

Suid-Afrika se hoogste hof gee die gemeenregtelike verweer van ouerlike bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging 'n doodskoot: Nabetraging oor die saak van *Freedom of Religion SA v Minister of Justice and Others* 2020 (1) SA 1 (KH)

South Africa's highest court deals a mortal blow to the common-law defence of parental authority to administer reasonable and moderate correction: Reflecting on the case of Freedom of Religion SA v Minister of Justice and Others 2020 (1) SA 1 (CC)

BERNARD BEKINK

Publiekreg, Fakulteit Regte

Universiteit van Pretoria

Suid-Afrika

E-pos: bernard.bekink@up.ac.za



Bernard Bekink

BERNARD BEKINK is tans professor in die Departement Publiekreg van die Regsfakulteit van die Universiteit van Pretoria. Hy het die volgende tersiêre grade en kwalifikasies verwerf: BLC, LLB, LLM (fundamentele regte en grondwetpraktik), LLD (publiekreg), 'n gevorderde sertifikaat in Alternatiewe Geskilbeslegting (UP/AFSA) (met lof) en 'n sertifikaat van aanstelling in die algemene paneel van arbiters van die Arbitrasiestigting van Suider-Afrika. Hy spesialiseer in veral publiekregtelike sake, by name in vakgebiede soos konstitusionele reg, plaaslikeregeringsreg van Suid-Afrika, aspekte van internasionale publiekreg, administratiefreg en fundamentele menseregte. Hy het reeds verskeie navorsingsuitsette in bogenoemde vakgebiede gepubliseer en ook verskeie referate oor sodanige onderwerpe op verskeie nasionale en

BERNARD BEKINK is currently a professor in the Public Law Department in the Law Faculty of the University of Pretoria. He holds the following degrees and qualifications: BLC, LLB, LLM (Fundamental Rights and Constitutional Practice), LLD (Public Law), an advanced certificate in Alternative Dispute Resolution (UP/AFSA)(cum laude) and a certificate of appointment on the general commercial panel of arbiters of the Arbitration Foundation of Southern Africa. Bekink specialises in public-law-related matters and more specifically in the subject fields of constitutional law, South African local-government law, aspects of public international law, administrative law and fundamental/human rights law. He has published widely in the aforementioned fields and presented several national and international conference papers on

Datums:

Ontvang: 2020-08-10

Goedgekeur: 2020-11-09

Gepubliseer: Maart 2021

internasionale konferensies gelewer. Bekink is die outeur van twee regshandboeke: *Principles of SA Constitutional Law* 2de uitgawe (2016) en *Principles of SA Local Government Law* (2006), albei deur LexisNexis uitgegee. Hy is ook 'n toegelate prokureur van die Hooggeregshof van Suid-Afrika, het sedert Maart 1996 verskyningsbevoegdheid as prokureur in die Hooggeregshof en het in die algemeen meer as 20 jaar praktiese ondervinding as 'n prokureur. In 2017 het hy 'n opleidingskursus vir prokureurs in regterlike vaardighede, aangebied deur die Prokureursorde van Suid-Afrika, LEAD en NADEL, bygewoon en suksesvol voltooi. Bekink het lidmaatskap van verskeie nasionale en internasionale verenigings, en is lid van die Internasionale Vereniging van Konstitusionele Regsgeleerdes, die Commonwealth Lawyers Association en die International Bar Association (IBA). Hy het al opgetree as die senior ondvoorsitter en later voorsitter van die publiek-regkomitee van die IBA en is tans 'n aktiewe lid van sowel die bemiddelings- as die arbitrasiekomitee van die IBA. Bekink is laastens ook 'n genoot van die Salzburg Global Seminar.

the aforementioned topics. Bekink is the author of two law textbooks, namely *Principles of SA Constitutional law* 2ed edition (2016) and *Principles of SA Local Government law* (2006), both published by LexisNexis. In addition, he is an admitted attorney of the High Court of South Africa, with the right of appearance in the High Court since March 1996, and he has more than 20 years practical experience as a lawyer. In 2017, he attended and successfully completed the Judicial Skills training course for attorneys presented by the LSSA, LEAD and NADEL, and is furthermore a member of various national and international organisations. He is a member of the International Association of Constitutional Lawyers, the Commonwealth Lawyers Association and the International Bar Association (IBA). Bekink previously acted as the senior vice-chair and later chair of the Public Law Committee of the IBA and is currently an active member of both the mediation and arbitration committees of the IBA. He is also a fellow of the Salzburg Global Seminar.

ABSTRACT

South Africa's highest court deals a mortal blow to the common-law defence of parental authority to administer reasonable and moderate correction: Reflecting on the case of Freedom of Religion SA v Minister of Justice and Others 2020 (1) SA 1 (CC)

The debate in legal circles in South Africa about the lawfulness of the common-law defence, until recently available to parents, of parental entitlement to administer moderate and reasonable chastisement to their children has been going on for more than a hundred years. Notwithstanding the long duration of the debate and the important effect of the constitutional developments in South Africa under the Constitution of the RSA, 1996, in conjunction with the requirements of international law, legal certainty about this particular legal question was only achieved in September 2019. In Freedom of Religion SA v Minister of Justice and Others, the Constitutional Court, the highest court in South Africa, decided that the common-law defence of parental authority to administer moderate and reasonable chastisement to their children, even in the privacy of their own homes, is unconstitutional and therefore invalid. After weighing up all competing interests and rights of both parents and their children, the court came to the final conclusion that no lawful justification remains for the retention of the defence of parental entitlement to administer physical chastisement to their children, not even on religious grounds, and that the limitation of the rights of children who are subjected to such practices are unjustified and not legally permissible. Unless legal amendments are effected in South Africa in the future, this decision of the court dealt parents' entitlement to administer moderate and reasonable chastisement to their children a mortal blow.

KEYWORDS: moderate and reasonable chastisement; corporal punishment; common-law; best interest; assault; dignity; limitation of rights; parental authority; education; violence

TREFWOORDE: redelike en matige tugtiging; lyfstraf; gemenereg; beste belang; aanranding; menswaardigheid; beperking van regte; tugtigings-bevoegdheid; positiewe ouerskap; opvoeding; geweld

OPSOMMING

Die regsdebat oor die geldigheid van die gemeenregtelike verweer waaroor ouers tot onlangs nog binne die Suid-Afrikaanse regstelsel beskik het, naamlik die bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging van hulle kinders, word al meer as 'n honderd jaar lank in Suid-Afrika gevoer. Nieteenstaande die lang duur van die debat en die belangrike uitwerking van die staatsregtelike ontwikkeling in Suid-Afrika onder die Grondwet van die RSA, 1996, in samehang met die vereistes van die internasionale reg, het daar eers in September 2019 regsekerheid oor dié bepaalde regsvraag gekom. In *Freedom of Religion SA v Minister of Justice and Others* het die Konstitusionele Hof, Suid-Afrika se hoogste hof, beslis dat die gemeenregtelike verweer van ouerlike bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging van hulle kinders, selfs in hulle private wonings, ongrondwetlik en derhalwe ongeldig is. Ná opweging van al die mededingende belange en regte van sowel ouers as hulle kinders kom die hof tot die finale beslissing dat daar regtens geen regverdiging meer bestaan vir die voortgesette behoud van fisieke ouerlike tugtiging nie, selfs nie eens op grond van godsdienstige riglyne nie, en derhalwe ook nie vir die volgehoue inbreukmaking op die regte van kinders wat aan sodanige tugtigingspraktyke blootgestel word nie. Tensy daar ander regswysigings binne die Suid-Afrikaanse regstelsel aangebring word, beteken hierdie beslissing van die hof dat die toediening deur ouers van redelike en matige fisieke tugtiging aan hulle kinders 'n finale doodskoot gekry het.

1. INLEIDING

Dit is 'n alombekende feit dat regstelsels oor die wêreld heen voortdurend met 'n verskeidenheid van moeilik oplosbare sosiopolitieke regsgeskille gekonfronteer word. Sulke geskille, waarvan die toepaslikheid en regsgeldigheid van die doodstraf, vrugafdrywing, genadedood en dergelike voorbeelde is, word al eeue lank binne bepaalde samelewings gedebatteer en is steeds boaan die agenda van verskeie moderne staatsinstellings. Een van hierdie moeilike onderwerpe, wat die fokus van hierdie navorsing uitmaak, is die vraag na die regsgeldigheid van die gemeenregtelike verweer waaroor ouers tot onlangs nog in die Suid-Afrikaanse regstelsel beskik het, naamlik die bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging van hulle kinders. Hoewel hierdie debat al meer as 'n honderd jaar in die Suid-Afrikaanse regstelsel gevoer word (sien *Rex v Janke and Janke* 1913 TPD 382) en hoewel die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna “die Grondwet” genoem), ingevolge artikel 2 daarvan sedert 4 Februarie 1997 die hoogste reg in Suid-Afrika is, het daar eers in September 2019 moontlik finale regsekerheid oor hierdie bepaalde regsvraag gekom deur die Konstitusionele Hof-beslissing in *Freedom of Religion SA v Minister of Justice and Others* 2020 (1) SA 1 (KH) (hierna FORSA genoem). In dié saak het Suid-Afrika se hoogste hof beslis dat die gemeenregtelike verweer van ouerlike bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging ongrondwetlik en derhalwe ongeldig is (FORSA, par. [73]; sien ook artikel 167(3)(a) van die Grondwet, wat bepaal dat die Konstitusionele Hof die hoogste hof van die Republiek van Suid-Afrika is). Interessantheidshalwe kan genoem

word dat regsrywers reeds jare gelede in gepubliseerde navorsing aangevoer het dat alle vorme van lyfstraf, insluitende redelike en matige tugtiging van kinders deur hulle ouers, sedert die inwerkingtreding van Suid-Afrika se nuwe grondwetlike bedeling onversoenbaar met die regte en waardes van die huidige Suid-Afrikaanse grondwetlike bestel is en dus verval het, en dat die bevoegdheid of die verweer in sekere gevalle tot 'n regsrelik van die verlede verklaar moet word (Bekink 2006:191; sien ook Pete 1998:431). Gegewe die regsontwikkeling in die FORSA-saak en die kontroversiële aard van die regsgeskil, is dit moontlik van waarde om die regsgronde waarop die Konstitusionele Hof tot sy beslissing gekom het, te ondersoek en te evalueer.

2. OORSIG VAN DIE SUID-AFRIKAANSE GEMEENREGTELIKE POSISIE BETREFFENDE DIE REDELIKE EN MATIGE TUGTIGING VAN KINDERS DEUR HULLE OUERS

Voor die aanvang van Suid-Afrika se huidige grondwetlike bestel (eers met die “tussentydse” Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993 en daarna die Grondwet, 1996) en die inwerkingtreding van sekere statutêre bepalings sedertdien, is die regsposisie rakende die tugtiging van kinders deur hulle ouers deur die Suid-Afrikaanse gemene reg gereël. Sowel die Suid-Afrikaanse strafreg as die familiereg het bepaal dat 'n ouer, en soms 'n ander persoon wat *in loco parentis* optree, regtens bevoeg was om gesag en dissipline oor 'n kind te handhaaf deur redelike en matige tugtiging – gewoonlik in die vorm van lyfstraf – toe te pas (Snyman 2002:135; sien ook Snyman 2014:137; Cronje & Heaton 2004:257; sien ook Cronje & Heaton 2015:302). Verskeie hofsake is deur die jare beslis wat voormelde regsposisie bevestig het. In byvoorbeeld die saak van *Rex v Janke and Janke* (1913 TPD 382) het die hof as volg beslis:

The general rule adopted both by Roman, the Roman-Dutch law and the English law is that a parent may inflict moderate and reasonable chastisement on a child for misconduct provided that this not be done in a manner offensive to good morals, or for other objects than correction and admonition.

Die hof het ook verwys na die beslissing van *Regina v Hopley* (2 FSF 202), waarin ook bevestig is dat 'n ouer, in bepaalde omstandighede, matige en redelike lyfstraf aan sy of haar kind mag toedien. Die hof het egter op verskeie faktore gewys wat sou meebring dat sodanige straf as oordrewe gewelddadig en derhalwe as onregmatig beskou sal word (*Rex v Janke and Janke* 386; Bekink 2006:174; sien ook *S v Lekgathe* 1982 (3) SA 104 (B)).

In die Suid-Afrikaanse regstelsel is die beginsels wat in die *Janke*-beslissing vasgelê is, oor baie jare toegepas en uitgebou. Die howe se deurlopende toepassing van die gemene reg was gegrond daarop dat slegs onredelike en oormatige lyfstraf onregmatig is, en dan sou die toediener sowel strafregtelike as siviëlregtelike aanspreeklikheid kon opdoen. Verder het die howe ook deurlopend aangedui dat hulle nie ligtelik met die *bona fide*-uitoefening van ouerlike tugtgingsbevoegdheid sal inmeng nie (Bekink 2006:177). In die lig van die gemeenregtelike bepalings was dit dus duidelik dat ouers regtens die bevoegdheid gehad het om hulle kinders deur die toediening van redelike en matige lyfstraf te tuggy. Sodanige bevoegdheid was egter nie absoluut nie en verskeie maatstawwe is geïdentifiseer om te bepaal of 'n bepaalde straf inderdaad redelik en matig was. Onder meer is daar gekyk na die aard van die oortreding; die fisieke en psigologiese toestand van die kind; die motief van die tuggy; die erns en omvang van die strafoplegging; die metode en voorwerp waarmee die straf toegedien is; en die ouderdom en geslag van die kind (Bekink 2006:178, vn 24; Pete 1998:431). So 'n objektiewe beoordeling

en toepassing van die maatstawwe is beskou as die minimumbasis vir beskerming teen die fisieke benadeling en mishandeling van kinders.

Nieteenstaande genoemde regposisie het daar met verloop van tyd twee opponerende denkskole oor die aanvaarbaarheid van die ouerlike tugtigingsbevoegdheid ontwikkel. Aan die een kant was die sogenaamde prolyfstraf-beweging (“pro-smackers” genoem), wat die gemeenregtelike behoud van ouerlike tugtigingsbevoegdheid en lyfstraf voorgestaan het, onder meer omdat dié bevoegdheid op godsdienstige en kulturele oortuigings en die regte van sekere ouers berus; omdat redelike tugtiging nie nadeel veroorsaak nie; omdat fisieke tugtiging ’n doeltreffende afskrikstraf is; en omdat fisieke tugtiging kinders respek en dissipline leer, welke waardes noodsaaklik en belangrik vir hulle opvoeding is (Bekink 2006:179). Laasgenoemde argument is die sogenaamde “dissiplinêre strafopleggingsmotief” genoem.

Aan die ander kant van die debat was die sogenaamde antilyfstraf-beweging (“anti-smackers”). Hierdie groepering het aangevoer dat alle vorme van lyfstraf, insluitende redelike en matige tugtiging deur ouers, om verskeie redes afgeskaf en regtens verbied behoort te word. Die redes wat aangevoer is, het ingesluit dat dit moeilik is om te onderskei tussen redelike en matige lyfstraf en tugtiging, en onredelike en oormatige vorme daarvan; dat ouerlike diskresie gereeld tot mishandeling en misbruik van kinders gelei het; en dat lyfstraf vir talle kinders emosioneel skadelik was. Laasgenoemde is beklemtoon veral omdat daar nie primêre getuienis bestaan het wat bevestig het dat lyfstraf ’n doeltreffende vorm van straf was nie. Navorsing het trouens eerder daarop gedui dat ander vorme van strafoplegging dieselfde oogmerk bereik het, maar met minder inbreukmakende en nadelige gevolge vir die kinders (Pete 1998:431). Laastens het die antilyfstraf-beweging aangevoer dat talle moderne gemeenskappe oor die hele wêreld die oplegging van enige vorm van lyfstraf begin afkeur het en ook dat die ontwikkeling van individuele state se staatsreg sowel as die breë bepalings van internasionale publiekreg begin wegbeweeg het van alle vorme van fisieke straf (Bekink 2006:174-179).

Die Suid-Afrikaanse gemeenregtelike posisie het natuurlik ook nie voormelde ontwikkeling vrygespring nie. Afgesien van die veranderende regsopvatting in die regstelsels van ander lande en in die kringe van die internasionale reg, was dit veral die oorgang na ’n nuwe grondwetlike en demokratiese bedeling in Suid-Afrika wat daartoe gelei het dat die bestaande regstelsel van Suid-Afrika, insluitende die gemeenregtelike ouerlike tugtigingsbevoegdhede, ’n totale omwenteling moes ondergaan (sien sake soos *Rex v Scheepers* 1915 AD 337; *Rex v Schoombie* 1924 TPD 481; *Rex v Theron* 1936 OPD 166; *Hiltonian Society v Crofton* 1952 (3) SA 130 (A)).

3. OUERLIKE TUGTIGINGSBEVOEGDHEID EN DIE NUWE SUID-AFRIKAANSE GRONDWETLIKE REGSRAAMWERK

Dit het in die 21ste eeu ’n opvallende kenmerk geword dat die moderne ouer-kind-verhouding oorweldigend van die regte en bevoegdhede van ouers na die regte en aansprake van kinders verskuif het (Cronjé & Heaton 2004:257; sien ook Cronje & Heaton 2015:302-303). Die grondwetlike bestel in Suid-Afrika wat eers deur die Tussentydse Grondwet, 1993, en daarna die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, ingevoer is, het nie alleen fundamentele veranderinge in die Suid-Afrikaanse regsorde gebring nie, maar het spesifiek die gemeenregtelike verhouding tussen die regte en bevoegdhede van ouers en hulle kinders dramaties getransformeer. Afgesien daarvan dat die Grondwet as die hoogste reg in Suid-Afrika gevestig is (artikel 2 van die Grondwet), is ’n omvangryke handves van regte ook in die Grondwet opgeneem wat bepaalde verpligtinge op die staat plaas (artikel 7 en Hoofstuk 2 van die Grondwet). Vanweë hierdie nuwe oppergesag van die reg volg dit logies dat die gemeenregtelike

posisie rakende die ouerlike tugtigingsbevoegdheid geherevalueer en aan die nuwe grondwetlike vereistes getoets moes word. Soos reeds genoem, skep die uitoefening van ouerlike tugtigingsbevoegdheid 'n kontrasterende belange-opweging tussen ouers aan die een kant en kinders aan die ander. Ouers het bepaalde regte en belange, maar kinders het eweneens bepaalde regte en belange. Beide belangegroep se regte is van sodanige waarde beskou dat die regte in die nuwe grondwetlike bestel opgeneem en beskerm is. Ongelukkig kom hierdie regte van tyd tot tyd, soos by tugtiging, met mekaar in botsing.

Hoe nou gemaak, veral gegewe die regsposisie dat die Handves van Regte nie 'n hiërargie van regte bepaal nie, maar meebring dat regte en belange wat met mekaar meeding en bots, teen mekaar opgeweeg en met mekaar versoen moet word? (sien *SABC v NDPP* 2007 (1) SA 523 (CC) par 55). Met betrekking tot die toepassing van ouerlike bevoegdheid tot fisieke tugtigings het ouers en die prolyfstraf-groep deurlopend geargumenteer dat in die lig van die ouerlike reg tot opvoeding van hulle kinders, insluitende die toediening van fisieke tugtiging, welke op sowel godsdienstige as kulturele gronde berus, en omdat sowel godsdienstige asook kulturele regte in die Handves vervat is en beskerm word, sodanige regte voorrang behoort te geniet (Smith 2001:1; sien ook Bekink 2006:180-181). Genoemde handves-regte is natuurlik nie absoluut nie en kan beperk word, en dit moet teen ander regte opgeweeg en gebalanseer word. Enige regte van ouers rakende tugtiging moet aan die regte van kinders beoordeel word. Soos vermeld, word die regte van kinders uitdruklik in die Handves opgeneem en verskans. Afgesien daarvan dat kinders (artikel 28(3) van die Grondwet bepaal dat kinders mense onder die ouderdom van 18 jaar is) aanspraak kan maak op die meeste van die regte in die Handves, byvoorbeeld die reg op gelykheid (artikel 9), menswaardigheid (artikel 10), en vryheid en sekerheid van die persoon (artikel 12), bepaal en verskans die Handves ook sekere regte wat net op kinders van toepassing is. Artikel 28 van die Handves is hier van groot belang en bepaal onder meer as volg:

- (1) Elke kind het die reg –
 - (a) ...
 - (b) op gesinsorg of ouerlike sorg, of op gepaste alternatiewe sorg wanneer die kind uit die gesinsomgewing weggeneem word;
 - (c) ...
 - (d) om teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering beskerm te word;
- ...
- (2) 'n Kind se beste belang is van deurslaggewende belang in elke aangeleentheid wat die kind raak.
- ...

Die Grondwet is egter nie die enigste statutêre bron wat kinders se regte en belange beskerm nie. In die Suid-Afrikaanse regstelsel is daar verskeie ander nasionale wette wat die regte en belange van kinders behandel. Die belangrikste van hierdie regsbepalings word as volg saamgevat: Die “Children’s Act” 38 van 2005 (nie in Afrikaans ook afgekondig nie) bevat omvangryke bepalings ten opsigte van die versorging van kinders en die beskerming van hulle grondwetlike en ander statutêre regte. Klem in die wet word nie net gelê op die algemene regte wat in die Handves vervat is nie, maar veral op artikel 28 van die Grondwet, en die pligte van die staat rakende nasionale en internasionale regsvoorskrifte word herbeklemtoon. Verdere klem word ook daarop geplaas om die ontwikkeling van kinders te bevorder en om te verseker dat kinders opgroei en opgevoed word in 'n gelukkige en liefdevolle gesins- of selfs familie-omgewing (sien die Aanhef van die “Children’s Act”). Die Wet bepaal ook dat 'n kind nie aan

maatskaplike, kulturele en godsdienstige praktyke onderwerp mag word wat nadelig vir hom of haar kan wees nie (artikel 12(1)). Die nasionale regering moet ook 'n omvangryke strategie ontwikkel wat vir onder meer 'n nasionale kinderbeskermingsprogram voorsiening maak (artikel 104). Die “Children’s Act” word versterk deur die “Child Justice Act” 75 van 2008 (nie in Afrikaans ook afgekondig nie). Hoewel laasgenoemde Wet die moontlike beperking van kinders se fundamentele regte in die vooruitsig stel, word daar veral klem gelê op die beginsel van die beste belang van elke kind en word kinders as 'n spesiale of kwesbare groep binne die samelewing geïdentifiseer. Ook word voorsiening gemaak vir 'n spesifieke opdrag aan die staat om kinders te beskerm teen verwaarloos, mishandeling en vernedering (sien die Aanhef van die “Child Justice Act”).

By die beoordeling van die nuwe statutêre basis blyk dit duidelik dat die regte en belange van kinders baie groter beskerming en aandag geniet as in die regsposisie wat geheers het voordat die huidige grondwetlike bestel aangebreek het. Die Grondwet vereis nou ook dat die vertolking en toepassing van die Grondwet vanuit 'n waardegeoriënteerde benadering moet geskied. Die Grondwet vereis dus dat die waardes wat in hom vervat is, met inbegrip van die kernwaardes van gelykheid, vryheid en menswaardigheid, deurlopend op alle regsdispute toegepas moet word. (Sien onder meer artikel 1 van die Grondwet, asook Bekink 2016:10-12. Sien ook *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 (6) SA 431 (HHA); *Minister of Home Affairs v NICRO* 2005 (3) SA 280 (KH); en *K v Minister of Safety and Security* 2005 (6) SA 419 (KH).

Met inagneming van voormelde benadering is die Grondwet reeds verskeie male aangewend om die toepassing en regsgeldigheid van lyfstraf in die Suid-Afrikaanse regstelsel te toets en te evalueer. In *S v Williams* 1995 (3) SA 632 (KH) het die Konstitusionele Hof beslis dat die institusionele gebruik van geweld by wyse van lyfstraf aan minderjarige wetsoortreders, wat die Straffproseswet 51 van 1977 toelaat, tot wrede, onmenslike en vernederende straf verklaar moes word en dat die kultuur van gesag wat die toepassing van geweld legitiem gemaak het, onversoenbaar is met die waardes vervat in die Tussentydse Grondwet 200 van 1993; dit is derhalwe bevind ongrondwetlik en ongeldig te wees.

Die verbod op lyfstraf is 'n paar jaar ná die *Williams*-beslissing selfs 'n stap verder geneem toe die Konstitusionele Hof in die saak van *Christian Education South Africa v Minister of Education* 2000 (4) SA 757 (KH) beslis het dat artikel 10 van die Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996, wat bepaal het dat geen persoon by 'n skool lyfstraf aan 'n leerder mag toedien nie, inderdaad grondwetlik versoenbaar is. Die organisasie Christian Education South Africa het die bepaling in die Skolewet op grondwetlike gronde betwis en aangevoer dat die verbod in artikel 10 die regte van ouers van kinders in privaat skole onregmatig beperk aangesien hulle op grond van hulle godsdienstige oortuigings tot die toediening van lyfstraf aan hulle kinders ingestem het. Hoewel die Konstitusionele Hof daarop gewys het dat die meriete van die saak 'n geskil behels wat verskeie grondwetlike waardes en belange aanroer waarvan sommige oorvleuel en ander mededingend is, beslis die hof, ná opweging van al die toepaslike faktore, dat die algemene regmatigheid van artikel 10 bevestig moet word. Nieteenstaande hierdie steun vir die afskaffing van lyfstraf in Suid-Afrikaanse skole het die meerderheid van die regters in die Konstitusionele Hof nie 'n mening oor die regmatigheid van lyfstraf deur ouers aan hulle kinders in hulle private wonings gelug nie. Regter Sachs, wat die uitspraak namens die hof gelewer het, het aangedui dat sodanige regspraak, naamlik of die gemene reg nie ontwikkel moes word om moontlike lyfstraf by die huis ook te verbied nie, nie 'n beregbare saak voor die hof was nie en dus nie deur die hof beslis hoef te word nie (*Christian Education South Africa* par 48).

Vir doeleindes van hierdie artikel is die verwysing na die moontlike ontwikkeling van die gemene reg ten opsigte van die toepassing van lyfstraf deur ouers op hulle kinders by hulle private wonings egter belangrik en verg dit nadere oorweging. Die kern van sodanige ontwikkeling het veral betrekking op artikel 39 van die Grondwet, wat die slotartikel van die Handves van Regte uitmaak. Artikel 39 bepaal dat by die uitleg van die Handves van Regte 'n hof, tribunaal of forum die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, moet bevorder, die volkereg in ag moet neem en buitelandse reg in ag kan neem (artikel 39(1)(a)-(c) van die Grondwet). Die artikel bepaal dan verder dat by die ontwikkeling van **die gemene reg** (my beklemtoning) of gewoontereg elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte moet bevorder. Verder word ook bepaal dat die Handves van Regte nie bestaan van ander regte of vryhede ontken wat deur die gemene reg, gewoontereg of wetgewing erken of verleen word nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met die Handves bestaanbaar is (artikel 39(2)-(3) van die Grondwet). Vanweë die gemeenregtelike aard van die ouerlike tugtgingsbevoegdheid en ook die aansprake en interpretasie van sowel ouers as kinders se regte soos vervat in die Handves, volg dit dat die bepalings van die internasionale reg ook in ag geneem moet word wanneer die regsgeldigheid van ouerlike tugtgingsbevoegdheid en die botsende fundamentele regte van verskillende partye teen mekaar opgewee word.

4. KORT OORSIG VAN INTERNASIONALE REG RAKENDE DIE TOEPASSING VAN OUERLIKE TUGTIGINGSBEVOEGDHEID

Die internasionale reg, veral die internasionale publiekreg, het ná die Tweede Wêreldoorlog al hoe belangriker geword, wat wêreldwyd gelei het tot 'n tendens om alle vorme van lyfstraf, dus ook aan kinders, geheel en al af te skaf (Bekink 2006:184). Dit het berus op die bepalings van verskeie internasionale en regionale instrumente rakende fundamentele regte. Hoewel die beperkte omvang van hierdie artikel nie 'n diepgaande bespreking van daardie instrumente toelaat nie, word die volgende kerninstrumente kortliks genoem. Die internasionale standaard-instrumente rakende fundamentele regte is die Universele Verklaring van Menseregte, 1948, die Internasionale Verdrag insake Burger- en Politieke Regte, 1966; die Konvensie teen Marteling en Ander Wrede, Onmenslike of Vernederende Behandeling of Straf, 1987; en die Konvensie insake die Regte van die Kind, 1989. Sowel die Universele Verklaring van Menseregte as die Internasionale Verdrag insake Burger- en Politieke Regte maak voorsiening vir die beskerming van basiese menseregte, wat op alle mense, insluitende ouers en kinders, van toepassing is. Net soos in die Grondwet, 1996, word regte soos menswaardigheid, vryheid en sekerheid van die persoon, asook godsdiens- en kultuurregte erken en beskerm, en word die verbod op marteling, wreedheid en vernederende straf bevestig (sien Artikels 1, 3, 5, 7, 18 en 27 van die Universele Verklaring van Menseregte en Artikels 3, 4, 7, 10, 18, 24 en 26 van die Internasionale Verdrag insake Burger- en Politieke Regte).

Bykomend by die algemene bepalings verskans die Konvensie insake die Regte van die Kind sekere bepalings wat net op kinders van toepassing is. Onder meer word die beginsel van die beste belang van 'n kind as 'n primêre oorweging gestel. Kinders word ook beskerm teen mishandeling, en in die besonder is daar bepalings wat kinders teen alle vorme van fisieke en geestelike geweld, marteling en ander vorme van wrede en onmenslike behandeling of straf beskerm (sien Artikels 3, 4, 14 en veral 19 en 37 van die Konvensie). Buiten die verpligting wat op lidstate van die Konvensie geplaas word om gepaste stappe te doen om die Konvensie toe te pas, het die VN-komitee insake die regte van kinders, wat vir die toepassing en nakoming

van die Konvensie verantwoordelik is, ook reeds aangedui dat lyfstraf binne gesinsverband onversoenbaar met die Konvensie is en dat alle vorme van fisieke straf verbied behoort te word (Bekink 2006:185).

In navolging van die bepalings van genoemde instrumente van die internasionale reg is daar ook verskeie regionale instrumente oor menseregte wat soortgelyke bepalings en beskermingsmaatreëls insluit, byvoorbeeld die Afrikahandves oor Mense- en Volkeregte, 1981; die Europese Konvensie oor Menseregte, 1950; die Amerikaanse Konvensie insake Menseregte, 1970; en die Afrikahandves insake die Regte en Welsyn van die Kind, 2000 (sien Dugard, Botha & Mtshaulana 1996:172 e.v.). Soos die internasionale instrumente bepaal die regionale instrumente ook dat algemene menseregte beskerm moet word, maar dat die regte van kinders spesifieke vermelding vereis. Weereens word beskerming verleen teen die marteling en onmenslike behandeling of straf van veral kinders (Sien byvoorbeeld Artikels 2, 3, 5, 8, 19 en 25 van die Afrikahandves oor Mense- en Volkeregte en Artikel 16 van die Afrikahandves insake die Regte en Welsyn van die Kind. Dit is interessant dat Artikel 3 van die Europese Konvensie oor Menseregte, wat bepaal dat niemand – dus ook nie kinders nie – aan marteling en onmenslike of vernederende behandeling of straf onderwerp mag word nie, spesifiek gebruik word om te argumenteer dat alle vorme van lyfstraf aan kinders verbied behoort te word – sien Rogers 2002:98-113; *A v UK* [1998] 2 FLR 959 (ECHR) en Bekink 2006:185). Nieteenstaande Suid-Afrika se huidige grondwetlike bepalings, saamgelees met sowel internasionale as regionale menseregte-instrumente, voer skrywers steeds aan dat die Grondwet, en die Suid-Afrikaanse reg in die breë, ouers nie die gemeenregtelike bevoegdheid om hulle kinders tuis fisiek te tugtig uitdruklik ontnem het nie, mits sodanige tugtiging redelik en matig is. Om die onsekere regsposisie dus finaal duidelik te maak, sal die wetgewer spesifieke statutêre wysigings op die wetboek moet plaas of sal die regsprekende gesag 'n spesifieke regspresident daarvoor moet skep. Dit is teen hierdie agtergrond dat die Konstitusionele Hof se beslissing in *Freedom of Religion South Africa v Minister of Justice* bespreek en in oënskou geneem moet word.

5. DIE BESLISSING VAN *FREEDOM OF RELIGION V MINISTER OF JUSTICE*

5.1 Inleiding

Die saak van *Freedom of Religion v Minister of Justice* was in beginsel 'n aansoek om verlof tot appèl teen die beslissing van die Hooggeregshof van Suid-Afrika, Suid-Gautengse Plaaslike Afdeling, Johannesburg (sien *S v TG* 2018 (1) SACR 64 (GSJ)), waarin die hof bevind het dat die bevoegdheid wat ouers het om hulle kinders met redelike en matige lyfstraf te tugtig sonder om nadelige regs aanspreeklikheid op te doen, ongrondwetlik en derhalwe ongeldig is. Die verklaring van ongrondwetlikheid is gebaseer op verskeie grondwetlike regte wat op kinders van toepassing is (FORSA parr. [3], [4]). By die beoordeling van die aansoek bevind hoofregter Mogoeng, wat namens 'n eenparige hof van tien regters skryf, dat die onderwerp van kinderdissipline en die reg van ouers om hulle kinders op te voed, 'n sensitiewe, komplekse en kontroversiële saak van nasionale regsbelang is.

Die saak het aanvanklik in die Johannesburgse Landdroshof as 'n strafsak begin waarin 'n pa aangekla is van aanranding met die opset om ernstig te beseer van sy 13-jarige seun, wat na bewering na sekere pornografiese materiaal gekyk het. Die handeling van die pa teen die seun het onder meer skoppe en vuishoue ingesluit en die landdros het bevind dat die pa nie billikerwys die verweer van die bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging kon aanvoer nie en ook nie kon steun op godsdienstige of kulturele gronde om sy onmiskenbaar oormatige

en onredelike toediening van geweld te regverdig nie. Die landdroshof het die pa dus aan gewone aanranding skuldig bevind (FORSA parr. [5], [6]).

Beswaard oor die uitspraak van die landdroshof het die pa toe appèl by die Hooggeregshof aangeteken. Hoewel die staat tydens die aanhoor van die appèl nie die grondwetlike geldigheid van die gemeenregtelike bevoegdheid van ouers om hulle kinders deur middel van redelike en matige tugtiging te tugtig regtens betwis het nie, het die Hooggeregshof uit eie beweging bevind dat die verweer van bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging ongrondwetlik en ongeldig is en in die toekoms dus nie as 'n verweer gebruik kon word in gevalle waar ouers vir aanranding van hulle kinders aangekla word nie (FORSA parr. [6]). Op 'n tegniese punt moet daarop gewys word dat geeneen van die partye in die Hooggeregshof-saak die uitspraak wou of kon aanveg nie. Freedom of Religion South Africa (hierna Freedom of Religion genoem), wat in daardie stadium as *amicus curiae* (vriend van die hof) betrokke was, het toe toetree en aansoek gedoen om toegelaat te word om as vervangende applikant teen die Hooggeregshof se beslissing na die Konstitusionele Hof te appelleer (FORSA par. [13]). Ná oorweging van die tegniese aspekte, soos bevoegdheid en direkte toegang na die Konstitusionele Hof, sowel as die meriete van die aansoek om verlof tot appèl teen die Hooggeregshof se beslissing, het die Konstitusionele Hof beslis dat hoewel direkte toegang verleen word en vergunning aan Freedom of Religion verleen word om as 'n party – die applikant – tussenbeide te tree, die aansoek om verlof tot appèl van die hand gewys word en dat die gemeenregtelike verweer van bevoegdheid tot redelike en matige ouerlike tugtiging onversoenbaar met die bepalinge van artikels 10 en 12(1)(c) van die Grondwet verklaar word (FORSA parr. 76; sien ook die tegniese besprekings in parr. [13] tot [28]). Vir doeleindes van hierdie artikel kan daar nie verder op die tegniese aspekte ingegaan word nie. Die hof grond sy finale beslissing op die regsbeginsels en gronde wat hierna uiteengesit word.

5.2 Die sake in geskil

Reeds aan die begin van die uitspraak wys die hof daarop dat die grondwetlike geldigheid van 'n ouer se verweer van bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging op grond van verskeie grondwetlike bepalinge betwis word (veral artikels 10, 12 en 28 van die Grondwet word genoem). Alhoewel Freedom of Religion – nou as applikant/appellant – 'n onderskeid wil maak tussen redelike en matige ouerlike tugtiging aan die een kant en die aanranding en mishandeling van kinders aan die ander, wys die hof daarop dat sodanige onderskeid in die Suid-Afrikaanse strafreg moeilik buite die raamwerk van aanranding geplaas kan word. Volgens Freedom of Religion is dit nie alle ouers se bedoeling, hetsy gebaseer op godsdienstige of op ander kulturele oorwegings, om hulle kinders te benadeel of te mishandel deur dissipline af te dwing en toe te pas nie. Freedom of Religion betoog dus vir die beskerming en behoud van die ouerlike bevoegdheid om kinders op 'n liefdevolle wyse te dissiplineer, selfs deur middel van redelike en matige lyfstraf. Tog wys die hof daarop dat Freedom of Religion waardering het vir die realiteit dat sowel 'n verbale vermaning as 'n onredelike en buitensporige fisiese tugtiging 'n negatiewe en traumatiese uitwerking op die welstand van 'n kind kan hê (FORSA parr. [32], [33]). Die hof wys verder ook daarop dat Freedom of Religion die benadering volg dat ouerlike bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging 'n integrale deel van ouers se reg op vryheid van geloof uitmaak. Freedom of Religion voer aan dat redelike en matige tugtiging nie met blatante kindermishandeling en aanranding versmelt moet word nie (FORSA par. [34]). Ten einde die belange van enersyds ouers en andersyds kinders teen mekaar op te weeg, berus die hof die beslissing van die saak op die volgende grondwetlike bepalinge:

5.2.1 *Vryheid en sekerheid van die persoon*

Volgens die hof is daar, soos reeds genoem, verskeie grondwetlike regte waarop gesteun kan word om die regsgeldigheid van ouerlike bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging, gemeet aan die regte en aansprake van kinders, te beoordeel. Volgens die hof is die toepaslikste van hierdie regte die bepalinge van artikel 12 van die Grondwet, wat handel oor die vryheid en sekerheid van die (elke) persoon (FORSA par. [36]). Artikel 12 – deel van die Handves van Regte – bepaal as volg:

- (1) Elkeen het die reg op vryheid en sekerheid van die persoon, waarby inbegrepe is die reg om –
 - ...
 - (c) vry te wees van alle vorme van geweld van hetsy openbare hetsy private oorsprong;
 - (d) op geen wyse gemartel te word nie; en
 - (e) nie op 'n wrede, onmenslike of vernederende wyse behandel of gestraf te word nie.
- (2) Elkeen het die reg op liggaamlike en psigiese integriteit, waarby inbegrepe is die reg –
 - ...
 - (b) op sekerheid van en beheer oor die eie liggaam; ...
 - ...

Deur die toepassing van artikel 12 benadruk die hof die feit dat die artikel vryheid teen alle vorme van geweld bied en dat die beskerming nie handel oor die wyse en omvang van die toepassing van geweld nie, maar wel oor die feit dat enige geweld uitgeoefen word. Die hof oordeel dan dat tugtiging uiteraard die gebruik van dwang en 'n *mate van geweld* veronderstel (FORSA parr. [38], [39]). Volgens die hof sluit die verwysing na geweld in artikel 12(1)(c) dus alle vorme van fisieke tugtiging in, ongeag of sodanige tugtiging matig of oormatig is, van openbare of private oorsprong is, en net 'n ligte raps of 'n ernstige loesing met 'n rottang is. Aangesien straf deur die gebruik van geweld deur 'n ouer teen die liggaam van 'n kind altyd ten doel het om 'n sekere mate van pyn aan te doen, kom redelike en matige tugtiging volgens die hof dus neer op 'n vorm van regtens verskoonbare aanranding, wat duidelik ingevolge artikel 12(1)(c) onregmatig is (FORSA par. [41]). Sou die aanspraak en verweer van ouerlike tugtigsbevoegdheid dus behoue bly, sal dit neerkom op geregtelike regverdiging van 'n vorm van geweld, wat in stryd met artikel 12 sal wees. Enige vorm van geweld, fisieke tugtiging ingesluit, hoe redelik of matig ook al, val derhalwe binne die trefwydte van artikel 12, en na die oordeel van die hof maak dit 'n einde aan die verweer van ouerlike bevoegdheid tot redelike en matige fisieke tugtiging, ongeag of sodanige tugtiging op godsdienstige of enige ander oorwegings berus. Fisieke tugtiging is en bly vorme van geweld en dit word duidelik by artikel 12 verbied (FORSA par. [44]).

5.2.2 *Die reg op menswaardigheid*

Buiten die belangrike inhoud van artikel 12, soos hier bo uiteengesit, het die beskerming van menswaardigheid ook 'n regstreekse uitwerking op die regspraak na die geldigheid van ouerlike tugtigsbevoegdheid. Die hof lê veral klem op die reg op menswaardigheid, wat 'n spesiale plek in Suid-Afrika se huidige grondwetlike bestel beklee en as 'n kernwaarde van Suid-Afrika se huidige demokratiese bestel beskerm word (FORSA par. [45]). Artikel 10 van die Grondwet in die Handves van Regte, onder die enkelwoordopskrif *Menswaardigheid*, bepaal as volg:

Elkeen [dus elke mens, insluitende kinders] het ingebore waardigheid en die reg dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word. (My invoeging.)

Die woord *elkeen* in artikel 10 impliseer verder, indien daar dalk enige onsekerheid bestaan, dat kinders as mense in eie reg erken word en geregtig is op die regte wat aan alle mense verleen word. Die reg van elke kind op sy of haar eie waardigheid is al uitdruklik deur Suid-Afrika se hoogste hof bevestig (sien die saak van *S v M (Centre for Child Law)* 2008 (3) SA 232 (KH)). Daar is ook bevestig dat die reg en beskerming van menswaardigheid insluit dat 'n persoon – ook alle kinders – in 'n veilige en beskermde omgewing, vry van onder meer enige vorm van geweld, moet kan lewe (FORSA par. [46]; sien ook *S v M* by parr. [18], [19]). Die hof kom gevolglik tot die gevolgtrekking dat selfs redelike en matige ouerlike tugtiging inbreuk maak op die algemene reg op menswaardigheid wat elke kind toekom, en dat dit derhalwe 'n beperking plaas op artikel 10 van die Grondwet. In die geheel beslis die hof dan dat wat die beskerming van die fundamentele regte van kinders betref, daar op sowel artikel 10 as artikel 12 van die Grondwet inbreuk gemaak word. Nou moes die hof nog net beslis of sodanige inbreukmaking en beperking moontlik ingevolge die Grondwet regtens regverdigbaar is (FORSA par. [48]).

5.3 Die beoordeling van die beperking van regte

Daar word algemeen aanvaar, en verskeie regsbronne bevestig dit, dat die regte vervat in die Handves van Regte – insluitende artikels 10 en 12 – nie absoluut is nie en aan sekere beperkinge onderworpe gestel kan word. (Artikel 7 bepaal byvoorbeeld dat die regte in die Handves van Regte onderworpe is aan die beperkings in artikel 36 of elders in die Handves vervat of genoem.). Artikel 15 bepaal dat elkeen die reg op vryheid van gewete, godsdiens, denke, oortuiging en mening het, maar die artikel bevestig ook dat wetlike erkenning gegee kan word aan onder andere sisteme van godsdienstige of familie-regtelike aangeleenthede, mits sodanige wetgewing bestaanbaar is met die artikel self asook ander bepalinge van die Grondwet (artikel 15(1) en (3)(b)). Insgelyks bepaal artikel 31 dat persone – dus insluitende ouers en kinders – wat aan 'n kultuur-, godsdiens- of taalgemeenskap behoort, nie die reg ontsê mag word om, saam met ander lede van daardie gemeenskap, hul kultuur te geniet, hul godsdiens te beoefen en hul taal te gebruik nie. Hierdie regte mag egter nie uitgeoefen word op 'n wyse wat met enige ander bepaling van die Handves van Regte onbestaanbaar is nie (artikel 31 van die Grondwet). As die tugtiging van kinders dan inbreuk maak op hulle regte wat in artikels 10 en 12 van die Grondwet beskerm word, wat inderdaad die hier bo genoemde bevinding van die Konstitusionele Hof was, kan dit geargumenteer word dat die regte in artikels 15 en 31 genoem, nie uitgeoefen mag word in stryd met die regte verleen by artikels 10 en 12 nie.

Buiten hierdie interne beperking van regte, soos by artikel 7(3) van die Grondwet toegelaat, maak artikel 36 van die Grondwet ook voorsiening vir die moontlikheid van die algemene beperking van regte. Artikel 36 bepaal dat die regte in die Handves slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk kan word en dan slegs in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, en met inagneming van alle tersaaklike faktore. Sodanige faktore sluit volgens die artikel in die aard van die reg; die belangrikheid van die doel van die beperking; die aard en omvang van die beperking; die verband tussen die beperking en die doel daarvan; en 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik (artikel 36(1)(a)-(e) van die Grondwet). Artikel 36 bepaal dan voorts dat behalwe soos in artikel 36(1) of in enige ander bepaling van

die Grondwet bepaal, geen regsvoorskrif enige reg wat in die Handves van Regte verskans is, mag beperk nie (artikel 36(2) van die Grondwet).

By toepassing van artikel 36 kom die hof dan sonder huiwering tot die beslissing dat die gemeenregtelike verweer van ouerlike bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging 'n algemeen geldende regsvoorskrif is wat potensieel sekere ander regte in die Handves kan beperk. Die hof wys daarop dat die gemeenregtelike regsbepaling beskikbaar is vir alle ouers, ongeag hulle godsdienstige, kulturele of ander oortuigings. Omdat die gemeenregtelike verweer na die hof se mening sonder twyfel 'n beperking op kinders se grondwetlike regte plaas, moet die hof bepaal of die beperking redelik en regverdigbaar binne die bepaling van artikel 36 is (FORSA par. [50]). Die hof oordeel dan verder dat die aard van die tersaaklike regte van die partye in die saak belangrik is, veral as daar 'n onderskeid getref word tussen ouerlike tugtiging en geïnstitutionaliseerde lyfstraf. Die hof verwys spesifiek na bogenoemde beslissings van *S v Williams* en *Christian Education SA v Minister of Education*. Buiten ouers se inherente bevoegdheid en verantwoordelikheid om hulle kinders op te voed, het Christenouers self 'n verdere aanspraak om hulle kinders volgens hulle Christelike oortuigings op te voed (*Christian Education SA* par. [38]). Die ongeldigverklaring van redelike en matige tugtiging sal dus beteken dat sodanige bevoegdheid nie meer regtens toelaatbaar is nie en die uitoefening daarvan ouers moontlik aan straffregtelike vervolging kan blootstel (FORSA par. 52). Die hof erken verder ook dat talle ouers opreg hulle kinders tugtig sonder die bedoeling om hulle te mishandel of met opset te traumatiseer. Die behoud van tugtiging sal ook nie noodwendig 'n resep vir die wydverspreide aandoen van geweld aan en mishandeling van kinders wees nie en kan selfs, hoewel dit geen uitgemaakte saak is nie, positiewe resultate oplewer (FORSA parr. [53], [54]). Gevolglik bevestig die hof dat die reg op ouerlike tugtiging en wyse van opvoeding van groot regswaarde is. Met verwysing na die aard van die regte van kinders bevestig die hof dat die bepaling van artikels 10 en 12, soos hier bo uiteengesit, ook van omvangryke belang is. Die hof verbind voorts die regte van artikels 10 en 12 met die bepaling van artikel 28, wat bepaal dat elke kind die reg het op onder meer gesinsorg of ouerlike sorg en op beskerming teen mishandeling, verwaarloos, misbruik of vernedering (artikel 28(1)(b) en (d) van die Grondwet). Die hof beklemtoon die belang van artikel 28(2), wat bepaal dat die beste belang van 'n kind van deurslaggewende belang is in elke aangeleentheid wat die kind raak, en dit raak ook enige tugtigingsbevoegdheid wat ouers ten opsigte van hulle kinders het. Hoewel die fokus en omvang van hierdie artikel nie 'n omvattende bespreking en analise van die "beste belang"-beginsel kan insluit nie, is dit tog belangrik om daarop te wys dat regte kragtens artikel 28(2) nie hoër geplaas word as ander fundamentele regte nie en dat kinderregte nie outomaties die regte van ander persone, soos ouers, oorheers nie. Dit blyk uit byvoorbeeld die sake van *S v M; DPP, Tyl v Minister of Justice and Constitutional Development* 2009 (4) SA 222 (KH); *MR v Minister of Safety and Security* 2016 (2) SACR 540 (KH); en *AB v Minister of Social Development* 2017 (3) SA 570 (KH).

Vervolgens oorweeg die hof die aard en omvang van die beperking, asook die verband tussen die beperking en die doel daarvan. Die hof wys spesifiek daarop dat hoewel die ouerlike reg en bevoegdheid tot opvoeding en tugtiging hulle oorsprong aan sowel godsdienstige as kulturele praktyke kan ontleen, en derhalwe as 'n deel van ouers se reg op vryheid van geloof en kultuur beskou kan word (artikels 15 en 31 van die Grondwet), maak daardie regte geensins direk vir ouerlike bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging voorsiening nie. Intendeel, artikels 15(3) en 31 bepaal dat die erkenning van die aldaar-genoemde regte in ooreenstemming moet wees en uitgeoefen moet word op 'n wyse wat met die Handves of enige ander bepaling van die Grondwet strook (artikels 15(3) en 31(2) van die Grondwet). Die hof dui ook aan dat

sels die internasionale reg nie vir ouerlike bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging voorsiening maak nie (FORSA par. [63]). Die hof kom ook tot die slotsom, welke sterk deur Freedom of Religion in hulle betoogshoofde teëgestaan is, dat daar min empiriese getuienis is dat redelike en matigende tugtiging enige voordele inhou. Die hof verwys trouens na sekere navorsing wat eerder die moontlike nadelige effek van fisieke tugtiging veronderstel (FORSA par. [64]). In die geheel gesien, kom die hof, wanneer hy die regte en belange van ouers en die regte en belange van kinders teen mekaar opweeg, tot die slotsom dat die voordele wat daar ook al vir ouers kan wees om hulle kinders deur middel van redelike en matige tugtiging op te voed, geensins opweeg teen die skending van kinders se regte wat plaasvind of kan plaasvind nie en dat daar dus geen regverdiging vir sodanige beperking op kinders se regte gevind kan word nie (FORSA par. [65]).

In die finale instansie sluit die hof dan af deur te benadruk dat ouerlike tugtiging gewoonlik as 'n laaste dissiplinêre uitweg toegepas is. Die hof oordeel dan ook dat die moderne benadering van ouers in Suid-Afrika is om nie meer lyfstraf aan hulle kinders toe te dien nie, maar eerder om kinders op te voed met die benadering van sogenaamde “positiewe ouerskap”, wat die toepassing van niegewelddadige optrede en strafmaatreëls veronderstel (FORSA par. [68]). Gevolglik kom die hof tot die beslissing dat, gegewe die gebrek aan bewyse dat redelike en matigende tugtiging enige voordele inhou, daar minder beperkende alternatiewe bestaan, veral opgeweeg teen die kernbelangrike regte van kinders vervat in artikels 10, 12 en 28 van die Grondwet, en dat die beskikbaarheid van minder beperkende middele indruis teen die behoud van die gemeenregtelike verweer van bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging. Die hof voer voorts aan dat daar geen regverdiging meer bestaan vir die voortgesette behoud van fisieke ouerlike tugtiging en die volgehoue inbreukmaking op die regte van kinders wat daaraan blootgestel word nie (FORSA par. [70], [71]). Die hof bevestig dus dat die Hooggeregshof korrek was in sy beslissing dat die gemeenregtelike verweer van ouerlike bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging ongrondwetlik en gevolglik ongeldig is (FORSA par. [73]).

5.4 Bespreking en gevolgtrekking

Soos reeds aan die begin van hierdie bespreking genoem, is die toediening van fisieke geweld aan kinders as 'n middel van korrektiewe en opvoedkundige dissipline al vir millennia 'n gevestigde praktyk in talle beskawings oor die hele wêreld. Op grond van die maatskaplike belange en die behoud van die gesinseenheid in die meeste samelewings het die reg tradisioneel aan ouers 'n unieke en onafhanklike bevoegdheid verleen om hulle kinders na eie goëddunke op te voed en te straf, welke bevoegdhede uitgeoefen is met relatief min staatsinmenging (FORSA par. [8]). Dit is egter 'n feit dat sommige ouers hierdie opvoedingsbevoegdheid soms oorskry het en dat baie kinders so aan verskeie vorme van ernstige en wrede straf onderwerp is. Vanweë hierdie praktyke het die gemeenskapsopvatting mettertyd ontstaan dat sulke misbruik beëindig moes word en owerhede oor die wêreld heen het begin om stappe te doen om kinders beter te beskerm (sien die bespreking in *R v Janke and Janke par. [3]*).

Een van die algemeenste beskermingsmaatreëls wat bestaan het om kinders te beskerm, was die gemeenregtelike beskerming dat dissiplinêre tugtiging slegs regtens aanvaarbaar sou wees indien dit redelik en matig toegedien is. Nieteenstaande hierdie oënskynlike beskerming het die misbruik en mishandeling van kinders steeds voortgeduur. In Suid-Afrika, selfs nog voor die aanvang van die nuwe grondwetlike bestel, het die wetgewer die noodsaaklikheid ingesien om regsreëls in te stel wat 'n beperking op ouerlike tugtgingsbevoegdheid geplaas het. Veral is bepaal dat ouers wat hulle kinders mishandel, 'n misdryf begaan en vervolg kon

word (artikel 50(1) en (2) van die Wet op Kindersorg 74 van 1983; sien ook artikels 7, 9 en 10 van die “Children’s Act” 38 of 2005). Met die inwerkingtreding van die Tussentydse Grondwet 200 van 1993 is die maatskaplike en politieke bedeling in Suid-Afrika, wat ongelukkig ’n geskiedenis van wydverspreide institusioneel aanvaarde geweld het, fundamenteel verander. Een van die doelwitte van die Grondwet, 1996, by name artikel 12, is nie net om alle vorme van geweld te verminder nie, maar ook om dit uiteindelik heeltemal te beëindig. Die ou kultuur van oorheersing, selfs deur middel van die toepassing van fisieke tugtiging, word in bepaalde kringe van die samelewing gesien as onversoenbaar met die waardes van ’n oop en demokratiese samelewing waarop die Suid-Afrikaanse grondwetlike bestel nou berus (FORSA par. [43]; sien ook die Aanhef tot en artikels 1 en 36 van die Grondwet, en die hof se kommentaar in *S v Williams*). Dit is teen hierdie omvangryke regsraamwerk dat die uitspraak in FORSA beoordeel en oorweeg moet word.

Die opinie word vanuit die staanspoor uitgespreek dat die uitspraak van die hof geensins vreemd en onverwags is nie. Gegewe die oppergesag van die Grondwet in Suid-Afrika, saamgelees met die land se verpligtinge ooreenkomstig die huidige internasionale publiekreg, kon die hof deur die toepassing van die heersende reg nie tot ’n ander beslissing gekom het nie. Hierdie uitkoms, soos hier bo bespreek, is reeds jare gelede deur verskeie grondwetskrywers voorspel (sien Burchell & Milton 1996:296; Pete 1998; Du Plessis 2000; en Bekink 2006:188). Voordat daar na die hof se beredenering gekyk word, is dit van belang om sekere van die kernargumente van die applikant/appellant te oorweeg. Freedom of Religion betoog voor die hof dat die gemeenregtelike verweer van redelike en matige tugtiging nie afgeskaf moet word nie, maar eerder dat die behoud daarvan aan die nasionale wetgewer oorgelaat moet word om die gemene reg dus statutêr te ontwikkel en duideliker riglyne vir die toepassing van die ouerlike tugtigingsbevoegdheid neer te lê (parr. 2 en 38 van Freedom of Religion se hoofde van betoog; dit is die sogenaamde “gekalibreerde aanslag” genoem). Die applikant voer onder meer ook aan dat daar ’n groot verskil is tussen redelike en matige tugtiging van kinders en die mishandeling van en gewelddadige optrede teenoor kinders. Daar is sterk geargumenteer dat daar geen of baie min bewyse is dat redelike en matige tugtiging lei tot die mishandeling van kinders en ook dat die huidige Suid-Afrikaanse *boni mores* nie ’n herooring van die gemeenregtelike verweer vereis het nie (Freedom of Religion se hoofde van betoog, parr. 15 en 17). Spesifiek is voorgelê dat die filosofie van sogenaamde “positiewe ouerskap” nie wangedrag deur kinders voorkom nie en dat daardie benadering uit voeling is met die werklikheid van moderne lewensomstandighede.

Volgens Freedom of Religion maak die Suid-Afrikaanse reg genoegsaam voorsiening vir die beskerming van kinders teen ouerlike tugtiging wat die grense van redelike en matige straf oorskry. Ouers kan en is dan ook in die verlede aan strafregtelike vervolging onderwerp. Indien die verweer sonder meer afgeskaf word, sal dit die potensiaal skep om baie meer ouers se tugtiging van hulle kinders te kriminaliseer (Freedom of Religion se hoofde van betoog, parr. 21-23). Volgens die organisasie lê die probleem eerder daarin dat die verweer en strafregtelike bepalings nie behoorlik afgedwing word nie. Op tegniese gronde betoog die appellant ook dat die hof nie uit eie beweging die gemeenregtelike posisie behoort aan te pas nie en dat die hof se ingrepe op ’n moontlike skending van die leerstuk van die skeiding van magte neerkom. Die punt is ook gestel dat die primêre opvoedingsplig steeds op ouers rus en dat talle lande oor die wêreld heen steeds redelike en matige tugtiging regtens toelaat (Freedom of Religion se betoogshoofde, parr. 58, 59).

Ten einde Freedom of Religion se argumente te kan beoordeel, moet daar op die volgende gewys word: Hoewel ouers die primêre plig het om hulle kinders op te voed, welke verpligting

ook vorme van tugtiging kon insluit, is die plig op opvoeding nie onbeperk nie en mag dit alleen binne die raamwerk van 'n bepaalde regstelsel geskied. In Suid-Afrika bepaal hierdie regstelsel spesifiek – of mens nou daarmee saamstem of nie – dat ouers hulle regte en pligte ten opsigte van opvoeding en tugtiging slegs mag uitoefen as dit nie kinders se eie regte onredelik en onregmatig aantast en beperk nie. Soos reeds genoem, erken en beskerm die huidige Suid-Afrikaanse regstelsel, wat berus op 'n geskrewe en oppermagtige Grondwet, die regte van alle mense, met inbegrip van ouers en hulle kinders. Omdat kinders as 'n kwesbare groep binne die samelewing geïdentifiseer word, word daar selfs voorsiening gemaak vir regte wat net op kinders van toepassing is (artikel 28 van die Grondwet). Hierdie spesiale wetlike beskerming word ook in ander nasionale wetgewing uitgebrei, soos die “Child Justice Act”, 2008, en die “Children’s Act”, 2005. Indien daar dus op kinders se regte inbreuk gemaak word of van hulle regte beperk word, hetsy deur die optrede of selfs die aanspraak op die regte van ander, byvoorbeeld ouers se reg op opvoeding en tugtiging, op welke grondslag ook al, dan moet daar 'n balansering en opweging van die mededingende regte en belange plaasvind. As die inbreuk op kinders se regte onredelik en onregmatig bevind word, dan sal hulle regte swaarder weeg en meer beskerm word. Dit is wat die “beste belang”-beginsel in artikel 28 van die Grondwet vereis. Dit is die benadering wat die hof in die FORSA-saak aangedui en toegepas het.

Nadat hy op die verskillende regte vervat in die Handves, veral die regte vervat in artikels 10, 12 en 28 van die Grondwet, gewys en dit toegepas het, kom die hof tot die korrekte en myns insiens enigste wetlik toelaatbare bevinding, naamlik dat die gemeenregtelike verweer van ouerlike bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging, wat lyfstraf insluit, hoe ernstig of gering ook al, 'n onredelike en onregmatige beperking op die regte van kinders plaas, en dat dit derhalwe ongrondwetlik en ongeldig is. Artikel 12 van die Grondwet maak dit immers ondubbelsinnig duidelik dat elke persoon – dus elke kind ook – die reg op vryheid en sekerheid van die persoon het, 'n reg wat spesifiek vryheid van alle vorme van geweld van hetsy openbare hetsy private oorsprong insluit. As daar dus aanvaar word dat enige vorm van fisieke tugtiging 'n vorm van geweld veronderstel, kan sodanige tugtiging nie meer regtens toegepas word nie en kan die gemeenregtelike ouerlike bevoegdheid tot redelike en matige tugtiging nie meer as 'n verweer gebruik word nie.

In die lig van die voorgaande word die mening gehuldig dat, tensy daar omvangryke en duidelike wysigings aan die bewoording van regte in die Handves en in ander wetgewing aangebring word wat die taal en trefwydte van veral artikels 12 en 28 van die Grondwet verander, die Konstitusionele Hof se beslissing in *Freedom of Religion SA* 'n finale doodskoot is vir die toediening deur ouers van redelike en matige tugtiging aan hulle kinders en die gepaardgaande verweer dat ouers kragtens die Suid-Afrikaanse gemene reg die bevoegdheid gehad het om sulke tugtiging toe te pas.

Vanuit 'n praktiese oogpunt gesien, voorsien die hof dat die toepassing van ouerlike tugtiging ondanks die uitspraak steeds sal voorkom en spreek hy die hoop uit dat die Suid-Afrikaanse parlement, nadat wyd oorleg gepleeg is, 'n meer gepaste regulatoriese regsraamwerk sal ontwikkel waarbinne kinders ooreenkomstig hulle grondwetlik verskanste regte en belange opgevoed kan word. Die hof spreek ook sy kommer uit oor die onsekerheid wat kan ontstaan oor hoe wetstoepassingsinstellings soos die polisie en die Nasionale Vervolgingsgesag klagtes van tugtiging gaan benader en vervolg. Die hof maak hieroor die voorstel dat sulke gevalle liefs op 'n geval-tot-gevalbasis hanteer moet word en dat daar nie 'n absoluut rigiede toepassing van die reg moet plaasvind nie (FORSA parr. [74], [75]). Dit wil dus voorkom asof die hof in die vooruitsig stel dat die regsbeginnsel van *de minimus non curat lex* (“die reg bemoei hom

nie met beuselagtighede nie”) steeds sal geld, wat in hierdie verband beteken dat byvoorbeeld ’n ouer wat ’n kind ’n ligte raps gee, nie vervolg behoort te word nie. Daar kan ook verwag word dat die totale verbod op enige vorm van ouerlike fisieke tugtiging nie algemene steun by die breë publiek sal geniet nie en dat die kontrolering en afdwinging van die verbod talle praktiese uitdagings sal inhou. Gepaste alternatiewe tugmaatreëls moet met erns nagevors en voorgestel word en ouers moet ook met gepaste ondersteuning, byvoorbeeld kinderopvoedingsprogramme, bygestaan word. (Let hier op dat die applikant ook sterk vir meer opleiding en dissiplinêre hulpmiddels vir ouers gepleit het. Sien *Freedom of Religion* se hoofde van betoog, par. 23).

Ter afsluiting is dit dalk gepas om, veral vanuit ’n godsdienstige perspektief, te meld dat ouers vir wie dit saak maak, moontlik berusting daarin kan vind dat hulle, nieteenstaande die verbod op fisieke tugtiging, steeds hulle kinders volgens Bybelse riglyne kan opvoed, mits sodanige riglyne aan die reg van die staat voldoen. Daar is min twyfel dat ouerskap ’n baie moeilike maar tog ook bevredigende opdrag is. So vermeld Deuteronomium 6:7 dat kinderopvoeding ’n liefdevolle lewenswyse is wat die grondslag van elke huis moet wees (sien *Die Bybel*, Nuwe Afrikaanse Vertaling, 1983). Sodanige grondslag moet nie net op liefde gefundeer word nie, maar ook op wedersydse respek. Onderworpenheid aan gesag, dissipline en ouerlike onderrig is kernwaardes waarop ’n goeie ouer-kind-verhouding gegrond behoort te word. Tog wys die Bybel self ook duidelik daarop dat dissipline gebalanseerd en met liefde toegepas moet word, anders sal kinders moontlik ontmoedig kan word (Kolossense 3:20-21). Liefde was juis ook Jesus se samevatting van God se Gebod (Matteus 22:37-40).

Daar word volstaan met die mening dat die beginsel van “positiewe ouerskap” waarna in die hofsak verwys is, ’n sekere ouerskap veronderstel wat op liefdevolle tugtiging en optrede gegrond is, en die vermaning genoem in Efesiërs 6:4 behoort vir alle ouers as ’n positiewe opvoedingsbasis te dien: “En vaders, moenie julle kinders so behandel dat hulle opstandig word nie, maar maak hulle groot met tug en vermaning soos die Here dit wil.”

ERKENNING

Die outeur erken, met dank, die waardevolle insette en redigering van JD (Tom) McLachlan.

BIBLIOGRAFIE

Hofsake:

- A v United Kingdom* [1998] 2 FLR 959 (ECHR)
AB v Minister of Social Development 2017 (3) SA 570 (KH)
Christian Education South Africa v Minister of Education 2000 (4) SA 757 (KH)
Freedom of Religion SA v Minister of Justice and Constitutional Development and Others 2020 (1) SA 1 (KH)
Hiltonian Society v Crofton 1952 (3) SA 130 (A)
K v Minister of Safety and Security 2005 (6) SA 419 (KH)
Minister of Home Affairs v NICRO 2005 (3) SA 280 (KH)
Minister of Safety and Security v Van Duivenboden 2002 (6) SA 431 (HHA)
MR v Minister of Safety and Security 2016 (2) SACR 540 (KH)
Rex v Janke and Janke 1913 TPD 382
Rex v Scheepers 1915 AD 337
Rex v Schoombee 1924 TPD 481
Rex v Theron 1936 OPD 166
S v Lekgathe 1982 (3) SA 104 (B)

S v M (Centre for Child Law) 2008 (3) SA 232 (KH)
S v TG 2018 (1) SACR 64 (GSJ)
S v Williams 1995 (3) SA 632 (KH)
Tvl v Minister of Justice and Constitutional Development 2009 (4) SA 222 (KH)

Boeke:

Bekink, B. 2016. *Principles of South African constitutional law*. Durban: LexisNexis.
 Burchell, JM & Milton, J. 1991. *Principles of criminal Law*. Cape Town: Juta.
 Cronjé, DSP & Heaton, J. 2004. *South African family law*. 2 ed. Durban: LexisNexis Butterworths.
Die Bybel: Nuwe Afrikaanse vertaling. 1983. Kaapstad: Bybelgenootskap van Suid-Afrika.
 Dugard, J, Botha, NJ, & Mtshaulana, PM. (eds). 1996. *Documents on international law: Handbook for law students and constitutional lawyers*. Kenwyn: Juta.
 Olivier, M. 2000. In Davel, CJ (ed.). *Introduction to child law in South Africa*. Cape Town: Juta.
 Snyman, CR. 2002. *Criminal law*. 4 ed. Durban: Butterworths.

Artikels:

Bekink, B. 2006. When do parents go too far? Are South African parents still allowed to chastise their children through corporal punishment in their private homes? *South African Journal of Criminal Justice*, 19(2):173.
 Eekelaar, J. 2003. Corporal punishment, parents' religion and Children's rights. *Law Quarterly Review*, 370-375.
 Pete, SA. 1994. Spare the rod and spoil the nation? Trends in corporal punishment abroad and its place in the new South Africa. *South African Criminal Law Journal*, 1:295.
 Pete, S. 1998. To smack or not to smack? Should the law prohibit South African parents from imposing corporal punishment on their children? *South African Journal of Human Rights*, 14:431.
 Pete, S & Du Plessis, M. 2000. A rose by any other name: Biblical correction in South African schools. *South African Journal on Human Rights*, 16:119.
 Rogers, JA. 2002. Criminal lawyers' response to chastisement in the European Court of Human Rights. *Criminal Law Review*, 98-113.
 Smith, N. 2001. Freedom of religion in the Constitutional Court. *South African Law Journal*, 118:1.
 Smith, RKM. 1999. Spare the rod and spoil the child. *Scots Law Times*, 140-142.

Wetgewing:

"Child Justice Act" 75 van 2008.
 "Children's Act" 38 van 2005.
 Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.
 Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993.
 Internasionale Verdrag insake Burger- en Politieke Regte.
 Konvensie insake die Regte van die Kind.
 Konvensie teen Marteling en Ander Wrede, Onmenslike of Vernederende Behandeling of Straf.
 Straffproseswet 51 van 1977.
 Suid-Afrikaanse Skolewet Wet 84 van 1996.
 Universele Verklaring van Menseregte, 1948.
 Wet op Kindersorg 74 van 1983.