Author: JA Robinson

# DIE ADVERSATIEWE STELSEL VAN BEWYSLEWERING EN DIE BESTE BELANG VAN DIE KIND IN EGSKEIDINGSAANGELEENTHEDE: ENKELE GEDAGTES OOR *COLLABORATIVE LAW* TER BESLEGTING VAN OUERLIKE GESKILLE

eISSN 1727-3781

2015 VOLUME 18 No 5

http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v18i5.09

# DIE ADVERSATIEWE STELSEL VAN BEWYSLEWERING EN DIE BESTE BELANG VAN DIE KIND IN EGSKEIDINGSAANGELEENTHEDE: ENKELE GEDAGTES OOR *COLLABORATIVE LAW* TER BESLEGTING VAN OUERLIKE GESKILLE

**JA Robinson***

## 1 Inleiding

Dit is geykte reg dat die konstitusionele bepaling rakende die deurslaggewende aard van die beste belang van die kind nie tot gevolg het dat dit sonder beperking toegepas kan word nie. As konstitusioneel verskanste reg is dit beperkbaar ten spyte daarvan dat dit in artikel 28(2) van die *Grondwet* aan "elke aangeleentheid" wat die kind raak gekoppel word. Sou "elke aangeleentheid" letterlik opgeneem word, spreek dit vanself dat bykans enige wetgewing of openbare aksie daartoe verplig sou wees om so die beste belang van kinders as deurslaggewend te beskou. Die uitleg wat egter deur die Konstitusionele Hof aan die begrip geheg word, is dat die direkte of indirekte effek van ŉ maatreël of aksie op ŉ kind nie in alle gevalle alle ander oorwegings oorheers nie. As die gevolge van die toepassing van die beste belang van die kind "[i]s spread too thin" kan dit gebeur dat die konsep effektiwiteit mag inboet sodat dit bloot ŉ retoriese frase word waarvan die aanwending beperk is.[1]

Die vraag wat hom voordoen, is of die toepassing van die adversatiewe stelsel van bewyslewering in egskeidingsaangeleenthede gesien kan word as inbreukmakend op die beste belang van kinders wat in die proses betrokke is of ŉ belang by die uitkoms daarvan het; bring die aard van die stelsel mee dat ouers dermate aggressief ten aansien van hulle kinders litigeer dat die wenmotief swaarder as die kinders se belange weeg. Hierdie vraag word teen die agtergrond daarvan beoordeel dat veral dispute aangaande die sorg van en kontak met kinders soms aanleiding gee tot aggressiewe en emosionele litigasie. Kan geargumenteer word dat sodanige litigasie, veral gesien dat die reg van die kind om gehoor te word meer direkte betrokkenheid van die kind

* JA Robinson. B Jur et Art, LLB, LLM, LLD. Professor in Privaatreg, Noordwes-Univeriteit (Potchefstroomkampus). e-pos adres: robbie.robinson@nwu.ac.za

1 *S v M* 2008 3 SA 232 (KH) para 25.

by die litigasie tot gevolg kan hê, tot nadeel van die kind se beste belang is of is dit ʼn geval van waar die konsep "[i]s spread too thin"?

Vir doeleindes van hierdie bydrae word in paragraaf 2 hieronder oorsigtelik op die aard van adversatiewe litigasie gefokus ten einde die toepaslikheid daarvan vir gesinslitigasie, in besonder vir litigasie ten aansien van die beste belang van die kind binne die gesin te oorweeg. (Vir doeleindes hiervan word die debat oor die instel van ʼn gesinshof daar gelaat.)[2] Daarna sal moderne ontwikkelinge om die negatiewe gevolge van ontoepaslike litigasie te bekamp bespreek word. In dié konteks sal *Collaborative Law* (CL), soos die model veral in die Amerikaanse reg ontwikkel het, in paragraaf 3 onder die loep geneem word. (Die bepalings van die *Children's Act* 38 van 2005 word eweneens vir doeleindes hiervan daar gelaat. Daar moet egter op gelet word dat bepalings soos dié in onder andere artikels 6, 7, 9, 10 en 31 besondere impetus aan die oorweging van CL verleen. Artikel 6(4)(a) bepaal byvoorbeeld dat in enige aangeleentheid rakende ʼn kind "[a]n approach which is conducive to conciliation and problem-solving should be followed and a confrontational approach should be avoided.)

## 2 Die adversatiewe stelsel van bewyslewering

### *2.1 Die algemene aard van die adversatiewe stelsel*

Die uitgangspunt onderliggend aan die adversatiewe stelsel word moontlik ten beste in die Engelse uitspraak van *Ridehalgh v Horsefield*[3] beskryf. Die hof verduidelik dat:

> Our legal system, developed over any centuries, rests on the principle that the interests of justice are on the whole best served if parties in dispute, each represented by solicitors and counsel, take cases incapable of compromise to court for decisions by an independent and neutral judge, *before whom their relationship is essentially antagonistic*: *each is determined to win and prepares and presents his case so as to defeat his opponent and achieve a favourable result.* By the clash of competing evidence and argument, it is believed the judge is best enabled to decide what happened, to formulate the relevant principles of law and apply those principles to the facts of the case before him as he has found them. (eie kursivering)

2 Sien onder andere egter SALC *Report on the Law of Divorce*; Hoexter Commission *Report of the Commission*.

3 *Ridehalgh v Horsefield* 1994 3 WLR 462 (CA) 470.

Onderliggend aan hierdie uitgangspunt is die versweë motivering dat die eintlike belang van enige van die partye is om die saak "te wen". Interaksie in die verhouding tussen die partye word gevolglik deur twis vir beter posisies gekenmerk en verbetering van bestaande persoonlike verhoudings is van weinig belang.[4] Daarbenewens word gevind dat regsverteenwoordigers van die partye juis om hulle kliënte se belange te bevorder tipies slegs voordelige inligting in die proses openbaar.[5] Dit kan dus kwalik anders as dat die proses deur antagonistiese gedingvoering gekenmerk word.

### *2.2 Die adversatiewe stelsel en die beste belang van die kind*

Die adversatiewe stelsel vertoon bepaalde momente wat noodwendig daartoe meewerk dat vyandiggesinde litigasie daaruit voortvloei.[6]

- *Die wen-verloor* vertrekpunt onderliggend aan die adversatiewe stelsel

Die adversatiewe proses, ietwat oorvereenvoudig handel oor wen of verloor – elk van die partye poog om die hof te oortuig dat hy of sy as "oorwinnaar uit die stryd" moet tree. Waar litigasie oor die nakoming van persoonlike regte byvoorbeeld oor die afdwing van ʼn kontrak of skade voortvloeiend uit ʼn delik handel, kan daar weinig fout mee gevind word. Waar die litigasie egter oor die beste belang van ʼn kind binne bepaalde familieverhoudings handel, behoort die proses aan die hand waarvan gelitigeer word nie van ʼn wen-verloor aard te wees nie. Daar word met respek aan die hand gedoen dat die feit dat ʼn ouer wat ʼn dispuut rakende sorg of kontak "gewen" het hom- of haarself as oorwinnaar beskou, nie met die wese van die ouer-kindverhouding strook nie.

Die wen-verloormotivering onderliggend aan die stelsel lei soms daartoe dat partye drastiese standpunte ("fixed positions") inneem ten opsigte waarvan dit moeilik is om koersaanpassings te maak.[7] Dit bring meteen mee dat professionele lui uit die helpende professies wat by die aangeleentheid betrokke is eweneens gedwing word

4 De Jong "Mediation" 572-578; Weinstein 1997 *U Miami L Rev* 82-83.
5 Sien bv Ross 1996 *Fordham L Rev* 1571.
6 Sien bv De Jong "Mediation" 578.
7 Lande 2003 *Ohio St LJ* 1317 ev.

om meer drastiese standpunte in te neem ten einde hulle aanbevelings aan en optrede in die hof te motiveer.[8]

- *Die adversatiewe stelsel is eerder op die belange van ouers as dié van die kind gerig*

Daar word dikwels gevind dat sorg- en/of kontakgeskille eerder oor die ouer se belang as oor dié van die kind handel. Hieruit spruit voort dat die beste belang van die kind druk op ouers se regsverteenwoordigers kan plaas om eerder op die kind se belange as dié van hulle kliënt as opdraggewer te fokus. Hieruit volg dat klem eerder op die regte van die onderskeie ouers as op hulle verantwoordelikhede jeens die kind geplaas word.[9]

- *Ywerige regsverteenwoordiging en die verpligting tot vertroulikheid jeens 'n kliënt*

Die verpligting tot ywerige regsverteenwoordiging ("zealous advocacy") na die beste van die regsverteenwoordiger se vermoë en die daarmee gepaardgaande vertroulikheidsverpligting jeens 'n kliënt skep soms kunsmatige beletsels om inligting aan ander partye en die hof te openbaar.[10] Die regsverteenwoordiger se verpligting om sy/haar kliënt ywerig te verteenwoordig is een van die hoekpilare van die adversatiewe stelsel. Weinstein voer aan dat dit meebring dat regsverteenwoordigers se optrede ten gunste van hulle kliënte sodanig is dat dit soms oneties sou wees as hulle op sodanige wyse ten gunste van hulleself sou optree – die ywerige regsverteenwoordiger beskerm die regte/belange van sy/haar kliënt, laasgenoemde synde 'n outonome individu wie se belang die onderwerp van die regsverteenwoordiger se optrede is.[11] Die regsverteenwoordiger mag nie op sodanige wyse optree dat hy of sy afbreuk doen aan die regte van sy of haar kliënt nie. Die situasie kry verdere dimensie as die regsverteenwoordiger glo (nieteenstaande die feit

---

8 Weinstein 1997 *U Miami L Rev* 87-88.

9 Weinstein 1997 *U Miami L Rev* 89.

10 Merula *Manier van Procederen 4 16 1* soos aangehaal in die Gedragskode van Advokate verduidelik dat die regsverteenwoordiger moet "[m]eesterlyk en de getroue lyk dienen zyn Meesters". Sien ook Weinstein 1997 *U Miami L Rev* 90)

11 Weinstein 1997 *U Miami L Rev* 91.

dat regsgeleerdes tipies nie opgelei is om behoorlik gesubstansieerde waarnemings te dien effek te maak nie) dat dit nie in die kind se belang sal wees dat sy of haar kliënt na die kind se welsyn sal omsien nie. Weinstein[12] sit die situasie soos volg uiteen:

> Existing codes of conduct and standards for child welfare practice do not provide much guidance for the attorney who is faced with such a dilemma. In fact, the adversary system is based upon the notion that attorneys should, and must, engage in role-differentiated behavior (*sic*) ... The question here is whether this kind of behavior (*sic!*) is appropriate for matters in which the court is required to determine the best interests of the child. Complete and objective information is vital in child protection and family law cases. *It is two-faced to claim that attorneys may press the wishes of their client because their role is not that of a decision-maker, while at the same time rationalizing the withholding of information from the decision-maker.* In fact, in some cases, the attorney might be a better decision-maker, simply because the attorney has knowledge which may never become available to the judge. (eie kursivering)

Soortgelyk aan die verpligting tot ywerige waarneming van 'n kliënt se saak, skep die verpligting tot vertroulikheid eweneens beletsels daarop om sekere inligting te openbaar welke beletsels daartoe mag lei dat relevante inligting nie voor die hof geplaas word nie. Die moontlikheid word dus gelaat dat tot beslissings gekom kan word wat moontlik anders sou wees indien alle relevante inligting volledig voor die hof geplaas sou wees. Dit kom tipies voor waar maatskaplik-sielkundige inligting rakende ouers en kinders en hulle verhouding aan die orde is nadat een van die partye vir so 'n verslag aangevra het. Sodanige verslae mag inligting omtrent probleme in die verhouding wat die beste belang van die kind mag beïnvloed, bevat en dit spreek vanself dat die regsverteenwoordiger nie sodanige verslag aan die hof sal openbaar nie – die inhoud van die verslag hoef nie aan die hof bekendgemaak te word nie en dit is juis die beginsel van ywerige waarneming van die kliënt se saak wat openbaarmaking daarvan verhoed. Die regsverteenwoordiger moet die kliënt se belang voorop stel en het ook die keuse of hy/sy die inhoud daarvan aan die hof of ander party sal openbaar. Sou die hof vir sodanige verslag aanvra, spreek dit vanself dat die inligting wel voor die hof gelê sal word.

12 Weinstein 1997 *U Miami L Rev* 92.

In praktyk bring die vertroulikheidsverpligting soms mee dat belangrike inligting nie tot die kennis van die hof kom nie. Weinstein kom daarom heeltemal tereg tot die gevolgtrekking dat:

> [i]n proceedings where the judge is supposed to assess all the facts and to make a determination as to the best interests of the child, barriers to full disclosure are barriers to accomplishing this end. ... Ultimately, proceedings which pit children against parents, or place children in the middle of a battle between parents, are antithetical to the best interests of those children.[13]

Dit behoef kwalik enige betoog dat hierdie newe-gevolge van die adversatiewe stelsel geensins die belang van die kind bevorder nie. Wat in besonder opval is dat dit die moontlikheid laat dat wesenlike inligting rakende die kind van die Hoë Hof as oppervoog van alle kinders in sy jurisdiksie deur die stelsel weerhou kan word.

- *Die adversatiewe proses is nie dinamies nie*

ʼn Vanselfsprekende gevolg van die adversatiewe stelsel is dat dit op die uitkoms van die betrokke litigasie gerig is en nie op bevordering van voortgaande persoonlike verhoudings tussen die partye nie. Dit behoef geen betoog nie dat litigasie rakende sorg van en/of kontak met ʼn kind juis op sodanige kind se beste belang en verhoudings met ouers waarin die kind staan, gerig is. Daar kan met veiligheid geargumenteer word dat die welsyn van die partye wat daarby betrokke is en hoe die proses hulle mag beïnvloed nie van enige wesenlike belang vir doeleindes van die adversatiewe stelsel is nie.

In strafregtelike of siviele verrigtinge maak die hof ʼn bevinding oor wat in die verlede gebeur het en wie "reg" is en dus sy of haar saak "wen". Sorg van en kontak met ʼn kind daarteenoor handel met die toekomstige welsyn van ʼn kind. Gebeure in die verlede mag wel aanduidings gee van wat die belang van die kind mag bevorder, maar kan nie deurslaggewend wees nie. Die familie is ʼn dinamiese instelling en bestryk persoonlikhede en verhoudings wat in die toekoms sal verander namate die gesinstruktuur wysig. Heel prakties beteken dit dat ouerskap ná egskeiding mag verander sodat ʼn evaluasie van ouerskap tydens die egskeidingsproses nie

---

13 Weinstein 1997 *U Miami L Rev* 85. Sien ook *Van Vuuren v Van Vuuren* 1991 1 SA 163 (T).

noodwendig 'n aanduiding is van wat later mag gebeur nie. "[T]he traditional legal approach requires a snapshot judgment of the family structure which does not serve the best interest of the child."[14]

Verhoudings en individue verskil namate die konteks waarbinne dit of die individu beoordeel word, verander. Inmenging van regsweë bring self so 'n wysiging in konteks ten aansien van die dinamika en verhoudings mee terwyl dit juis 'n aangeleentheid is ten aansien waarvan die hof tot 'n beslissing moet kom. Daarbenewens dra die reëls met betrekking tot bewyslewering daartoe by dat die feite waarop die beslissing gegrond word, skeefgetrek aangebied word. Partye mag gevolglik gefrustreer word omdat die proses hulle verhoed "[t]o tell their stories" aangesien regsverteenwoordigers poog om die weergawes binne die keurslyf van die betrokke aksie te bring.[15] Dit mag trouens gebeur dat partye inligting dermate as belangrik beskou dat dit onder die aandag van die hof gebring moet word maar dat regsverteenwoordigers dit buite rekening laat omdat hulle oordeel dat dit vir doeleindes van die betrokke litigasie nie veel waarde het nie. Die probleem word geskep deur die feit dat die regsverteenwoordiger, wat tipies geen besondere sosiaal-maatskaplike of sielkundige opleiding ondergaan het nie, as eerste kontakpunt optree en hy/sy dan die feite wat deur sy kliënt aan hom/haar geopenbaar word "selekteer" ten einde feite wat sy/haar kliënt se saak negatief mag beïnvloed uit te laat of binne 'n ander konteks te plaas wat vreemd vir die kliënt is. Daar word betoog dat die eerste kontakpunt nie 'n regsgeleerde behoort te wees nie, maar juis 'n toepaslik opgeleide persoon wat sonder die beperkinge van 'n bewysleweringstelsel alle relevante feite voor die hof mag plaas.

### *2.3 Gevolgtrekking*

Uit bogemelde, ofskoon oorsigtelike, bespreking blyk dit ten oorvloede dat die adversatiewe stelsel van bewyslewering enersyds nie toepaslik vir gesinslitigasie is nie en andersyds nie op die bevordering van die beste belang van die kind gerig is nie. In besonder word gevind dat die stelsel:

---

14 Weinstein 1997 *U Miami L Rev* 98.
15 Weinstein 1997 *U Miami L Rev 99.*

- op uitkomste gerig is en nie op die uniek-persoonlike aard van die verhouding of die beste belang van kinders nie;
- per definisie antagonisties van aard is en derhalwe ook nie die bevordering van die belange van die kind voor oë het nie;
- die moontlikheid laat dat wesenlike inligting nie voor die hof geplaas word nie; en
- meebring dat nie professionele lui uit die helpende professies nie, maar regsverteenwoordigers as die aanmeldingspunt van gesinsprobleme beskou word.

Ten besluite moet daarop gewys word dat dit geykte reg is dat die Hoë Hof die oppervoog van alle kinders in sy jurisdiksie is. Dit val daarom des te meer op dat toepassing van die stelsel kan meebring dat inligting wat die kind nadelig mag raak vanweë prosedurele dienstigheid van die hof weerhou kan word. Dit is kwalik versoenbaar met die hof se status as oppervoog.

## 3 Gedagtes oor *Collaborative Law* as geskilbeslegtingsmodel in die beste belang van kinders

### *3.1 Inleiding*

The consequences (van adversatiewe litigasie) are devastating, not only for the children but for the adult participants as well. As the culture's de facto "high priests" of divorce, we family lawyers have for the most part officiated at and even caused avoidable catastrophes when we have cast the normal issues facing a divorcing and restructuring family into the highly polarized positions of court-based dispute resolution.[16]

Talle alternatiewe om tekortkominge in die adversatiewe proses te ondervang het reeds die lig gesien. Mediasie word veral beklemtoon en vorm in mindere of meerdere mate 'n bestanddeel van *Family Relationship Centres* soos die konsep in die Australiese reg ontwikkel het.[17] 'n Verdere ontwikkeling wat in die jongste tyd veral in Amerika,

16 Tesler *Collaborative Law* 2.
17 Sien oa Parkinson 2013 *Family Court Review* 196 ev; Moloney 2013 *Family Court Review* 214 ev.

Kanada en die Verenigde Koninkryk veld wen, naamlik *Collaborative Law* (hierna CL) kom hieronder aan die orde. Die proses is ŉ resente ontwikkeling in Engeland maar is welbekend in die Verenigde State van Amerika en Kanada. Hierdie proses volg op ŉ siening dat mediasie sekere strukturele gebreke openbaar.[18] Dit hoort tot die wese van mediasie dat mediators neutraal moet wees en nie regsadvies sal gee nie. Hieruit voortvloeiend blyk dat mediasie soms minder effektief mag wees aangesien mediators dit moeilik mag vind om magswanbalanse en emosionele dinamiek van die partye te bestuur.[19]

Die bespreking van CL hieronder knoop aan die konsep as metode en dit spreek vanself dat dit die volledige veld van gesinslitigasie, en derhalwe ook onderhandelinge van ouers rondom sorg van en kontak met hulle kinders insluit.

### *3.2 Die diskwalifiseringsooreenkoms as wese van CL*

Die grondslag van die CL-model is dat al die deelnemers, met ander woorde sowel die partye as hulle regsverteenwoordigers, skriftelik ooreenkom om spreekwoordelik nie hof toe te gaan nie. Vir doeleindes hiervan word ŉ formele ooreenkoms, wat as grondslag vir die onderhandelinge sal dien, tydens die eerste byeenkoms onderteken. Aspekte wat in die kontrak onderneem word, is die onderneming om in goeie trou te onderhandel, om vroegtydig en volledig bloot te lê en om die belange van die kinders te beskerm.[20] Ofskoon die reg om formeel te litigeer steeds bestaan, onderneem die partye ook om nie met litigasie te dreig om kompromieë te bereik nie. Vanselfsprekend word die reg om te litigeer nie uitgesluit nie.[21]

Soortgelyk aan mediasie word alle relevante aspekte tydens byeenkomste onder die loep geneem. ŉ Beduidende verskil is egter daarin geleë dat daar in hierdie geval vier persone teenwoordig is, naamlik albei partye en hulle regsverteenwoordigers en nie

---

18 Lande 2003 *Ohio St LJ* 1319.
19 Lande 2003 *Ohio St LJ* 1324.
20 Sien in besonder De Jong "Mediation" 624 ev. Sien ook Lande 2003 *Ohio St LJ* 1318; Tesler *Collaborative Law* 4.
21 Lande 2003 *Ohio St LJ* 1329.

net die partye en 'n mediator nie.[22] Daar is gevolglik geen neutrale mediator in die proses teenwoordig nie en geskilpunte word gedurende byeenkomste tussen al vier die betrokkenes besleg. Die rol van die regsverteenwoordiger is daarop gerig om die partye by te staan om tot 'n ooreenkoms te geraak:

> [t]he collaborative process consists of two parties and their respective lawyers who sign a binding stipulation defining the scope and sole purpose of the lawyers' representation: to help the parties engage in creative problem-solving aimed at reaching a negotiated agreement that meets the legitimate needs of both parties.[23]

Sou die CL-proses om watter rede ook al onsuksesvol wees en die partye wel die hof sou nader, termineer albei regsverteenwoordigers se mandaat tot regsverteenwoordiging en albei partye moet dan nuwe regsverteenwoordiging bekom. Lande[24] beskryf die aspek as 'n "metaphorical container" wat die regsverteenwoordigers en partye omsluit en wat ten doel het om hulle by te staan om op hulle onderhandelinge te fokus. Dit bied 'n sterk beweegrede om by die model te hou selfs al is daar ernstige meningsverskil op 'n gegewe moment tussen die partye. Hierdie ooreenkoms bring mee dat die risiko's en kostes wat die proses laat misluk deur sowel die partye as die regsverteenwoordigers gedra word.[25] CL kombineer dus die uitdruklike onderneming om te skik deur die partye met individuele, kreatiewe regsverteenwoordiging.[26]

### *3.3 Die aard van die CL-proses*

CL toon sowel noue ooreenkomste met as ingrypende verskille van alternatiewe metodes van geskilbeslegting en is in wese 'n kombinasie van mediasie wat gekenmerk word deur 'n benadering van probleemoplossing enersyds en regsverteenwoordiging wat op 'n sinvolle skikking gerig is, andersyds.[27] Die unieke aard van CL bied moontlikhede ter oplossing van geskilpunte wat nie geredelik by ander modelle van geskilbeslegting bestaan nie. Dit is aan die onderneming deur albei partye en hulle

---

22 Vir doeleindes hiervan word aandag nie aan die kind se reg op deelname gegee nie. Sien egter *Soller v G* 2003 5 SA 430 (W); Boezaart *Child Law* 107 ev; Mushowe *Legal Representation of Children* 27-56.
23 Tesler *Collaborative Law* 7. Sien ook Lande 2003 *Ohio St LJ* 1319
24 Lande 2003 *Ohio St LJ* 1322.
25 Tesler *Collaborative Law* 4.
26 De Jong "Mediation" 625; Lande 2003 *Ohio St LJ* 1322; Tesler *Collaborative Law* 4, 7.
27 Lande 2003 *Ohio St LJ* 1320; Tesler *Collaborative Law* 8.

regsverteenwoordigers toe te skryf dat hulle onderneem "[t]o work honestly and respectfully toward a negotiated settlement as the sole purpose of the retention".[28] Tesler dui aan dat die wesenskenmerke van die proses die volgende behels:

- volledige, vrywillige en vroegtydige blootlegging;
- aanvaarding deur die partye van die hoogste fidusiêre verpligtinge jeens mekaar ongeag of dit regtens vereis word of andersins;
- vrywillige *a priori*-aanvaarding daarvan dat skikking die doel is en dat respekvolle en volledig deelnemende proses die wyse sal wees waarlangs tot ʼn skikking geraak sal word;
- dat die proses deursigtig sal wees;
- aanvaarding daarvan dat legitieme doelstellings van albei partye bereik moet word;
- vermyding van selfs dreigemente van litigasie;
- diskwalifikasie van die regsverteenwoordigers en professionele lui uit die helpende professies buite die CL-proses; en
- vierhoekige skikkingsonderhandelings as die primêre metode waarop onderhandelinge en kommunikasie sal plaasvind.[29]

Die CL-proses vereis vanselfsprekend goed opgeleide en professionele regslui wat daartoe verbind is om die partye by te staan om tot wedersyds aanvaarbare oplossings te kom. Anders as die geval met mediasie sit die regsadviseurs saam met hulle kliënte om ʼn tafel en nie byvoorbeeld in ʼn ander vertrek nie en dit is juis hierdie feit wat ʼn wesenlike verskil teweegbring wat sowel die proses as die uitkomste betref. Sou dit by wyse van voorbeeld gebeur dat een van die partye emosioneel as gevolg van die egskeiding ontwrig is, of dat een van die partye as gevolg van die trauma wat met die egskeiding gepaard gaan emosioneel meer as die ander geraak word, of as hulle verskillende onderhandelingsvaardighede het of een ʼn ingesteldheid het om vrede ten alle koste te bewaar, kan dit die mediasieproses en uitkomste nadelig beïnvloed juis omdat die neutraliteitsvereiste wat mediasie kenmerk meebring dat so ʼn party nie

28 Tesler *Collaborative Law* 8.
29 Sien ook De Jong "Mediation" 627.

deur die mediator gehelp mag word nie. ʼn Verdere probleemsituasie wat soms met mediasie gepaard gaan is dat voorlegging van gemedieerde oplossings aan die partye se onderskeie regsverteenwoordigers deur die se regsadvies van die tafel gevee word.[30] Dit spreek vanself dat hierdie strukturele probleme nie in die CL-proses teenwoordig is nie – twee gekwalifiseerde regsverteenwoordigers sien by wyse van spreke nie alleen toe dat die speelveld tussen die partye gelyk is nie, maar is ook van die begin af by die soeke na ʼn wedersyds aanvaarbare oplossing betrokke. Dit is juis die feit dat sodanige regsverteenwoordigers nie neutraal hoef te wees nie wat meebring dat ʼn party se belange na behore beskerm word.[31]

ʼn Verdere kenmerk van die CL byeenkoms is dat die risiko van mislukking gelyk tussen die regsverteenwoordigers en hulle kliënte verdeel word. Dit spreek daaruit dat anders as die geval met mediasie of normale adversatiewe litigasie waar ʼn regsverteenwoordiger se betrokkenheid met uitspraak tot ʼn einde kom, die regsverteenwoordiger in die geval van CL geen verdere betrokkenheid het as die partye nie tot ʼn aanvaarbare oplossing kan kom nie.

> Each person in a collaborative law representation has the benefit of experienced family law counsel participating at every step of the process. The lawyers advise, advocate, negotiate, and maintain a level playing field, side by side with the two clients. Six way communications enhance the possibilities for creative lateral thinking and imaginative proposals for settlement. Hardball tactics, threats, tactical delays, hidden agendas, and 'hide-the-ball' are barred from the process in a formal agreement signed by both parties and their lawyers that sets as the only goal the achievement of win-win solutions on all significant issues. If anyone acts in bad faith, uses threats, or resorts to the courts, the process must terminate, each party must retain new counsel, and neither collaborative lawyer can ever again represent either party in opposition to the other.[32]

Uit voorgaande bespreking is dit duidelik dat die formele skriftelike ooreenkoms wat die verrigtinge onderlê bepalend vir die ingesteldheid van sowel die regsverteenwoordigers as die partye is. Eerstens moet albei partye onderneem om regsverteenwoordigers aan te stel wat onderneem om voorafbepaalde en bindende grondwaardes te aanvaar. Idealiter beteken dit dat partye regsverteenwoordigers sal aanstel wat ʼn geskiedenis het dat hulle met opponerende regsverteenwoordigers kan

30 Tesler *Collaborative Law* 9*;* Lande 2003 *Ohio St LJ* 1325.
31 Tesler *Collaborative Law* 10*;* Lande 2003 *Ohio St LJ* 1321.
32 Tesler *Collaborative Law* 11.

saamwerk. Die ooreenkoms is voorts bepalend vir die regulering van die proses; die ooreenkoms geld solank die partye in goeie trou optree. ʼn Wesenlike element van die ooreenkoms is dat dit slegs sal geld solank geen van die partye dreig om formeel te litigeer nie.[33]

ʼn Besondere kenmerk van die CL-proses is dat deskundiges nie as getuies van ʼn spesifieke party aangestel word nie. Inteendeel vervul hulle ʼn neutrale rol en soortgelyk as die situasie van regsverteenwoordigers word hulle ook van verdere deelname gediskwalifiseer sou die CL-proses nie slaag nie.[34]

### *3.4 Die aard van regsverteenwoordiging*

Uit die bespreking in paragraaf 3.3 is dit duidelik dat CL besondere eise aan regsverteenwoordigers stel. Dit spreek vanself dat ʼn tipiese litigasie-ingesteldheid wat eie aan ʼn verhoor-litigant is, onvanpas is vir CL-prosedure. Lande[35] dui juis aan dat die regsverteenwoordigers verantwoordelikheid daarvoor moet aanvaar om hulle kliënte te adviseer om nie onrealistiese en kunsmatige onderhandelingsposisies in te neem nie. Wat tipies geverg word, is om kreatief en probleem-oplossend met ʼn opposisie party saam te werk. Dit is egter belangrik om daarop te let dat nieteenstaande hierdie ingesteldheid, regsverteenwoordigers steeds binne die voorskrifte van hulle professionele liggame optree. CL vereis bloot van regsverteenwoordigers om die eiesoortige proses eerlik en produktief te benader.[36] Ewe as mediasie vereis CL dat regsverteenwoordigers daaraan toegewy moet wees om hulle kliënte by te staan om unieke en wedersyds aanvaarbare oplossings te vind. Anders as die geval met mediasie tree regsverteenwoordigers egter as aktiewe onderhandelaars en regsverteenwoordigers saam met hulle kliënte op; hulle is deel van die proses en is nie, soos soms die geval met mediasie, slegs sydelings betrokke nie.[37] Lande[38] verduidelik die rol van regsverteenwoordigers soos volg:

---

33 Tesler *Collaborative Law* 14*;* Lande 2003 *Ohio St LJ* 1322.
34 Tesler *Collaborative Law* 4, 7.
35 Lande 2003 *Ohio St LJ* 1321.
36 Tesler *Collaborative Law* 7.
37 Lande 2003 *Ohio St LJ* 1321.
38 Lande 2003 *Ohio St LJ* 1322.

> Some theorists suggest that the CL agreement effectively "amounts to a 'durable power of attorney,' directing the lawyers to take instructions from the client's higher functioning self, and to politely disregard the instructions that may emerge from time to time during the divorce process when a less-high-functioning self takes charge of the client."

In die CL-proses bepaal regsverteenwoordigers nie die vloei van inligting of die onderhandelinge nie. Hulle deelname is oop en deursigtig vir sowel die ander regsverteenwoordiger as albei die partye. Dit bring mee dat sowel hulle as die partye verantwoordelikheid vir die inhoud en die voortgang van die verrigtinge aanvaar, en sou die regsverteenwoordiger oordeel dat sy of haar kliënt nie te goeder trou onderhandel nie, moet hy of sy hom of haar aan die verrigtinge onttrek.[39]

Daar word soms gevind dat prokureurs en advokate van mening is dat hulle in wese wel CL in die normale loop van hulle praktyk beoefen. Tesler verskil van hierdie benadering juis vanweë die feit dat die eiesoortige ooreenkoms aan die begin van die verrigtinge bepalend vir die ingesteldheid van die regsverteenwoordigers en die partye is.[40]

## 4 Slot

Stemme gaan toenemend op wat op die ontoepaslikheid van die adversatiewe stelsel vir gesins- en kinderlitigasie wys. Dit word ten oorvloede toe deur die bespreking in paragraaf 2 hierbo geïllustreer. Alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes sien gevolglik in toenemende mate die lig en mediasie is ŉ konsep wat in die jongste tyd besig is om veld te wen. Daar word egter ter oorweging gegee dat verdere aandag aan CL gegee behoort te word. Enersyds is die proses nie wesenlik verwyder van die daaglikse praktyk van vele praktisyns nie en dit kan geredelik met behoorlike opleiding tot voordeel van sowel regsverteenwoordigers as litigante aangewend word.[41] Daarbenewens hou dit die verdere voordeel in dat dit selfs ŉ wyer aanwendingsgebied as mediasie kan hê in dié sin dat mediasie soms slegs "[a] relatively small group of

---

39 Lande 2003 *Ohio St LJ* 1322. Sien ook Tesler *Collaborative Law* 10.
40 Tesler *Collaborative Law* 10.
41 De Jong "Mediation" 628.

high functioning, low-conflict" partye baat, terwyl CL tot voordeel van die oorgrote meerderheid egskeidingslitigante kan wees.

Ten besluite word geargumenteer dat CL besondere moontlikhede bied ter verwesenliking van die beste belang van kinders wat by die egskeiding van hulle ouers betrokke is. Dit is welbekend dat litigasie waarby kinders ter sprake is, tipies emosioneel van aard is, en CL bied ooglopend besondere moontlikhede ter vereenvoudiging en afhandeling van die proses. Daarbenewens bring die neutraliteit van deskundiges uit die helpende professies jeens die partye mee dat onbevange op die kind se beste belang gefokus kan word. Laastens egter word nie betwis nie dat in uitsonderlike gevalle adversatiewe litigasie wel steeds die enigste werklik funksionele metode mag wees ter bereddering van ernstige onoplosbare konflik.

**BIBLIOGRAFIE**

**Literature**

Boezaart *Child Law*

Boezaart T *Child Law in South Africa* (Juta Cape Town 2009)

De Jong "Mediation"

De Jong M "Mediation and Other Appropriate Forms of Alternative Dispute Resolution Upon Divorce" in Heaton J (red) *The Law of Divorce and Dissolution of Life Partnerships in South Africa* (Juta Cape Town 2015) pages 577 – 628.

Hoexter Commission *Report of the Commission*

Hoexter Commission *Report of the Commission of Inquiry into the Structure and Functioning of the Courts* (Report RP 78/1983) (Government Printer Pretoria 1983)

Lande 2003 *Ohio St LJ*

Lande J "Possibilities for Collaborative Law: Ethics and Practice of Lawyer Disqualification and Process Control in a New Model of Lawyering" 2003 *Ohio St LJ* pages 1315 – 1382.

Moloney 2013 *Family Court Review*

Moloney L "From Helping Court to Community-based Services: The 30-year-old Revolution of Australia's Family Relationship Centres" 2013 *Family Court Review* pages 214 – 233.

Mushowe *Legal Representation of Children*

Mushowe J *Legal Representation of Children in Care and Protection Proceedings in South Africa: An Evaluation of the Best Interests and Client-directed Approaches* (LLM verhandeling Universiteit van KwaZulu-Natal 2008)

Parkinson 2013 *Family Court Review*

Parkinson P "The Idea of Family Relationship Centres in Australia" 2013 *Family Court Review* 195-213

Ross 1996 *Fordham L Rev*

Ross CJ "From Vulnerability to Voice: Appointing Counsel for Children in Civil Litigation" 1996 *Fordham L Rev* 1571-1620

SALC *Report on the Law of Divorce*

South African Law Commission *Report on the Law of Divorce and Matters Incidental Thereto (Report RP 57/1978)* (SALC Pretoria 1977)

Tesler *Collaborative Law*

Tesler PH *Collaborative Law: Achieving Effective Resolution in Divorce withouth Litigation* (American Bar Association Chicago Ill 2001)

Weinstein 1997 *U Miami L Rev*

Weinstein J "And Never the Twain Shall Meet: The Best Interests of Children and the Adversary System" 1997 *U Miami L Rev* 79 – 174.

**Hofsake**

*Ridehalgh v Horsefield* 1994 3 WLR 462 (CA)

*S v M* 2008 3 SA 232 (KH)

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

*Van Vuuren v Van Vuuren* 1991 1 SA 163 (T)

**Wetgewing**

*Grondwet van die Republiek van Suid Afrika*, 1996

**LYS VAN AFKORTINGS**

| | |
|---|---|
| CL | Collaborative Law |
| Fordham L Rev | Fordham Law Review |
| Ohio St LJ | Ohio State Law Journal |
| SALC | South African Law Commission |
| U Miami L Rev | University of Miami Law Review |

# THE ADVERSARIAL SYSTEM AND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD IN DIVORCE LITIGATION: SOME THOUGHTS REGARDING COLLABORATIVE LAW AS A MEANS TO RESOLVE PARENTAL DISPUTES

**JA Robinson***

## SUMMARY

In this contribution it is argued that the adversarial system of litigation does not serve the best interests of children upon divorce. After a brief analysis of the system it is concluded that other less aggressive means of litigation should be considered underupon divorce. Collaborative Law is suggested as a means to bear in mind. The fact that current practice of lawyer negotitiatons in respect of divorce is not too far removed from Collaborative Law may lead to practitioners readily accepting the concept.

**KEYWORDS:** best interest of the child**;** collaborative law; adversarial system ; mediation.

* JA Robinson. B Jur et Art, LLB, LLM, LLD. Professor in Privaatreg, Noordwes-Univeriteit (Potchefstroomkampus). e-pos adres: robbie.robinson@nwu.ac.za