

Vonnisbespreking: Aksie weens onregmatige lyding vanweë gestremdheid (*wrongful life*) *H v Fetal Assessment Centre 2015 2 SA 193* (KH)

Johann Neethling en Johan Potgieter

Johann Neethling, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat;
Johan Potgieter, Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrik

Abstract

Action for wrongful suffering through disability (*wrongful life*)

While up to *H v Fetal Assessment Centre 2015 2 SA 193 (CC)* a child's action for "wrongful life" – an inappropriate term which should be replaced by the action for "wrongful suffering through disability" – had been dismissed in our law by the high courts as well as the supreme court of appeal, the constitutional court has now held that the claim may potentially be found to exist. It will be the task of the high court to decide whether it does so exist, and in what form. The latter court must then decide, if the claim is properly formulated in delict, whether all the elements of a delict, namely conduct, harm, wrongfulness, negligence and causation, are present and that damages may consequently be awarded. This has to be done within the imperatives set by the Constitution with regard to the constitutional rights and values, of which the best interests of the child is paramount. Ultimately the court held that the delictual requirements have the potential to be applied to the present action. However, it is unfortunate that the court did not wish to express itself on whether non-patrimonial harm such as pain and suffering and loss of amenities of life may be compensated by the action.

We submit that the action for wrongful suffering through disability (*wrongful life*) should indeed be recognised within the sphere of the law of delict, as all the elements of a delict can comfortably be accommodated within the field of application of the action. Furthermore, damages for both patrimonial and non-patrimonial harm should be recoverable with the action.

Keywords: action for pain and suffering; action for wrongful life; Aquilian action; best interest of the child; causation; conduct; damage; damages; delict; dignity; disability; negligence; wrongfulness

Trefwoorde: aksie weens pyn en lyding; aksie weens "wrongful life"; Aquiliese aksie; beste belang van die kind; delik; gestremdheid; handeling; kousaliteit; nalatigheid; onregmatigheid; skade; vergoeding; waardigheid

1. Inleiding

Sedert die middelsestigerjare van die vorige eeu het die volgende drie deliksaksies die aandag van die howe en akademiese skrywers wêreldwyd begin geniet: die aksie weens onregmatige bevrugting (*wrongful conception*), wat ingestel word deur die ouers van 'n normale, gesonde kind wat gebore is weens 'n mislukte sterilisasie of aborsie deur 'n geneesheer uitgevoer; die aksie weens onregmatige geboorte (*wrongful birth*), wat ingestel word deur die ouers van 'n gestremde kind waar die geneesheer versuim het om die ouers van die gestremdheid in te lig; en die aksie weens onregmatige lewe (*wrongful life*), wat in soortgelyke omstandighede deur die gestremd-gebore kind self ingestel word (vgl. *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1068; *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 585; *Premier, KwaZulu-Natal v Sonny* 2011 3 SA 424 (HHA) 433; *Sonny v Premier, KwaZulu-Natal* 2010 1 SA 427 (KZP) 437; *Stewart v Botha* 2008 6 SA 310 (HHA); *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W); *CJH v The Kingsbury Foetal Assessment Centre (Pty) Ltd* 2014–04–24 saaknr. 4872/2013 (WKK)).

Vir huidige doeleindes is net die aksie weens onregmatige lewe relevant. Die benaming van hierdie aksie is egter problematies. In *H v Fetal Assessment Centre* (par. 19) verklaar regter Froneman: "It has been pointed out is that this term is unfortunate and wrong. And indeed it is. The legal issue is not the 'wrongful life' of the child, but whether the law should allow a child to claim compensation for a life with disability." Daar word aan die hand gedoen dat die benaming van die aksie weens onregmatige lewe vervang word deur die aksie weens onregmatige lyding vanweë gestremdheid.

Hierdie aksie is tot dusver in ons reg in sowel die hooggeregshowe as die hoogste hof van appèl van die hand gewys (*Stewart, CJH, Friedman*), maar word in *H v Fetal Assessment Centre* deur die konstitusionele hof opnuut aan diepgaande ondersoek onderwerp. Die doel van hierdie bespreking is om die aksie op grond van onregmatige lyding vanweë gestremdheid veral aan die hand van die beslissing van die konstitusionele hof onder die loep te neem. As agtergrond is dit wenslik om die beslissings wat hierdie saak voorafgegaan het, kortliks te ondersoek.

2. Vroeëre regspraak

In *Friedman* het die eiseres 'n ginekoloog (die verweerder) oor haar swangerskap geraadpleeg en hulle het ooreengekom dat sy die swangerskap sou wou beëindig indien daar 'n buitengewone risiko was dat die kind abnormaal of gestremd gebore sou word. Na sekere toetse het die verweerder die eiseres geadviseer dat dit heeltemal veilig vir haar was om met die volle termyn van die swangerskap voort te gaan. Die advies was egter verkeerd en die kind is gestremd gebore. Die hof (1143) beslis dat, vir sover dit die aksie weens onregmatige lyding vanweë gestremdheid (*wrongful life*) aangaan, die eiseres geen delikseis het nie, eerstens omdat die verweerder geen regsplig teenoor die kind gehad het om die kind se moeder die geleentheid te gee om die swangerskap te beëindig nie, en tweedens omdat dit onmoontlik was om skadevergoeding te bereken, omdat die maatstaf vir sodanige berekening die verskil tussen die niebestaan van die kind en 'n bestaan met gestremdheid is, en daar geen kriteria bestaan om hierdie verskil te bereken nie. Voorts beslis die hof (1142) dat dit strydig met openbare beleid sou wees om te bevind dat dit beter vir 'n persoon sou wees om nie te lewe nie as om 'n lewe met gestremdheid te hê. *Blackbeard* (1996:711–5) stem saam met die beslissing en verklaar dat "[i]t therefore seems highly unlikely that an action for wrongful life will ever be recognised in South African law." Hierteenoor voer Van den Heever (2006:188 e.v.) aan dat daar vanuit 'n tegniese-juridiese perspektief 'n behoefte en ruimte bestaan vir die erkenning van hierdie aksie in die Suid-Afrikaanse reg.

Die benadering in *Friedman* is deur die hoogste hof van appèl in *Stewart* bevestig. Hier het die vader van 'n gestremde kind wat met Lesch Nyan-sindroom gebore is, namens die kind die aksie ingestel op grond daarvan dat die dokter se nalatigheid – bestaande in sy versuim om die kind se ouers voldoende in te lig oor die risiko van ernstige fisieke gebreke by geboorte van die kind – die oorsaak was dat die kind gestremd gebore is. Daar is aangevoer die kind gebore is as gevolg van die dokter se versuim om die ouers in te lig, omdat die moeder haar swangerskap sou beëindig het as sy wel op die risiko gewys is. Die hof beslis dat die aksie weens *wrongful life* nie 'n skuldoorsaak openbaar nie. Onregmatigheid het ontbreek, omdat daar nie 'n regsplig op die dokter gerus het om te verseker dat deur die ouers voldoende in te lig, die kind nie gebore sou word nie. Die erkenning van sodanige regsplig sou volgens die hof *contra bonos mores* wees.

Waarnemende appèlregter Snyders (316) verwoord die kern van die probleem soos volg:

At the core of cases of the kind that is now before us is a different and deeply existential question: was it preferable – from the perspective of the child – not to have been born at all? If the claim of the child is to succeed it will require a court to evaluate the existence of the child against his or her non-existence and find that the latter was preferable.

Die hof (319) is van mening dat hierdie kernvraag “goes so deeply to the heart of what it is to be human that it should not even be asked by the law”. Gevolglik word die aksie van die hand gewys. Soos ons reeds aangedui het (Neethling en Potgieter 2015:73 vn. 229; vgl. ook Human en Mills 2010:67 e.v.; Van Niekerk 2012:527 e.v.; Giesen 2009:270–3; vgl. egter Coetzee 2012:422 e.v.; Chürr 2009:168 e.v. oor die beslissing van die verhoorhof in *Stewart v Botha* 2007 6 SA 247 (K)), is die beslissing vatbaar vir kritiek. 'n Dokter wat (op nalatige wyse) in die onderhawige gevalle veroorsaak dat 'n kind met ernstige gebreke gebore word, se optrede behoort as onregmatig geag te word. Alhoewel die dokter nie die gebreke veroorsaak het nie, staan dit vas dat sy versuim meegebring het dat 'n gestremde kind gebore is. Om die kind se bestaan en niebestaan teen mekaar op te weeg, is irrelevant. Dit is ongetwyfeld in die beste belang van die kind om toegang tot die bes moontlike mediese behandeling vir sy toestand te verkry. Die *boni mores* verg dus dat die dokter se gedrag as onregmatig gebrandmerk moet word en dat hy gevolglik aanspreeklik behoort te wees. Geregtheid vereis dat 'n kind nie 'n lewe van pyn, lyding en finansiële gebrek in die gesig moet staar wat deur die dokter se positiewe optrede verhinder kon gewees het nie. In hierdie saak word geregtigheid versluier agter die fasade dat die aangeleentheid “goes so deeply to the heart of what it is to be human” dat nie van die hof verwag moet word om te bereg oor die vraag of die kind eintlik nie gebore moes gewees het nie. Om mens te wees impliseer 'n lewe, waar moontlik, vry van gebreke, pyn, ongemak en lyding. Die verlening van 'n aksie weens onregmatige lyding vanweë gestremdheid sou ver gegaan het om sodanige lyding vir die kind te verlig en die onskendbaarheid (*sanctity*) van sy lewe en sy waardigheid te onderskraag.

3. *H v Fetal Assessment Centre*

3.1 *Feite*

H, 'n seun met Downsindroom, bygestaan deur sy moeder, het 'n eis vir skadevergoeding teen die verweerder ingestel op grond van die verweerder se beweerde versuim om haar tydens swangerskap te waarsku dat daar 'n hoë risiko bestaan het dat H met die sindroom gebore kon word. H beweer dat indien sy moeder oor die risiko ingelig was, sy die swangerskap sou beëindig het. Skadevergoeding word geëis vir gelede en toekomstige mediese uitgawes, vir

gestremdheid en vir die verlies aan lewensgenieting. Die verweerder eksipieer dat die eis nie 'n eisoorzaak openbaar nie.

Die hooggeregshof in *CHJ* wys die eis van die hand. Regter Baartman (par. 29) verklaar:

I am not persuaded that there has been a change in “the convictions of the community” since the SCA judgment in the *Stewart* matter. On the contrary, public opinion continues to be influenced by the remarkable resilience in overcoming enormous odds displayed by many disabled persons in all walks of life, refuting those who “treat their lives as inferior to non-existence” (see par. 13 of the SCA *Stewart* judgment).

(Alhoewel die verweerder in hierdie saak 'n Fetal Assessment Centre was, word daar in die bespreking wat volg, in die algemeen na die geneesheer as verweerder by die aksie weens lyding vanweë gestremdheid verwys.)

3.2 Regsvergelyking

Nadat regter Froneman in die konstitusionele hof sekere prosesregtelike kwessies afgehandel het (parr. 9–26), onderneem hy 'n vergelykende oorsig van die regsposisie met betrekking tot die onderhawige aksie in buitelandse stelsels (parr. 28–47). Hiertoë word die hof gemagtig – wat reeds gevestigde reg is – deur art. 39 van die Grondwet, wat bepaal dat die hof die waardes moet bevorder wat 'n oop en demokratiese gemeenskap, gebaseer om menswaardigheid, gelykheid en vryheid, ten grondslag lê, en dat die hof in hierdie proses 'n diskresie het om buitelandse reg te oorweeg. Uit die oorsig blyk dat die kind se aksie weens lyding vanweë gestremdheid net deur 'n handjievool regstelsels erken word, waaronder die Nederlande, Oostenryk, Italië en sekere Amerikaanse state (parr. 35 e.v.). Regter Froneman kom dan tot die volgende slotsom (par. 42):

The weight given to different arguments in a country is often, if not invariably, determined by the constitutional, political and social context within which the law of that country is determined. For convenience we may call it the “legal culture” of each country. It is from within the perspective of our own legal culture, where all law must be grounded in constitutional values and where considered respect must be given to the fundamental rights set out in the Bill of Rights, that we must assess the various arguments for and against the recognition of the child's claim here. In this regard the general normative framework of the Constitution and the Bill of Rights, the particular prominence given to the best interests of children within that framework, and the openly normative character of our approach to the issue of wrongfulness in our law of delict, must give guidance in the determination of whether the claim should be recognised.

Volgens die regter speel veral twee faktore 'n beduidende rol met betrekking tot die erkenning al dan nie van die kind se aksie in vreemde regstelsels, te wete die betrokke land se siening oor aborsie en oor die beste belange van die kind. Hoe meer beperkings op aborsie bestaan, hoe minder geneig is 'n stelsel om die kind se aksie te erken, en omgekeerd. En hoe groter klem op die beste belange van die kind geplaas word, hoe groter die neiging om die kind se eis te erken (sien parr. 43–5).

3.3 Lewensvatbaarheid van die aksie in ons reg

Regter Froneman stel dit duidelik dat die hof se beslissing nie daarop ingestel is om te bepaal of die kind in hierdie saak 'n aksie weens lyding vanweë gestremdheid het nie, maar of ons gemenerereg ontwikkel kan word om die aksie te erken (par. 48). As uitgangspunt aanvaar hy dat ons reg, inbegrepe die gemenerereg, moet voldoen aan die waardes van die Grondwet en dat die ontwikkeling daarvan die gees, strekking en oogmerke van die handves van regte moet bevorder. Die waardes wat volgens hom hier op die voorgrond tree, is gelykheid, waardigheid en die reg van kinders dat hulle beste belange deurslaggewend is in elke aangeleentheid wat die kind raak (par. 49). Alhoewel ons voorgrondwetlike deliktereg nie gerig is op die plig om fundamentele regte te beskerm nie, is dit duidelik dat baie van die belange en regte wat ingevolge die gemenerereg beskerm word, gemaklik as grondwetlik verskanste fundamentele regte omskryf kan word (par. 51).

Die hoogste hof van appèl het in *Stewart* nie oorweeg of die erkenning van die kind se aksie in die beste belang van die kind sou wees nie, of voorskrifte van ander regte in die Grondwet oorweeg nie. Volgens regter Froneman lyk dit moontlik dat, gegewe ons Grondwet, die kind se eis nie ondenkbaar is nie en dat met die eerste oogopslag die beste belange van die kind by hierdie erkenning oorweeg moet word. Dit is egter onseker of hierdie faktor versoenbaar is met die bestaande vereistes van ons deliktereg, en daarom moet dit met betrekking tot elke vereiste noukeurig ondersoek word (par. 52). Hierdie ondersoek geniet vervolgens die aandag.

3.3.1 Handeling en skade of nadeel

Eerstens beklemtoon regter Froneman dat daar 'n skadeveroorsoekende handeling (*harm-causing conduct*) as voorvereiste vir die ondersoek na onregmatigheid en skuld as delikselemente moet wees (parr. 53–4; sien Neethling en Potgieter 2015:27, 227 oor die handeling en skade as deliksvereistes). Volgens die regter is die aanvanklike probleem met die kind se eis die afwesigheid van fisieke skade aan sy persoon of eiendom (par. 55). Dieselfde probleem doen hom ook voor by die ouers se eis in die geval van onregmatige geboorte. In die ouers se geval is die probleem in ons reg oorkom (sien *Edouard* 590 en *Mukheiber* par. 49) deur te aanvaar dat die skade nie geleë is in die aantasting van die ouers se persoon of eiendom nie, maar “in the additional financial burdens that the parents had to carry as a result of the birth of the child” (par. 59). Daar bestaan sekerlik 'n regsplig om nie 'n persoon se onderhoudslas op onredelike wyse te verswaar nie en 'n verswaarde onderhoudslas is 'n erkende vorm van suiwer ekonomiese verlies (vgl. Neethling en Potgieter 2015:297). In *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority SA* 2006 1 SA 461 (HHA) 465 stel appèlregter Harms dit só: “‘Pure economic loss’ in this context connotes loss that does not arise directly from damage to the plaintiff’s person or property but rather in consequence of the negligent act itself, such as ... being put to extra expenses” (sien ook *Minister of Safety and Security v Scott* [2014] 3 All SA 306 (HHA) par. 25; *Fourway Haulage SA (Pty) Ltd v SA National Roads Agency Ltd* 2009 2 SA 150 (HHA) 156). Dit is daarom onduidelik waarom, in regter Froneman se woorde, “[r]ecognition of this kind of harm may not sit comfortably with existing notions of harm in our law of delict” (par. 65). Hierdie erkenning van aanspreeklikheid teenoor die ouers is ingevolge die gemeenregtelike Aquiliese aksie bereik sonder enige steun op grondwetlike waardes of regte, maar kan volgens die hof ook met verwysing na grondwetlike waardes geregverdig word (par. 59).

Terwyl die ouers se reg om op grond van die verswaring van hulle onderhoudsplig te eis, vasstaan, ontstaan die vraag na die kind se posisie waar die ouers nie 'n aksie weens onregmatige geboorte instel nie (parr. 60–2). In hierdie verband verklaar regter Froneman (par. 63):

It remains a practical legal issue. Who should bear the harm or loss now, the child or the medical expert? Given that the Constitution stipulates that the best interests of the child are of paramount importance and the fact that the medical expert will not be liable for anything more than he would have been liable to the mother or parents [for], it is quite conceivable that a court may, when all the facts are known to it after a trial, conclude that the medical expert should be liable to the child for the same loss for which she would have been liable to the parents.

Regter Froneman se gevolgtrekking dat die kind 'n aksie behoort te hê, word gerugsteun deur die feit dat, benewens die grondwetlike verpligting om die beste belang van die kind voorop te stel, die howe 'n gemeenregtelike verpligting het om in die beste belang van kinders op te tree. As oppervoog van alle afhanklike en minderjarige kinders het die howe 'n plig en die gesag om te bepaal wat in die beste belang van kinders is (par. 64).

Die hof se uiteindelijke gevolgtrekking, dat die erkenning van nadeel of skade in verband met die kind se aksie nie noodwendig onversoenbaar met ons gemenebeginsel of grondwetlike beginsels sou wees nie (par. 66), verdien instemming.

3.3.2 Onregmatigheid

Volgens regter Froneman word die bepaling van onregmatigheid in ons reg normatief benader (par. 67):

It allows courts to question the reasonableness of imposing liability, even on an assumption that all the other elements of delictual liability – harm, causative negligence and damages – have been met, on grounds rooted in the Constitution, policy and legal convictions of the community.

Soos by herhaling reeds beklemtoon (sien Neethling en Potgieter 2015:83 e.v. en die bronne daar aangehaal), is die redelikheid om die verweerder aanspreeklik te stel as toets vir onregmatigheid vatbaar vir kritiek en daarom onaanvaarbaar. Een van die besware teen hierdie toets is dat dit vaag is en mank gaan aan konkrete riglyne om die toepassing daarvan moontlik te maak. Dit is waarskynlik waarom selfs die hoogste hof van appèl, nieteenstaande lippediens aan hierdie toets, hom tog telkens weer wend na die twee geykte toetse vir onregmatigheid in ons reg, naamlik subjektiewe regskenning en regspeligverbreking. Hier word volstaan met twee voorbeelde uit die regspraak. Die eerste is *Crown Chickens (Pty) Ltd v Rocklands Poultry v Rieck* 2007 2 SA 118 (HHA) 122, waar die hof na vermelde toets verwys, maar uiteindelik die geykte benadering met betrekking tot regskenning toepas, naamlik dat die aantasting van die fisiese persoon *prima facie* onregmatig is, welke onregmatigheid deur die aanwesigheid van 'n regverdigingsgrond opgehef kan word. Ook in *Mediterranean Shipping Co (Pty) Ltd v Tebe Trading (Pty) Ltd* [2007] 2 All SA 489 (HHA) 494 stel die hof ook eers die vermelde toets, maar pas daarna eenvoudig die tradisionele regspeligbenadering toe sonder om weer na daardie toets te verwys. Ook hier is dit onbegryplik waarom die hof dit nodig geag het om enigsins hierdie variasie van die onregmatigheidstoets by te haal terwyl dit uiteindelik geen rol by die bepaling van onregmatigheid gespeel het nie (sien ook *Hawekwa Youth Camp v Byrne* 2010 6 SA 83 (HHA) 90–1; *Minister of Correctional Services v Lee* 2012 3 SA 617 (HHA) 624–5). In die konstitusionele hof, in *Steenkamp NO v Provincial Tender Board, Eastern Cape* 2007 3 SA 121 (KH) 138, sien adjunkhoofregter Moseneke onregmatigheid by 'n late ook suiwer as “the failure to fulfil a duty to prevent harm to another”. Uit voorgaande blyk duidelik dat die twee geykte en gevestigde variasies van die toets vir onregmatigheid die gebied in feitlik alle gevalle voldoende dek. Waar dit nie die geval is nie, kan die *boni mores* as (aanvullende)

onregmatigheidskriterium met goeie gevolg toegepas word sonder om die onsekere terrein van die nuwe variasie van die onregmatigheidstoets te betree.

Op die keper beskou pas regter Froneman ook die tradisionele benadering toe waar hy verklaar dat “[p]art of the established wrongfulness enquiry is to determine whether there has been a breach of a legal duty not to harm the claimant, or whether there has been a breach of the claimant’s rights or interests” (par. 69; sien ook *Loureiro v Invula Quality Protection (Pty) Ltd* 2014 3 SA 394 (KH) par. 53). Volgens hom het die kind die grondwetlike reg dat sy of haar belang deurslaggewend moet wees in elke aangeleentheid wat die kind raak. Dit geld ook waar ’n geneesheer ’n verkeerde diagnose gemaak het wat daartoe aanleiding gegee het dat die kind gestremd gebore is. Wanneer die ouers nie ’n eis om finansiële verlies instel nie, behoort dit in die beste belang van die kind te wees dat die verlies nie deur die kind gedra moet word nie, maar deur die geneesheer. Dit kom regsterminologies daarop neer dat daar ’n regsplig op die geneesheer was om nie die verlies te veroorsaak nie; en dat nienakoming van daardie plig die kind se reg ingevolge artikel 28(2) van die Grondwet skend (par. 69). Die regspligbenadering is in hierdie verband verkieslik bo regskenning, omdat dit hier, soos genoem, oor die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies gegaan het. Die regsplig as onregmatigheidsmaatstaf word bepaal deur die regsopvattinge van die gemeenskap (die *boni mores*), soos toegelig deur openbare en regsbeleidsoorwegings en grondwetlike waardes wat in die handves van regte vervat word. In *Minister for Safety and Security v Scott* [2014] 3 All SA 306 (HHA) par. 32 stel appèlregter Theron dit met betrekking tot suiwer ekonomiese verlies soos volg:

Neethling *et al* [2015:307–8] rightly state that the courts have held that the wrongfulness of an act causing pure economic loss almost always lies in the breach of a legal duty. The authors note that there is no general duty to prevent pure economic loss. As to whether, in a particular case, there was a legal duty to avoid pure economic loss, the yardstick is the general criterion of reasonableness or *boni mores*. This involves the exercise of a value judgment which embraces relevant facts and considerations of policy.

Waar die belange van kinders ter sprake kom, is die beste belang van die kind as grondwetlike waarde van deurslaggewende betekenis.

Dit behoef weinig betoog dat daar volgens die *boni mores*, soos veral toegelig deur die beste belang van die kind, ’n regsplig op ’n geneesheer rus om ouers sodanig in te lig oor die fisiese welstand al dan nie van hulle ongebore kind dat hulle ’n ingeligte besluit kan neem om met die swangerskap voort te gaan al dan nie. Verbreking van hierdie plig wat tot die geboorte van ’n gestremde kind, en dus nadeel, aanleiding gee, behoort onregmatig te wees nie net teenoor die ouers nie, maar ook teenoor die kind.

Regter Froneman maak korte metten met die beswaar dat die geneesheer se optrede nie onregmatig is nie omdat dit tot onbeperkte aanspreeklikheid kan lei. Volgens hom is die skade beperk omdat net die ouers of die kind kan eis, nie beide nie, of kumulatief (par. 70). Voorts is die regter nie oortuig dat die sluis sal oopgaan vir persone met gestremdheid om eise teen hulle ouers in te stel nie. Om met ’n afsonderlike eis teen die ouers of moeder te slaag, sou die kind moes aantoon dat dit onregmatig en nalatig van die moeder was om nie ’n aborsie te ondergaan nie terwyl sy voor die geboorte van die gestremdheid geweet het. Dit kan moeilik wees om te bewys in die lig van die ouers (veral die moeder) se reg op ’n vrye en ingeligte keuse in verband met reproduksie (par. 71). Om ’n kind se eis teen sy ouers toe te staan, sou hierbenewens regspligtes ongewens wees. Waarskynlik as gevolg van die noue band tussen ouers en kinders word deliktsaksies tussen hulle op etiese gronde met huiwering bejeën. Sover ons weet, het daar nog nie ’n geval in ons reg voorgekom waar ’n kind met ’n deliktsaksie

teen sy ouer[s] geslaag het nie. In die verbygaan kan daarop gewys word dat indien die teenoorgestelde standpunt aanvaar word, die absurde maar logiese uiteinde daarvan aksies soos die sogenaamde eis vir “dissatisfied life” sou kon wees – dit beteken dat ’n kind ’n eis teen sy ouer instel omdat die ouer weens beweerde nalatigheid die kind in sosiaal onaanvaarbare omstandighede die wêreld ingebring het (sien hieroor Blackbeard 1991:60; sien ook Neethling en Potgieter 1992:483–4).

Laastens oorweeg regter Froneman die argument dat erkenning van die kind se eis op een of ander wyse sy waardigheid sal aantas omdat erkenning van ’n skadevergoedingseis sou impliseer dat ’n lewe met gestremdheid minder werd is as een daarsonder (par. 72). Volgens die regter is dit nie noodwendig die geval nie. Erkenning van die eis sou eenvoudig gesien kon word as ’n wyse om die kind te help om saam te leef met die lewenstoestand waarmee hy gebore is en om dit vir die kind moontlik te maak om in die omstandighede so gerieflik moontlik te leef. Daar kan geargumenteer word dat dit nie verskil van gevalle waar skadevergoedingseise verleen word waar die fisieke besering van ’n kind gestremdheid veroorsaak het nie – ’n alledaagse verskynsel in ons howe.

3.3.3 Kousaliteit

Daar kan geen twyfel bestaan nie dat feitelike kousaliteit volgens die “but-for”- of *conditio sine qua non*-toets aanwesig is omdat die kind nie gebore sou gewees het as die geneesheer die ouers betyds en korrek oor die gestremdheid ingelig het nie (par. 74; sien Neethling en Potgieter 2015:188 e.v.). Juridiese kousaliteit behoort in beginsel ook aanwesig te wees, aangesien daar volgens die soepel benadering ’n genoegsaam noue verband tussen die geneesheer se late en die gestremd-gebore kind bestaan dat hierdie gevolg die geneesheer op grond van redelikheid, billikheid en regverdigheid toegereken kan word (sien Neethling en Potgieter 2015:201 e.v.).

3.3.4 Nalatigheid

Nalatigheid word volgens algemene beginsels bepaal. In hierdie verband moet die toets van die redelike geneesheer gebruik word en is die kernvraag of die betrokke geneesheer anders opgetree het as wat die redelike geneesheer in die omstandighede sou gedoen het. Ten einde hierdie vraag te beantwoord, is dit gevestigde reg dat die redelike voorsienbaarheid en voorkombaarheid van skade as toets aangewend word (sien *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430; Neethling en Potgieter 2015:143 e.v. in die algemeen; 151–3 m.b.t. die nalatigheid van mediese praktisyns as deskundiges).

3.3.5 Slotsom

Indien al die bovermelde aanspreeklikheidsvereistes aanwesig is, maak die geneesheer hom skuldig aan ’n delik teenoor sowel die ouers as die kind wat ’n eis vir skadevergoeding fundeer. Die ouers se eis is om skadevergoeding te verhaal vir werklike en verwagte uitgawes vir die onderhoud van die kind, terwyl die kind se soortgelyke eis naas dié van die ouers bestaan (par. 76).

Hierdie situasie is analoog aan ’n geval waar ’n dader ’n delik pleeg teenoor sowel die afhanklike kind as die onderhoudspligtige ouer. Wat die afhanklike betref, is hierdie standpunt in *Guardian National Insurance Co Ltd v Van Gool* 1992 4 SA 61 (A) 66–7 bevestig (sien ook die hof *a quo* 1992 1 SA 191 (W); *Singh v Ebrahim* (1) [2010] 3 All SA 187 (D) 196–7). Die hof beslis dat ’n minderjarige wat beserings opgedoen het as die slagoffer van ’n delik, in beginsel twee deliksaksies het: die aksie weens pyn en lyding om vergoeding vir nievermoënskade te verhaal, en die Aquiliese aksie vir toekomstige vermoënsverlies, soos toekomstige mediese en hospitaaloonkoste en verlies van verdienste. Hierbenewens het die minderjarige ook ’n

reg om onderhoud van haar ouers te eis om onder andere vir haar toekomstige mediese en hospitaalontkoste te betaal. Hierdie standpunt het verskillende implikasies (sien Neethling en Potgieter 1992:482 e.v. vir 'n volledige bespreking): (i) Die minderjarige en haar ouers het samelopende delikseise vir dieselfde toekomstige mediese ontkoste – die dader sal egter nie verplig word om twee maal te betaal nie; (ii) die minderjarige het 'n onderhoudseis teen haar ouers en 'n delikseis teen die dader vir dieselfde toekomstige mediese ontkoste – die minderjarige behoort egter nie toegelaat te word om dubbele vergoeding te verhaal deur haar onderhoudseis as *res inter alios acta* vir doeleindes van die delikseis te beskou nie; en (iii) 'n ouer kan 'n mededader ten opsigte van sy minderjarige kind wees – of hierdie implikasie op beleidsgronde geregverdig kan word, is debatteerbaar. (Vgl. in hierdie verband parr. 64 en 71 van regter Froneman se uitspraak.)

3.3.6 Vergoeding vir vermoënskade en nievermoënskade

Wat vergoeding betref, wou regter Froneman hom nie daarvoor uitspreek of die kind se eis verder as skadevergoeding vir werklike uitgawes strek nie (par. 77). Vergoeding vir nievermoënskade hoort nie by die Aquiliese aksie tuis nie, maar by die aksie weens pyn en lyding, waar vergoeding vir onder meer pyn en lyding en verlies van lewensgenietinge geëis kan word. Vir laasgenoemde aksie word die veroorsaking van liggaamlike besering van die eiser vereis (Neethling en Potgieter 2015:16–7). In die lig van die feit dat die kind se eis weens vermoënskade nou in beginsel erkenning geniet, is dit moeilik te begryp dat 'n kind se moontlike eis vir nievermoënskade enigsins nog in twyfel getrek kan word. Die nadelige gevolge van die feit dat die kind gestremd gebore is, is tweërlei: aan die een kant die finansiële las met betrekking tot mediese en ander uitgawes, en aan die ander kant die fisieke en psigiese lyding wat die gestremdheid meebring. In beginsel kan daar tog geen verskil tussen hierdie twee skadeposte wees nie. Om die kind 'n eis weens moontlike persoonlikheidsnadeel wat met die fisies-psigiese integriteit verband hou – soos pyn en lyding (liggaamlik en geestelik), misvorming (mankheid en vertrekkings), verlies van lewensgenietinge (verlies van die vermoë en die wil om aan lewensbedrywighede deel te neem en die lewe te geniet) en verkorte lewensverwagting (sien hieroor Neethling en Potgieter 2015:260-1; Potgieter e.a. 2012:108–11) – te ontsê net omdat daar (oënskynlik) nie 'n “infliction of bodily injury” aan die kind was nie, sou aan hierdie vereiste 'n onredelike voorkeur bo die werklikheid van 'n lewe met gestremdheid verleen. Die realiteit is dat die gestremd-gebore kind inderdaad (ekstreme) pyn en lyding, gebrek aan lewensgenietinge en so meer kan ervaar wat die toekenning van vergoeding regverdig. Weiering om die aksie te erken, sou hierdie realiteit versluier agter die fasade dat die vereiste van fisieke besering ontbreek. Geregtigheid en billikheid, die beste belang van die kind en sy waardigheid eis dat die aksie weens pyn en lyding in hierdie verband ontwikkel moet word. Sodanige ontwikkeling sou beslis die gees, strekking en oogmerke van die handves van regte bevorder (art. 39(2) van die Grondwet).

4. Samevatting

Terwyl die aksie weens onregmatige lyding vanweë gestremdheid tot voor *H v Fetal Assessment Centre* in ons reg deur sowel die hooggeregshof as die hoogste hof van appèl van die hand gewys is (sien *Stewart; CJH; Friedman*), het die konstitusionele hof nou bevind dat daar wel bevind sou kon word dat die aksie bestaan. Of dit die geval is, en in welke vorm, moet deur die hooggeregshof uitgemaak word. Laasgenoemde hof moet dan bepaal, indien die aksie in deliksvorm geformuleer is, of al die delikselemente, te wete die handeling, skade, onregmatigheid, nalatigheid en kousaliteit, aanwesig is en dat skadevergoeding gevolglik toegeken kan word. Dit moet gedoen word binne die eise van die Grondwet met betrekking tot grondwetlike regte en waardes wat die beste belange van die kind voorop moet stel. Uiteindelik besluit die konstitusionele hof dat die deliksvereistes wel die potensiaal

het om by die onderhawige aksie toepassing te vind. Dit is egter jammer dat die hof nie 'n mening wou uitspreek of ook nievermoënsregtelike nadeel soos pyn en lyding en verlies aan lewensgenietinge deur die aksie vergoed kan word nie.

Ons doen aan die hand dat die aksie weens onregmatige lyding vanweë gestremdheid wel binne die sfeer van die deliktereg erken behoort te word, omdat al die elemente van 'n delik goedsikks binne die toepassingsgebied van die aksie neerslag kan vind. Voorts behoort sowel skadevergoeding vir vermoënskade as vergoeding vir nievermoënskade met die aksie verhaal te kan word.

Bibliografie

Blackbeard, M. 1991. Die aksie vir "wrongful life": "to be or not to be?". *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 54(1):57–74.

—. 1996. Actions for wrongful birth and wrongful life. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 59(4):711–5.

Chürr, C. 2009. A delictual claim based on "wrongful life": is it possible? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 72(1):168–74.

Coetzee, L.C. 2012. An analysis of judicial pronouncements by South African courts on the action for wrongful life. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 75(3):422–50.

Giesen, I. 2009. Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 72(2):257–73.

Human, S. en I. Mills. 2010. The immeasurable wrongfulness of being: the denial of the claim for wrongful life. *Stellenbosch Law Review*, 21(1):67–89.

Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2015. *Neethling-Potgieter-Visser Deliktereg*. 7de uitgawe. Durban: LexisNexis.

—. 1992. Aquiliese aksie van 'n kind vir mediese koste weens persoonlike beserings. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 55(3):480–4.

Potgieter, J.M., L. Steynberg en T.B. Floyd. 2012. *Visser en Potgieter Skadevergoedingsreg*. Kaapstad: Juta.

Van den Heever, P. 2006. Prenatal medical negligence in South African medical law: Wrongful life (the right not to be born) and the non-existence paradox. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 69(2):188–200.

Van Niekerk, C. 2012. Wrongful life claims: A failure to develop the common law? *Stellenbosch Law Review*, 23(3):527–39.