

## **Die bekende spermskenker se reg op kontak met die kind: Tendense in die Nederlandse en breër Europese familiereg**

### **1 Inleiding**

In 'n vroeëre bydrae (Van der Linde "Right of contact of known sperm donors in case of artificially conceived children" HR 11 April 2008 2010 *THRHR* 690) word die regsposisie in die Nederlandse en breër Europese reg ingevolge artikel 8 van die Europese Verdrag vir die Regte en Vryhede van die Mens, 1953 (hierna *EVRM*), rakende die bekende spermskenker

se reg op kontak met die kind wat deur kunsmatige inseminasie verwek is, bespreek. In daardie bydrae word gefokus op die regsposisie van die bekende spermskenker wat “noue persoonlike bande”, oftewel ’n “gesinslewe”, met die kind gehad het. Die skrywer huldig die mening dat daar in Suid-Afrika voorsiening gemaak moet word vir die bekende spermskenker om “outomatiese” oerlike verantwoordelikhede en regte te bekom indien hy aan artikel 21(1)(a) van die Kinderwet, 38 van 2005 voldoen. Alternatiewelik moet dit ook vir hom moontlik wees om die kind te “erken” en geïdentifiseer te word as die kind se biologiese vader ingevolge artikel 26 van die Kinderwet, sou daar “gesinslewe” tussen hom en die kind bestaan (2010 *THRHR* 690 694). Dit sou in ooreenstemming wees met ontwikkelinge in die Nederlandse reg. Die stelling word egter gemaak dat die argumente ten gunste van sodanige erkenning gebaseer op “gesinslewe” nie sal stand hou indien die bekende spermskenker nooit die geleentheid gehad het om ’n gesinslewe met die kind op te bou nie, omdat die moeder hom die geleentheid om dit te doen, ontsê het (2010 *THRHR* 690 695). Hierdie aspek word hieronder (par 5) verder bespreek.

In ’n verdere bydrae (Van der Linde “Weerlegging van die vermoede van vaderskap en die beskerming van ‘beoogde gesinslewe’ binne konteks van die ongetroude biologiese vader se reg op kontak met sy kind” 2013 *LitNet* Jaargang 10(2) 45) word die regsposisie van die ongetroude biologiese vader (waar die kind op natuurlike wyse verwek is) bespreek. Gemelde bydrae fokus op daardie geval waar die biologiese vader nie in staat was om ’n “gesinslewe” met die kind te ontwikkel nie, vanweë die feit dat die moeder (of bepaalde wetgewing) hom verhinder het om dit te doen. Die vraag of sy “beoogde gesinslewe” beskerming verdien ingevolge artikel 8 EVRM word soos volg deur die Europese Hof vir die Regte van die Mens (hierna EHRM) beantwoord (*Schneider v Germany* aansoek no 17080/07 van 15-09-2011 par 81):

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

En verder (par 90):

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

Indien die “beoogde” of bedoelde verhouding tussen die biologiese natuurlike vader en kind dus nie onder die vereistes vir ’n “gesinslewe”

binne konteks van Artikel 8 EVRM tuisgebring kan word nie, het die bepaling, vasstelling, of definiëring van die (regs)verhouding tussen hulle wel betrekking op 'n belangrike aspek van die biologiese vader se "identiteit" en gevolglik sy "privaatlewe" binne die betekenis van laasgenoemde begrip in die konteks van artikel 8 EVRM. Skrywer beveel in vermelde bydrae aan dat die Suid-Afrikaanse howe ook van hierdie ontwikkeling kennis moet neem. "Beoogde gesinslewe", oftewel (so kan geargumenteer word) 'n beoogde voldoening aan artikel 23(2)(b), (c) en (d) van die Kinderwet (38 van 2005), behoort deur die howe by 'n artikel 23-aansoek om kontak in aanmerking geneem te word. Alternatiewelik, soos deur die EHRM beslis, behoort die biologiese vader van 'n kind op natuurlike wyse verwek se "reg op identiteit" en dus sy "privaatlewe" oorweging te geniet (2013 *LitNet* 45 49).

In 'n onlangse beslissing van die Hoge Raad (HR 2 November 2012 *NJ* 2013 122) kom 'n verdere aspek, en in 'n mate 'n *kombinasie* van die feite in bovermelde twee bydraes uiteengesit, na vore. Die verhouding behels egter dié tussen die sogenaamde bekende spermskenker en die kind deur kunsmatige inseminasie verwek. Die verhouding voldoen nóg aan die vereistes vir 'n "gesinslewe" soos vereis deur artikel 1:377a *BW*, nóg aan die vereistes vir die bestaan van 'n "beoogde gesinslewe". *Die omstandighede en verhouding tussen die bekende spermskenker en kind behels egter tog (ietwat) meer as die blote feit dat hy die biologiese vader is.* Voorsiening is gemaak dat hy die kind (1) af en toe mag sien; (2) af en toe 'n geskenkie mag gee; en (3) af en toe "mee mag nemen". Hy het die kind ook nie erken nie. 'n Bespreking van hierdie beslissing is om verskeie redes van belang: Eerstens, word daar in die aanloop tot die beslissing waardevolle riglyne verskaf, aan die hand waarvan beoordeel word of daar van "nauwe persoonlike bande", oftewel 'n "gesinslewe" tussen die bekende spermskenker en die kind, sprake is. Indien daar 'n "gesinslewe" sou bestaan, bepaal artikel 1:377a lid 1 *BW* soos volg:

"Artikel 377a

- (1) Het kind heeft het recht op omgang met zijn *ouders* en met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat. *De niet met gezag belaste ouder heeft het recht op en de verplichting tot omgang met zijn kind*". (Eie beklemtoning).

'n Wedersydse reg op omgang, oftewel kontak, vloei dan vir die partye tot so 'n verhouding voort. Dit kan egter deur die hof ontsê word in die lig van redes vervat in Artikel 1:377 lid 3, waaronder die "zwaarwegende belangen van het kind". Tweedens, alhoewel deur die Hoge Raad (HR) bevind word dat daar *nie* 'n "gesinslewe" aanwesig was nie en daarmee volstaan word, kom die vraag aan die orde of die HR dan nie vervolgens die bestaan al dan nie van 'n "beoogde gesinslewe" moes ondersoek het nie. Derdens, selfs indien die verhouding nie aan die vereistes vir die bevinding van 'n "beoogde gesinslewe" voldoen het nie (welke nie ondersoek is nie), verdien die vraag of die verhouding tussen die bekende spermskenker en die kind, wat tog meer ingesluit het as blote biologiese bande (hy sou van tyd tot tyd kontak hê), nie aldus beskerming

verdien as synde 'n belangrike aspek van die bekende spermskenker se "identiteit" en gevolglik sy "privaatlewe" binne betekenis van hierdie begrip in artikel 8 EVRM nie. Hierdie aangeleentheid is eweneens nie deur die HR oorweeg nie.

Die bespreking hieronder fokus veral op die situasie waar daar onvoldoende bykomende omstandighede aanwesig is om "nauwe persoonlike bande", oftewel 'n "gesinslewe", daar te stel, maar die verhouding, of potensiele verhouding, *tog meer behels as die bestaan van 'n blote biologiese bloedband*. Veral die aangehaalde stelling deur die EHRM hierbo, dat die reg op kontak slaan op die aansoeker (bekende spermskenker) se "identiteit" en dus sy "privaatlewe", word in die konteks van die feite onder bespreking van nader beskou. Die bydrae ondersoek bovermelde aangeleenthede en die redes hoekom die HR nagelaat het om dit te oorweeg. Die vraag wat verder oorweging geniet, is in welke mate die Suid-Afrikaanse reg by die breër benadering wat die EHRM volg, baat kan vind.

## 2 Feite van HR 2 November 2012 *NJ* 2013 122

Dit gaan in hierdie saak om die vraag of die biologiese vader, in hierdie geval 'n bekende spermskenker, geregtig is op kontak met die kind. Op grond van artikel 1:377a lid 1 *BW* sal sy aansoek alleen slaag indien hy in 'n "nauwe persoonlike betrekking" tot die kind staan. Dié Nederlandse begrip stem ooreen met die begrip "family life", oftewel "gesinslewe", in artikel 8 EVRM. Die moeder en haar vroulike lewensmaat is "geregistreerd partners" (par 3). Met die oog op die verwekking van 'n kind, kom hulle met die biologiese vader ooreen dat hy as spermskenker sal optree. Vervolgens word by die (biologiese) moeder 'n kind verwek deur kunsmatige inseminasie. 'n Dogtertjie is in 2003 gebore. Die biologiese moeder en die biologiese vader (bekende spermskenker) het geensins 'n verhouding vóór of ná die geboorte van die kind gehad nie. Die biologiese vader was nie by die geboorte betrokke nie en het die kind ook nie formeel as sy kind erken soos daar in die Nederlandse reg daarvoor voorsiening gemaak word nie. 'n Ooreenkoms tussen hom en die moeder (alhoewel aanvanklik in geskil) behels dat hy die kind van tyd tot tyd mag sien, af en toe vir die kind 'n geskenkie kan gee, en die kind soms mag uitneem. Die biologiese vader het wel gedurende die swangerskap kontak met die biologiese moeder gehad en hy is ingelig aangaande die kind se geboorte. Hy het die kind en biologiese moeder kort na die geboorte besoek en 'n geskenkie vir die kind gegee. Die biologiese moeder ontsê hom egter daarna enige kontak met die kind.

Die regbank Rotterdam wys die aansoek om kontak van die hand (par 3 1389). In hoër beroep na die (gerechts)hof's – Gravenhage word daar egter bevind dat daar wel voldoende bykomende omstandighede tot die blote biologiese bande bestaan (par 3 1391). Tussen die bekende spermskenker en die kind bestaan gevolglik 'n "nauwe persoonlike betrekking" (oftewel 'n "gesinslewe" binne konteks van artikel 8 EVRM)

soos vereis deur artikel 1:377a lid 1 *BW*. Hy is dus in beginsel op kontak geregtig. Kontak word die bekende spermskenker egter ingevolge artikel 1:377 lid 3 d deur die hof ontsê, omdat dit in stryd met die “zwaarwegende belangen van het kind” (par 6 1393) sou wees. Die redes hiervoor was die kwaai meningsverskil tussen die moeder en die spermskenker aangaande laasgenoemde se toekomstige “ouerskaprol” en betrokkenheid in die kind se lewe wat sou lei tot sware spanning wat ’n bedreiging vir die stabiliteit in die kind se lewe sou inhou (par 6 1393). Omdat sulke omstandighede egter van tyd tot tyd heroorweeg behoort te word (aldus die regspraak van die EHRM in *Nekvedavicius v Germany* aansoek nr 46165/99 van 19-06-2003), wil die moeder hierdie bevinding (van voldoende bykomende omstandighede tussen spermskenker en kind) in die Hoge Raad ter syde laat stel (par 23 n 20 1400).

### 3 Beslissing van die Hoge Raad

Die bykomende omstandighede (bykomend tot blote biologiese vaderskap) soos deur artikel 1:377(a) lid 1 *BW* vereis, moet geleë wees in – (a) die aard van die verhouding tussen die biologiese moeder en biologiese vader (spermskenker) en laasgenoemde se betrokkenheid by die kind vóór en ná die geboorte (in welke geval die omstandighede wys op ’n voorgename gesinslewe); of (b) die moontlike band wat na die geboorte tussen hom as biologiese vader en kind ontstaan het (par 4 1 1403). Die omstandighede soos hierbo uiteengesit (selfs met inagneming van die terme van die beweerde ooreenkoms tussen die partye), is onvoldoende om die vereiste “nauwe persoonlike betrekking” aan te neem (par 4 2 1403). As rede hiervoor verklaar die Hoge Raad (par 4 3 1403): “Uit die omstandighede volgt immers niet dat het voornemen of de bedoeling bestand een familieband te doen ontstaan tussen [de verwekker] en het kind”.

### 4 Bespreking

#### 4 1 Oorsig van Huidige Regsposisie insake Kontak

In ’n nota oor die beslissing som Wortmann die heersende regsposisie in Nederland (soos in ’n groot mate teweeg gebring deur die beslissings van die EHRM aangaande artikel 8 EVRM) soos volg op (1403):

- (1) “*Family life*”, oftewel “gesinslewe”, is nie beperk tot huweliks- of “geregistreerd partnerschap”-gebaseerde verhoudings nie. Dit kan ook uit die feitelike samelewing tussen die partye voortvloei (par 2 1403). Blote biologiese bande (bloedverwantskap) alleen, sonder enige verdere regsbasis of feitelike faktore wat op die bestaan van noue persoonlike bande dui, is onvoldoende om die beskerming ingevolge artikel 8 EVRM te geniet (*Lebbink v The Netherlands* aansoek no 45582/99 van 01-06-2004 NJ 2004 667).
- (2) In uitsonderings gevalle kan “beoogde nauwe persoonlike betrekking” “gesinslewe” meebring, veral in gevalle waar die feit dat “nauwe persoonlike” bande *nie* kan ontstaan tussen biologiese vader en kind nie, nie aan enige versuim of toedoen van die biologiese vader

toegeskryf kan word nie (maar aan die optrede van die moeder). Indien omstandighede dit noop, moet “gesinslewe” ook insluit die potensiele verhouding wat tussen ’n kind, wat buite die eg of geregistreerde “partnerchap” gebore is en sy biologiese vader *kan* ontwikkel (*Schneider* par 81). Relevante faktore om in hierdie tipe sake voldoende “gesinslewe” aan te toon, is (par 2 1403) (a) die aard van die verhouding tussen die biologiese ouers; en (b) die mate van belangstelling in en toewyding aan die kind deur die biologiese vader (sien *Nyland v Finland* aansoek no 27110/95 van 29-06-1999; *Anayo v Germany* aansoek no 20578/07 van 21-12-2010; *Schneider v Germany* aansoek no 17080/07 van 15-09-2011).

- (3) In sogenaamde “afstammingsake”, en in die besonder waar dit gaan om die vasstelling van vaderskap, beslis die EHRM dat selfs al sou die verhouding tussen die biologiese vader en kind tekort skiet aan bovermelde vereistes vir “beoogde gesinslewe”, daar nog altyd ruimte bestaan vir die erkenning en beskerming van die biologiese vader se “privaatlewe” (*Kautzor v Germany* aansoek no 23338/09 van 22-03-2012). Dieselfde standpunt word deur die EHRM gehuldig in sake wat handel oor aansoeke om kontak (sien *Anayo*; *Schneider*). Die volgende belangrike vraag word vervolgens deur Wortmann gestel (par 4 1401): “Nog open light de vraag of deze jurisprudentie ook geldt als het gaat om een bekende donor en er meer is dan ‘uitsluitend’ biologisch vaderschap.” Met ander woorde, sou die biologiese vader, waar die omstandighede meer behels as blote biologiese bande (maar tekort skiet aan die vereistes vir ’n “gesinslewe”/“beoogde gesinslewe”), geregtig wees op kontak met die kind op die basis van sy reg op identiteit en dus privaatilewe?”

#### 4 2 Kritiek op die HR se Versuim om Regte wat Voortspuit uit Artikel 8 EVRM “Ambtshalve” toe te Pas

In ’n advies aan die HR kom A-G mr Huydecoper (par 28 1401) tot die volgende slotsom:

“Ik merk de klachten van het principale middel – de mede op de hiervóór besproken kwesties zijn toegesneden – daarom aan als gegrond. Ik wil daarbij niet onvermeld laten dat in de rechtspraak van het EHRM inmiddels is aanvaard, dat ook in gevallen waarin géén ‘family life’ tussen een (beweerdelijke) natuurlijke vader en een kind bestaat, art. 8 EVRM toch van toepassing kan zijn omdat de desbetreffende kwestie het privéleven van de betrokkenen (of van één van beiden) raakt. *Of dat zich in het onderhavige geval voordoet is in deze zaak niet geopperd, en is dus ook in cassatie niet aan de orde*.” (Eie beklemtoning).

Dit behoort dus aldus Huydecoper nie deur HR oorweeg te word nie, omdat dit nie deur die partye as geskilpunt geopper is nie. Volgens Wortmann (in die nota oor die beslissing par 6 1404) gaan dié standpunt nie op nie. Die biologiese moeder betoog bloot (voor die HR) dat die hof ’s Gravenhage ten onregte bevind het dat daar ’n “gesinslewe” tussen die biologiese vader (spermskenker) en kind bestaan op sterkte van die feite en omstandighede hierbo uiteengesit. Hy is dus na haar mening ten onregte ontvanklik verklaar in sy aansoek om kontak. Die biologiese moeder het egter geen belang daarby gehad om die reg op “privéleven”

(privaatlewe of private lewe) in verband met die reg op kontak na vore te bring nie. Moes die biologiese vader (spermskenker) andersyds formeel betoog het dat indien die HR, anders as die hof 's Gravenhage, sou bevind het dat daar nie 'n gesinslewe bestaan het nie, sy reg op respek vir sy privaatilewe (identiteit) beskerming verdien en dat hy ook om daardie rede op kontak geregtig is (par 6)? Wortmann meen dat die HR verplig is om die regte wat uit artikel 8 EVRM voortvloei "ampshalwe" toe te pas en die vasgestelde feite te toets aan die volledige spektrum van regte wat uit artikel 8 voortvloei (par 6 1404). Wortmann kom tot die slotsom dat die bekende spermskenker wat weliswaar nie in een "nauwe persoonlike betrekking" tot die kind staan nie, maar ook nie uitsluitlik die biologiese vader is nie (soos in die feite in *casu*) wel ontvanklik is in sy aansoek om kontak. Hy motiveer dit op grond van beskerming van die bekende spermskenker se *privélewe*, maar vermeld dat dit hom ontnem kon word op grond van die "zwaarwegende belangen van het kind" indien dit van toepassing sou wees op die feite. Die HR kon dus om 'n heel ander rede, die beslissing van die hof 's Gravenhage bekragtig het.

### 4 3 Die Betekenis van "Private life" Binne Konteks van Artikel 8 EVRM

#### 4 3 1 Algemeen

Artikel 8 EVRM lui soos volg:

- (1) *Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.*
- (2) *There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*" (Eie beklemtoning).

Die EHRM het nog geen allesomvattende definisie van die begrip "private life" gegee nie (*Costello-Roberts v United Kingdom* 19 EHRR 112 par 6). Harris *et al* (*Law of the European Convention on Human Rights* (2009) 364) verklaar soos volg:

"The case law concerning the meaning of private life has been distinguished neither by its clarity nor its discipline. There is no single formula to apply in determining whether the private life interest is involved, other than to take each case on its individual merits".

Gevalle waar bepaalde feite onder die begrip "private life" tuisgebring is, is op 'n *ad-hoc* basis hanteer en die hof hom beperk tot die bepaalde probleem voor hande (Reid *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights* (2007) 481; Harris *et al* 364). Die rede hiervoor is dat die EVRM as 'n "lewende instrument" beskou word. Die feit dat die interpretasie van die regte wat daarin vervat word oor 'n tydperk van jare plaasvind, beteken dat nuwe regte onder die konsep "private life" tuisgebring kan word wanneer en soos deur die

omstandighede vereis (Loucaides “Personality and Privacy under the European Convention on Human Rights” 1990 *BYIL* 175 178). Dit is egter beslis wyer as die “reg op privaatheid” (Reid 482; Harris *et al* 364). Reeds in 1976 beslis die Europese Kommissie vir die Regte van die Mens (die Kommissie) soos volg in *X v Iceland* (aansoek no 6825/74 van 1805-1976 (1976) 5 DR 86; sien ook Doswald-Beck “The Meaning of the ‘Right to respect for Private Life’ under the European Convention on Human Rights” (1983) 4 *HRLJ* 283; Loucaides 1990 *BYIL* 175):

“For numerous Anglo-Saxon and French authors the right to respect for ‘private life’ is the right to privacy, the right to live as far as one wishes, protected from publicity ... In the opinion of the Commission however, the right to respect for private life does not end there. *It comprises also, to a certain degree, the right to establish and develop relationships with other human beings especially in the emotional field, for the development and fulfilment of one’s own personality*”. (Eie beklemtoning).

Loucaides (1990 *BYIL* 175 178) meen die effek van hierdie beslissing is dat die “persoonlikheid” van die individu vir die eerste keer as die basis vir die vasstelling van die inhoud en trefwydte van sy “private life” aanvaar is. Die Kommissie bevestig hierdie siening in *Bruggeman and Scheuten v Germany* (aansoek no 6959/75 DR 10 100) in die volgende woorde:

“The right to respect for private life is of such a scope as to secure to the individual a sphere within which he can freely pursue the development and fulfilment of his *personality*. To this effect, he must also have the possibility of establishing relationships of various kind ...” (Eie beklemtoning). (Sien ook *X and Y v Belgium* aansoek no 8962/80 DR 2 (1982) 112 124).

Cohen-Jonathan merk soos volg op (“Respect for private and family life” in MacDonald, Matcher and Petzold *The European System for the Protection of Human Rights* (1993) 404 405):

“One can consider anything to do with personal health, philosophical, religious or moral beliefs, family and *emotional life*, friendships and, subject to reservations, professional and material life as part of private life”. (Eie beklemtoning).

Clayton and Tomlinson (*The Law of Human Rights* (2000) paras 12.85-12.94) stel voor dat die begrip “private life” insluit “respect for a person’s moral and physical integrity, *personal identity*, personal information, personal sexuality, and personal or private space”. (Eie beklemtoning). Reid (495) merk op dat “close relationships *short of family life* will generally fall within the scope of private life ...”. (Eie beklemtoning). Die EHRM het egter deur regspraak belangrike riglyne neergelê wat die betekenis en omvang van hierdie konsep binne die konteks van artikel 8 EVRM betref. Die reg is uiteraard nie absoluut nie (art. 8(2) EVRM). Die bespreking hieronder word vervolgens beperk tot daardie aspekte van die privaatlewe wat op die onderwerp van hierdie bydrae betrekking het, alhoewel die konsep “private life” ook ander regte insluit (waaronder



morele en fisiese integriteit, private omgewing, seksuele aktiwiteite, ander aspekte van die sosiale lewe ens).

#### **4 3 2 Die Reg om Verhoudings met Ander Mense tot Stand te Bring en Verder te Ontwikkel**

In *Niemietz v Germany* ((1992) 16 EHRR 97 par 29) verklaar die hof soos volg (sien ook *Pretty v United Kingdom* (2002) 35 EHRR 1 par 29):

“... it would be too restrictive to limit the notion [of private life] to an ‘inner circle’ in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. *Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings*”. (Eie beklemtoning).

Waar die behoefte aan verhoudingsvorming egter slaan op *gesinslede* onderling word dit hoofsaaklik hanteer onder die “right to respect for family life” in artikel 8 EVRM. Waar die verhouding egter tekort skiet aan die vereistes vir die bestaan van ’n “gesin” en “gesinslewe” is die applikant se reg op respek vir sy privaatlewe dikwels ’n alternatief vir die erkenning en beskerming van ’n bepaalde verhouding (*Anayo; Schneider*). “Privaatlewe” strek dus wyer as die enger benadering van die reg op privaatheid met die klem op geheimhouding van sekere inligting en die idee van afsondering en afgesonderheid of terugtrekking (*Harris et al* 364; Reid 482). Die hof erken selfs verder dat die waarborg verskaf deur artikel 8 EVRM primêr daarop gemik is om die ontwikkeling, sonder inmenging van buite, van die persoonlikheid van elke individu in sy verhouding met ander mense te verseker (*Niemietz v Germany* par 29; *Botta v Italy* (1998) 26 EHRR 241 par 32; *Van Hannover v Germany* (2004) 43 EHRR 1 par 50). In *McFeely v United Kingdom*, (aansoek no 8317/78 20 DR 44 91) beklemtoon die Kommissie vroeër reeds die belangrikheid van verhoudingsvorming met ander mense en bepaal dat “private life” (ook) toepassing vind op gevangenes en ’n mate van assosiasie vir gevangenes met ander mense vereis en insluit. Die vryheid om met ander te assosieer (sien egter par 6 hieronder) is gevolglik ’n verdere sosiale verskyningsvorm of element van “private life” (*Harris et al* 364; vir ’n volledige bespreking sien Janis *et al European Human Rights Law* (2008) 426).

#### **4 3 3 (Persoonlike) Identiteit**

Indien die biologiese vader se aansoek om kontak met die kind misluk omdat die aard van die verhouding tussen hulle nie aan die vereistes vir ’n “gesinslewe” of “beoogde gesinslewe” voldoen nie, slaan dit nietemin wel op ’n belangrike aspek van die biologiese vader se “identiteit” en gevolglik sy “privaatlewe” binne die konteks van Artikel 8 EVRM (*Anayo; Schneider*). *Harris et al* (366) verklaar:

“The fundamental interest within the sphere of private life is the capacity of the individual to determine his *identity* ... At stake here is not merely privacy

with regard to one's identity, ... but an interest in having one's *identity given official recognition*". (Eie beklemtoning).

Ten einde sy (korrekte) identiteit as biologiese vader van die kind uit te leef en verder te ontwikkel, staan die reg op kontak en reg op inligting tot die kind sentraal. Kontak met die kind en die ontvangs van inligting aangaande die kind, so kan geargumenteer word, is belangrik vir die biologiese vader (spermskenker) se (verdere) identiteitsontwikkeling en die (verdere) ewewigtige ontplooiing van sy persoonlikheid. Daar kan geargumenteer word dat sy status as biologiese vader (verwekker) deur die toestaan van 'n reg op kontak 'n mate van "amptelike" erkenning verkry, alhoewel hy steeds nie as juridiese ouer aangemerkt kan word nie.

In *Rasmussen v Denmark* ((1985) 7 EHRR 371) is die man na egskeiding gelas om onderhoud te betaal vir die vrou en hul twee kinders. Na afloop van die egskeiding wou die man sy vaderskap van die een kind betwis. Hy het reeds gedurende die huwelik vermoed dat hy nie die vader van die kind is nie, maar het ten einde sy huwelik te red, geen stappe gedoen om vaderskap te laat bepaal nie. Dit is egter deur die hof geweier omdat sy aansoek buite die statutêre tydslimiet vir die betwisting van vaderskap sou val. Geen sodanige tydslimiet het gegeld vir vroue wat die vaderskap van hul kind wou laat vasstel nie. Die man beweer dat dié wetgewing in stryd is met sy reg op 'n gesinslewe ingevolge artikel 8 saamgelees met artikel 14 EVRM. Die staat voer aan dat artikel 8 nie van toepassing is nie, "maintaining that its object was the protection of the family and not the dissolution of existing family ties" (377 par 31). Die EHRM gee die staat gelyk, maar beslis dat artikel 8 tog ter sprake is en beslis (378 par 33):

"[T]hough the paternity proceedings which the applicant wished to institute were aimed at the dissolution in law of existing family ties, the determination of his legal relations with Pernille undoubtedly concerned his *private life*". (Eie beklemtoning).

Dit is dus belangrik vir sy persoonlike identiteit as aspek van sy "privaatlewe" om *nie* langer as die biologiese vader van die kind bekend te staan nie (sien ook *Airey v Ireland* (1979) 2 EHRR 305 vroeër ten opsigte van die reg op geregtelike skeiding tussen man en vrou in Ierland). Dit wil sê, anders as in paragraaf 4.3.2 hierbo, het dit nie slegs op die totstandbring en verdere ontwikkeling van 'n verhouding tussen partye betrekking nie, maar selfs op die beëindiging daarvan. Hierdie kort bespreking kan saamgevat word in die volgende stelling van Loucaides (1990 *BYIL* 175 196):

"Modern legal trends seem to acknowledge the necessity of the individual as a prerequisite for the meaningful and effective protection of the freedom of the person ... [C]ase law has expounded and upheld the protection of privacy to such a degree that, for all practical purposes, the right of privacy has become a functional equivalent of a right of personality, potentially embracing all those constituent parts of the personality of the individual that are not expressly safeguarded by the European Convention".

## 5 Suid-Afrika: Bondige Uiteensetting van Belange ter Sprake

Die doel van hierdie kort bespreking is nie om opnuut die onderskeie persoonlikheids- en fundamentele regte in diepte te bespreek nie, maar om aan te dui in welke mate die begrippe in breë trekke moontlik 'n ander inhoud het as hierbo in paragraaf 4 deur die EHRM daaraan toegedig. Aan die een kant kan geargumenteer word dat die betekenis van die “reg op privaatheid” in die Suid-Afrikaanse reg 'n enger betekenis het as die begrip “privaatlewe” binne die konteks van die regspraak van die EHRM aangaande artikel 8 EVRM. Die reg op privaatheid as persoonlikheidsreg is reeds vroeër kernagtig soos volg omskryf: (Neethling *Persoonlikheidsreg* (1998) 39 en gesag aldaar aangehaal in n 330 40. Hierdie definisie word deur die regspraak aanvaar - sien o.a. *National Media Ltd v Jooste* 1996 3 SA 262 (A) 271; *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 384; *Bernstein v Bester* 1996 2 SA 151 (KH) 789; Neethling *et al Neethling's Law of Personality* (2005) 32)

“Privaatheid is 'n individuele lewenstoestand van afsondering van openbaarheid. Hierdie lewenstoestand omsluit al daardie persoonlike feite wat die belanghebbende self bestem om van kennismaking deur buitestaanders uitgesluit te wees en ten opsigte waarvan hy 'n privaathoudingswil het”.

In teenstelling met die gedagte dat die begrip “privaatlewe” volgens die EHRM die reg op identiteit en die reg om verhoudings met ander mense tot stand te bring en te ontwikkel, insluit, lê die begrip “privaatheid” in die Suid-Afrikaanse persoonlikheidsreg klem op die idee van afsondering en terugtrekking. Die begrip “persoonlike of privaatelewe” is egter nie totaal onbekend in die Suid-Afrikaanse persoonlikheidsreg nie. Joubert (*Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (1953) 135) stel dit duidelik dat “privaatheid alleen betrekking [het] op die persoonlikheid van die reghebbende, op sy *persoonlike lewe* en sy lewe in sy private huis, ensovoorts”. Volgens Neethling (*Persoonlikheidsreg* 38) behels dit in wese dat privaatheid alle persoonlike feite wat op die reghebbende in sy *afgesonderdheid* betrekking het, omvat. Dit wil egter voorkom of die klem weer val op die idee van afgesonderdheid en terugtrekking. Aangesien privaatheid slegs betrekking het op persoonlike feite wat die reghebbende self bestem om van kennismaking deur buitestaanders uitgesluit te wees, is dit voor-die-hand-liggend dat privaatheid *slegs* deur 'n *kennismaking* met sodanige private feite deur buitestaanders in stryd met die bestemming en wil van die reghebbende geskend kan word (Neethling *Persoonlikheidsreg* 40).

Die begrip “privaatelewe” kom andersyds verkeerdelik ter sprake binne konteks van die aantasting van 'n persoon se vrye wilsluiting of outonomie, soos waar die staat aan 'n individu voorskryf hoe om sy privaatelewe te reël (Neethling *Persoonlikheidsreg* 43). Hier is egter geen privaatelewekending nie, omdat 'n kennismaking met private

persoonlike feite strydig met die reghebbende se bestemming en wil ontbreek (Neethling *Persoonlikheidsreg* 43; vir 'n volledige bespreking hiervan sien Neethling “Die reg op privaatheid en die Konstitusionele Hof: Die noodsaaklikheid vir duidelike begripsvorming” 1997 *THRHR* 137).

Interessant genoeg, egter, bepaal die Konstitusionele Hof in *NCGLE v Minister of Justice* (1998 12 BCLR 1517 (KH); 1999 1 SA 6 (KH) par 32 asook parr 116 & 117) juis dat “[p]rivacy recognises that we all have a right to a sphere of *private intimacy* and *autonomy* which allows us to *establish and nurture human relationships*” (eie beklemtoning). Hierdie standpunt word egter deur Rautenbach (“Introduction to the Bill of Rights” in *Bill of Rights Compendium* 1A 173) gekritiseer. Hy meen dat vermelde aspek tuis hoort onder die reg op die vryheid van assosiasie in artikel 18 van die Grondwet, 1996 en dat die hof die kern van dit wat deur hierdie reg beskerm word, ignoreer (sien ook Neethling *Persoonlikheidsreg* 43 n 361).

Soms word die verband tussen “privaatheid” en “die reg op menswaardigheid” weer beklemtoon. In *Khumalo v Holomisa* (2002 5 SA 401 (KH) par 27) verklaar die Hof:

“In our new constitutional order, no sharp line can be drawn between these injuries to personality rights. *The value of human dignity in our Constitution is not only concerned with an individual's sense of self-worth, but constitutes an affirmation of the worth of human beings in our society.* It includes the intrinsic worth of human beings shared by all people as well as the individual reputation of each person built upon his or her own individual achievements. The value of human dignity in our Constitution therefore values both the *personal sense of self-worth* as well as the public's estimation of the worth or value of an individual. It should also be noted that there is a close link between human dignity and privacy in our constitutional order. The right to privacy entrenched in [section] 14 of the Constitution, recognises that human beings have a right to a sphere of intimacy and autonomy that should be protected from invasion. This right serves to foster human dignity. No sharp lines then can be drawn between reputation, *digitas* and privacy in giving effect to the value of human dignity in our Constitution”. (Eie beklemtoning). (Sien egter Neethling *et al Law of Personality* 242 n 40. Sien verder *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 (KH) par 30).

Die “reg op identiteit” as persoonlikheidsreg word as afsonderlike selfstandige persoonlikheidsreg beskou en dogmaties van die “reg op privaatheid” onderskei (Neethling *Persoonlikheidsreg* 44; Neethling “Die Hoogste Hof van Appèl verleen erkenning aan die reg op identiteit as persoonlikheids- en fundamentele reg” 2007 *TSAR* 834). Met verwysing na Amerikaanse gesag verklaar die Konstitusionele Hof egter in *Bernstein v Bester* (1996 2 SA 751 par 65) dat:

“The scope of privacy has been closely related to the concept of identity and it has been stated that ‘rights, like the right to privacy, are not based on a notion of the unencumbered self, but on the notion of what is necessary to

have one's own autonomous identity". (Sien McQuoid-Mason "Privacy" in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 38-1).

Die dogmatiese onderskeid tussen identiteit en privaatheid bring egter nie mee dat 'n privaateidskending nie met identiteitsaantasting gepaard kan gaan nie (Neethling *Persoonlikheidsreg* 46). Dit word bevestig in *Wells v Atoll Media (Pty) Ltd* ([2010] 4 All SA 548 (WC)) waar die hof onlangs binne die konteks van 'n gepubliseerde foto van 'n meisie sonder haar toestemming soos volg verklaar (par 49): "When the photograph is employed ... for the benefit of a magazine sold to make profit, it constitutes an unjustifiable invasion of the personal rights of the individual, including the person's *dignity and privacy*". (Eie beklemtoning).

"Identiteit" kan omskryf word as daardie uniekheid of eieaardigheid van 'n persoon wat hom as bepaalde individu identifiseer of individualiseer en hom sodoende van ander onderskei (Neethling *Persoonlikheidsreg* 44). Identiteit manifesteer sigself in verskeie *indicia* waaraan die betrokke persoon herken kan word. Dit behels fasette van sy persoonlikheid wat kenmerkend van of eie aan hom is, soos sy lewensgeskiedenis, karakter, naam, stem, *gestaltebeeld* ensovoorts (Neethling *Persoonlikheidsreg* 44). 'n Persoon het 'n besliste belang daarin dat die eie aard van sy wese en handeling, oftewel sy persoonlike identiteit, deur buitstaanders gerespekteer moet word (*ibid.* Sien ook *Grütter v Lombaard* [2007] (KH) 2 20-02-2007 en *Wells v Atoll Media (Pty) Ltd* [2010] 4 All SA 548 (WC) parr 48 & 49). In *Bernstein* (par 73) verwys die hof na Forst ("How not to speak about identity: the concept of a person in a theory of justice" in *Philosophy and Social Criticism* (1992)) se beskouing van die konsep "identiteit" as synde "the ability of a person to relate to him - or herself and to be able to relate to others in a meaningful way". Na my mening kan, eerstens, die behoefte om as die biologiese vader van 'n kind erken en aangemerkt te word (onder feitelike omstandighede soos in GR 2 Nov 2012 *NJ* 2013 uiteengesit) hieronder tuisgebring word. Tweedens is kontak met die kind noodsaaklik vir die biologiese vader (bekende spermskenker) se identiteitsontwikkeling, hoe hy homself sien, die ontplooiing van sy persoonlikheid en sy vermoë om betekenisvol met ander mense om te gaan in vermelde omstandighede waar daar meer as blote biologiese bande aanwesig is.

Daar word verder aanvaar dat ofskoon die reg op identiteit nie by name in die Grondwet beskerming geniet nie, dit wel onder die reg op menswaardigheid (art. 10) tuisgebring kan word (Neethling *Persoonlikheidsreg* 95; Neethling "Die reg op kennis van die eie afstamming" 2012 *LitNet* Jaargang 9(2)). Die reg op menswaardigheid word in effek gesien as die hoeksteen vir die beskerming van alle ander regte. Hierdie reg skyn ook die tuiste te wees van die reg om verhoudings met ander tot stand te bring, in stand te hou en (verder) te ontwikkel. Hierdie uitgangspunt word egter gekritiseer. In *Nokontyana v Ekurhuleni Metropolitan Municipality* (2010 BCLR 312 (KH) par 50) is daar reeds beslis dat waar daar 'n meer spesifieke reg in die Grondwet bestaan

waaronder 'n bepaalde reg ressorteer dit daaronder hanteer moet word eerder as onder die reg op menswaardigheid. Rautenbach ("Introduction to the Bill of Rights" in *Bill of Rights Compendium* 1A 173) kritiseer die *dictum* in *Dawood, Shalabi, Thomas v Minister of Home Affairs* (2000 3 SA 936 (KH) par 35) waar die Konstitusionele Hof verklaar dat "it cannot be stated that there is a more specific right that protects individuals who wish to enter into and sustain permanent intimate relations than the right to dignity in section 10". Ook hier huldig Rautenbach die siening dat dit onder die reg op die vryheid van assosiasie tuisgebring moet word.

Oor die algemeen blyk die reg op vryheid van assosiasie die tuiste te wees vir enige handeling gemik op die totstandkoming en handhawing van verhoudings met ander mense. Waar die verhoudings egter op gesinslede onderling betrekking het, word dit in breër Europese konteks onder die "right to respect for family life" in artikel 8 EVRM tuisgebring. Alhoewel die Grondwet geen uitdruklike reg op die "gesin" en "gesinslewe" bevat nie, het die Konstitusionele Hof reeds vroeër (*Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* 1996 4 SA 744 (KH) parr 98-103, 807-8) bevind dat die Grondwet voldoende direkte en indirekte beskerming daaraan bied. (Sien in die verband o.a. art. 10, 14, 18, 21, 28(1)(b), 15(3)(a), 35(2)(f)(i) & (ii)).

Ter samevatting blyk dit dat die reg op verhoudingsvorming (oor die algemeen) en die reg op identiteit deur die EHRM in die breër Europese konteks onder die begrip "private life" hanteer word. Die reg op privaatheid ('n enger begrip as "private life") en die reg op identiteit is, dogmaties beskou, afsonderlike persoonlikheidsregte. Tog is daar ook aanduidings in ons regspraak wat 'n definitiewe verband tussen die begrippe aantoon. Die reg op privaatheid word ook uitdruklik in die Grondwet verskans, terwyl daar geargumenteer word dat die reg op identiteit onder die reg op menswaardigheid ressorteer. Die reg op verhoudingsvorming word oënskynlik verkeerdelik onder "privaatheid" en soms onder die reg op menswaardigheid hanteer. Die aangewese tuiste is egter waarskynlik die reg op vryheid van assosiasie. Die reg op respek vir die gesinslewe word onder verskeie artikels in die Grondwet hanteer. Reeds vroeër betoog skrywer dat waar dit verhoudinge tussen gesinslede behels, die mate van indirekte beskerming wat hulle geniet groter effektiwiteit sal verkry indien uitdruklike regte ten aansien van die gesin en gesinslewe wel in die Grondwet vervat sou word. Pogings om aspekte van die gesinslewe onder artikels wat indirekte beskerming verleen, tuis te bring (*Dawood, Shalabi, Thomas*), is dikwels geforseerd, terwyl sodanige aspekte internasionaal met groot gemak hanteer word deur dit onder 'n uitdruklike reg op respek vir die gesinslewe tuis te bring (soos die "right to respect for family life" ingevolge art. 8 EVRM). Waar die verhouding ter sprake tekortsiet aan die omskrywing van "gesinslewe"/"family life" val dit in die breër Europese reg onder die "right to respect for private life" in artikel 8 EVRM. In Suid-Afrika, so kan betoog word, sou dit onder 'n meer bepaalde persoonlikheidsreg tuisgebring kan word.

## 6 Toepassing en Slot

Ingevolge artikel 1 van die Kinderwet word enige persoon wat biologies aan die kind verwant is slegs weens die feit dat hy 'n gameetskenker was vir doeleindes van kunsmatige inseminasie, nie as 'n "ouer" aangemerkt nie. Dit doen egter geen afbreek aan die feit dat hy biologies aan die kind verwant is nie. Verder kan hy nie ingevolge artikel 26 van die Kinderwet aansoek doen om as "biologiese vader" van die kind geïdentifiseer te word nie. Artikel 26 geld nie vir 'n persoon wat (soos in die definisie van "ouer" in art. 1) biologies aan die kind verwant is slegs omdat hy 'n gameetskenker vir doeleindes van kunsmatige inseminasie was nie (art. 26 (2)(b)). Artikel 40(3) van die Kinderwet bepaal verder dat geen reg, verantwoordelikheid, plig of verpligting tussen dusdanige spermskenker en die kind ontstaan nie, aldus sekere uitsonderingsgevalle (art. 40(3)(a)(b)). Die feit dat die bekende spermskenker nie as (a) 'n "ouer" volgens die Kinderwet bekend staan nie, en (b) nie as die "biologiese vader" aangemerkt kan word nie, en (c) daar verder geen outomatiese verantwoordelikhede en regte tussen hom en die kind ontstaan nie, beteken na my mening nie dat die bepalinge van die Kinderwet tot gevolg het dat die bestaan van biologiese bande tussen hulle ontken word nie.

In die feitestel hierbo (HR 2 Nov 2012) is daar met die man (aansoeker om kontak) ooreengekom om as spermskenker op te tree. Hy was nie by die geboorte betrokke nie en het die kind nie formeel erken, soos dit wel in die Nederlandse reg moontlik is nie. 'n Ooreenkoms tussen hom en die moeder behels dat hy die kind van tyd tot tyd mag sien, af en toe vir die kind 'n geskenkie mag gee en die kind soms mag uitneem. Hy het wel gedurende die swangerskap kontak met die biologiese moeder gehad en hy is aangaande die geboorte van die kind ingelig. Hy het die moeder en kind kort na die geboorte besoek en 'n geskenkie vir die kind gegee. Hier is dus 'n "verhouding" tussen hom en die kind wat "ietwat meer" behels as blote biologiese of bloedbande, maar aan die ander kant weer tekortsiet aan die vereistes van "gesinslewe" of "beoogde gesinslewe" binne konteks van artikel 8 EVRM.

Dit is nie vergesog om te redeneer dat 'n soortgelyke feitestel (soos in HR 2 Nov 2012) homself in die toekoms hier te lande kan voordoen nie. In Suid-Afrika, so kan geargumenteer word, sou die bekende spermskenker in soortgelyke omstandighede ingevolge artikel 23 van die Kinderwet aansoek kan doen om 'n reg op kontak, soos enige ander derde party. Wat die faktore betref wat die hof in aanmerking moet neem, sou hy egter beswaarlik enige verhouding tussen hom en die kind kan aantoon en is daar verder geen sprake van 'n ernstige graad van verbintenis jeens die kind nie. Hy het ook nie bygedra tot die uitgawes in verband met die geboorte en onderhoud van die kind nie. Artikel 23(2)(e) bepaal dat die hof wel enige ander feit kan oorweeg wat volgens die hof in aanmerking geneem behoort te word. Die hof behoort die feit te oorweeg dat daar 'n biologiese band (bloedband) tussen hom en die kind bestaan. In die omstandighede hierbo vermeld, behoort die hof ook kennis te neem van die feit dat die verhouding tussen hulle meer behels

as blote biologiese bande en dat die spermskenker 'n mate van belangstelling in die kind toon gesien in die lig van die bepalings van die ooreenkoms. Die vraag is of sy reg op identiteit, menswaardigheid en/of reg op vryheid van assosiasie (wat weliswaar in die breër Europese familiereg deur die EHRM onder die begrip "private life" hanteer word), nie ook alhier oorweging behoort te geniet nie. Selfs al voldoen die aansoeker beswaarlik aan enige van die faktore in artikel 23(2) vermeld, behoort kontak deur die hof oorweeg te word in die lig van die bekende spermskenker se vermeldde persoonlikheids- en fundamentele regte.

Tot dusver het die bespreking gefokus op die posisie en regte van die bekende spermskenker. In die HR saak onder bespreking was kontak die bekende spermskenker nietemin steeds deur die hof 's Gravenhage ontsê op basis van die "zwaarwegende belangen van het kind" (a 1:377 a lid 3 d). Dit is 'n ietwat strengere maatstaf wat inhou dat kontak die biologiese vader slegs ontsê sal word indien aangetoon word dat dit ast ware "sleg" sal wees vir die kind, maar nie wanneer daar nie aangetoon kan word dat kontak "goed" sal wees vir die kind nie. Vlaardingerbroek *et al* (*Het hedendaagse personen- en familierecht* (2004) 348) verduidelik dit soos volg:

"Bij de afweging van de belangen van alle betrokkenen bij omgang prevaleren uiteindelijk de belangen van het kind. Hierbij dient niet de vraag beantwoord te worden of omgang in het belang van het kind is (goed is voor het kind), maar dient de vraag central te staan of omgang moet worden afgewezen, vanwege het bestaan van één of meer ontzeggingsgronden (slecht is voor het kind)".

Natuurlik is die beste belang van die kind (art. 7 van die Kinderwet) nie alleen 'n faktor ingevolge artikel 23(2)(a) nie, maar van deurslaggewende belang in elke aangeleentheid rakende 'n kind (art. 9 van die Kinderwet en art. 28(2) van die Grondwet). In 'n vorige bydrae (2013 *LitNet* 10(2) 45 53) is 'n aantal faktore uitgelig wat vanuit die oogpunt van die kind in oorweging geneem behoort te word. Dit sluit in die kind se reg op afkomskenis; die kind se eie, afsonderlike reg op kontak met albei ouers, die stabiliteit van die gesinsomgewing en die afweging van verskeie mededingende grondwetlike belange (sien ook Neethling 2012 *LitNet* 9(2)). In beginsel behoort die bekende spermskenker se hierbovermelde persoonlikheids- en ander fundamentele regte egter erkenning te geniet in situasies waar sy verhouding met die kind meer behels as blote biologiese bande en hy byvoorbeeld aansoek doen om kontak met die kind. Dit sou strook met tendense in die breër Europese familiereg. Daar kan volstaan word met die volgende stelling deur Loucaides (1990 *BYIL* 175):



“[T]he achievement of effective protection of freedom of the person requires legal recognition and safeguarding of the individuality of man, i.e. of the qualities, abilities and characteristics that distinguish and individualize a particular person; all those attributes that give to every human being his special and original signification in society; in other words, *his personality*”.

**A VAN DER LINDE**  
*Universiteit van Pretoria*