van mening dat artikel 28(2) as een van die belangrikste bepalings van die Handves van Menseregte beskou kan word en dat artikel 28(2) bygedra het om sekere regte in die Handves van Menseregte te ontwikkel. Skelton[230] argumenteer verder dat artikel 28(2) nie net beskou moet word as 'n bepaling wat riglyne daarstel om ander regte te interpreteer nie, maar dat dit ook beskou moet word as 'n reg wat op sy eie staan en toegepas moet word. Verder voer sy aan dat die bewoording "deurslaggewende belang" in artikel 28(2) nie outomaties bepaal dat die beste belang van 'n kind meer belangrik is as ander regte nie, en dat die kind se beste belang in sekere omstandighede beperk kan word.

In *S v M* (*Centre for Child Law* as *amicus curiae*) 2008 3 SA 232 KH (hierna die *S v M*-saak) het Sachs R beslis dat die inhoud van artikel 28 baie wyd is en dat die omvattende en uitdruklike bewoording van artikel 28 indirek aantoon dat wetgewing en die gemenereg op so 'n wyse geïnterpreteer en ontwikkel moet word dat dit ten alle tye die beste belang van die kind moet beskerm en bevorder.[231]

Die hof het beslis dat die tekstuele inhoud van artikel 28 as die nakoming van Suid-Afrika se internasionale verpligting onder die *CRC* beskou moet word en dat die *CRC* as die internasionale standaard waarteen wetgewing gemeet moet word, beskou moet word; die *CRC* stel 'n nuwe struktuur rakende kinderregte daar.[232] Sachs R het beslis dat kinders die reg het om hulself as sosiale individue uit te druk, om hul eie geluk en hartseer te ervaar, om te speel en die reg het om ondersoek na

---

227 Skelton "Constitutional Protection of Children's Rights" 265-290.
228 Skelton "Constitutional Protection of Children's Rights" 265-290.
229 Skelton "Constitutional Protection of Children's Rights" 265-290.
230 Skelton "Constitutional Protection of Children's Rights" 265-290.
231 *S v M* par 15.
232 *S v M* par 16.

hul eie liggaam in te stel.[233] Die hof het beslis dat 'n kind op so wyse leer wat die korrekte en aanvaarbare optrede in 'n samelewing is.[234]

In *S v M* het Sachs R verder beslis:

> The very expansiveness of the paramount principle creates the risk of appearing to promise everything in general while actually delivering little in particular. Thus, the concept of "the best interests" has been attacked as inherently indeterminate, providing little guidance to those given the task of applying it.[235]

Sachs R beslis dat die *Grondwet*, asook die *CRC*, *ACRWC* en die *United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, die beste belang-beginsel van die kind as "deuslaggewend" of "primêr" beskou. Verder het Sachs R beslis dat die persone wat verantwoordelik is om die beste belang-beginsel van die kind te interpreteer en toe te pas verskillende sienswyses rakende die bepaling het en het dit tot gevolg het dat elke aangeleentheid 'n ander uitkoms sal hê.[236]

Sachs R het verder beslis dat die hof wel erkenning skenk aan die kontekstuele aard en inherente buigsaamheid van artikel 28(2).[237] In *S v M* het die hof beslis dat 'n kind se beste belang slegs vasgestel kan word as 'n hof ondersoek instel na die wesenlike situasie waarin 'n betrokke kind hom of haar bevind en dan sodoende vas te stel wat in daardie kind se beste belang is.[238] Verder beslis die hof sodra daar 'n vasgestelde riglyn vir howe gestel word waarvolgens die beste belang-beginsel toegepas moet word, inbreuk gemaak sal word op artikel 28(2) van die *Grondwet* omdat elke situasie waarin kinders betrokke is, verskil.[239]

In *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick* 2000 3 SA 422 KH (hierna die *Fitzpatrick*-saak) het Goldstone R die volgende beslis:

---

233 *S v M* par 19.
234 *S v M* par 19.
235 *S V M* par 23.
236 *S v M* par 23.
237 *S v M* par 23-24.
238 *S v M* par 23-24.
239 *S v M* par 23-24.

> Section 28(2) requires that a child's best interests have paramount importance in every matter concerning the child. The plain meaning of the words clearly indicates that the reach of s 28(2) cannot be limited to the rights enumerated in s 28(1) and 28(2) must be interpreted to extend beyond those provisions. It creates a right that is independent of those specified in s 28(1).

Dit is duidelik dat Goldstone R klem lê op die feit dat artikel 28(2) nie net bloot as 'n riglyn dien nie, maar dat die reg in artikel 28(2) vervat as 'n reg op sy eie beskou moet word. Die hof het in *Sonderup v Tondelli* 2001 1 SA 1171 KH die uitspraak van Goldstone R in gedagte gehou en het beslis dat die beste belang van die kind deurslaggewend sal wees in elke aangeleentheid wat die kind raak.[240]

In die *Fitzpatrick*-saak het Goldstone R bevind dat daar nie 'n volledige en omvattende beskrywing aan die beste belang-bepaling in Suid-Afrikaanse wetgewing of internasionale instrumente gegee word nie. Die hof het verder beslis dat die bepaling buigsaam moet wees en dat die wesenlike situasie van elke individuele kind oorweeg moet word, sodat die beste belang van die kind bepaal kan word.[241]

Uit die bogenoemde is dit duidelik dat die hof in *S v M* tot die gevolgtrekking en beslissing gekom het dat elke individuele saak waarby 'n kind betrokke is verskillende feite en probleme tot gevolg het en dat sodanige individuele faktore deur howe in oorweging gebring moet word om sodoende vas te stel wat in die betrokke kind se beste belang is. Daar is egter geen vasgestelde riglyne vir howe oor hoe om die beste belang-beginsel toe te pas nie, maar wel hulpbronne in wetgewing en internasionale instrumente wat oorweeg kan word deur howe gedurende die toepassing van die beste belang bepaling.

### *4.5 The Teddy Bear Clinic For Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development CCT 12/13 2013* **(KH)**

Soos reeds bespreek in hoofstuk 3, het die Konstitusionele Hof beslis dat artikels 15 en 16 van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante*

240 *Sonderup v Tondelli* 2001 1 SA 1171 KH par 29.
241 *Fitzpatrick*-saak par 17.

*Aangeleenthede*) op verskeie grondwetlike regte van kinders inbreuk maak. Vervolgens sal daar ondersoek ingestel word na wat die hof beslis het rakende die beste belang van die kind betrokke by instemmende seksuele handelinge.

Khampepe R het beslis dat artikel 28(2) van die *Grondwet* as ŉ onafhanklike reg asook ŉ reg wat as ŉ riglyn dien, beskou moet word.[242] Die hof het beslis dat sodra die beste belang-bepaling toegepas word, dit as ŉ maatstaf in elke afsonderlike geval moet dien en verskeie faktore in oorweging gebring moet word.[243] Die respondente het aangevoer dat die inbreukmaking van artikel 28(2) van die *Grondwet* nie deur ŉ hof vasgestel kan word sonder dat ondersoek ingestel word na die omstandighede van ŉ betrokke kind in ŉ spesifieke saak nie.[244] Die respondente het verder aangevoer dat die algemene aantasting van die oortredings kragtens artikel 15 en 16 nie waterdig is nie, en kan daar dus nie op artikel 28(2) van die *Grondwet* gesteun word nie.[245]

Khampepe R het na *C v Departement of Health and Social Development* 2009 6 SA 632 (KH) verwys.[246] In die saak het die Konstitusionele Hof beslis dat verskeie bepalings van die *Children's Act* teenstrydig is met artikel 28(2) van die *Grondwet* deur ondersoek in te stel na die beste belang van kinders in die algemeen. Die hof het beslis dat :

> It is in the interests of children that an incorrect decision by a court made without hearing the child or the parents, or by a designated social worker or police official, be susceptible to automatic review by a court, in the ordinary course, in the presence of the child and the parents. It follows from this that sections 151 and 152 do not provide for this and are therefore constitutionally wanting.

---

242 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 65.

243. *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 65.

244 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 66.

245 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 66.

246 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 68.

Khampepe R het beslis dat dit uit die bogenoemde saak duidelik is dat artikel 28(2) van die *Grondwet* ten minste twee afsonderlike rolle vervul. Die eerste rol is 'n leidende beginsel in elke geval wat oor 'n spesifieke kind handel.[247] Die tweede is 'n standaard waarteen bepalings of optredes wat 'n invloed op kinders in die algemeen kan hê, gemeet word.[248]

Khampepe R het beslis dat die beste belang-bepaling ook toegepas word waar statutêre bepalings die beste belang van kinders in die algemeen beperk.[249] Die hof het beslis dat, 'n bepaling wat kinders in die algemeen benadeel ook een kind in 'n spesifieke aangeleentheid sal benadeel.[250] Khampepe R het beslis dat indien bewys kan word dat wanneer kinders aan die strafregstelsel as gevolg van instemmende seksuele handelinge blootgestel word, en die blootstelling 'n negatiewe impak op kinders in die algemeen sal hê, dit teenstrydig met artikel 28(2) van die *Grondwet* asook ongrondwetlik sal wees.[251]

Khampepe R het die getuienis van beide partye in oorweging gebring rakende die beste belang van die kind en die volgende beslis. Eerstens het die hof beslis dat die getuienis van die applikante aantoon op welke wyses die misdade vervat in artikels 15 en 16 van die Wet kinders sal benadeel:[252] eerstens veroorsaak artikels 15 en 16 van die Wet dat die ondersteuningsnetwerke vir die kinders ondermyn word, en tweedens sal kinders vrees om die nodige hulp aan te vra omdat die moontlikheid bestaan dat hulle kragtens die artikels vervolg sal word; dit kan geweldige skade vir so 'n kind inhou.[253]

Tweedens het Khampepe R beslis dat die deskundige getuienis in die Hoë Hof van

---

247 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 69

248 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 69

249 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 71.

250 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 71.

251 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 71.

252 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 72.

253 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 72.

Pretoria asook in die Konstitusionele Hof gelewer, aantoon dat die rapporteringsverpligting wat op elke persoon berus, meebring dat kinders nie die vrymoedigheid sal hê om met hulle ouers of professionele persone oor hulle seksuele verhoudings te praat nie.[254] Khampepe R het ook verwys na *S v M* se Konstitusionele Hof-uitspraak waar die hof beslis het dat artikel 28(2) van die *Grondwet* van wetgewing vereis om, indien moontlik, te verhoed dat die gesinsverhouding en ouerlike sorg van kinders ontwrig word.[255] In die geval waar die verbreking van 'n gesinsverhouding onvermydelik is, berus daar 'n verpligting op die staat om die negatiewe impak wat die verbreking op 'n kind sal hê te minimaliseer.[256] Khampepe R het beslis dat die rapporteringsverpligting die teenoorgestelde meebring en veroorsaak dat kommunikasie tussen ouer en kind ontwrig word.[257]

In die derde plek het die hof beslis dat die ergste strafregtelike gevolg wat artikels 15 en 16 van die Wet vir kinders inhou gevangenisstraf is en die beste strafregtelike gevolg afwending is.[258] Khampepe R verwys weereens na *S v M* en die klem wat daar op artikel 28(2) gelê is:[259]

> Foundational to the enjoyment of the right to childhood is the promotion of the right as far as possible to live in a secure and nurturing environment free from violence, fear, want and avoidable trauma.

Khampepe R het beslis dat uit die bogenoemde uitspraak van *S v M* dit duidelik is dat die proses van afwending nie kan teweegbring dat die oortredings kragtens artikels 15 en 16 van die Wet as geldig beskou kan word nie.[260] Khampepe R het beslis dat die proses van afwending steeds inhou dat kinders wat die oortredings kragtens artikels 15 en 16 van die Wet gepleeg het, gearresteer word en gedwing

---

254 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 73.
255 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 73.
256 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 73.
257 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 73
258 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 74.
259 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 74.
260 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 74.

word om hulle samewerking gedurende die arrestasieprosedure aan die polisiebeampte te gee.[261] Die hof het beslis dat sou ŉ kind van ŉ formele strafverhoor vrygespreek word, moet die kind voor ŉ landdros verantwoordelikheid aanvaar vir die oortreding.[262] Gedurende die proses word die erkenning van verantwoordelikheid gedoen tydens verhoorverrigtinge waarby verskeie persone teenwoordig is, naamlik die landdros, staatsaanklaer, polisiebeampte en die kind se ouers of voog.[263] Die betrokke kind word nie net blootgestel aan verskeie staatsamptenare nie, maar word ook gedwing om die besonderhede van die instemmende seksuele handeling in diepte te openbaar.[264]

Vierdens het die hof beslis dat die argument waarop die respondente steun nie voldoende is nie. Die respondente het aangevoer dat die statutêre bepaling nie ten doel het om kinders in elke instemmende seksuele handeling waarby kinders betrokke is te vervolg nie.[265] Die respondente het daarop gesteun dat die Direkteur van Openbare Vervolging die diskresie het om te bepaal of hulle die kinders gaan vervolg al dan nie en dat vervolging net in sekere gevalle sal plaasvind.[266]

Die hof het beslis dat die Direkteur van Openbare Vervolging se diskresie steeds nie die ongrondwetlikheid van die oortredings kragtens artikels 15 en 16 van die Wet regverdig nie.[267] Verder is daar beslis dat die vervolging onvermydelik inbreuk maak op die beste belang-beginsel van die kind asook die kind se reg op privaatheid en menswaardigheid.[268] Khampepe R het beslis dat die diskresie van die Direkteur van

---

261 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 74.
262 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 74.
263 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 74.
264 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 74.
265 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 75.
266 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 75.
267 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 76.
268 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 76.

Openbare Vervolging in oorweging gebring word as die kind alreeds deur die polisiebeampte gearresteer en ondervra is.

Laastens het die hof beslis dat die vervolging van beide kinders betrokke by instemmende seksuele handelinge irrasioneel is.[269] Die respondente het in dié verband aangevoer dat dit nie as irrasioneel beskou kan word nie, maar in ooreenstemming is om gelyk voor die reg behandel te word.[270] Artikel 56(2)(b) van die Wet bepaal dat kinders nie vervolg sal word kragtens artikel 16 nie indien die ouderdomsverskil minder as twee jaar is.[271] Die bedoeling van die wetgewer was dat, hoe groter die ouderdomsverskil, hoe meer waarskynlik is dit dat die ouer kind die jonger kind sou beïnvloed het. Die bogenoemde nadele waardeur kinders betrokke by instemmende seksuele handelinge moet gaan, was deur die Konstitusionele hof as irrasioneel beskou ongeag of beide kinders betrokke by die genoemde handeling vervolg word.[272]

Khampepe R het beslis dat dit teenstrydig is om aan te voer dat kinders tussen die ouderdom van twaalf en sestien onbevoeg is om besluite rakende seksuele aktiwiteite te neem, maar in dieselfde asem aan te voer dat hulle wel bevoeg is om strafregtelik aanspreeklik gehou te word vir die keuses wat hulle neem rakende seksuele aktiwiteite; dus het die hof beslis dat die genoemde artikels inbreuk op die beste belang van kinders maak.[273]

### *4.6 Gevolgtrekking*

Uit die bogenoemde is dit duidelik dat die beste belang van die kind ’n merkwaardige rol speel, nie net op internasionale vlak nie, maar ook in nasionale wetgewing van Suid-Afrika. Die betekenis en toepassing van die beste belang van die kind word nie duidelik gedefinieer in nasionale of internasionale wetgewing nie. Dit bring egter mee

---

269 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 77.

270 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 77.

271 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 78.

272 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 78.

273 *The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 (KH) par 79.

dat die beste belang-beginsel op verskillende wyses deur howe toegepas en geïnterpreteer word. Soos beslis in *S v M* moet die howe al die omringende faktore van die betrokke kind en situasie in ag neem en op daardie wyse die beste belang van die kind bepaal; elke aangeleentheid waarby ’n kind betrokke is, sal van ander verskil. Die wetgewing en riglyne wat die beste belang van ’n kind reguleer, moet op ’n buigsame wyse geïnterpreteer en toegepas word, nie streng en rigied nie. Dit is egter belangrik om in gedagte te hou dat die bepaling nie absoluut is nie en dus beperk kan word. Om ’n kind se gedrag van instemmende seksuele handeling te kriminaliseer, soos beslis, word nie geag in daardie kind se beste belang te wees nie.

## HOOFSTUK 5
## SAMEVATTING EN BEVINDINGS

Dit is duidelik dat kinders in Suid-Afrika as kosbare individue beskou word en dat besonderse beskerming aan hul regte verleen word. Kinders word nie net in Suid-Afrika nie, maar wêreldwyd as kosbare individue beskou. Internasionale en streeksgeoriënteerde instrumente het gedurende die ontwikkeling van Suid-Afrikaanse wetgewing 'n uiters belangrike rol gespeel. As gevolg van die ratifisering van verskeie internasionale instrumente, met spesifieke verwysing na die *CRC* en die *ACRWC*, rus daar 'n plig op die staat om die bepalings van internasionale instrumente in Suid-Afrikaanse wetgewing te vervat. Die staat het sy internasionale verpligting nagekom met die uitvaardiging van artikel 28 van die *Grondwet* asook die *Children's Act* waarin spesifieke beskerming aan kinders verleen word.

Voor die inwerkingtreding van wetgewing was daar gemeenregtelike bepalings in plek wat aan kinders beskerming verleen het soos bespreek in hoofstuk 1. Kinders wat betrokke was by instemmende seksuele handelinge se regte was óf deur die gemenereg óf die *Wet op Seksuele Misdrywe* beskerm en gereguleer. As gevolg van kinders se kwesbaarheid moes die gemenereg asook die *Wet op Seksuele Misdrywe* ontwikkel word omdat dit nie voldoen het aan die gees, oogmerk en strekking van die Handves van Menseregte nie. Die gemeenregtelike vermoede dat 'n meisie onder die ouderdom van twaalf nie toestemming tot seksuele handelinge kon verleen nie het op so 'n wyse ontwikkel dat dit as 'n statutêre bepaling in wetgewing vervat is; derhalwe het die gemenereg ook bepaal dat 'n meisie bo die ouderdom van twaalf wel toestemming kan verleen tot seksuele omgang. Dit het kommer gewek in die gemeenskap en sodoende het artikel 14 van die *Wet op Seksuele Misdrywe* tot stand gekom.

Artikel 14 het in wese bepaal dat, sou 'n persoon met 'n meisie onder die ouderdom van sestien ontug pleeg, daardie persoon aan 'n misdryf skuldig sou wees. Die waarnemings rakende die genoemde artikel was gebrekkig. Verskeie outeurs was van mening dat die artikel gebrekkig was en verwarring meegebring het. Die oortreding uiteengesit in die artikel was ook nie deur die Konstitusionele Hof in *R v H* 1959 SA 583 as ernstig beskou nie. In die betrokke saak was die ouderdomsverskil

ten tyde van die instemmende seksuele handeling tussen die kinders drie jaar. Die hof het bevind dat die ouderdomme van die partye sodanig was dat die saak nie as ernstig beskou kan word nie. Derhalwe kan daar gestel word dat die Suid-Afrikaanse howe wel kennis dra van die feit dat kinders jonger as sestien wel seksueel aktief kan wees en ook daarmee eksperimenteer. Artikel 14 het nie noodwendig beskerming aan kinders verleen betrokke by instemmende seksuele handelinge nie, maar wel teen volwassenes wat hul seksueel uitgebuit het. Dit is verder duidelik dat die howe wat die artikel toegepas en interpreteer het, wel genoegsame beskerming aan kinders verleen het. As gevolg van die verskeie leemtes in die gemenereg en die *Wet op Seksuele Misdrywe* het die parlement die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) in 2007 uitgevaardig en inwerking laat tree.

Een van die oogmerke kragtens die Wet was om genoegsame beskerming aan kinders betrokke in seksuele misdrywe te verleen. Die betrokke Wet bevat spesifieke bepalings wat instemmende seksuele handelinge tussen kinders reguleer. Die nadeel van die artikels is dat dit meegebring dat beide kinders betrokke by instemmende seksuele handelinge strafregtelik vervolg kon word. Die kriminalisering van die betrokke handeling kragtens die artikels het meegebring dat kinders se reg op selfbeskikking en outonomie op inbreuk gemaak is soos beslis deur Khampepe R. Nie net Suid-Afrikaanse wetgewing nie, maar ook internasionale wetgewing, lê klem op kinders se reg op selfbeskikking. Kragtens internasionale en nasionale wetgewing moet ’n kind sodra hy of sy oor die genoegsame volwassenheid en intellektualiteit beskik, toegelaat word om ’n ingeligte besluit te neem. Dus kan gestel word dat kinders individuele draers van regte is en toegelaat moet word om onafhanklike besluite rakende hul liggaam te neem.

Die reg op selfbeskikking word nie onomwonde in artikels 28 van die *Grondwet* vervat nie, maar wel in artikel 12. Die reg op liggaamlike en psigiese integriteit met inbegrip om kragtens artikel 12(2) besluite rakende jou liggaam te neem is nie net tot volwassenes se beskikking nie maar is kinders ook daarop geregtig. Die reg op selfbeskikking bied aan kinders die reg om sekere besluite te neem sonder ouerlike toestemming soos uiteengesit in *Children’s Act*. Kragtens die *Children’s Act*, soos bespreek in hoofstuk 2, mag ’n kind bo die ouderdom van twaalf toegang tot

voorbehoedmiddels hê sonder ouerlike toestemming. Kragtens die *Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap* mag ’n meisie van enige ouderdom haar swangerskap termineer sonder ouerlike toestemming. Die bevinding in dié verband is dat Suid-Afrikaanse wetgewing erkenning gegee het aan kinders se reg op selfbeskikking. ’n Verdere bevinding is dat wetgewers erkenning gee aan kinders wat oor genoegsame volwassenheid en intellektualiteit beskik om ’n ingeligte besluit te maak. Uit die bogenoemde bespreking is dit duidelik dat wetgewing wel kinders se reg op selfbeskikking beskerm

Soos reeds genoem, het artikels 15 en 16 van die *Wysigingswet op die Strafreg* (*Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede*) die betrokke optrede van instemmende seksuele handelinge, waarby kinders tussen die ouderdom van twaalf en sestien jaar oud, betrokke is gekriminaliseer. Die artikels is onlangs deur die Konstitusionele Hof ongrondwetlik verklaar as gevolg van die inbreukmaking van kinders se reg op menswaardigheid, privaatheid en beste belang van die kind. Die hof het ondersoek gaan instel op welke wyse die artikels kinders benadeel. Die kriminalisering van instemmende seksuele handelinge bring mee dat kinders se ondersteuningsnetwerke ondermyn word. Dit beteken dat kinders nie advies by ouers of opgeleide persone rakende hul seksualiteit, as gevolg van moontlike vervolging, sal bekom nie. Die rapporteringsverpligting wat op elke persoon berus hou verskeie nadele vir kinders in. Die rapporteringsverpligting bring mee dat die kommunikasieverhouding tussen ouer en kind ontwrig word.

’n Kind betrokke by instemmende seksuele handelinge word nie noodwendig blootgestel aan vervolging en vonnisoplegging nie. Die Direkteur van Openbare Vervolging beskik oor die diskresie om vas te stel of die kinders vervolg gaan word of onderworpe aan afwending gestel gaan word. Dit is duidelik dat kinders in beide gevalle van vervolging of afwending blootgestel gaan word aan inhegtenisname, ondervraging deur ’n polisiebeampte en soms aanhouding. Die prosesse veroorsaak dat kinders tog blootgestel word aan die strafregstelsel en dat dit verskeie nadele vir hulle inhou.

Indien kinders ’n oortreding van artikel 15 of 16 pleeg, moet beide die kinders vervolg word. Kragtens een van die verwere wat geopper kan word, moet die

ouderdomverskil nie meer as twee jaar wees nie. Die Konstitusionele Hof het beslis dat dit onlogies is om beide kinders se optrede te kriminaliseer ongeag of die ouderdomsverskil meer of minder as twee jaar is. Daar kan ook gestel word dat dit teenstrydig is om aan te voer dat kinders onbevoeg is om besluite te neem rakende hul seksuele handelinge, maar wel bevoeg is om strafregtelik aanspreeklik gehou te word vir die keuses rakende hul seksuele handeling.

Dit is duidelik dat wetgewing in die verlede op so ’n wyse ontwikkel het om genoegsame maatreëls en riglyne daar te stel ter beskerming van kinders en hul regte. In enige aangeleentheid waar ’n kind betrokke is, moet daardie kind se beste belang ’n deurslaggewende rol speel sodat, by die uitkoms van ’n aangeleentheid, al die moontlike omstandighede in ag geneem is. Dit is duidelik dat artikels 15 en 16 van die Wet nie die beste belang van kinders beskerm het nie, maar na die ongrondwetlike verklaring van die artikels word daar deur die Wet asook die ander nasionale wetgewing beskerming aan kinders betrokke by instemmende seksuele handelinge gebied.

# BIBLIOGRAFIE

## Literatuur


**C**

Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook*
Currie I en De Waal J *The Bill of Rights Handbook* 5de uitg (Juta Kaapstad 2005)

**D**

Dugard *International Law*: A South African Perspective
Dugard J *International Law: A South African Perspective* 4de uitgawe (Juta and Co LTD 1994 Kenwyn)

Du Preez *The Medical Treatment of Children and the Children's Act 38 of 2008*
Du Preez WR *The Medical Treatment of Children and the Children's Act 38 of 2008* (LLM Dissertation University of Pretoria 2011)

**F**

Ferreira 2010 *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*
Ferreira S "The Best Interests of the Child: From Complete Indeterminacy to Guidance by the *Children's Act*" 2010 *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*

**K**

Kassan en Mahery "Special Child Protective Measures in the *Children's Act*
Kassan D en Mahery P "Special Child Protective Measures in the Children's Act in Boezaart T (eds) *Child Law In South Africa* (Juta and Co Ltd Claremont 2009)

**L**

Labuschagne 1999 *THRHR*
Labuschagne JMT 'Strafregtelike Respektering van Jeugdiges se Reg op Psigoseksuele Selfbestemming' 1999 *Tydskrif vir die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*.

**M**

Mahery "The United Nations Convention on the Rights of the Child"

Mahery "The United Nations Convention on the Rights of the Child: Maintaining its Value in International and South African Law" in Boezaart T (eds) *Child Law In South Africa* (Juta and Co Ltd Claremont 2009)

McQuoid-Mason 2010 *South African Journal of Bioethics and Law*
McQuoid-Mason D "Some consent and confidentiality issues regarding the application of the *Choice on Termination of Pregnancy Act* to girl-children " 2010 *South African Journal of Bioethics and Law*

Minnie "Sexual Offences Against Children"
Minnie D "Sexual Offences Against Children" in Boezaart T (eds) *Child Law in South Africa* (Juta and Co Ltd Claremont 2009)

**P**

Phipps 2003 *Cornell Journal of Law and Public Policy*
Phipps CA "Misdirected Reform: On Regulating Consensual Sexual Activity Between Teenagers," 2003 *Cornell Journal of Law and Public Policy* 373-445

**S**

Schaffer *Child Law in South Africa*
Shaffer L *Child Law in South Africa: Domestic and International Perspective* (LexisNexis 2011)

Skelton "Constitutional Protection of Children's Rights"
Skelton A "Constitutional Protection of Children's Rights" in Boezaart T (eds) *Child Law In South Africa* (Juta and Co Ltd Claremont 2009)

Snyman *Strafreg*
Snyman CR *Strafreg* 5de uitgawe (LexisNexis Butterworths Durban 2006)

Suid-Afrikaanse Regskommissieprojek 107 1999 *Discussion Paper 85 Sexual Offences: The Substantive Law*

**V**

Venter 2013 *Potchefstroom Electronic Law Journal*
Venter B "A Selection of Constitutional Perspectives on Human Kidney Sales" 2013 *Potchefstroom Electronic Law Journal* 352-392

**Regspraak**

*Bernstein v Bester NO* 1996 2 SA 751 (KH)

*Ferreira v Levin* 1996 1 SA 984 (KH)

*Gillick v West Norfolk and Wisbench Area Health Authority* 1985 3 ALL ER

*Jonathan* 1987 1 SA 633 (A)

*Masiya v Director of Public Prosecutions, Pretoria* (*Centre for Applied Legal Studies, Amicus Curiae*) 2007 5 SA (KH)

*Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick* 2000 3 SA 422 KH

*National Coalition for Gay & Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 (KH)

*Phillips v De Klerk* 1983 TPD

*R v H* 1959 3 SA 583 (K) 583

*Sonderup v Tondelli* 2001 1 SA 1171 KH

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

*S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH)

*S v Masiya* 2006 11 BCLR 1377 (T)

*The Director of Public Prosecutions, Transvaal v The Minister of Justice and Constitutional Development* 2009 4 SA 22 KH

*The Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* CCT 12/13 2013 KH

**Wetgewing**

*Children's Act 38 van 2005*

*Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 108 van 1996

*Girls and Mentally Defective Women's Act* 3 van 1916

*Ontugwet* 23 van 1957

*Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap* 92 van 1996

*Wet op Seksuele Misdrywe* 23 van 1957

*Wysigingswet op die Strafreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede)* 32 van 2007

**Internasionale Instrumente**

*International Covenant on Civil and Political Rights* 1976

*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* 1996

*United Nations Convention on the Rights of the Child,* 1989

*Universal Declaration on Human and People's Rights* 1948

**Streeksinstrumente**

*African Charter on Human and People's Rights* 1981

*African Charter on the Rights and Welfare of the Child* 1990

**Internetbronne**

Anon Datum Onbekend *The New Sexual Offences Act Protecting our Children from Sexual Predatators* http://www.justice.gov.za/docs/InfoSheets/2008%2002%20SXOactInsert_web.pdf (datum van gebruik 26 Julie 2012)

Govender S en Masango D 2007 Govt Explains New *Children's Act* http://www.southafrica.info/services/rights/childact-030707.htm (datum van gebruik 30 Julie 2012)

Meerkotter A 2003 *Where Should we Go with Age of Consent Legislation in South Africa?* http://www.sabinet.co.za/abstracts/art40/art40_v5_n4_a5.html (datum van gebruik 26 Julie 2012)