

# Die eis om onregmatige lewe: bestaanbaar in die deliktereg of word die gemenerereg buite sy perke gestrek?

Marike Rabie

---

Marike Rabie, Belastingregkonsultant KPMG, Kaapstad

---

## **Opsomming**

Alhoewel onregmatige-geboorte-eise reeds in Suid-Afrika erken word, word onregmatige-lewe-eise tot op datum nie toegestaan nie. Die konstitusionele hof het egter in *H v Fetal Assessment Centre 2015 2 SA 193 (KH)* 'n nuutgevonde positiwiteit jeens hierdie eise uitgespreek. Dit lyk of dié hof op distributiewe geregtigheid steun om talle tradisionele struikelblokke teen erkenning van die eis te oorkom.

Die kernvraag is of onregmatige-lewe-eise bestaanbaar in die deliktereg is. Die konstitusionele hof se uitspraak ondersteun die samelewing se toenemende erkenning van die beginsel van die kwaliteit van lewe eerder as die beginsel van die inherente waardigheid van lewe. Die onlangse erkenning van 'n geassisteerde-genadedood-eis bied 'n voorbeeld hiervan.

Alhoewel die konstitusionele hof die saak in eksepsie beslis het, is dit duidelik dat die hof, deur te steun op artikel 28 van die Grondwet, die konsep van die beste belange van die kind as basis vir die uitspraak gebruik en sodoende die deliktuele elemente van veral skade en onregmatigheid aansienlik uitbrei.

Hierdie artikel kritiseer egter bogenoemde benadering. Die "beste belang van die kind" is 'n inherent vloeibare konsep wat maklik misbruik kan word om 'n uitkoms te regverdig. Dit lyk ook of die hof te nougeset fokus op die spesifieke feite wat voor die hof dien, sonder om die implikasies van die erkenning van 'n onregmatige lewe-eis deeglik te oorweeg. Die gevaar is dat die deliktuele elemente van veral skade en onregmatigheid buite hul perke gestrek word. Sodoende word daar 'n presedent geskep, maar sonder die nodige riglyne om dit in toekomstige gevalle te kan toepas.

Die vrae wat onregmatige-lewe-eise van die hof vra, is oorweldigend in die aangesig van die min alternatiewe oplossings beskikbaar. Daar word aan die hand gedoen dat onregmatige-geboorte-eise, wat reeds in Suid-Afrika erken word, 'n beter balans as onregmatige-lewe-eise tussen teenstrydige belange handhaaf en daarom 'n beter oplossing as laasgenoemde kan bied.

**Trefwoorde:** beste belange van die kind, defekte, delik, distributiewe geregtigheid, genadedood, gestremdheid, geregtigheid, handeling, korrektiewe geregtigheid, handeling,

kousaliteit, kwaliteit van lewe, onregmatige-geboorte-eise, onregmatige-lewe-eise, onregmatigheid, skade, skuld, skuldlose aanspreeklikheid

### **Abstract**

#### **The claim for wrongful life: Can the law of delict accommodate such claims or is the common law extended beyond its limits?**

Wrongful life claims pose difficult ethical, moral and social questions. The law, and especially the law of delict, cannot shy away from these questions. While the law of delict and specifically the element of unlawfulness have to reflect the legal convictions of the community, at the same time one has to be mindful of the role it plays in preventing limitless liability. In this context, wrongful life and wrongful birth are juxtaposed, based on the recent judgment of the constitutional court in *H v Fetal Assessment Centre* 2015 2 SA 193 (CC). Even though this case was decided on exception, the court reflects a positive attitude towards wrongful life claims, which in itself is a first in South Africa. To date, the delictual elements of harm and wrongfulness provided a guard against the successful instigation of wrongful life claims. This article questions the constitutional court's approach and investigates the consequences that allowance of these claims would entail for the law of delict specifically, but also for the broader society.

Firstly, wrongful life claims are differentiated from wrongful birth claims. The last-mentioned is a claim instituted by the parents of a child born with disabilities. The plaintiffs claim that the medical practitioner failed to inform them of the presence of genetic or congenital defects and therefore deprived them of the opportunity to make an informed decision about whether to abort the foetus or not. In such a case, the parents are limited to claiming damages for patrimonial damage and cannot institute a claim for non-patrimonial damage on behalf of their child. Wrongful birth claims are recognised in South Africa. Wrongful life claims, on the other hand, are claims instituted by a child born with disabilities. The child claims that were his or her parents informed of his or her disability, they would have terminated the pregnancy and consequently the child would not have to live a life with disabilities. Because wrongful life claims are instituted by the child, the child can claim damages for both patrimonial and non-patrimonial damage, leading to large sums of money potentially claimed from medical practitioners. Wrongful life claims are not yet recognised, but the recent judgment of the constitutional court paved the way for future litigants potentially to succeed with claims of this nature.

Secondly, the stance taken on what the role and function of the law of delict should be, is fundamental to wrongful life claims. Two notions of justice have evolved, namely corrective and distributive justice. Whereas corrective justice places an emphasis on the bilateral nature of the relationship between the wrongdoer and the victim, distributive justice functions multilaterally and takes broader considerations into account. In *McFarlane v Tayside Hospital Board* 2000 2 AC 59 the judge stated that "tort law is a mosaic in which principles of corrective justice and distributive justice are interwoven and in situations of uncertainty and difficulty a choice has to be made between the two approaches". If wrongful life claims are to be accommodated by the law of delict, the emphasis seems to shift from traditional notions of corrective justice to distributive justice. The outcome of the constitutional court's judgment seems to support this notion. This is, however, not in line with the traditional approach to the law of delict and has the potential to create a myriad of problems for the law of delict as we understand and study it today.

Through an analysis of two cases, *Stewart v Botha* 2008 6 SA 310 (SCA) and *H v Fetal Assessment Centre*, the application of the delictual elements are analysed and compared. *Stewart v Botha* concluded that the law of delict cannot accommodate wrongful life claims. The court stated that the question posed by these cases, namely whether it is better to live with a defect than not to live at all, is so fundamental regarding humanity that it should not be asked of the law. In *H v Fetal Assessment Centre*, however, the court accepted that the law of delict cannot accommodate wrongful life claims in terms of the current common law. Therefore, if these claims are to be allowed, the law of delict must be developed significantly to accommodate wrongful life claims. The court relied on the principle of the best interests of the child to circumvent traditional obstacles to this claim and suggested potential development of the law of delict. The court emphasised that courts have the power to develop the common law, even though the common law could be stretched beyond its traditional boundaries.

This article criticises the constitutional court's approach by reliance on a number of arguments which attempt to place wrongful life claims in context. For instance, the legal culture is relevant and plays a fundamental role. The legal convictions of the community have undergone a change and now tend to focus on the quality of life, rather than the intrinsic and inherent value thereof. The recent acknowledgement of assisted suicide in *Stransham-Ford v Minister of Justice and Correctional Services* is an example of this. In this context it can be expected that wrongful life claims will become increasingly prominent. But if that is the case, this article criticises the application of the delictual elements and highlights practical considerations which the constitutional court does not seem to have taken into account.

The constitutional court identified the harm in the case of wrongful life as the potential financial burden on the child if the parents do not institute a wrongful birth claim. The problem is, however, that this type of harm is contingent and would materialise only if the parents do not institute their own claim. What would the court's conclusion be if the parents instituted their own claim? Would the child not have suffered harm in such a case, despite the fact that the child has to live with the same disability? This approach to harm is inconsistent with the law of delict and creates the impression that the harm that the child suffers is conditional and would arise only in specific circumstances. If the court is satisfied that harm is conditional and that the claim could be allowed, the element of harm would have to be significantly developed in order to come to the conclusion that claims can be allowed in cases where there is potential harm, as opposed to the traditional approach that harm is the founding block of the law of delict. The court's approach could also give rise to a situation where parents refrain from instituting a wrongful birth claim in order rather to have the option to institute a wrongful life claim, in order to be able to claim more. If this is the case, the development of the law of delict may be guided by financial considerations, which is not ideal.

The determination of the amount of damages to be awarded is also problematic. If the child's current position has to be compared with the potential position the child would be in if his or her parents had decided to terminate the pregnancy, the determination of damages becomes impossible. This is the problem that the court in *Stewart v Botha* attempted to avoid. If the court in *H v Fetal Assessment Centre* approved the wrongful life claim, it implies that the traditional method according to which damages are calculated is also adjusted. It would be preferable if the court at least then provided criteria according to which this could be done and can be applied in future cases.

Wrongfulness is another traditional hurdle that the constitutional court seems to jump over. Reliance is placed on the notion of distributive justice to conclude that the medical

practitioner is in the best position to carry the financial burden. Again, this is in contrast to the general principles of the law of delict.

Thirdly, the practical implications of allowance of wrongful life claims are considered, which strongly mitigates against the constitutional court's approach. Wrongful life claims can easily be abused when parents have the benefit of hindsight. The large *quantum* that can be claimed can provide an incentive to institute such claims. The facts available to the medical practitioner at the time of consulting the parents are also never clear-cut and require a value judgement to be exercised. Awareness of wrongful life claims can induce parents to request more and more pre-birth tests to be conducted, which are harmful to both the mother and baby and by themselves cannot produce conclusive evidence of the baby's health. Allowance of these claims also tends to imply that a life with defects is less valuable than a life without them. Defects can be viewed as unacceptable and thereby affect the dignity of many people living with disabilities.

Lastly, medical practitioners, especially gynaecologists and obstetricians, have to take out costly insurance in order to protect themselves against a flood of lawsuits. Over the last number of years this has led to a decreasing number of practitioners who can afford and are willing to provide this type of service. While both wrongful life and wrongful birth claims could make practitioners more aware of the standard of care that they provide, these could also lead to a situation where essential medical services are not readily available to pregnant mothers. The adverse effects in such a case weigh much more heavily than the potential gains.

The conclusion is that wrongful life claims pose very difficult questions and require significant development of the law of delict. The development required of especially the elements of harm, wrongfulness and the calculation of damages emphasise the need to take practical considerations into account. It appears that the constitutional court has failed to do so in *H v Fetal Assessment Centre*. At the same time, the law of contract, insurance and the possibility of a special fund that could be created to address these claims are unsatisfactory alternatives. The article suggests that wrongful birth claims, which are already recognised in South Africa and allow a relatively smaller *quantum* to be claimed, could strike a better balance than wrongful life claims by addressing the same factual scenario in a more satisfactory way.

**Keywords:** best interests of the child, causation, conduct, corrective justice, damage, defects, delict, disability, distributive justice, euthanasia, fault, justice, quality of life, strict liability, wrongful birth claims, wrongful life claims, wrongfulness

## 1. Inleiding

Vir die meeste mense is die geboorte van 'n kind en die lewe self rede tot feesviering.<sup>1</sup> Die realiteite gepaardgaande met 'n lewe van gestremdheid impliseer egter dat daar ook ander, minder feestelike uitkomst is. Soms, as gevolg van onder andere nalatige mediese advies, word gesinne gekonfronteer met die realiteite van 'n lewe met gestremdheid. Die eis om onregmatige lewe is 'n eis wat deur 'n kind, verteenwoordig deur sy ouers, teen 'n mediese praktisyn ingestel word. Die eisorsaak berus op die premis dat 'n mediese praktisyn op 'n onregmatige en nalatige wyse versuim het om spesifieke genetiese toetse met die nodige sorg uit te voer. Die ouers was gevolglik nie ten volle ingelig oor die teenwoordigheid van defekte by hul ongebore kind nie en beweer dat indien hulle ingelig was, hulle beëindiging van die swangerskap sou gekies het. Die implikasie hiervan is natuurlik dat die kind dan nie

'n lewe met gestremdheid tegemoet sou gegaan het nie.<sup>2</sup> Skade wat in so 'n geval geëis word, behels ekonomiese onkoste ten opsigte van die kind se onderhoud, ekstra onkoste wat aangegaan moet word as gevolg van die kind se gestremdheid en ook nievermoënskade vir die kind se pyn en lyding.<sup>3</sup>

Onregmatige-lewe-eise moet onderskei word van onregmatige-geboorte-eise. Met 'n onregmatige-geboorte-eis is die ouers van die kind self die eisers. Die onregmatige-geboorte-eis berus op die bewering dat 'n mediese praktisyn nalatig versuim het om die moontlikheid van 'n genetiese gestremdheid tydens swangerskap vas te stel of versuim het om die ouers van spesifieke genetiese risiko's in te lig. Die skade in laasgenoemde geval bestaan uit onderhoudskostes vir die kind en moontlike nievermoënskade vir beide die ouers vir die ontwrigting van hul familielewe.<sup>4</sup> Behalwe dat die eisers hier die ouers is, in teenstelling met onregmatige-lewe-eise, waar die kind die eiser is, kan die ouers met 'n onregmatige-geboorte-eis ook nie die nievermoënskade eis wat deur pyn en lyding veroorsaak word nie.<sup>5</sup> Alhoewel beide eise die bewering behels dat die swangerskap beëindig sou gewees het indien die ouers volledig ingelig was, is die eise op verskillende regsbeginnsels gebaseer. Terwyl onregmatige-geboorte-eise wel in die Suid-Afrikaanse reg toegestaan word, word die eis om onregmatige lewe tans nie erken nie. Dit is nietemin 'n aangeleentheid van geweldige belang.<sup>6</sup> Met die drastiese vordering wat in mediese tegnologie gemaak word, veral ten opsigte van voorgeboortelike toetse, verkry onregmatige-lewe-eise al hoe meer prominensie.

Die konstitusionele hof wys in *H v Fetal Assessment Centre*<sup>7</sup> tereg daarop dat die gebruik van die term *onregmatige lewe* onwenslik is – die vraag is nie of die kind se lewe onregmatig is nie, maar of die reg vergoeding moet toestaan aan 'n kind weens die feit dat hy met 'n gestremdheid moet leef.<sup>8</sup> Daar is egter nie 'n meer gepaste term neergelê nie en daar word dus voortaan steeds na die eis verwys as 'n eis om onregmatige lewe.<sup>9</sup>

Daar word eerstens gefokus op die rol en funksie van die deliktereg, aangesien dit deurslaggewend is vir die potensiele bestaan van onregmatige-lewe-eise. Tweedens word Suid-Afrikaanse regspraak, en spesifiek die onlangse uitspraak in *H v Fetal Assessment Centre*, oor onregmatige-lewe-eise bespreek. Die relevansie van die regsomgewing en aanpasbaarheid van die reg word daarna beklemtoon. Potensiele struikelblokke vir hierdie eis word as kritiek bespreek, tesame met 'n aantal praktiese implikasies wat met so 'n eis gepaard gaan voor 'n gevolgtrekking bereik word ten opsigte van die erkenning van so 'n eis in die deliktereg.

## 2. Rol en funksie van die deliktereg

Die lewensvatbaarheid van die erkenning van 'n eis om onregmatige lewe word bepaal deur die rol en funksie wat aan die deliktereg toegeskryf word. Die regskultuur bepaal hoe die regsisteem hierdie kwessie beskou en watter waardes aan die teenstrydige belange geheg word. Regsvergelyking kan 'n rol speel by die benadering tot hierdie sosiale, morele en regskwessie, alhoewel die oplossing tot die probleem altyd kontekstueel sal wees.

Die klassieke funksie van die deliktereg is om regserkenning aan belange te skenk en hierdie belange teen aantasting te beskerm. Sou 'n versteuring van hierdie belange wel plaasvind, funksioneer die deliktereg om die ewewig weer te herstel.<sup>10</sup> Die deliktereg bepaal dan die gevalle wanneer 'n persoon die skade wat hy veroorsaak het, moet vergoed. In hierdie konteks het die deliktereg 'n sterk individualistiese karakter.<sup>11</sup>

Aanspreeklikheid vloei nie outomaties voort bloot omdat 'n persoon skade aan 'n ander veroorsaak het nie en impliseer nie noodwendig dat hy aanspreeklik gehou sal word daarvoor nie.<sup>12</sup> Al vyf deliktuele elemente, naamlik skade, handeling, kousaliteit, onregmatigheid en skuld, moet teenwoordig wees alvorens aanspreeklikheid opgelê sal word.<sup>13</sup> In die afwesigheid van een van hierdie elemente kan 'n eis, ongeag hoe verdienstelik, nie slaag nie.

Daar bestaan hoofsaaklik twee beskouings van geregtigheid in hierdie konteks: korrektiewe geregtigheid en distributiewe geregtigheid.

### **2.1 Korrektiewe geregtigheid**

Aristoteles was ten gunste van korrektiewe geregtigheid en beskryf dit as 'n wyse om 'n transaksie tussen twee persone te korrigeer en sodoende 'n regverdige uitkoms te bereik.<sup>14</sup> Korrektiewe geregtigheid vereis dat die slagoffer in dieselfde posisie geplaas moet word waarin hy of sy sou gewees het as dit nie vir die regsending was nie.<sup>15</sup> Die wyse waarop die regsplig gekoppel word aan party-outonomie en die waarde wat geheg word aan die wil van die individu, is op een lyn met die beginsels van korrektiewe geregtigheid. Die reg funksioneer dus om die status quo te herstel.<sup>16</sup>

Vir korrektiewe geregtigheid om toepassing te vind, moet die aanspreeklikheid van die verweerder vasgestel word – die fundamentele vraag is dus of die verweerder die oorsaak van die eiser se skade was.<sup>17</sup> Skuldlose aanspreeklikheid word baie moeiliker binne hierdie konteks geakkommodeer.<sup>18</sup> By die bepaling of die las van die slagoffer na die verweerder geskuif behoort te word, word die verweerder se skuld as 'n deurslaggewende faktor gebruik. Gevolglik word die bilaterale verhouding tussen die verweerder en die slagoffer beklemtoon, asook die kousale verband tussen die partye.<sup>19</sup>

Onder twee belangrike vereistes vir deliktuele aanspreeklikheid is die handeling en kousaliteit. Hierdie twee elemente verbind die eiser en verweerder aan mekaar op 'n direkte, bilaterale wyse wat onderskeibaar is van hul verbintenis met die res van die gemeenskap. Sodoende word die oplegging van aanspreeklikheid op die verweerder geregtig.<sup>20</sup> Dit is egter strydig met die konsep van distributiewe geregtigheid.

### **2.2 Distributiewe geregtigheid**

In teenstelling met korrektiewe geregtigheid, vind ons distributiewe geregtigheid. Distributiewe geregtigheid is ingestel op die verspreiding van voordele en laste en funksioneer multilateraal, teenoor die bilaterale werking van korrektiewe geregtigheid. Distributiewe geregtigheid vereis dat die totale verdeling van welvaart bepalend moet wees, eerder as die onderskeie deliktuele elemente. Sodoende word die fokus geplaas op 'n proporsionele verdeling en vergoeding geskied op grond van meriete en nie aan die hand van die skuld van die verweerder nie.<sup>21</sup> Distributiewe geregtigheid oorweeg nie net die individuele partye voor die hof se belange nie, maar ook dié van die gemeenskap in die geheel.<sup>22</sup>

Die waarde wat aan skuld geheg word, dui 'n belangrike verskil tussen korrektiewe en distributiewe geregtigheid aan. Met distributiewe geregtigheid word die herverdeling van welvaart nie gedoen aan die hand van die skuld van die verweerder nie.<sup>23</sup> Anders as met korrektiewe geregtigheid, word skuld nie hier vereis ten einde die herverdeling van welvaart te regverdig nie.<sup>24</sup>

Die vertrekpunt hier is normatief van aard. Aan die hand van kriteria soos welvaart word daar bepaal wat elke lid van die samelewing behoort toe te kom. Om hierdie rede word daar wyer as net die twee betrokke partye gekyk ten einde 'n sosiaal aanvaarbare oplossing te bewerkstellig.

Die uitgangspunt is dat die standpunt wat ingeneem word ten opsigte van geregtigheid, bepalend is in die erkenning en *quantum* van onregmatige-lewe-eise. Indien daar van distributiewe geregtigheid gebruik gemaak word, word 'n proporsionele verdeling van hulpbronne voorop gestel en 'n oplossing wat vir die samelewing in sy geheel bevredigend is, word bewerkstellig. Aangesien skuld nie 'n voorvereiste vir die toepassing van hierdie beginsel is nie, kan die uitkoms drasties verskil, afhangend van die teorie wat toegepas word.

### **2.3 Geregtigheid en onregmatige-lewe-eise**

Die onderskeid tussen korrektiewe en distributiewe geregtigheid kan die uitkoms van onregmatige-lewe-eise bepaal. In *McFarlane v Tayside Hospital Board*<sup>25</sup> word die volgende oor die keuse gesê: “[T]ort law is a mosaic in which principles of corrective justice and distributive justice are interwoven and in situations of uncertainty and difficulty a choice has to be made between the two approaches.”<sup>26</sup>

Die deliktereg bepaal wanneer 'n verweerder 'n eiser moet vergoed vir skade wat gely is – dit is per definisie dus bilateraal van aard. Die klem is duidelik op die teenoorstaande partye en hul botsende belange. Die gebruik van distributiewe geregtigheid in hierdie konteks pas moeilik in hierdie raamwerk in. Distributiewe geregtigheid beskou die eis vanuit 'n breër sosiale konteks en beslis oor die bestaan van regte en pligte vanuit 'n nuttigheids- of sosiale perspektief. Dit is egter strydig met die onderliggende, basiese idee van die deliktereg.<sup>27</sup>

Die morele struktuur van die deliktereg soos dit tans bestaan, kan moeilik die tipe koste-voordeel-analise wat distributiewe geregtigheid vereis, akkommodeer. Die deliktereg is gebaseer op die konsep dat konflikte tussen die botsende belange van gelyke partye opgelos moet word. Die onderliggende idee is dus party-otonomie en die aanname dat elkeen oor sy eie hulpbronne beskik soos hy goed dink. Indien die redelikheid van A se gedrag egter afhang daarvan of 'n regverdigte balans gehandhaaf word tussen die voordeel wat A verkry en die koste wat B daarvoor moet dra, eerder as om te fokus op die vraag of A op 'n skuldige en onregmatige wyse inbreuk gemaak het op B se regserkende belange, word nie A of B as heerser oor sy hulpbronne geag nie. Hulle hulpbronne word in so 'n geval kumulatief beskou en die toelaatbaarheid van optrede word dan nie gereguleer deur die feit of A op 'n skuldige en onregmatige wyse inbreuk gemaak het op B se regte nie, maar eerder of A 'n voldoende aantal van sy hulpbronne aan B toewy.<sup>28</sup> Om hierdie redes is die konsep van distributiewe geregtigheid nie versoenbaar met die aanvaarde, gemeenregtelike basis vir deliktuele aanspreeklikheid nie.

Dit impliseer egter nie dat daar geen ruimte bestaan vir distributiewe geregtigheid om 'n rol te speel nie. Die klassieke aard en funksie van die deliktereg is bloot nie die mees gepaste forum hiervoor nie. Die inherente waardes van distributiewe geregtigheid kan nietemin steeds uiting vind in onder andere die beleidsoorwegings wat deur die hof in ag geneem word. Dit is ook nie noodwendig 'n nul-somspel waar slegs korrektiewe of distributiewe geregtigheid eksklusief toegepas moet word nie. Distributiewe geregtigheid kan byvoorbeeld as addisionele regverdiging dien vir 'n belang wat deur korrektiewe geregtigheid beskerm word. Daar bestaan dus 'n normatiewe verband tussen die twee.<sup>29</sup> Veral wanneer die konsep van geregtigheid as 'n morele beginsel eerder as 'n vorm van geregtigheid

beskou word, kan daar gesamentlike toepassing van beide korrektiewe en distributiewe geregtigheid wees.<sup>30</sup>

Indien die deliktereg en geregtigheid vanuit 'n bilaterale konteks beskou word, word 'n deliktspleger en slagoffer geïdentifiseer. Ten einde die skade te herstel wat aangerig is, moet die slagoffer in die posisie geplaas word waarin hy of sy sou gewees het indien die delik nooit plaasgevind het nie. Hierdie uitgangspunt skep 'n aantal struikelblokke in die benadering tot onregmatige-lewe-eise en word in die volgende afdelings bespreek.

### 3. Suid-Afrikaanse regspraak met betrekking tot onregmatige-lewe-eise

Alhoewel die eis om onregmatige geboorte reeds in Suid-Afrika erken word, is onregmatige-lewe-eise tot op datum nog nie toegestaan nie. Hierdie eis het egter al in opspraakwekkende uitsprake na vore gekom en word vervolgens bespreek.

#### 3.1 *Stewart v Botha*<sup>31</sup>

Die ma van 'n gestremde seun het in hierdie saak 'n onregmatige-geboorte-eis ingestel en die pa namens die seun 'n onregmatige-lewe-eis. Die kind het aan ernstige spinale en breindefekte gely wat gedurende amniosentese vasstelbaar is.<sup>32</sup>

Die respondent het egter eksepsie aangeteken op grond daarvan dat die aksie nie 'n eisoorzaak bevat nie. Die gronde vir hierdie argument was dat daar geen plig op die dokter was om te verseker dat die seun nie gebore word nie en indien so 'n eis wel erken word, dit *contra bonos mores* sou wees.<sup>33</sup> Die dispuut in die hof het dus grootliks gehandel oor die onregmatigheid van die mediese praktisyn se versuim om die ouers van die defekte in te lig.<sup>34</sup>

Die hoogste hof van appèl beslis dat die aksie geen eisoorzaak bevat nie.<sup>35</sup> Met verwysing na *Speck v Finegold*<sup>36</sup> verklaar die hof dat die vertrekpunt van so 'n ondersoek is om 'n onmoontlike vergelyking tussen 'n lewe met gestremdhede en niebestaan te tref.<sup>37</sup> In die bespreking van onregmatigheid verwys die hof na beleidsargumente soos die moontlikheid dat kinders eise teen ouers sal kan bring indien die ouers gekies het om nie die swangerskap te beëindig nie, dat mediese praktisyns oorversigtig sal wees of dat eise vir klein defekte aangemoedig sal word.

Die hof oorweeg ook artikels 11, 12(2)(a), 27, 28(1)(d) en 28(2) van die Grondwet. Met betrekking tot die reg op lewe beslis die hof dat die inherente waardigheid van lewe die gevolgtrekking noodsaak dat so 'n eis nie toegestaan kan word nie. Indien die teendeel bevind word, sou dit impliseer dat die kind se lewe met gestremdhede minder werd is as sy niebestaan – dit sou op sigself 'n skending van die reg op lewe wees.<sup>38</sup>

Met betrekking tot die beste belange van die kind en die reg op mediese dienste en gesondheidsorg verklaar die hof dat daar geen twyfel bestaan dat dit in die seun se beste belang is om toegang tot alle moontlike mediese dienste te kan hê nie. Die vraag is egter wie daarvoor aanspreeklik moet wees.<sup>39</sup>

In die lig van die inhoud van die sogenaamde plig van die mediese praktisyn teenoor die kind, die ooreenstemmende reg van die kind, onregmatigheid en skade, beslis die hof dat die vergelyking van 'n lewe met gestremdhede met niebestaan onvermybaar is. Indien die



gevolgtrekking bereik word dat niebestaan verkieslik is, word 'n arbitrêre voorkeur aan sekere beleidsargumente verskaf, terwyl ander nie in aanmerking geneem word nie.<sup>40</sup>

Die deliktuele elemente van skade en onregmatigheid was twee van die struikelblokke vir die erkenning van die eis. Onregmatigheid kon nie bewys word in die lig van die hof se bevinding van die afwesigheid van 'n regsplig op die dokter om die ouers in te lig en sodoende te verseker dat aborsie van die fetus sou volg nie. Vrae oor die aanwesigheid van skade was ook 'n praktiese probleem. Die hof beslis, in die nou reeds bekende aanhaling, dat die kernvraag "goes so deeply to the heart of what it is to be human that it should not even be asked by the law".<sup>41</sup> Die hof kom dus tot die gevolgtrekking dat die reg nie veronderstel is om hierdie diep, morele en etiese vrae te beantwoord nie en die aksie word van die hand gewys.<sup>42</sup>

### 3.2 *H v Fetal Assessment Centre*<sup>43</sup>

Die uitspraak van die hoogste hof van appèl in *Stewart* het as aansporing gedien vir die instel van 'n onregmatige-lewe-eis in *H v Fetal Assessment Centre*.<sup>44</sup> Dié eis is ingestel deur 'n seun wat met Downsindroom gebore is. Sy bewering is dat indien sy moeder volledig ingelig was deur die dokter wat by die sentrum werksaam is, sy die swangerskap sou beëindig het. Die skadevergoeding wat geëis word, is spesiale skadevergoeding vir gelede en toekomstige mediese uitgawes en algemene skadevergoeding vir die gestremdheid en sy pyn en lyding.<sup>45</sup> Die sentrum het eksepsie aangeteken op grond van die *Stewart*-uitspraak en gevolglik beweer dat die eis nie 'n erkende eisoorzaak openbaar nie. Die hoë hof<sup>46</sup> het die eksepsie gehandhaaf en daar is na die konstitusionele hof geappelleer.

Gegewe dat die bestaande gemenerereg nie die eisoorzaak erken nie, eis die applikant dus dat die gemenerereg ontwikkel moet word om die kind se eis toe te staan.<sup>47</sup> Afgesien van die onderliggende grondwetlike regte wat so 'n eis aanraak, naamlik die reg op menswaardigheid, kinderregte en die reg op liggaamlike integriteit, vereis artikel 39(2) van die Grondwet ook dat die gemenerereg ontwikkel moet word om die gees, oogmerke en strekking van die handves van regte te weerspieël.<sup>48</sup> Die hof beklemtoon die feit dat die erkenning van so 'n eis nie 'n inkrementele ontwikkeling van die gemenerereg tot gevolg sou hê nie.<sup>49</sup> Die huidige gemenerereg sou met die erkenning van so 'n eis in geheel verander word en sou 'n fundamentele verandering teweegbring.

Die konstitusionele hof gebruik die konsep van die beste belange van die kind as uitgangspunt en omseil daarmee die tradisionele struikelblokke wat met onregmatige-lewe-eise geassosieer word.

#### 3.2.1 *Deliktuele elemente*

Die hof se benadering tot elke element word in hierdie afdeling bespreek. Kritiek op dié uitspraak en addisionele kommentaar word in die voorlaaste afdeling gelewer. Die hoofpunte van kritiek hou met die elemente van skade en onregmatigheid verband.

##### 3.2.1.1 Skade

Skade word beskryf as die hoeksteen van die deliktereg.<sup>50</sup> Sonder om dit eksplisiet te noem, verwys die konstitusionele hof aanvanklik na die konsep van korrektiewe geregtigheid. Die hof beslis dat die skadeveroorsakende handeling geassesseer word tussen twee persone – een wat die skade veroorsaak en die ander wat die skade ly.<sup>51</sup> Dit stem dus ooreen met die bilaterale eienskap van korrektiewe geregtigheid.

Skade was tradisioneel (saam met kousaliteit en onregmatigheid) die deliktuele element wat teen die erkenning van die eis gesprek het. Die (beweerde) afwesigheid van hierdie element het daartoe gelei dat die onregmatige-lewe-eis nog nie in die Suid-Afrikaanse reg toegestaan is nie.

Die skade wat geïdentifiseer word, is dat die misdiagnose 'n las op die kind plaas waar die ouers nie teen die mediese praktisyn eis nie.<sup>52</sup> In reaksie op die hoogste hof van appèl se uitspraak beskryf die konstitusionele hof dit egter as 'n praktiese regs-kwessie en nie 'n metafisiese probleem nie.<sup>53</sup> Die uitgangspunt is dus dat die skade in die vorm van 'n finansiële las op die kind geïdentifiseer word slegs indien die ouers nie self 'n onregmatige-geboorte-eis instel nie.<sup>54</sup>

Die hof steun verder op die beginsel van distributiewe geregtigheid en die beste belange van die kind om die aanwesigheid van skade te bewys en te regverdig. Die hof beslis dat die beste belange van die kind erkenning moet geniet en dat die mediese praktisyn teenoor die kind vir die verlies aanspreeklik behoort te wees.<sup>55</sup>

Die hof erken dat skade van hierdie aard nie maklik in die huidige deliktereg-raamwerk geakkommodeer kan word nie. Terselfdertyd beklemtoon die hof egter die bevoegdheid wat die Grondwet aan howe verleen om die gemenereg uit te brei.<sup>56</sup>

### 3.2.1.2 Onregmatigheid

Dit is nie voldoende vir deliktuele aanspreeklikheid dat 'n handeling bloot skade veroorsaak nie. Die skade moet ook op 'n onregmatige wyse veroorsaak word.<sup>57</sup> Onregmatigheid is die tweede element wat tot op hede gedien het as struikelblok vir die erkenning van onregmatige-lewe-eise. In die deliktereg funksioneer onregmatigheid as 'n hekwag en voorkom die oplegging van grenslose aanspreeklikheid.<sup>58</sup> Die *boni mores*-maatstaf word gebruik en behels die vraag of die gemeenskap die handeling as deliktueel afkeurenswaardig ag.<sup>59</sup> 'n Aspek van die onregmatigheidselement behels die vraag of daar 'n skending van die eiser se regte of van die verweerder se regsplig was. Die bestaan al dan nie van 'n regsplig om nie die skade te veroorsaak nie hang dus van die regssoortuigings van die gemeenskap af.<sup>60</sup>

In *H v Fetal Assessment Centre* word beslis dat die onregmatigheidsanalise moet bepaal of daar 'n verbreking van 'n regsplig of 'n skending van die eiser se regte was.<sup>61</sup> Veral hier kom die beste belange van die kind na vore. Die hof verwys daarna dat die beste belange van die kind van fundamentele belang is en dat dit kan impliseer dat die skade nie by die kind moet rus indien die ouers nie sou eis nie. Die hof beslis dat dit die basis kan wees vir die bestaan van 'n regsplig op die mediese praktisyn om nie die skade te veroorsaak nie.<sup>62</sup> 'n Nalatige en onregmatige versuim deur die mediese praktisyn kan dus die regsplig skend, asook die kind se regte ingevolge artikel 28(2) van die Grondwet.<sup>63</sup>

Wat beleidsoorwegings betref, behandel die hof onbepaalde aanspreeklikheid met sy beslissing dat óf die kind óf die ouers kan eis, maar dat beide eise nie toegelaat sal word nie.<sup>64</sup> Die hof wys ook die argument van die hand dat erkenning van die eis inbreuk sal maak op die kind se menswaardigheid en dat dit sal impliseer dat 'n lewe met 'n gestremdheid minder werd is as een daarsonder. Volgens die hof moet hierdie eis bloot beskou word as 'n wyse om 'n kind by te staan in sy toestand en dit vir hom moontlik te maak om so gemaklik as moontlik te leef.<sup>65</sup>

Die gevolgtrekking van die hof dat daar geen algemene gronde bestaan in die konteks van onregmatigheid wat dit onredelik sal maak om aanspreeklikheid op te lê nie, is vernuwend in die Suid-Afrikaanse konteks.<sup>66</sup>

### 3.2.1.3 Kousaliteit

Alhoewel die mediese praktisyn nie die defek veroorsaak het nie, sou die geboorte en daaropvolgende lewe met gestremdhede nie plaasgevind het as dit nie vir die misdiagnose was nie.<sup>67</sup> Daar word dus voldoen aan die *but for*-toets vir feitelike kousaliteit. Die hof erken dat beleidsoorwegings steeds tot gevolg kan hê dat juridiese kousaliteit nie teenwoordig is nie en dat die skade dus as te ver verwyderd beskou kan word.<sup>68</sup>

### 3.2.1.4 Nalatigheid

Die konstitusionele hof verklaar bloot dat nalatigheid in ooreenstemming met die algemene beginsels bewys moet word en dat erkenning van die eis nie die tradisionele beginsels in hierdie verband sal wysig nie.<sup>69</sup> Die toets van die redelike mediese praktisyn sal dus gebruik word. Nalatigheid is waarskynlik nie 'n omstrede element in die konteks van onregmatige-lewe-eise nie. Die betrokke mediese verweerder se standaard van optrede in hierdie gevalle sal afwyk van die standaard van optrede wat van 'n redelike mediese praktisyn in daardie vertakking van sy beroep verwag kan word.<sup>70</sup>

### 3.2.2 Samevatting

Die hof kom tot die gevolgtrekking dat die eis om onregmatige lewe moontlik kan bestaan. Dit is op sigself reeds 'n ontwikkeling in die Suid-Afrikaanse reg. Die hof beslis ook dat selfs al sou erkenning van die aksie die deliktereg buite sy perke strek, howe die inherente bevoegdheid het om die gemenerereg te ontwikkel. Die konstitusionele hof maak dus gebruik van hierdie bevoegdheid en van die beste belange van die kind om die nuutgevonde positiewe jeens onregmatige-lewe-eise te regverdig. Implisiet verskaf die hof dus die nodige aanmoediging aan die hoë hof om die saak te heroorweeg en tot 'n ander bevinding te kom.

Die konstitusionele hof het hom nie uitgespreek oor die vraag of die eis slegs werklike uitgawes sou dek en of nievermoënskade ook toegelaat sal word nie.<sup>71</sup> Indien die eis om onregmatige lewe egter toegestaan word, impliseer dit dat die hof tevrede is dat skade teenwoordig is. Die skade wat die kind dan geag word te ly, is tweeledig: eerstens die finansiële uitgawes wat 'n lewe met gestremdheid meebring en tweedens skade ten opsigte van sy of haar pyn en lyding. Dit lyk nie of die hof verder 'n onderskeid sal maak en vergoeding vir slegs een van die twee skadeposte sou toelaat, *ceteris paribus* nie.<sup>72</sup>

## 4. Relevansie van die regskultuur

Die konteks waarbinne die reg funksioneer, is van groot belang in die erkenning van eise. Dit geld veral die deliktereg, waar openbare beleid 'n fundamentele rol in die bepaling van onregmatigheid en juridiese kousaliteit speel. Die Amerikaanse uitspraak *Park v Chessin*,<sup>73</sup> waar 'n aksie vir onregmatige lewe vir die eerste keer in die VSA erken is, beklemtoon dat die reg aanpasbaar moet wees.

Op mediese gebied is daar al baie deurbrake gemaak, veral in die konteks van gesinsbeplanning en voorgeboortelike skanderings. Dit het 'n aantal etiese, morele en

regsdilemmas na vore gebring. Die onsekerhede wat telkens met nutgevonde kennis en tegnologie gepaardgaan, kan tot 'n konflik van belange lei wat deur 'n regstelsel behandel moet word. Mediese nalatigheid vorm die basis van 'n nuwe tipe litigasie en daar word toenemend hierop in eise gesteun.<sup>74</sup>

Waar daar voorheen byna uitsluitlik op die beginsel van die inherente waarde van lewe gefokus is, lyk dit of daar tans 'n beweging is na die beginsel van die kwaliteit van lewe.<sup>75</sup> Die regsomgewing vereis dat daar erkenning gegee moet word daaraan dat die lewe, in enige vorm, nie meer tot elke prys bo die niebestaan daarvan verkies word nie. Kwaliteit van lewe speel 'n wesenlike rol in die debat.

Die sukses wat in sommige lande met onregmatige-lewe-eise behaal is, het 'n presedent geskep vir die instel van genadedood-aksies deur 'n toenemende aantal eisers wat op hierdie uitsprake steun.<sup>76</sup> Die konteks waarin onregmatige-lewe-eise beskou moet word, het dus 'n drastiese verandering ondergaan.

#### **4.1 Kontekstuele faktore in Suid-Afrika**

Onregmatige-lewe-eise raak implisiet die debat rakende die inherente waarde van lewe aan. Die inherente waardigheid van die lewe was tradisioneel 'n argument wat geopper was teen die erkenning van onregmatige-lewe-eise. As gevolg van wetgewing en veranderende sosiale waardes is hierdie argument egter besig om in Suid-Afrika afgewater te raak.<sup>77</sup>

Die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996 beklemtoon artikel 12(1)(b) van die Grondwet, naamlik die reg op liggaamlike en psigiese integriteit. Ingevolge dié wet word 'n aborsie tot op 12 weke toegestaan in normale gevalle en tot op 20 weke indien daar 'n wesenlike risiko is dat die fetus aan 'n erge fisieke of geestelike abnormaliteit sal ly.<sup>78</sup>

Hierdie wet gee nie net aan 'n vrou se liggaamlike integriteit erkenning nie, maar ook aan die gemeenskap se regsgevoel dat die lewe nie in alle omstandighede verkieslik is bo niebestaan nie.<sup>79</sup> Daar bestaan 'n korrelasie tussen 'n land se erkenning van die reg op liggaamlike integriteit en onregmatige-lewe-eise. In lande waar 'n vrou 'n baie beperkte reg op liggaamlike integriteit het, is daar baie sterk teenkanting teen onregmatige-lewe-eise. In teenstelling hiermee plaas die lande waar die eis om onregmatige lewe wel erken word, die minste beperkings op 'n vrou se reg op liggaamlike integriteit.<sup>80</sup> Alhoewel korrelasie nie gelyk is aan kousaliteit nie, is die mate van erkenning van die reg op liggaamlike integriteit in 'n land wel 'n goeie aanduiding van die regsgevoel ten opsigte van die waardigheid van lewe.

Die onlangse erkenning van die eis om geassisteerde selfdood in Suid-Afrika ondersteun hierdie neiging.<sup>81</sup> In *Stranham-Ford v Minister of Justice And Correctional Services* staan die hof die aansoek van 'n terminale-kanker-pasiënt toe om by die neem van sy eie lewe deur 'n gekwalifiseerde mediese praktisyn bygestaan te word. Sodoende is daar erkenning gegee aan bystand met selfdood – 'n handeling wat voorheen as 'n misdryf beskou is. Hierdie saak is 'n toonbeeld daarvan dat howe, gegewe die toenemende progressiwiteit van die samelewing, al hoe meer uitgedaag word deur liberale kwessies.

Boonop word die Suid-Afrikaanse regskultuur ook grotendeels beïnvloed deur die regte en onderliggende waardes vervat in die Grondwet. Soos die konstitusionele hof tereg uitwys, vereis die handves van regte dat die beste belange van die kind vooropgestel moet word in enige aangeleentheid wat die kind raak.<sup>82</sup> Die hof beslis dat in gevalle waar die eis om onregmatige lewe nie toegestaan word nie, die beste belange van die kind telkens nie genoeg beklemtoon word nie.<sup>83</sup> In Suid-Afrika word die beste belange van kinders uitdruklik

deur die Grondwet beskerm.<sup>84</sup> Die Grondwet vereis ook dat die reg die grondwetlike waardes en regte moet weerspieël.<sup>85</sup>

Die reg moet aanpasbaar wees en kontekstueel funksioneer. Uit die voorgaande bespreking is dit duidelik dat die Grondwet vereis dat die beste belange van die kind voorrang moet geniet. Indien hierdie belange beskou word saam met die standpunt wat ingeneem word ten opsigte van aborsie, genadedood en argumente rakende die kwaliteit van lewe eerder as die inherente waardigheid van lewe, kan dit onomwonde gestel word dat die regsgevoel van die gemeenskap vereis dat onregmatige-lewe-eise erkenning behoort te geniet. Indien dit die geval is, is daar sekere oorwegings wat aandag moet geniet ten opsigte van die praktiese uitvoerbaarheid en langtermynimplikasies van hierdie eise.

## 5. Kritiek

### 5.1 Inleiding

Die erkenning van 'n eis om onregmatige lewe funksioneer nie in isolasie nie. Só 'n eis kan verreikende gevolge inhou. Dit lyk of die konstitusionele hof nie voldoende aandag skenk aan baie van hierdie gevolge nie, terwyl die spesifieke feite wat voor die hof dien, oorbeklemtoon word. Van die relevante oorwegings word in hierdie afdeling bespreek. Hierdie oorwegings moet vanuit die konteks van die deliktereg beskou word; daarom word veral struikelblokke wat die elemente van skade en onregmatigheid inhou, as kritiek geopper.

### 5.2 Skade

Deur aanspraak te maak op 'n remedie, word vergoeding geëis vir skade wat gelyk is as gevolg van 'n skending van belange.<sup>86</sup> Skade word beskryf as die nadelige inwerking op 'n vermoëns- of persoonlikheidsbelang wat die reg as beskermenswaardig ag.<sup>87</sup>

#### 5.2.1 Aard van die skade

Die skadevergoeding wat in *H v Fetal Assessment Centre* geëis word, is tweeledig. Spesiale skadevergoeding word geëis vir gelede en toekomstige mediese uitgawes en algemene skadevergoeding vir die kind se gestremdheid en pyn en lyding.<sup>88</sup> Dus word vermoënskade en nievermoënskade geëis. Die tydstip waarop die skade bepaal moet word, is die vroegste datum waarop al die elemente van 'n delik teenwoordig is.<sup>89</sup>

Die skade wat die eiser ly, kan nie toegeskryf word aan die feit dat hy met gestremdhede moet lewe nie, aangesien die defekte reeds ten tye van die nalatigheid van die mediese praktisyn teenwoordig was en nie deur die mediese praktisyn veroorsaak is nie.<sup>90</sup>

Soos reeds gemeld, identifiseer die konstitusionele hof in *H v Fetal Assessment Centre* die skade as die las op die kind indien die ouers nie self 'n onregmatige-geboorte-eis teen die mediese praktisyn instel nie.<sup>91</sup> Die hof identifiseer een party wat skade veroorsaak het, asook die finansiële las wat die ouers dra. Indien die ouers nie 'n eis instel nie, moet die kind 'n eis te kan instel.<sup>92</sup> Die finansiële las tref die kind net indien die ouers nie 'n onregmatige-geboorte-eis sou instel nie. So 'n benadering lei dus tot die vraag: Wat sou die hof se gevolgtrekking wees indien die ouers wel so 'n eis instel – sou dit dan beteken dat die kind vir die hof se doeleindes glad nie skade ly nie of dat sy gelede skade geïgnoreer word?

Die probleem met die hof se benadering is dat dit lyk of die kind se skade voorwaardelik is. Indien die ouers nie 'n eis instel nie, word die voorwaarde vervul en verleen die hof erkenning daaraan dat die kind skade gelyk het. Dit is egter slegs in hierdie spesifieke omstandighede dat die hof bereid is om die skade van die kind te erken. Só 'n benadering strook nie met die algemene beginsels van skade in die deliktereg nie.

Alhoewel die hof die bevoegdheid het om die gemenerereg uit te brei, is dit 'n drastiese uitbreiding wat hier beoog word. Die implikasie is dat eise dan toegelaat kan word waar daar moontlik skade kan wees, in plaas van die vertrekpunt dat skade die hoeksteen van die deliktereg is.

Die feit dat die skade van die kind erken word in gevalle waar die ouers nie eis nie, kan tot omstredende gevolge lei. Wanneer 'n huisgesin die opsie het om 'n onregmatige-geboorte-eis of onregmatige-lewe-eis in te stel, blyk dit dat die motivering vir die instel van 'n onregmatige-lewe-eis in plaas van die reeds erkende eis om onregmatige geboorte 'n hoër *quantum* is wat geëis kan word indien die kind die onregmatige-lewe-eis instel.<sup>93</sup> Die rede vir die verskil in *quantum* is dat die ouers met 'n onregmatige-geboorte-eis nie die pyn en lyding van die kind kan eis nie, aangesien hulle dit nie subjektief ervaar nie. In *Sigournay v Gilbanks*<sup>94</sup> beslis die hof dat ten einde vir pyn en lyding te kan eis, dit subjektief deur die eiser ervaar moet word. Dus, indien die kind die eis om onregmatige lewe instel, is daar 'n groter *quantum* wat moontlik geëis kan word as gevolg van die pyn en lyding wat die kind ervaar. Gevolglik blyk dit dat wanneer 'n keuse tussen die twee eise gemaak moet word, finansiële oorwegings die dryfveer is. Indien die ouers besluit om nie die onregmatige-geboorte-eis in te stel nie, blyk dit dat die motivering daaragter is om 'n groter *quantum* te kan eis indien die kind die onregmatige-lewe-eis in sy of haar eie naam kan instel. Die feit dat die konstitusionele hof in hierdie konteks beslis dat die kind se skade identifiseerbaar is wanneer die ouers besluit om nie 'n eis in te stel nie – dus wanneer die groter *quantum* wat moontlik toegestaan kan word, die beweegrede is – is kommerwekkend. Eenvoudig gestel: die hof se uitspraak impliseer dat die kind slegs skade ly slegs indien die groter *quantum* nagejaag word. Die skade wat die hof erken, is dan nie net voorwaardelik daarop dat die ouers nie 'n eis instel nie, maar ook voorwaardelik daarop dat groter *quantum* die bepalende faktor in die keuse is.

### 5.2.2 Bepaling van skadevergoeding

Die toekenning van skadevergoeding is 'n remedie wat daarop gemik is om die skade wat veroorsaak is, te korrigeer.<sup>95</sup> In die lig van korrektiewe geregtigheid is die *quantum* van die skade 'n bedrag wat die eiser in die posisie sou plaas waarin hy of sy sou gewees het as dit nie vir die delik was nie.

In die Suid-Afrikaanse reg bestaan daar twee standpunte oor die bepaling van skade. Die sommeskadeleer vergelyk die eiser se huidige posisie met die hipotetiese posisie waarin hy sou gewees het as die skade nie aangerig is nie.<sup>96</sup> Alhoewel die sommeskadeleer deur die hoogste hof van appèl onderskryf word, word die konkrete vergelykingsmetode as alternatief gebruik. Hierdie metode neem nie die eiser se hipotetiese posisie in ag nie en die eiser is dus beperk tot werklike skade en nie potensieële toekomstige skade wat kan ontstaan nie.<sup>97</sup>

In *Transnet Ltd v Sechaba Photoscan (Pty) Ltd*<sup>98</sup> is die gebruik van die sommeskadeleer in die Suid-Afrikaanse reg bevestig. Gevolglik sal, in die konteks van onregmatige-lewe-eise, die huidige posisie van die eiser noodgedwonge vergelyk moet word met die hipotetiese posisie waarin hy hom sou bevind het as dit nie vir die delik was nie. Dit kan wesenlike probleme inhou vir die erkenning van die eis om onregmatige lewe.

### 5.2.3 Skadevergoeding in onregmatige-lewe-eise

Aangesien die sommeskadeleer gebruik word om vermoënskade vas te stel, moet die kind se posisie voor die mediese praktisyn se nalatigheid vergelyk word met die hipotetiese posisie waarin hy of sy sou gewees het as dit nie vir die nalatigheid was nie, dus indien die ouers die swangerskap sou beëindig het.

In ander jurisdiksies is weiering van die eis meestal gebaseer op die skade-element en kwantifisering daarvan. In Engeland word daar byvoorbeeld, soortgelyk aan die bevinding in *Stewart v Botha*, beslis dat 'n berekening van skade nie gemaak kan word nie, aangesien die vergelyking wat getref moet word, die bestaan van die kind met gestremdhede met die niebestaan van die kind behels.<sup>99</sup>

Howe in Nederland bevind dat dit onmoontlik is om so 'n vergelyking te maak en die werklike skade te bereken. Die oplossing in *Leids Universitair Medisch Centrum v Molenaar*<sup>100</sup> is dat daar wel 'n vergelyking moet plaasvind ten opsigte van vermoënskade. Wat die eis om nievermoënskade betref, is die doel nie om die eiser se posisie te herstel nie maar om die effek van die skade te verlig. Gevolglik is die eis in Nederland erken en vergoeding vir pyn en lyding ook toegestaan. Die hof het in hierdie saak die probleem met die vergelyking van die eiser se posisie omseil deur te steun op artikel 6:97 van die Nederlandse Siviele Kode. Hierdie artikel bepaal dat die regter die skade moet bepaal op grond van die metode wat die beste ooreenstem met die tipe skade wat teenwoordig is. Waar die skade nie akkuraat bepaal kan word nie, kan 'n geskatte waarde gebruik word.<sup>101</sup> Die hof maak sodoende nie gebruik van die vergelykende metode nie. Boonop is die hof se benadering dat skadevergoeding toegeken word om die effek van die skade te verlig, strydig met die uitgangspunt dat skadevergoeding toegeken word ten einde die eiser te vergoed vir die skade wat hy of sy ly.

Om die bestaan of niebestaan van die kind op te weeg, is volgens Neethling, Potgieter en Visser irrelevant.<sup>102</sup> Dié skrywers is van mening dat die howe agter die kwantifisering van die skade skuil as 'n poging om die eis teen te staan.<sup>103</sup> In die Suid-Afrikaanse konteks voer akademië as alternatief aan dat indien dit nie vir die nalatigheid van die mediese praktisyn was nie, die kind nie gebore sou gewees het nie. Dus ly die kind nou as gevolg van die nalatigheid skade in die vorm van finansiële uitgawes en pyn en lyding en daarom moet die mediese praktisyn daarvoor aanspreeklik wees.<sup>104</sup> Die argument is verder dat aangesien daar by 'n onregmatige-geboorte-eis ook 'n vergelyking gemaak word tussen die bestaan en niebestaan van die kind ten einde die vermoënskade te kwantifiseer, daar geen rede bestaan waarom dit nie ook by onregmatige-lewe-eise gedoen kan word nie.<sup>105</sup> Hierdie argument is analoog aan die konstitusionele hof se bevinding dat een van die eise toegestaan moet word ten einde die skade te versprei en die delikpleger aanspreeklik te hou. Die verskil is egter dat daar met die eis om onregmatige geboorte met konsepte gewerk word wat wel vergelykbaar is, naamlik die ouers se boedel voor en na die geboorte. Met die eis om onregmatige lewe egter, waar die kind self die eiser is, kan so 'n vergelyking prakties nie plaasvind nie. Die onderliggende regsbasis van die twee eise is duidelik onderskeibaar.

Kwantifisering van die skade kan dus 'n wesenlike probleem inhou. Soos reeds genoem, sal daar van die sommeskadeleer gebruik gemaak moet word wat vereis dat die kind se huidige posisie met sy hipotetiese posisie vergelyk moet word. Dit bring die argument van waarnemende appèlregter Snyders in die *Stewart*-saak weer na vore, naamlik dat die bestaan van die kind nie met sy of haar niebestaan vergelyk kan word nie. In *H v Fetal Assessment Centre* is die hof egter gretig om die skade te erken en stel dus implisiet 'n afwyking van die gevestigde deliktuele beginsels voor. Howe beskik oor die bevoegdheid om die gemenerereg uit te brei, maar indien daar 'n uitbreiding plaasvind, sou dit wenslik wees

indien die nodige riglyne daarvoor neergelê word. Indien daar afstand gedoen word van die strenge toepassing van die sommeskadeleer, moet die kriteria daarvoor ten minste duidelik uiteengesit word om leiding vir die toekomstige aanwending daarvan te kan verskaf.

### 5.3 Onregmatigheid

Die vertrekpunt in die deliktereg is dat die skade rus waar dit val.<sup>106</sup> Die nalatige veroorsaking van skade deur 'n late of die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies is nie *prima facie* onregmatig nie – beleidsoorwegings moet bepaal of die verweerder aanspreeklik gehou moet word vir die skade.<sup>107</sup> Met betrekking tot suiwer ekonomiese verlies hang onregmatigheid daarvan af of daar 'n regsplig bestaan het om skade te vermy. Die bestaan van so 'n regsplig is afhanklik van die kriteria van openbare beleid, in ooreenstemming met grondwetlike norme.<sup>108</sup> Beleidsoorwegings wat relevant kan wees, sluit onder andere die sosiale en ekonomiese gevolge van die oplegging van aanspreeklikheid, grondwetlike regte, erns en aard van die skending, die effek van aanspreeklikheid op die verweerder en die aard van die verweerder se optrede in.

Die konstitusionele hof kom met betrekking tot onregmatigheid tot die gevolgtrekking dat daar nie gronde bestaan wat aandui dat dit onredelik sou wees om aanspreeklikheid op te lê nie – gevolglik is onregmatigheid wel teenwoordig.<sup>109</sup> Dit impliseer dus dat die hof tevrede is daarmee dat daar 'n regsplig op die mediese praktisyn was om nie die skade teenoor die kind te veroorsaak nie. Die hof brei egter nie verder hierop uit nie.

Met die eis om onregmatige geboorte bestaan daar 'n regsplig op die mediese praktisyn teenoor die ouers. Die aard van hierdie plig is om die ouers volledig in te lig en sodoende finansiële onkoste te verhoed wat sal ontstaan indien die ouers nie in die posisie was om te kon besluit oor die beëindiging van die swangerskap nie. Met die eis om onregmatige lewe is die eiser egter die kind. Wat sal die aard van so 'n plig ten tye van die delikpleging teenoor die ongebore kind wees? Die afleiding wat gemaak kan word van die hof se bevinding, is dat daar 'n regsplig op die verweerder was om toe te sien dat die kind se geboorte verhoed word. In *Stewart v Botha* was die onvermydelike implikasie van die bestaan van 'n regsplig indien onregmatigheid erken word, een van die argumente teen die erkenning van die eis.

Op grond van die beleidsoorweging van onbepaalde aanspreeklikheid beslis die konstitusionele hof dat erkenning van so 'n eis nie die sluise sal open nie, aangesien die vereistes om met 'n eis te slaag te spesifiek is – daar is slegs een, enkele delikpleger en die ma moes beëindiging van die swangerskap gekies het, sou sy ingelig gewees het.

Gegewe dat onregmatige-lewe-eise eers een jaar na die kind meerderjarig word, sal verjaar, is dit opmerklik dat die beste belange van die kind 'n wesenlike oorweging is.<sup>110</sup> Dit kom egter voor of die hof hierdie konsep gebruik as regverdiging vir die radikale uitbreiding van die gemenereg. Dit is ongetwyfeld in die kind se beste belang om toegang tot goeie mediese behandeling en terapie te kry. Dit blyk egter dat slegs hierdie konsep gebruik word om inhoud aan die *boni mores* te gee, sonder inagneming van ander faktore. Dit sou wenslik gewees het indien die hof minstens ook ander beleidsoorwegings in ag geneem het.

Die gebruik van distributiewe geregtigheid is deurslaggewend vir die hof se gevolgtrekking. Deur na die samelewing in sy geheel te kyk en die dokter waarskynlik te beskou as 'n persoon wat finansiële in 'n beter posisie is om die skade te dra as die eiser, word daar tot die gevolgtrekking gekom dat skade wel teenwoordig is. Soos reeds gemeld, is dit strydig met die basiese uitgangspunt van die deliktereg.



Die hoogste hof van appèl beslis in *Stewart v Botha* dat die belange van die partye *inter se* nie as die enigste oorweging kan dien nie, maar dat 'n balans gehandhaaf moet word tussen die partye se belange en dié van die samelewing in sy geheel. 'n Bespreking van 'n aantal relevante beleidsoorwegings dien as kritiek op die konstitusionele hof se benadering.

### 5.3.1 Beste belange van die kind

Eerstens word daar kommentaar gelewer oor die prominensie van “die beste belange van die kind”. Dit is inherent 'n vloeibare en oop konsep, soos onregmatigheid in die deliktereg. Die probleem is dat dit maklik as regverdiging gebruik kan word vir bykans enige aspek wat die kind raak. Die potensiaal bestaan dus dat die konsep misbruik kan word om enige uitkoms tot elke prys te regverdig.

Hiermee word daar nie aangevoer dat die kind se belange enigsins minder aandag moet geniet nie, maar bloot uitgelig dat die gebruik van so 'n vloeibare konsep as hoofoorweging in die erkenning van die eis tot misbruik kan lei.

### 5.3.2 Potensiaal vir misbruik

Tweedens sluit die konsep van misbruik in die algemeen hierby aan. Ouers kan die erkenning van onregmatige-lewe-eise misbruik. Die eis behels getuienis deur die ma van die kind dat sy die swangerskap sou beëindig het indien sy bewus was van die genetiese defekte. Die geweldige bedrag skadevergoeding wat in sulke gevalle toegestaan kan word, kan as aansporing dien om so 'n eis in te stel.<sup>111</sup> Die omstandighede waarin die relevante voorgeboortelike skanderings gedoen word, skep ook 'n geleentheid vir misbruik van hierdie eise.

Voorgeboortelike skanderings vir defekte is opsioneel. In die VSA word daar beraam dat slegs 3% van alle babas genetiese defekte het.<sup>112</sup> In Engeland en Wallis is dit ongeveer 2%.<sup>113</sup> Die skanderingsproses behels 'n aantal toetse wat gedoen kan word. Aanvanklik word 'n skandering en bloedtoetse gedoen om 'n potensiële risiko van defekte uit te lig. Die resultate hiervan kan gebruik word om te bepaal of verdere diagnostiese toetse gedoen moet word. Wanneer die aanvanklike toetse daarop dui dat daar nie 'n verhoogde risiko teenwoordig is nie, beteken dit byvoorbeeld in die konteks van Downsindroom dat die risiko minder as een uit 300 is. Indien daar 'n verhoogde risiko is, lê die risiko tussen een en twee uit 300.<sup>114</sup> Indien daar op grond van hierdie uitslag op verdere diagnostiese toetse besluit word, word daar van meer indringende prosedures gebruik gemaak, soos amniosentese. Amniosentese is 'n prosedure waar 'n naald gebruik word om van die amniotiese vloeistof rondom die baba te bekom ten einde vir abnormale chromosome te kan toets.<sup>115</sup> Hierdie prosedure is baie riskant en hou gevare vir beide die ma en die baba in en word slegs in verhoogde-risiko-gevalle gedoen. Ten spyte van die indringende prosedure wat gevolg word, kan geen van hierdie toetse 'n definitiewe antwoord verskaf of alle potensiële gesondheidsprobleme geïdentifiseer nie.

Die implikasie hiervan is dus dat selfs met 'n positiewe uitslag van 'n verhoogde risiko, daar nie met absolute sekerheid verklaar kan word dat daar definitief genetiese defekte teenwoordig is nie.<sup>116</sup> Hoe meer toetse egter gedoen word, hoe meer akkuraat kan die baba se gesondheidstatus bepaal word; terselfdertyd word beide die ma en baba se kanse op komplikasies verhoog.<sup>117</sup> Vir 'n ma om dus met die voordeel van nawete (*hindsight*) te getuig dat sy definitief die kind sou geaborteer het indien sy bewus was van die risiko dat die kind potensieel genetiese defekte kan hê, blyk maklik misbruik te kan word. Die omvang van skadevergoeding wat toegeken kan word, kan die instel van hierdie eise aanmoedig.

Howe maak gebruik van 'n objektiewe toets – die vraag is dus of die redelike ouer die swangerskap sou beëindig het. Alhoewel 'n subjektiewe toets 'n baie swaar bewyslas op die ouers sou plaas, word voorgestel dat die praktiese realiteite van 'n swangerskap tussen 'n objektiewe en subjektiewe toets lê. Indien die eis om onregmatige lewe toegestaan word, is dit dus maklik om te beweer dat die moeder die swangerskap sou beëindig het indien sy bewus was van die risiko's, gebaseer op die bevinding dat 'n redelike ouer in dieselfde posisie die swangerskap sou beëindig het. Gegewe dat hierdie toetse selde 'n definitiewe uitkoms gee, is dit nie noodwendig die geval dat die swangerskap beëindig sou gewees het indien die ouers ten volle ingelig was nie. Potensiële misbruik van die eis is dus kommerwekkend en raak ook die aspek van juridiese kousaliteit aan. Indien 'n aksie toegestaan word op grond van die blote risiko dat 'n kind met defekte gebore kan word, word die konsep van skade aansienlik uitgebrei. Onbegrensde aanspreeklikheid raak dan 'n wesenlike risiko.

### 5.3.3 Samelewing se ingesteldheid teenoor persone met gestremdheid

Elke aksie behels implisiet of eksplisiet 'n ontleding van die waardigheid van 'n lewe met gestremdhede.<sup>118</sup> Die doelwit van onregmatige-lewe-litigasie is immers nie om die waarde en gawe van die lewe self te beklemtoon nie, maar eerder om die erns van die gestremdheid te beklemtoon ten einde die skadetoekenning te kan verhoog. Die erkenning van so 'n eis behels ook 'n uitspraak ten opsigte van die samelewing se beskouing van gestremdheid. Daar bestaan baie teenstrydige menings oor hierdie uitgangspunt.

Die konstitusionele hof meld spesifiek dat so 'n eis nie impliseer dat 'n lewe met gestremdhede minder werd is as 'n lewe daarsonder nie en dat so 'n eis beskou moet word bloot as 'n meganisme om 'n kind te help om so gemaklik as moontlik met sy gestremdheid te leef.<sup>119</sup> Daar word ook aangevoer dat erkenning van so 'n eis juis die waardigheid van persone met gestremdhede en die uitdagings wat hulle daagliks ervaar erken, eerder as om dit te ondermyn.<sup>120</sup>

Aan die ander kant kan die erkenning van so 'n eis beskou word as 'n wyse waarop daar implisiet bepaal word dat 'n persoon "normaal" moet wees ten einde bestaansreg te kan hê. Gestremdhede word sodoende as onaanvaarbaar beskou en die samelewing raak onverdraagsaam teenoor persone met gestremdhede.

In die Australiese saak *Harriton v Stephens*<sup>121</sup> beskou die hof die effek van so 'n eis op die waardigheid van persone met gestremdheid as een van die redes teen die erkenning van die eis. Die hof beslis dat die verskillende behandeling van die waardigheid van die lewe van persone met gestremdhede nie geduld kan word nie.<sup>122</sup>

In Frankryk is onregmatige-lewe-eise vanaf 1996 tot 2001 toegestaan op grond van die uitspraak in die sogenaamde *Perruche*-saak.<sup>123</sup> As gevolg van groot politieke druk van groepe wat die regte van persone met gestremdhede verteenwoordig, is wetgewing geïmplementeer wat hierdie eise nou verbied.<sup>124</sup>

Erkenning van onregmatige-lewe-eise behels in 'n mate ook die erkenning dat 'n lewe met gestremdhede nie wenslik is nie.<sup>125</sup> Die president van Downsindroom Internasionaal, Vanessa dos Santos, beskryf die hof se hantering van onregmatige-lewe-eise in *H v Fetal Assessment Centre* as strydig met die Verenigde Nasies se konvensie oor die regte van persone met gestremdhede.<sup>126</sup>

Die konstitusionele hof se uitspraak is presies in ooreenstemming met distributiewe geregtigheid – dus moet daar na die samelewing se belange in die geheel gekyk word. Die

belange van gestremde persone in die algemeen behoort egter nie op risiko geplaas te word ten gunste van die voordeel van enkele gestremde individue nie.<sup>127</sup> Om van die hof te vereis om die onderskeid te maak, kan verdeeldheid skep. Die negatiewe konnotasie wat aan hierdie eise gekoppel is, kan 'n veel groter effek hê as die finansiële gewin.

#### 5.3.4 Mediese implikasies

Soos reeds gemeld, strek die implikasies van die erkenning van so 'n eis baie wyer as net die finansiële gewin van die eiser. Die gevolg daarvan vir mediese aanspreeklikheid is dat dokters, ten einde hulself teen hierdie tipe eise te beskerm, addisionele versekering moet uitneem. Daar is definitief 'n saak daarvoor uit te maak dat sulke eise dokters bedag kan maak op aanspreeklikheid en dat hulle hopelik hul aksies vervolgens sal rig om nalatigheid sover as moontlik te vermy. Die geweldige finansiële las waaronder mediese praktisyne egter gebuk sou gaan, kan tot baie ongewenste gevolge lei.

Die aanspreeklikheid van mediese praktisyne in die geval waar beide vermoënskade en nievermoënskade (vir pyn en lyding) toegestaan word, kan impliseer dat die mediese praktisyne dan vir 'n groter bedrag aanspreeklik sal wees as die ouers se finansiële onkoste ten opsigte van die kind.<sup>128</sup>

Met drastiese stygings in mediese-nalatigheid-litigasie is dit vir baie mediese praktisyne nie meer finansiële bekostigbaar om sekere dienste privaat aan te bied nie. Verloskunde is dié spesialisasieveld wat deur versekeraars as die hoogste-risiko-dissipline beskou word. Vanaf 2016 sal versekering vir hierdie spesialisasieveld R450 000 per jaar beloop – dus, om slegs die versekeringspremie te kan dek, sal 'n mediese praktisyne minstens R37 500 per maand moet verdien.<sup>129</sup> Die gevolg is dat baie dokters nie meer kan bekostig om hierdie dienste in die privaatsektor aan te bied nie en dit dus staak.<sup>130</sup> Suid-Afrika het reeds slegs 0,2 spesialiste vir elke 1 000 pasiënte – die helfte van die internasionale aanbevole getal.<sup>131</sup> Privaatpasiënte moet hulself dus óf tot staatsdienste wend óf na groter sentra reis waar die dienste nog relatief winsgewend deur dokters aangebied kan word. Pasiënte in klein Wes-Kaapse dorpe soos Beaufort-Wes of Clanwilliam moet byvoorbeeld vir elke skandering of swangerskapkomplikasie na Kaapstad reis om mediese dienste in hierdie veld te bekom. Behalwe die ongerief hou dit wesenlike risiko's vir beide ma en baba in indien die nodige mediese sorg nie geredelik beskikbaar is nie.

'n Ander relevante faktor is dat erkenning van onregmatige-lewe-eise dokters oorversigtig kan maak, met die gevolg dat hulle alle moontlike toetse doen om hulself te probeer beskerm. Net so kan die erkenning van hierdie eise ouers noop om oorversigtig te wees. Soos reeds gemeld, hou baie van hierdie toetse wesenlike risiko's in, waarvan die primêre risiko is dat 'n prosedure soos amniosentese tot 'n miskraam kan lei. Die risiko van 'n miskraam met amniosentese is baie vergelykbaar met die risiko dat 'n kind byvoorbeeld Downsindroom kan hê<sup>132</sup> – alhoewel beide laag is, is dit steeds 'n keuse wat ouers moet uitoefen. Dit kan beswaarlik in die beste belang van kinders wees indien erkenning van onregmatige-lewe-eise 'n kultuur skep waar onnodige toetse tot elke prys gedoen word en dit 'n gevaar vir beide die ma en die baba inhou. Sodoende word daar deur deliktuele aansporings 'n wanbalans geskep en gaan mediese praktisyne swaar gebuk onder die las van potensiële aanspreeklikheid.

#### 5.4 Kousaliteit

Ons reg wend 'n soepel benadering<sup>133</sup> ten opsigte van kousaliteit aan om te bepaal of aanspreeklikheid behoort te volg.<sup>134</sup> Die konstitusionele hof verwys na juridiese kousaliteit, maar skenk geen verdere aandag daaraan nie. Alhoewel die saak op eksepsie beslis is, sou

'n bespreking van juridiese kousaliteit tog relevante leiding aan die hoë hof kon bied, veral aangesien die konstitusionele hof erken dat juridiese kousaliteit problematies vir onregmatige-lewe-eise kan wees.

Die feit dat die kind met 'n ernstige gestremdheid moet leef, impliseer dat hy moontlik nie vir homself sal kan sorg en 'n inkomste sal kan genereer nie. Waar sou die grens getrek word ten opsigte van die dokter se aanspreeklikheid vir mediese onkoste en die kind se pyn en lyding? Indien die dokter oor die geheel van die kind se leeftyd aanspreeklik is, neem hy tegnies die finansiële posisie van 'n ouer in. So 'n geval kan tot onbegrensde aanspreeklikheid lei, wat juis deur die elemente van juridiese kousaliteit en onregmatigheid voorkom behoort te word.

Die voorstel is dus dat, aangesien die ouers van die kind gewillig was om 'n gesonde kind te verwek en in te staan vir die finansiële onkoste van so 'n kind, slegs addisionele mediese onkoste en pyn en lyding toegestaan behoort te word, maar nie gewone onderhoudskoste nie.<sup>135</sup>

## 6. Gevolgtrekking

Die eis om onregmatige lewe vra besonder moeilike vrae van die reg, tesame met die aanspraak dat die bestaande gemeenregtelike beginsels wesenlike verandering moet ondergaan om hierdie eise te akkommodeer. Alhoewel die konstitusionele hof baie positief oor die toestaan van die eise is en van mening is dat daar potensieel voldoen kan word aan die deliktuele elemente of dat die gemenerereg as alternatief bloot ontwikkel kan word, bly die fundamentele vraag steeds onbeantwoord: Is die erkenning van hierdie eis wenslik en kan dit deur die delikterereg geakkommodeer word?

Ongeag hoe verdienstelik 'n saak mag wees, bied die reg nie 'n remedie vir elke beweerde onreg nie. Indien die delikterereg as verkose forum gebruik word om die eise te bring, is daar bepaalde vereistes waaraan voldoen moet word. Die doel en aard van die reg is onder andere om aanpasbaar te wees, en dit lyk of dit endemies van die samelewing is dat onregmatige-lewe-eise wel erken moet word. Die regsgevoel van die gemeenskap en veranderende sosiale norme moet in ag geneem word, maar behoort op sigself nie deurslaggewend te wees nie.

Die elemente van skade en onregmatigheid bly wesenlike struikelblokke. Sonder voldoening aan die vereistes van hierdie elemente kan 'n eis nie toegestaan word nie, ongeag die samelewing se beskouing oor die aanneemlikheid van so 'n eis. Die probleme rakende die aard van die skade en kwantifisering daarvan is kwessies wat nie oorkom is deur die uitspraak in *H v Fetal Assessment Centre* nie. Onregmatigheid is die volgende struikelblok. Eerstens is die implikasie van 'n regsplig problematies. Tweedens lyk dit of die hof, deur te steun op distributiewe geregtigheid, slegs sekere beleidsoorwegings in ag neem. Praktiese implikasies, soos 'n dalende aantal mediese praktisyns wat bereid is om dié dienste aan te bied waarop die eis gebaseer is, die potensiaal vir misbruik en die impak van die samelewing se verdraagsaamheid teenoor persone met gestremdhede is van die kwessies wat relevant is tot die samelewing se beskouing van die verspreiding van die verlies. Ongelukkig word hierdie kwessies deur die konstitusionele hof buite rekening gelaat.

Uit *Stewart v Botha* blyk dit dat indien die niebestaan van die kind verkieslik is, daar 'n arbitrêre voorkeur aan sekere beleidsargumente verleen kan word, terwyl ander relevante oorwegings nie in ag geneem word nie. Die konstitusionele hof beklemtoon die feit dat

onregmatige-lewe-eise nie 'n metafisiese kwessie is nie, maar 'n praktiese regsprobleem. In die lig hiervan beskou, word alle relevante faktore en praktiese implikasies by hierdie gevolgtrekking in aanmerking geneem? Dit lyk of daar bloot blindweg en nougeset gefokus word op die beste belange van die kind en om die eis tot elke prys toe te staan, aangesien dit volgens die samelewing die beste verspreiding van die verlies tot gevolg sal hê.

Die feit dat die hof op distributiewe geregtigheid steun, is deurslaggewend. Sodoende lyk dit of die hof dié benadering gebruik om talle struikelblokke te omseil en die gevolgtrekking te regverdig. Vanuit 'n bilaterale beskouing van geregtigheid is hierdie eise baie meer problematies. Beleidsargumente, soos dat die verweerder ongeag die potensiële afwesigheid van deliktuele elemente in 'n beter posisie as die kind is om die las te dra en dat die samelewing die lasverskuiwing vereis, het nie soveel trefkrag indien daar van korrektiewe geregtigheid gebruik gemaak word nie. Indien daar aangedring word op distributiewe geregtigheid is dit éérs duidelik dat die hof selektief na die samelewing se belange kyk.

Die uitgangspunt is dus dat die deliktereg nie voorsiening kan maak vir onregmatige-lewe-eise sonder om buite sy perke gestrek te word nie. Slegs indien die konsepte van skade en onregmatigheid aansienlik uitgebrei word, sal so 'n eis potensieel in die deliktereg kan bestaan. So 'n benadering is onwenslik.

Die gevaar is dat daar op grond van die spesifieke feite wat voor die hof dien, 'n presedent geskep word. Wat is die implikasie egter vir ander gevalle, en selfs belangriker, wat is die langtermyngevolge van hierdie eise? Sal dit op lang termyn dokters byvoorbeeld meer attent maak op die standaard van hul optrede, of sal dit bloot daartoe lei dat hulle weens vrees vir aanspreeklikheid die dienste wat hier verlang word, nie meer aanbied nie, met die gevolg dat ouers slegter daaraan toe is?

Die vrae wat hier ontstaan, is ongelukkig oorweldigend in die lig van die min alternatiewe oplossings beskikbaar. Daar kan as alternatief van die kontraktereg gebruik gemaak word waar skuld glad nie 'n vereiste is nie. Die nadeel is egter dat 'n eiser dan beperk is tot vermoënskade. Wetgewing word ook in talle debatte geopper as 'n alternatief – dit lyk egter nie of die tradisionele struikelblokke so oorkom sal kan word nie. Daar kan moontlik ook van die versekeringsreg gebruik gemaak word. Die waarde van die skadetoekenning hang dan af van die omvang van versekering wat uitgeneem is en nie van 'n arbitrêre bedrag wat aan die waarde van lewe gekoppel word nie. Die probleem is egter dat die vereistes om met so 'n eis te slaag grootliks ooreenstem met dié van die deliktereg. 'n Fonds soortgelyk aan die Padongeluksfonds is ook nie 'n werkbare alternatief nie, aangesien die inkomste van so 'n fonds bloot van pasiënte en mediese praktisyns verhaal sal word – dus bly mediese dienste onbekostigbaar.

Indien die eis nie erken word nie, impliseer dit nie dat daar geen moontlikheid van vergoeding bestaan nie. Onregmatige-geboorte-eise is reeds geredelik in Suid-Afrika beskikbaar. Daar word aangevoer dat die steeds relatief hoë, maar tog kleiner, *quantum* by onregmatige-geboorte-eise in vergelyking met onregmatige-lewe-eise 'n beter balans kan handhaaf tussen die betrokke teenstrydige belange. Onregmatige-geboorte-eise kan ook die doel van afskrikking dien indien dit as 'n ideaal van die deliktereg beskou word.

Alhoewel die lewe vir meeste mense rede tot feesviering is, is dit duidelik dat hierdie stelling van die konstitusionele hof nie vir almal geld nie. Die reg vereis telkens antwoorde op moeilike vrae. In só 'n geval, waar daar 'n aantal fundamentele menseregte ter sprake is, wat wesenlike implikasies vir die deliktereg inhou en wydverspreide sosiale gevolge teweeg kan bring, is dit wenslik dat 'n deeglike analise van alle relevante oorwegings binne die

konteks van die spesifieke vereistes van die deliktereg geskied. Die versuim om dit te doen kan nadeliger wees as om bloot die eis van die hand te wys op grond daarvan dat dit nie iets is wat van die reg gevra behoort te word nie.

## Bibliografie

Boezaart, T. 2015. Wrongful life – The Constitutional Court paved the way for law reform. *Stellenbosch Law Review*, 26(2):399–423.

Data and statistics. 2015. Centers for Disease Control and Prevention. <http://www.cdc.gov/ncbddd/birthdefects/data.html> (14 Augustus 2015 geraadpleeg).

Du Bois, F. 2011. Human rights and the tort liability of public authorities. *Law Quarterly Review*, 127(2):589–609.

Faircloth, R.C. 1993. Keel V. Banach: Alabama gives life to wrongful birth actions. Should we sue for malpractice? *Cumberland Law Review*, 24(3):545–601.

Farber, T. 2014. Mom sues over “wrongful life”. *Cape Times*. <http://www.iol.co.za/capetimes/mom-sues-over-wrongful-life-1.1743036#.Vc3Qak0w-Uk> (14 Augustus 2014 geraadpleeg).

Fokazi, S. 2013. Why being a gynae “is not worth it”. IOL News. <http://www.iol.co.za/news/south-africa/western-cape/why-being-a-gynae-is-not-worth-it-1.1595156#.Vc2-Bk0w-Uk> (14 Augustus 2015 geraadpleeg).

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.

Gruber, A. 2010. A distributive theory of criminal law. *William and Mary Law Review*, 52(1):1–73.

Gumboh, E. 2015. Case discussion: Can a child claim for pre-natal negligence? H v Fetal Assessment Centre. Centre for constitutional rights. <http://www.cfc.org.za/index.php/latest/384-case-discussion-can-a-child-claim-for-pre-natal-negligence-h-v-fetal-assessment-centre> (21 September 2015 geraadpleeg).

Hefer, A. 2015. Medical law – Recognition of “wrongful life” claims and its impact on medical malpractice in South Africa. Markram inc Medical Law. <https://www.markraminc.co.za/knowledge/medical-law-recognition-of-wrongful-life-claims> (24 Augustus 2015 geraadpleeg).

Hensel, W.F. 2005. The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 40(2):141–95.

Honoré, T. 1999. *Responsibility and fault*. Oregon: Hart Publishing.

Horder, J. 2000. *Oxford essays in jurisprudence*. Londen: Oxford University Press.

- Howarth, G.R. 2013. Obstetric risk avoidance: Will anyone be offering obstetrics in private practice by the end of the decade? *South African Medical Journal*, 103(8):513–4.
- . 2015. Litigation benefits state-delivered medicine – but for how long? *South African Medical Journal*, 105(1):13–4.
- Hugo, E.D.V. 1999. The actions for wrongful life, wrongful birth and wrongful conception – A comparative study from a South African perspective. Ongepubliseerde LLD-proefskrif, Universiteit van Pretoria.
- Human, S. en L. Mills. 2010. The immeasurable wrongfulness of being: The denial of the claim for wrongful life. *Stellenbosch Law Review*, 21(1):67–89.
- Keating, G.C. 2000. Distributive and corrective justice in the tort law of accidents. *Southern California Law Review*, 74(1):193–224.
- Loubser, M.M. en J.R. Midgley (reds). 2010. *Deliktereg in Suid-Afrika*. Kaapstad: Oxford University Press, Southern Africa.
- . 2012. *The law of delict in South Africa*. Kaapstad: Oxford University Press, Southern Africa.
- Maré, T.J. 2008. 'n Kritiese analise van die begrip “administratiewe geregtigheid” in die Grondwet, met besondere verwysing na die konkretisering daarvan in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, 3 van 2000. Ongepubliseerde DPhil-proefskrif, Universiteit van die Vrystaat.
- Mbazira, C. 2005. *Litigating socio-economic rights in South Africa – A choice between corrective and distributive justice*. Pretoria: PULP.
- Morgan, D. en B. White. 2005. Everyday life and the edges of existence wrongs with no name or the wrong name? *University of New South Wales Law Journal*, 29(1):239–49.
- Mukheibir, A. 2007. The wages of delict – compensation, satisfaction, punishment? Ongepubliseerde DPhil-proefskrif, Universiteit van Amsterdam.
- . 2008. Wrongful life – The SCA rules in *Stewart v Botha*. *Obiter*, 29(3):515–23.
- Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2015a. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg*. 7de uitgawe. Durban: Lexis Nexis.
- . 2015b. Aksie weens onregmatige lyding vanweë gestremdheid (*wrongful life*). *LitNet Akademies*, 12(3):364–73.
- Nizar, S. 2011. Impact of UNCRPD on the status of persons with disabilities. *Indian Journal of Medical Ethics*, 8(4):223–9.
- Patterson, D. (red.) 2010. *A companion to philosophy of law and legal theory*. Oxford: Wiley-Blackwell.
- Pearl, C. 2008. Amniocentesis: indications and risks. *American Medical Association Journal of Ethics*, 10(5):304–6.

Perry, S.R. 2000. On the relationship between corrective and distributive justice. In Horder (red.) 2000.

—. 2010. Tort Law. In Patterson (red.) 2010.

Prenatal screening and diagnostic tests. 2011. Genetic services of Western Australia [http://www.health.wa.gov.au/docreg/Education/Prevention/Genetics/HP3131\\_prenatal.pdf](http://www.health.wa.gov.au/docreg/Education/Prevention/Genetics/HP3131_prenatal.pdf) (14 Augustus 2015 geraadpleeg).

Prenatal testing. 2006. NSW Health. <http://www.genetics.edu.au/Publications-and-Resources/multilingual-resources/PrenatalTestingEnglish.pdf> (14 Augustus 2015 geraadpleeg).

Sawicki, N.N. 2014. A new life for wrongful living. *New York Law School Law Review*, 58(1):279–302.

Slabbert, M.N. 2011. *Medical law in South Africa*. Londen: Kluwer Law International.

Smith, R. 2001. One in 50 babies has a birth defect: research. *The Telegraph*. <http://www.telegraph.co.uk/news/health/news/8953930/One-in-50-babies-has-a-birth-defect-research.html> (14 Augustus 2015 geraadpleeg).

Somerville M.A. 2001. *Death Talk: The case against euthanasia and physician-assisted suicide*. Montreal: McGill-Queen's University Press.

Spriggs, M. en J. Savulescu. 2008. The Perruche judgment and the “right not to be born”. *Journal of Medical Ethics*, 28(2):63–4.

Van der Walt, J.C. en J.R. Midgley. 2005. *Principles of delict*. 3de uitgawe. Durban: Lexis Nexis Butterworths.

Van Niekerk, C. 2012. Wrongful life claims: A failure to develop the Common Law? *Stellenbosch Law Review*, 23(3):527–35.

## Eindnotas

<sup>1</sup> *H v Fetal Assessment Centre* 2015 2 SA 193 (KH) 19.

<sup>2</sup> Faircloth (1993:545–6).

<sup>3</sup> Giesen (2009:259–60).

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Slabbert (2011:132).

<sup>6</sup> *H v Fetal Assessment Centre* 2015 2 SA 193 (KH).

<sup>7</sup> Par. 19.



<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Neethling en Potgieter (2015b:365) stel voor dat die term “aksie weens onregmatige lyding vanweë gestremdheid” voortaan gebruik moet word.

<sup>10</sup> Neethling en Potgieter (2015a:3).

<sup>11</sup> Van der Walt en Midgley (2005:31).

<sup>12</sup> Neethling en Potgieter (2015a:3).

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Mbazira (2005:103).

<sup>15</sup> Dit stem dus ooreen met die benadering tot kwantifisering van skadevergoeding in die deliktereg.

<sup>16</sup> Mbazira (2005:103).

<sup>17</sup> Mbazira (2005:107–8).

<sup>18</sup> Keating (2000:193–8).

<sup>19</sup> Mukheibir (2007:25).

<sup>20</sup> Du Bois (2011:589–99).

<sup>21</sup> Maré (2008:10).

<sup>22</sup> Mbazira (2005:107–8).

<sup>23</sup> Gruber (2010:12).

<sup>24</sup> Honoré (1999:87).

<sup>25</sup> 2000 2 AC 59.

<sup>26</sup> Par. 83.

<sup>27</sup> Du Bois (2011:599).

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Perry (2000:236–7).

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> 2008 6 SA 310 (HHA).

<sup>32</sup> Par. 1; vir ’n verduideliking van amniosentese, sien par. 5.3.2.

- <sup>33</sup> Par. 3.
- <sup>34</sup> Par. 5; vir 'n bespreking van onregmatigheid, sien par. 3.2.2.2.
- <sup>35</sup> Neethling en Potgieter (2015a:76).
- <sup>36</sup> 408 A 2d 496, 1981 par. 7.
- <sup>37</sup> 2008 6 SA 310 (HHA) par. 16.
- <sup>38</sup> Par. 23.
- <sup>39</sup> Par. 25.
- <sup>40</sup> Par. 27.
- <sup>41</sup> Par. 28.
- <sup>42</sup> Par. 29.
- <sup>43</sup> 2015 2 SA 193 (KH).
- <sup>44</sup> Boezaart (2015:399–440).
- <sup>45</sup> 2015 2 SA 193 (KH) par. 3.
- <sup>46</sup> *H v Kingsbury Foetal Assessment Centre (Pty) Ltd* 2014 ZAWCHC 61.
- <sup>47</sup> *H v Fetal Assessment Centre* 2015 2 SA 193 (KH) par. 2.
- <sup>48</sup> Gumboh (2015).
- <sup>49</sup> 2015 2 SA 193 (KH) par 14.
- <sup>50</sup> Loubser en Midgley (reds.) (2010:472).
- <sup>51</sup> 2015 2 SA 193 (KH) par. 55.
- <sup>52</sup> Par. 65
- <sup>53</sup> Par. 63.
- <sup>54</sup> Par. 61.
- <sup>55</sup> Par. 63.
- <sup>56</sup> Par. 65–6.
- <sup>57</sup> Loubser en Midgley (reds.) (2010:35).

- <sup>58</sup> *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development, Gauteng* 2015 1 SA 1 (KH) 10.
- <sup>59</sup> Loubser en Midgley (reds.) (2010:44).
- <sup>60</sup> Human en Mills (2010:83).
- <sup>61</sup> 2015 2 SA 193 (KH) par. 69.
- <sup>62</sup> Par. 69.
- <sup>63</sup> 2015 2 SA 193 (KH) par. 69; art. 28(2) van die Grondwet: “n Kind se beste belang is van deurslaggewende belang in elke aangeleentheid wat die kind raak.”
- <sup>64</sup> Par. 70.
- <sup>65</sup> Par. 71.
- <sup>66</sup> Par. 73.
- <sup>67</sup> Par. 74.
- <sup>68</sup> *Ibid.*
- <sup>69</sup> 2015 2 SA 193 (KH) par. 75.
- <sup>70</sup> Morgan en White (2005:246).
- <sup>71</sup> Par. 77.
- <sup>72</sup> Neethling en Potgieter (2015b:372).
- <sup>73</sup> 60 AD 2d 80, 400 NYS 2d 110 AD (1977).
- <sup>74</sup> Hugo (1999:1).
- <sup>75</sup> Somerville (2001:44). Die onregmatige-lewe-eis word tans erken in Oostenryk, Italië en Nederland en in vier Amerikaanse state (Kalifornië, Maine, New Jersey en Washington).
- <sup>76</sup> *Stewart v Botha* 2007 6 SA 247 (K) par. 18.
- <sup>77</sup> Art. 2(1)(b)(ii).
- <sup>78</sup> Hugo (1999:371).
- <sup>79</sup> 2015 2 SA 193 (KH) par. 44.
- <sup>80</sup> *Stransham-Ford v Minister of Justice And Correctional Services* 2015 4 SA 50 (GP).
- <sup>81</sup> 2015 2 SA 193 (KH) parr. 40–4.

<sup>82</sup> Par. 45.

<sup>83</sup> Par. 46.

<sup>84</sup> Par. 47.

<sup>85</sup> Loubser en Midgley (reds.) (2010:45).

<sup>86</sup> *Van der Merwe v Road Accident Fund (Woman's Legal Centre Trust as amicus curiae)* 2006 4 SA 230 (KH) par. 37.

<sup>87</sup> 2015 2 SA 193 (KH) par. 3.

<sup>88</sup> Loubser en Midgley (reds.) (2010:234).

<sup>89</sup> Van Niekerk (2012:527–35).

<sup>90</sup> 2015 2 SA 193 (KH) par. 65.

<sup>91</sup> Par. 65.

<sup>92</sup> 'n Ander verklaarbare verduideliking is dat die ouers se eis reeds verjaar het. In beide *Stewart v Botha* en *H v Fetal Assessment Centre* is dit egter nie die geval nie.

<sup>93</sup> 1960 2 SA 552 (A).

<sup>94</sup> Loubser en Midgley (reds.) (2012:4–5).

<sup>95</sup> *De Vos v SA Eagle Versekeringsmaatskappy Bpk* 1985 3 SA 447 (A)451.

<sup>96</sup> Neethling en Potgieter (2015a:238).

<sup>97</sup> 2005 1 SA 299 (HHA) par. 15.

<sup>98</sup> *McKay v Essex Area Health Authority* 1982 2 All ER 771.

<sup>99</sup> LJN: AR5213, Hoge Raad, C03/206HR.

<sup>100</sup> Mukheibir (2008:518–9).

<sup>101</sup> Neethling en Potgieter (2015a:73 vn. 299).

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> Human en Mills (2010:79).

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> *Telematrix (Pty) Ltd v Advertising Standards Authority SA* 2006 1 SA 461 (HHA) par. 1.

<sup>106</sup> Par. 13.

<sup>107</sup> 2008 6 SA 310 (HHA) par. 7.

<sup>108</sup> 2015 2 SA 193 (KH) par. 73.

<sup>109</sup> Hefer (2015).

<sup>110</sup> In *H v Fetal Assessment Centre* 2015 2 SA 193 (KH) word R6,5 miljoen skadevergoeding geëis.

<sup>111</sup> Data and Statistics (2015).

<sup>112</sup> Smith (2001).

<sup>113</sup> Prenatal Screening and Diagnostic Tests (2011).

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> Daar bestaan gevalle waar ouers op grond van hierdie uitslag besluit het om die swangerskap te beëindig waar dit in werklikheid 'n baba met geen defekte hoegenaamd was nie.

<sup>116</sup> Prenatal Testing (2006).

<sup>117</sup> Hensel (2005:194–5).

<sup>118</sup> 2015 2 SA 193 (KH) par. 71.

<sup>119</sup> Human en Mills (2010:83).

<sup>120</sup> (2006) 226 CLR 52.

<sup>121</sup> 2015 2 SA 193 (KH) parr. 128–30.

<sup>122</sup> *Époux X v. Mutuelle d'Assurance du Corps Sanitaire Français*, J.C.P. 2000, II, 10438 (Fr.).

<sup>123</sup> Spriggs en Savulescu (2008:63).

<sup>124</sup> Nizar (2011:228).

<sup>125</sup> Farber (2014).

<sup>126</sup> Hugo (1999:194).

<sup>127</sup> Hefer (2015).

<sup>128</sup> Howarth (2015:14).

<sup>129</sup> Howarth (2013:513–4).

<sup>130</sup> Fokazi (2013).

<sup>131</sup> Pearl (2008:305).

<sup>132</sup> 2015 2 SA 193 (KH) par. 50.

<sup>133</sup> *S v Mokgethi* 1990 1 SA 32 (A).

<sup>134</sup> Neethling en Potgieter (2015a:204–5).

<sup>135</sup> Hugo (1999:440).