

Die lewende testament – is daar regsekerheid in die Suid-Afrikaanse reg?

Marc Welgemoed

Marc Welgemoed, Departement Straf- en Prosesreg, Nelson Mandela Universiteit

Opsomming

Die begrip *lewende testament* verwys gewoonlik na 'n bepaling in 'n testament dat, indien die testateur in 'n permanente vegetatiewe toestand verkeer en afhanklik is van mediese masjiene om aan die lewe te bly, sodanige masjiene afgeskakel moet word. Teoreties gesproke, word lewende testamente nie in die Suid-Afrikaanse reg erken nie. Prakties gesproke is dit egter 'n ander saak: dit blyk dat beide die regs- en mediese praktyke groot waarde aan lewende testamente heg. Dit is belangrik dat regsekerheid aangaande die geldigheid van lewende testamente verkry word, aangesien 'n situasie kan ontstaan waar 'n persoon wat aan 'n terminale siekte ly, verwag dat behandeling gestaak of 'n ventilator afgeskakel moet word – en dat so 'n wens in 'n lewende testament vervat is. Die mediese praktisyn wat die ventilator afskakel of die persoon wat toestemming verleen dat die ventilator afgeskakel word, kan tegnies gesproke aan moord skuldig wees indien bevind word dat die persoon, vir doeleindes van die reg, lewend was ten tyde van die afskakeling.

Hierdie artikel ondersoek die teorie agter lewende testamente, die sienings van beide die regs- en mediese praktyke, asook die benadering wat deur buitelandse jurisdiksies gevolg word. Daar word aangevoer dat die Grondwet 'n belangrike rol speel wat betref 'n persoon se menseregte wat gerespekteer moet word wanneer daar beslis word of 'n lewende testament geldig is al dan nie. Hierdie regte sluit die reg op lewe, gelykheid, menswaardigheid en liggaamlike en verstandelike integriteit in.

Daar sal aangevoer word dat die Suid-Afrikaanse reg ontwikkel moet word – deur middel van regspraak of veral toepaslike wetgewing – om lewende testamente geldig te verklaar. Dit sal regsekerheid bied en onnodige hofsake en gepaardgaande regskoste uitskakel. Verder sal aangevoer word dat so 'n ontwikkeling die transformasiedoelwitte van die Grondwet sal verwesenlik. 'n Persoon het die reg om mediese behandeling te weier en moet dus toegelaat word om dit in 'n lewende testament te vervat, asook dat mediese behandeling onttrek word sonder enige regsimplikasies vir die mediese praktisyn wat so 'n besluit implementeer.

Trefwoorde: genadedood; Grondwet; lewende testament; mediese behandeling; mediese praktyk; menseregte; permanente vegetatiewe toestand; regsekerheid; regspraktyk; Suid-Afrikaanse Regskommissie; terminale siekte; ventilator

Abstract

The living will – Is there legal certainty in South African law?

The concept *living will* generally refers to a clause in a will stating that, if the testator is in a permanent vegetative state and dependent on a ventilator to remain alive, the ventilator should be switched off. In theory, the concept of a living will is not recognised in South African law. In practice, however, the situation appears to differ. Both the legal and medical professions appear to support living wills and recognise their value for individuals. There is currently no legislation in South Africa that regulates the legality of living wills. It is of the utmost importance that legal certainty relating to the legality and enforceability of living wills is reached. A person suffering from a terminal illness may have a living will stating that medical treatment must be ceased or that a ventilator must be switched off. Technically, the medical practitioner who switches off the ventilator as well as the person who authorises this action, can both be charged with murder if it is found that the deceased was, legally speaking, still alive when the ventilator was switched off.

This article examines the theory behind living wills and considers the perspectives of both the legal and medical professions regarding their legality. Some legal practitioners support the legality of living wills and even provide guidelines on the necessary requirements for such documents to have legal force. As for the medical profession, the South African Medical Association (SAMA) advises medical practitioners to approach living wills with caution and to consult with SAMA in cases of uncertainty. SAMA has issued guidelines intended to help protect medical practitioners against the possibility of medical malpractice and possible legal consequences if a person dies as a result of compliance with a living will. In this regard, the customs and practices of the medical profession can be useful guidelines in determining whether living wills should be regarded as valid and enforceable.

Legal academics such as Strauss and McQuoid-Mason argue that, should a person die as a result of the cessation of medical treatment, the withdrawal of artificial feeding or the switching off of a ventilator – all in accordance with the wishes expressed in a living will – the person has, in fact, died of natural causes. They maintain that in such cases, neither the medical practitioner nor any other involved party should be held legally liable, as the death was caused by the underlying terminal illness, not by an unlawful act. This argument reflects academic support for the legality and enforceability of living wills. The determination of the time of death however remains a crucial factor, and this issue is briefly discussed in this article.

Furthermore, the article also examines the legal position in selected foreign jurisdictions. The legal positions of the Netherlands, Canada and New Zealand, all of which allow for the existence of living wills through legislation, may offer valuable insights for South Africa.

In this article, it is submitted that a person's fundamental human rights play a significant role in the determination of the validity of a living will. These rights enshrined in the Constitution – the supreme law of the country – must be respected. Any law inconsistent with the Constitution is invalid to the extent of the inconsistency. The fundamental rights, relevant to the arguments in this article, include the rights to life, equality, human dignity, and freedom and security of the person. Some of these rights are intertwined and should be respected collectively, such that a person's wishes, as contained in a living will, are honoured and given effect to. For example, the right to equality may be undermined if one patient is permitted to refuse medical treatment

in person, while another is not allowed to do so through a living will. Furthermore, while the right to life is fundamental and respected by the law, a person's right to dignity must also be considered. Thus, their wishes – even if contained in a living will – should be respected.

It is evident that both the legal and medical professions respect these fundamental rights and, for that reason, tend to regard living wills as legally enforceable. It is expected that the legal convictions of the community, or *boni mores*, will be influenced by these rights to the point that living wills are regarded as valid and enforceable.

It will be argued that South African law must be developed, either through a landmark court decision or, preferably, through dedicated legislation. Legislation would create legal certainty and reduce unnecessary litigation and concomitant legal costs. Such development of the law will bring about transformation, replacing the uncertain legal position of the past with greater clarity. If a person has the right to refuse medical treatment, such a person must surely be allowed to stipulate such a desire in a living will. This would provide assurance to both the medical practitioner carrying out the person's wishes and any family member granting such proxy consent, that they will not attract any legal liability upon the person's death.

It is unclear why the law has not yet developed in this regard. The South African Law Commission has already drafted concept legislation in 1997 to regulate euthanasia, palliative care and living wills. More recently, the National Health Amendment Bill of 2018 proposed clear guidelines for the validity of living wills. However, none of these has been enacted into law. As far as case law is concerned, legislation is preferable, as there is no guarantee that the courts will adopt a similar perspective on issues relating to euthanasia, palliative care and living wills.

A living will featured prominently in *Clarke v Hurst* 1992 2 SACR 676 (D), although the court never pronounced on its validity. Since then, no other court decision has dealt with the issue of living wills. However, the inconsistency of the courts' perspectives in this area of the law is evident from decisions in *Stransham-Ford v Minister of Justice and Correctional Services* and its appeal, *Minister of Justice and Correctional Services v Estate Late Stransham-Ford*. The question remains: Why has legal certainty not evolved since the decision of the court in *Clarke*? It is submitted that little has changed. However, it must be noted that the Interim Constitution came into effect in 1994, followed by the final Constitution in 1996, ushering in a democratic dispensation with the Constitution as supreme law of the country.

On the face of it, this shift should make it easier for living wills to be recognised as legal and enforceable, given the constitutional rights discussed above. However, the task may also be more complex, especially where the death of person can ensue, as the right to life remains deeply significant and the most important of all fundamental rights.

Whatever the case may be, the formal recognition and enforceability of living wills is desirable. It would provide legal certainty and peace of mind to terminally ill individuals, as well as to their families and loved ones. These individuals are already facing the trauma of illness – they should not also be burdened by uncertainty over whether their living will shall be respected.

Keywords: Constitution; fundamental rights; legal certainty; legal profession; living will; medical profession; South African Law Commission; terminal illness; ventilator

1. Inleiding

Die konsep van die lewende testament maak hedendaags gereeld 'n verskyning in 'n testateur of testatriese (hierna genoem “die pasiënt”) se testament.¹ In kort bestaan 'n lewende testament gewoonlik uit 'n enkele klousule wat bepaal dat, indien die pasiënt enigsins in 'n permanente vegetatiewe toestand (hierna genoem “PVT”) verkeer en deur middel van mediese masjiene (hierna genoem “'n ventilator”) aan die lewe gehou moet word, sodanige ventilator afgeskakel moet word.² Die gevolg van so 'n afskakeling is natuurlik dat die pasiënt op 'n natuurlike wyse kan sterf.³ In die moderne samelewing is die afskakeling van mediese masjiene geensins 'n nuwe verskynsel nie; intendeel, dit word al vir dekades gedoen. 'n Lewende testament kan ook bepaal dat, aanvullend tot die bogemelde geval, die pasiënt ook nie deur middel van kunsmatige voeding aan die lewe gehou moet word nie. Sekere vrae ontstaan egter in hierdie verband, insluitend die volgende:

- In watter omstandighede mag 'n ventilator afgeskakel word?
- Watter aanspreeklikheid kan mediese praktisyns, asook familieleden van die pasiënt, opdoen indien die ventilator afgeskakel word in omstandighede waar dit in werking moes bly?
- Sal 'n pasiënt se lewende testament, soos vroeër verduidelik, geldig wees om mediese praktisyns die nodige toestemming te verleen om sodanige ventilator af te skakel of kunsmatige voeding te weerhou?

'n Onlangse gesprek met 'n regspraktisyn het aangedui dat dit algemeen aanvaar word dat 'n lewende testament heeltemal geldig in die Suid-Afrikaanse reg is. Dit is klaarblyklik waarom dit al meer in testamente ingesluit word. Die werklikheid is egter dat 'n lewende testament in beginsel nie geldig in die Suid-Afrikaanse reg is nie.⁴ Gevolglik kan en moet dit nie sonder meer in testamente ingesluit word nie. Waarom word dit dan ingesluit? Verder, indien dit in 'n testament voorkom, is daar enige manier of omstandighede waarin dit afgedwing kan word?

Daar sal gepoog word om al die bogemelde vrae in hierdie artikel te beantwoord. Die oogmerk van hierdie artikel is verder om te beklemtoon dat die konsep van 'n lewende testament as geldig in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar moet word. Daar sal aangedui word dat dit slegs as geldig aanvaar kan word indien daar regsekerheid aangaande die regsposisie met betrekking tot veral genadedood en palliatiewe sorg verkry word. Sodanige regsekerheid kan deur toepaslike wetgewing of regspleging deur die houe verkry word.

2. Die lewende testament in die Suid-Afrikaanse reg

2.1 Die aard en werking van 'n lewende testament – 'n teoretiese oorsig

'n Lewende testament kan gedefinieer word as 'n instruksie of 'n bepaling wat deur 'n pasiënt gegee of gemaak word aangaande toekomstige mediese behandeling, sou hulle in 'n latere stadium onbevoeg raak om tot sodanige behandeling toe te stem of te weier.⁵ 'n Pasiënt kan, byvoorbeeld, in 'n koma of 'n PVT verval en instruksies in 'n lewende testament gee rakende toepaslike behandeling of die onttrekking van enige behandeling. Die woord *testament* skep die indruk dat die lewende testament dieselfde as 'n testament is wat ná 'n persoon se dood in werking tree. Dit is egter nie die geval nie. 'n Testament, in die ware sin van die woord, bevat 'n persoon se wense met betrekking tot hul boedel ná hul afsterwe.⁶

Lewende testamente is veral relevant waar 'n pasiënt aan 'n terminale siekte ly, welke siekte nie suksesvol behandel kan word nie.⁷ 'n Lewende testament moet nie met 'n volmag verwar word nie. 'n Volmag is slegs van krag terwyl die pasiënt nog *compos mentis* is.⁸ Dit beteken dat die volmag verval indien die pasiënt in 'n koma, PVT of enige ander toestand verkeer waar hulle nie in staat is om instruksies aangaande behandeling te gee nie.⁹ 'n Lewende testament, daarenteen, bly van krag selfs nadat die pasiënt nie meer *compos mentis* is nie. Dit is immers die hoofrede waarom 'n lewende testament deur 'n pasiënt geskep word.

'n Lewende testament het tans egter geen regswerking in die Suid-Afrikaanse reg nie, aangesien daar geen wetgewing is wat die werking daarvan reguleer nie.¹⁰ Verder het geen hof nog oor die regsgeldigheid en werking van 'n lewende testament beslis nie.¹¹ Die Suid-Afrikaanse Regskommissie (hierna genoem “die Regskommissie”) het reeds in 1997 konsepwetgewing voorgestel wat daarop gemik is om beide lewende testamente en 'n volmag, vir die doeleindes van behandeling of die weiering daarvan, te wettig.¹² Hierdie konsepwetgewing het egter nooit in werking getree nie.¹³ Die konsepwetgewing het, onder meer, kortliks die volgende bepaal:

- Enige persoon ouer as 18 jaar en wat by hul volle positiewe is, mag 'n skriftelike bepaling verly ingevolge waarvan mediese behandeling of palliatiewe sorg onttrek word indien hulle aan 'n terminale siekte ly en daarom nie in staat is om besluite aangaande mediese behandeling, of die onttrekking daarvan, te maak nie.¹⁴
- Die persoon se mediese toestand moet deur ten minste een ander mediese praktisyn, wat nie enige behandeling aan die persoon verskaf het nie, bevestig word in die lig van die praktisyn se kennis en praktiese ondervinding en hul ondersoek van die pasiënt se mediese toestand.¹⁵
- Die betrokke mediese praktisyn moet hulself vergewis van die geldigheid van die bepaling asook van die geskiktheid van die persoon wat die bepaling uitgevaardig het.¹⁶

Die Regskommissie het gevolglik aanbevelings gemaak aangaande onder meer:

- die erkenning van lewende testamente en skriftelike bepalings ingevolge waarvan 'n pasiënt, wat aan 'n terminale siekte ly, 'n besluit aangaande toekomstige mediese behandeling of die onttrekking daarvan kan neem;¹⁷
- die erkenning van 'n volmag ingevolge waarvan 'n verteenwoordiger gemagtig word om namens 'n prinsipaal besluite aangaande mediese behandeling, of die onttrekking daarvan, te neem in gevalle waar die prinsipaal nie in staat is om sulke besluite te neem nie weens 'n terminale siekte;¹⁸
- dat die bogemelde volmag van krag sal bly al is die prinsipaal nie langer *compos mentis* nie;¹⁹
- die omstandighede waarin die hoof mediese praktisyn van 'n hospitaal toestemming mag verleen om mediese behandeling aan 'n pasiënt, wat aan 'n terminale siekte ly, te onttrek in die afwesigheid van 'n volmag deur óf die pasiënt óf hul verteenwoordiger;²⁰ en
- die omstandighede waarin 'n hof toestemming mag verleen om behandeling aan 'n pasiënt te onttrek, of dat 'n mediese prosedure op 'n pasiënt uitgevoer word, welke aksies die dood van die pasiënt kan meebring.²¹

Daar moet vermeld word dat die konsep van 'n lewende testament wel na vore gekom het in die 1992-gewysde, *Clarke v Hurst*.²² Die pasiënt was 'n lid van die South African Voluntary Euthanasia Society (SAVES) en het 'n lewende testament aan sy familie, sy dokter en die hospitaal spesifiek gerig.²³ Dit het soos volg bepaal:

If there is no reasonable expectation of my recovery from extreme physical or mental disability ... I direct that I be allowed to die and not be kept alive by artificial means and heroic measures. I ask that medication be mercifully administered to me for terminal suffering even though this may shorten my remaining life. I hope that you who are for me will feel morally bound to act in accordance with this urgent request.²⁴

Hierdie bepaling is 'n praktiese voorbeeld van die teoretiese beskrywing van 'n lewende testament wat vroeër bespreek is. Die hof het nie uitsluitel daarvoor gegee of 'n lewende testament geldig is al dan nie.²⁵ Dit blyk egter dat die hof die feit dat die pasiënt 'n lewende testament gemaak het, gebruik het as een van die faktore om te beslis dat die mediese toestelle, wat die pasiënt aan die lewe gehou het, afgeskakel mag word, dienooreenkomstig die applikant se aansoek.²⁶ In hierdie verband het regter Thirion beslis dat die lewende testament, tesame met 'n publieke toespraak deur die pasiënt rakende die lewende testament, neerkom op 'n ingestelde, ingeligte en rotsvaste oortuiging dat hy nie deur kunsmatige metodes aan die lewe gehou moet word nie.²⁷ In *casu* was die applikant die pasiënt se eggenote.²⁸ Sy het aansoek gedoen om as die kuratrisse oor die pasiënt se belange aangestel te word, wat ingesluit het dat kunsmatige voeding aan die pasiënt onttrek word, ondanks die feit dat sodanige onttrekking die pasiënt se dood kon bespoedig.²⁹ Regter Thirion het hierdie aansoek toegestaan.³⁰ Die applikant se opdrag aan 'n mediese praktisyn om kunsmatige voeding te onttrek – en sodoende die pasiënt se dood te veroorsaak – sou dus nie op 'n onregmatige of onwettige optrede neerkom wat haar aan siviele en/of strafregtelike gevolge sou kon blootstel nie.³¹

Dit is opvallend dat daar ná *Clarke v Hurst* geen appèl teen die beslissing aangeteken is nie. Hierdie stand van sake kan maklik die indruk skep dat die samelewing, en daarmee saam die reg, geen ooglopende besware teen 'n lewende testament het nie. Wat ook al die geval mag wees, word die lewende testament tot vandag toe nog nie formeel in die Suid-Afrikaanse reg erken nie. Die vraag moet dus gevra word: wat het verander ná die beslissing in *Clarke v Hurst*? Die antwoord op hierdie vraag verg verdere bespreking. Dit moet in hierdie stadium duidelik gemaak word dat die hof in *Clarke* nie aangaande die geldigheid al dan nie van lewende testamente beslis het nie.³²

Daar kan aangevoer word dat, op die oog af, niks wesenlik verander het nie. Ná *Clarke* was daar geen ander saak waarin 'n lewende testament 'n rol gespeel het nie. Daar moet egter onthou word dat 'n demokratiese tussentydse Grondwet³³ in 1994 in werking getree het, welke Grondwet in 1996 in 'n finale Grondwet³⁴ omskep is.³⁵ Aangesien die Grondwet 'n Handves van Menseregte bevat, word dit verder aangevoer dat sodanige menseregte een van die hoofredes was waarom die Regskommissie in 1997 konsepwetgewing ten opsigte van genadedood, palliatiewe sorg en lewende testamente opgestel het: regsekerheid moes bekom word. 'n Bespreking in hierdie verband volg elders in hierdie artikel.

Dit kan egter kortliks in hierdie verband vermeld word dat die Handves van Menseregte die reg op lewe insluit.³⁶ Dit maak die antwoord op bogemelde vraag duideliker: dit is nie meer 'n eenvoudige keuse om oor 'n ander mens se lewe te besluit of te beslis nie. Daar word ook aangevoer dat die reg op lewe dit moeiliker maak om in 'n lewende testament aangaande die

afskakeling van 'n ventilator, te besluit. Wat ook al die geval blyk te wees, die pasiënt het ook die reg op selfbeskikking oor hul liggaamlike integriteit³⁷ en om ingeligte besluite daaroor te maak. Dit sluit die reg in om te kies of mediese behandeling gestaak of daarmee voortgegaan moet word. Laasgenoemde kan as 'n argument ter ondersteuning van die geldigheid van 'n lewende testament aangevoer word. Soos reeds gestel, volg 'n meer volledige bespreking elders in hierdie artikel.³⁸

Wat wel in die *Clarke*-gewysde uitstaan, is dat die hof genader is om 'n beslissing rakende die onttrekking van kunsmatige voeding te maak.³⁹ Dit is een manier om regsekerheid te bekom.⁴⁰ Die ander manier is natuurlik om toepaslike wetgewing tot stand te bring wat genadedood, palliatiewe sorg en lewende testamente kan reguleer.⁴¹

'n Direkte antwoord op bogemelde vraag is dus dat dit blyk dat die Grondwet wesenlike veranderinge ten opsigte van beskouings aangaande genadedood en, gevolglik, lewende testamente, meebring het. Daar word dus aangevoer dat, teoreties gesproke, die reg spesifiek uitsluit sal moet gee aangaande die regsgeldigheid van 'n lewende testament, asook enige vereistes waaraan dit moet voldoen alvorens dit in testamente ingesluit mag word en ná die afsterwe van 'n pasiënt uitvoerbaar is.

2.2 Lewende testamente in die huidige praktyk

2.2.1 Inleiding

Dit gebeur dikwels dat praktiese realiteite van teoretiese verklarings verskil. Die praktyk met betrekking tot lewende testamente, asook die geldigheid wat beide regs- en mediese praktisyns daaraan toeken, blyk 'n sprekende voorbeeld van hierdie stelling te wees. Die bespreking wat volg brei uit op hierdie stelling. Ter samevatting sal daar ook na die sienswyses van akademici verwys word.

2.2.2 Die posisie volgens die regspraktyk

Dit blyk dat die regspraktyk nie enige etiese en/of morele besware daarmee het om lewende testamente in testamente in te sluit en/of om hul kliënte te adviseer om lewende testamente te verly nie. Op grond waarvan word hierdie stelling gemaak? Die antwoord lyk voor die hand liggend en kan met nog 'n vraag beantwoord word: waarom anders sou regspraktisyns lewende testamente in testamente insluit? Lewende testamente kom algemeen in testamente voor en dit blyk nie of enigiemand in die regspraktyk dit bevraagteken nie. Intendeel, daar is aanlyn regsadvies beskikbaar aangaande die aard en die voordele van 'n lewende testament, asook instruksies oor hoe om so 'n testament op te stel.⁴² Michael Visser, 'n regsadviseur, is van mening dat 'n lewende testament nie in die Suid-Afrikaanse reg as afdwingbaar erken word nie, maar dat dit tog eties aanvaarbaar is.⁴³ Hy blyk sy argument op die volgende stellings te baseer:

- Volgens die Wet op Gesondheidsberoepes⁴⁴ het pasiënte, wat lewende testamente opgestel het 'n grondwetlike reg dat hul wense, soos vervat in sodanige lewende testament, gerespekter en uitgevoer word.⁴⁵
- 'n Lewende testament kan nie met 'n selfmoord by wyse van hulpverlening vergelyk word nie. In 'n lewende testament versoek 'n pasiënt nie dat 'n mediese praktisyn hul moet dood nie, maar slegs dat mediese behandeling gestaak of geensins toegedien word nie.⁴⁶

Daar word verder aangevoer dat Visser die kwessie van die pasiënt se grondwetlike reg baie wyd interpreteer. Die betrokke klousule in die wet bepaal bloot dat gesondheidsdienste op so 'n manier aan pasiënte verskaf moet word dat hul grondwetlike regte tot menswaardigheid, liggaamlike en verstandelike integriteit, asook gelykheid, gerespekteer word.⁴⁷ Daar word geen melding van 'n lewende testament gemaak nie. Daar word verder aangevoer dat Visser se stelling in konteks verstaan moet word. Hy bedoel sekerlik dat, indien die pasiënt vooraf 'n bepaling, byvoorbeeld 'n lewende testament, gemaak het waarin hulle dit duidelik stel dat mediese behandeling onttrek moet word of geensins toegedien moet word nie, sodanige bepaling betrekking het op die grondwetlike regte van liggaamlike en verstandelike integriteit. In hierdie lig beskou, moet sodanige regte gerespekteer word. Of weerhouding van mediese behandeling, of die onttrekking daarvan op genadedood neerkom, word elders vlugtig in hierdie artikel bespreek.⁴⁸

Matthews, 'n kandidaatprokureur, is van mening dat 'n lewende testament heeltemal geldig is indien sekere vereistes nagekom word.⁴⁹ Sy steun op die Living Will Society of South Africa en die Suid-Afrikaanse Mediese Vereniging⁵⁰ en voer aan dat die volgende vereistes teenwoordig moet wees alvorens 'n lewende testament verly kan word:⁵¹

- Die pasiënt moet 18 jaar of ouer wees.
- Die pasiënt moet die nodige verstandelike vermoë besit ten tyde van verlyding van die lewende testament.⁵²
- Die pasiënt, wat die lewende testament verly, kan slegs mediese behandeling weier indien hulle daadwerklik aangaande hul siektetoestand ingelig is, asook aangaande die behandeling wat daarvoor voorgeskryf word.
- Die mediese praktisyn, wat die pasiënt behandel, moet seker wees dat die pasiënt nie hul besluit aangaande die weiering van behandeling verander het nie.

Alhoewel daar geen formele vereistes vir die verlyding van 'n lewende testament blyk te wees nie, stel Matthews voor dat die volgende inligting in 'n lewende testament vervat moet word:⁵³

- die pasiënt se volle name en van, soos dit op die pasiënt se identiteitsdokument verskyn;
- die pasiënt se huidige woonadres;
- 'n lys van bepalings, welke bepalings presies aandui tot watter mediese behandeling die pasiënt nie toestem nie;
- die tyd wanneer asook die plek waar die lewende testament onderteken is;
- die pasiënt se handtekening; en
- die volle name, vanne en handtekeninge van twee getuies wat teenwoordig was toe die pasiënt die lewende testament onderteken het.⁵⁴

Smit, 'n regsverteenwoordiger, is van mening dat al is die regsgeldigheid van lewende testamente steeds 'n debatteerbare kwessie in die Suid-Afrikaanse reg, die belang daarvan nie oorbeklemtoon kan word nie.⁵⁵ Hy stel voor dat persone lewende testamente moet oorweeg. Die redes hiervoor is dat sulke dokumente hul mediese voorkeure duidelik stel asook sekerheid aan hul geliefdes en mediese praktisyns bied in gevalle waar moeilike besluite rakende die beëindiging van die pasiënt se lewe geneem moet word.⁵⁶ In hierdie verband verwys Smit na die fundamentele regte op menswaardigheid en liggaamlike en verstandelike integriteit, asook 'n pasiënt se selfbeskikkingsreg.⁵⁷ Hierdie regte word elders in meer besonderhede bespreek.⁵⁸

Die voorafgaande bespreking verwys slegs na drie regspraktisyns, maar daar word aangevoer dat dit duidelik is dat die regspraktyk waarde heg aan 'n lewende testament en dit as redelik geldig en afdwingbaar beskou. Daar word aangevoer dat die steun hiervoor grotendeels op die Grondwet⁵⁹ berus, meer spesifiek na die pasiënt se reg op liggaamlike en verstandelike integriteit. Hierdie stelling word deur die eenvoudige redenasie ondersteun dat 'n pasiënt mag bepaal waartoe hulle toestem al dan nie, welke toestemming mediese behandeling teenoor die pasiënt se liggaam betref.⁶⁰ Hierdie sienswyse word ook in hierdie artikel ondersteun.

2.2.3 Die posisie volgens die mediese praktyk

Dit blyk dat 'n pasiënt die reg het om mediese behandeling te weier, selfs al kan sodanige weiering ernstige besering of dood tot gevolg hê.⁶¹ Die vereistes vir sodanige weiering is die volgende:⁶²

- Die pasiënt moet oor die nodige verstandelike vermoë beskik om so 'n besluit te maak.
- Die besluit moet 'n ingeligte een wees.

Hierdie benadering word op artikel 12(2) van die Grondwet gebaseer, welke artikel bepaal dat elke persoon die reg op liggaamlike en verstandelike integriteit het.⁶³ Dit blyk dat die Nasionale Gesondheidswet⁶⁴ ook hierdie benadering versterk. Artikel 8(1) bepaal dat 'n persoon die reg het om by enige besluit wat hul persoonlike gesondheid en behandeling betref, betrokke te wees.⁶⁵

McQuoid-Mason voer aan dat hierdie benadering ook toegepas moet word waar die pasiënt se wense in 'n lewende testament vervat is.⁶⁶ Dit beteken dat, indien die pasiënt die regsbevoegheid gehad het om die lewende testament op 'n gegewe tydstip te maak, sodanige lewende testament van regs krag moet bly selfs al word die pasiënt *non compos mentis* na verlyding daarvan.⁶⁷ Op grond hiervan voer McQuoid-Mason verder aan dat, indien 'n pasiënt sou sterf as gevolg van 'n mediese praktisyn wat die pasiënt se wens om behandeling te weier, eerbiedig, sodanige mediese praktisyn nie van moord aangekla kan word nie.⁶⁸ Die redes hiervoor blyk die volgende te wees:⁶⁹

- Eerstens het die mediese praktisyn nie regtens die dood van die pasiënt veroorsaak nie. Dit is deur die onderliggende siekte veroorsaak.
- Tweedens het die pasiënt se weiering van behandeling die wederregtelikheid van die mediese praktisyn se handeling uitgeskakel.

Die Suid-Afrikaanse Mediese Vereniging (hierna genoem "SAMV") voer aan dat mediese praktisyns lewende testamente met omsigtigheid moet benader en advies vanaf SAMV moet inwin indien nodig.⁷⁰ Die rede hiervoor is alreeds elders in hierdie artikel vermeld, naamlik dat daar tans geen regulering van lewende testamente in Suid-Afrika bestaan nie.⁷¹ Die SAMV stel 'n reeks riglyne daar waaraan mediese praktisyns aandag moet skenk. Hierdie riglyne sluit die volgende in:⁷²

- 'n Mediese praktisyn moet te alle tye behandeling toepas en poog om enige lyding te verminder. Die mediese praktisyn moet te alle tye in die beste belang van die pasiënt optree ooreenkomstig die etiese beginsel van welwillendheid. Daar moet geen uitsonderings in hierdie verband wees nie, selfs nie in gevalle van ongeneeslike siektes of misvorming nie.
- Alle pasiënte het die reg om mediese behandeling te weier. Sodanige weiering moet gerespekteer word. Dit beteken egter nie dat mediese praktisyns pasiënte moet toelaat om sonder ingryping te sterf nie. Mediese praktisyns mag steeds behandeling ooreenkomstig aanvaarbare mediese beleid aanbied.

- Totdat die teendeel bewys word, sal 'n lewende testament as die pasiënt se uitdruklike wens beskou word.⁷³
- Pasiënte verkeer soms onder die indruk dat 'n lewende testament in alle gevalle waar hulle lewensonderhoudende behandeling weier, toegepas moet word. Mediese praktyk maak so 'n beskouing egter onmoontlik. Indien 'n lewende testament na 'n spesifieke geval verwys en sodanige geval kom nooit tot stand nie, hoef mediese praktisyns nie aan die lewende testament gehoor te gee nie. Die SAMV se riglyne verwys nie na 'n spesifieke voorbeeld in hierdie geval nie, maar daar word aangevoer dat die volgende 'n voorbeeld kan wees: 'n pasiënt bepaal in 'n lewende testament dat behandeling geweier moet word wanneer hulle in 'n PVT verkeer. Indien die pasiënt egter in 'n koma eerder as 'n PVT verval, is die mediese praktisyn nie verplig om aan die lewende testament gehoor te gee nie en mag hulle gevolglik behandeling aan die pasiënt verskaf. Verder, indien die lewende testament te vaag is, hoef 'n mediese praktisyn ook nie daaraan gehoor te gee nie. Wat ook al die geval mag wees, moet mediese praktisyns in hierdie gevalle hul professionele oordeel gebruik om 'n slotsom te bereik.
- Die pasiënt moet verseker dat die lewende testament vir familie beskikbaar is, asook vir diegene wat verantwoordelik is vir die uitvoering van die bepalings daarvan. Die pasiënt se mediese praktisyn moet deeglik vertrouwd wees met die inhoud van die lewende testament. In noodgevalle moet mediese behandeling egter nie weerhou word op grond daarvan dat daar beweer word dat 'n lewende testament bestaan, maar nie gereedlik beskikbaar is nie.
- Pasiënte moet aangeraai word om hul lewende testamente gereeld te hersien.
- 'n Mediese praktisyn wat 'n morele beswaar het teen die nakoming van die bepalings van 'n lewende testament, is nie verplig om die lewende testament te gehoorsaam nie. Die mediese praktisyn moet egter sodanige beswaar met die pasiënt bespreek en inwillig om behandeling en sorg aan 'n ander mediese praktisyn te oorhandig.
- Indien 'n lewende testament ontdek word nadat lewensonderhoudende behandeling reeds begin het, moet sodanige lewende testament se bepalings egter steeds gevolg word.

Daar word aangevoer dat Strauss korrek is deur te sê dat, om pasiënte deur kunsmatige metodes aan die lewe te hou terwyl daar geen hoop op herstel is nie, dit op onnodige lyding vir die pasiënte neerkom.⁷⁴ Die mediese praktyk moenie 'n spreekwoordelike slaaf van kunsmatige tegnieke, soos ventilators, word nie en terselfdertyd moet dit ook nie toelaat dat pasiënte slawe daarvan word nie.⁷⁵ Dit blyk dus dat daar geen plig op 'n mediese praktisyn is om mediese behandeling toe te pas in gevalle waar daar geen hoop vir die pasiënt is om te herstel nie.⁷⁶ Die teendeel sou beteken dat sulke pasiënte nie werklik aan die lewe gehou word nie, maar dat die intree van die dood slegs uitgestel word.⁷⁷

Dit is dus duidelik dat die mediese praktyk ten gunste van lewende testamente is en bereid is om gehoor daaraan te gee.

2.2.4 Samevatting

Dit blyk dus uit die bogemelde bespreking dat daar 'n daadwerklike verskil is in die beskouing van 'n lewende testament vanuit 'n teoretiese oogpunt, asook hoe regs- en mediese praktisyns dit beskou. In hierdie verband moet ook vermeld word dat sekere akademici die geldigheid van lewende testamente ondersteun. Currie en De Waal is van mening dat lewende testamente wat

die onttrekking van behandeling behels, verly mag word en dat die gevolglike afsterwe van die pasiënt nie as passiewe genadedood bestempel moet word nie.⁷⁸ Dit is omdat die pasiënt aan natuurlike oorsake sal sterf indien sodanige behandeling onttrek word.⁷⁹ Welgemoed voer aan dat dit onduidelik is waarom daar nog geen veranderinge aan die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot genadedood gemaak is nie.⁸⁰ Hierdie veranderinge sluit natuurlik die reg met betrekking tot lewende testamente in.⁸¹ Grové verwys na Strauss en dui aan dat, waar 'n pasiënt 'n lewende testament verly het ingevolge waarvan mediese behandeling geweier word, mediese praktisyns sodanige wens moet eerbiedig.⁸² Indien hulle teen so 'n wens sou optree en mediese behandeling toepas, maak hulle hulself skuldig aan aanranding ingevolge die siviele en strafreg.⁸³

Daar kan dus met sekerheid aangevoer word dat dit nie heeltemal duidelik is of die teoretiese of praktiese benadering, wat albei hierbo bespreek is, gevolg moet word nie. Voorts word daar gekyk na probleemgevalle wat die skeiding tussen hierdie benaderings nog meer uitmekaar kan dryf.

3. Probleemgevalle met betrekking tot lewende testamente in beide die regs- en mediese praktyke

'n Ongemaklike en onseker situasie kan ontstaan wanneer een of ander wederregtelike handeling deur 'n mediese praktisyn die dood van 'n pasiënt kan bespoedig.⁸⁴ Die volgende voorbeeld kan hier genoem word: 'n pasiënt het 'n lewende testament wat uiters vaag is. Die pasiënt verval in 'n PVT en word aan 'n ventilator gekoppel om te verseker dat hulle aan die lewe bly. Die mediese praktisyn is van mening dat dit wenslik is om die ventilator af te skakel en die pasiënt toe te laat om te sterf, aangesien daar min tot geen hoop op herstel is nie. Dit word so gedoen en die pasiënt sterf gevolglik. Keur die mediese praktyk sodanige handeling goed? Hoe beskou die regspraktyk die mediese praktisyn se besluit? Daar word aangevoer dat sodanige handeling, op die oog af, op moord neerkom, aangesien daar geen duidelike wens deur die pasiënt was wat die mediese praktisyn se besluit ondersteun het nie. Die vraag moet gevra word of die mediese praktisyn daadwerklik die dood van die pasiënt veroorsaak het. Dus, kon die pasiënt, wat in 'n PVT verkeer het, as lewend beskou word?

Die presiese tyd van dood speel 'n belangrike rol in hierdie opsig, aangesien dit kan bepaal of die mediese praktisyn die pasiënt se dood veroorsaak het en dus skuldig aan óf moord óf strafbare manslag is.⁸⁵ Strauss dui aan dat, in 'n soortgelyke geval as die bogemelde voorbeeld, die mediese praktisyn se handeling die dood van die pasiënt kon veroorsaak het indien 'n eng benadering tot kousaliteit gevolg word.⁸⁶ In hierdie verband verwys Strauss na *S v Williams*.⁸⁷ Ingevolge hierdie beslissing moet die volgende vraag gevra word: sou die oorlede gesterf het toe hy het, as dit nie vir die appellant se handeling was nie? Indien die antwoord “nee” is, is die appellant in hierdie geval die mediese praktisyn wat die ventilator afgeskakel het, die oorsaak van die oorledene se dood.⁸⁸ Die redenasie is dat die mediese praktisyn die pasiënt se dood bespoedig het.⁸⁹ Vanuit hierdie perspektief kan die handeling ook op genadedood neerkom, welke handeling die mediese praktisyn natuurlik aan moord skuldig sal maak. Selfs al het die mediese praktisyn met 'n simpatieke motief gehandel, sou sodanige motief irrelevant wees.⁹⁰ Dit is omdat die mediese praktisyn die bedoeling gehad het om die pasiënt se dood te veroorsaak.⁹¹ 'n Verdere bespreking van genadedood val egter buite die bestek van hierdie artikel.

Is daar dan 'n eenvoudige antwoord op die vraag wanneer 'n mediese praktisyn, in gevalle soos in die voorbeeld hierbo genoem, 'n ventilator mag afskakel? Hierdie vraag moet in die negatief beantwoord word.⁹² Nietemin kan gepoog word om 'n betoog vanuit 'n regsoogpunt te bou wat tot 'n antwoord kan lei.⁹³

'n Beginpunt in hierdie verband is om die volgende vraag te vra: wat is die gewoontes en gebruike van mediese praktisyns wanneer dit kom by die afskakeling van ventilators in gevalle waar pasiënte geen hoop op herstel nie?⁹⁴ Hierdie vraag bring weer eens die regs- en mediese praktyke in kontak, aangesien antwoorde op regsvrae nie altyd uitsluitlik binne die reg self gevind word nie. Hulle kan ook elders gevind word, byvoorbeeld in die oortuigings van die gemeenskap asook hoe gewoontes en gebruike in 'n spesifieke veld, soos die mediese praktyk, ontwikkel het.⁹⁵ 'n Antwoord moet dus gesoek word in dit wat medies gesproke as aanvaarbare gebruike en praktyke beskou word.⁹⁶

Daar word aangevoer dat 'n mediese praktisyn sekerlik 'n ventilator mag afskakel wanneer 'n pasiënt medies gesproke dood is. Daar word verder aangevoer dat die pasiënt, vir regsdoel-eindes, ook as dood beskou moet word. Terwyl die bepaling van die presiese stadium van dood na 'n maklike betoog kan lyk, is die nie altyd so eenvoudig nie. Om die vraag hierbo anders te bewoord: kan 'n persoon in 'n PVT, as dood beskou word?

Ingevolge die *Williams*-gewysde tree dood in wanneer 'n pasiënt se breinstam opgehou funksioneer het⁹⁷ – dit word breindood genoem. Of 'n pasiënt regsmedies dood is, word dus 'n feitevraag, onderskraag deur deskundige mediese getuienis.⁹⁸ Sodanige getuienis steun op breindood as gepaste benadering.⁹⁹ Daar word aangevoer dat sodanige benadering heeltemal korrek is, aangesien 'n pasiënt wat breindood is, fisies bewusteloos is en nie hul bewussyn kan herwin nie.¹⁰⁰ Ingevolge die Engelse reg is so 'n pasiënt fisies dood.¹⁰¹ Uit die voorafgaande bespreking blyk dit dat Suid-Afrikaanse reg ook hierdie benadering ondersteun. Die Nasionale Gesondheidswet beskryf dood dan ook as breindood.¹⁰²

Die breinstam se belangrikste funksies sluit in die regulering van asemhaling, hartklop, bloeddruk en sluk – funksies wat noodsaaklik vir lewe is.¹⁰³ Verder dra die breinstam inligting tussen die brein en die res van die liggaam oor, insluitend beweging, bewustheid en gewaarwording.¹⁰⁴ Gevolglik word aangevoer dat 'n mediese praktisyn wat 'n ventilator in hierdie omstandighede afskakel, beslis nie aan moord skuldig kan wees nie aangesien die daad nie die pasiënt se dood veroorsaak het nie – die pasiënt is reeds dood.¹⁰⁵ Daar is dus geen weder-regtelikheid van die mediese praktisyn se kant nie, asook geen kousale verband tussen die afskakeling van die ventilator en die pasiënt se dood nie.¹⁰⁶ Hierdie siening strook met dié van Currie en De Waal, wat vroeër bespreek is.¹⁰⁷

Kan hierdie benadering ook gevolg word ten opsigte van pasiënte in 'n PVT? Dit moet eerstens duidelik gestel word dat pasiënte in 'n PVT nie breindood is nie.¹⁰⁸ In sulke gevalle word daar van mediese praktisyns verwag om vir 'n tydperk van ses maande tot 'n jaar te wag alvorens behandeling van die pasiënt onttrek word.¹⁰⁹ Daar word aangevoer dat hierdie beskouing geld waar geen lewende testament bestaan nie. Indien daar 'n duidelike lewende testament bestaan, word die besluit om behandeling te onttrek in oorleg met die pasiënt se familie geneem.¹¹⁰ Die familie het egter geen vetoreg teen die mediese praktisyn se besluit om behandeling te onttrek waar die prognose hopeloos is nie.¹¹¹ Volgens McQuoid-Mason is die rede hiervoor dat dit oneties vir mediese praktisyns is om mediese behandeling in hopelose gevalle toe te pas, inaggenome die onnodige aanwending van staatshulpbronne.¹¹² Of 'n lewende testament

bestaan of nie, voer McQuoid-Mason aan dat onttrekking van behandeling in sulke gevalle nie wederregtelik is nie en dus nie op moord neerkom nie. Die eerste rede hiervoor is dat die oortuigings van die gemeenskap, of die *boni mores*, nie die lewe van 'n PVT-pasiënt as 'n gehalte menslike lewe sal beskou nie.¹¹³ Die tweede rede is dat die *boni mores* nie van mediese praktisyns sal verwag om mediese behandeling in hopelose gevalle toe te pas nie.¹¹⁴

Wat van pasiënte wat in 'n koma verkeer? Sulke pasiënte is bloot bewusteloos en nie in 'n PVT nie.¹¹⁵ PVT-pasiënte kan nie uit so 'n toestand terugkeer nie, terwyl komapasiënte hul bewussyn kan herwin.¹¹⁶ Indien 'n mediese praktisyn mediese behandeling aan 'n komapasiënt wil staak, hang die besluit af van of daar 'n lewende testament bestaan al dan nie.¹¹⁷ Indien 'n lewende testament bestaan, word aangevoer dat mediese behandeling gestaak mag word ingevolge die beskouings van die mediese praktyk, soos hierbo bespreek.¹¹⁸ Indien geen lewende testament verly is nie, voer McQuoid-Mason aan dat die mediese praktisyn eers met die pasiënt se familie oorleg moet pleeg om hul toestemming te verkry.¹¹⁹ McQuoid-Mason voer verder aan dat, indien die pasiënt sou sterf, die mediese praktisyn nie wederregtelik opgetree het nie en gevolglik nie vir die pasiënt se dood verantwoordelik gehou kan word nie.¹²⁰ Daar is twee redes hiervoor. Eerstens, daar is geen regsplig op 'n mediese praktisyn om mediese behandeling in hopelose gevalle toe te pas nie.¹²¹ Tweedens, dit is nie mediese praktisyn wat die pasiënt se dood veroorsaak het nie, maar inderdaad die pasiënt se onderliggende siektetoestand, aangesien die prognose in elk geval hopeloos was.¹²²

Dit moet egter bevraagteken word of die howe hierdie sienings sal deel. Daar sal in die volgende afdeling aangetoon word dat daar geensins 'n maklike of reguit antwoord op hierdie vraag is nie.

4. Waarna moet die reg streef?

4.1 Inleiding

Uit die voorafgaande bespreking is dit duidelik dat daar geen maklike of reguit antwoord op die vraag is oor hoe die howe sal beslis met betrekking tot lewende testamente nie. So 'n regs-onsekerheid is nie wenslik nie, aangesien dit tot onnodige regskoste kan lei. Wanneer 'n pasiënt 'n lewende testament verly, moet hulle nie aan verdere onsekerheid en trauma onderwerp word nie – die terminale siekte waaraan die pasiënt ly en waaraan die familie blootgestel word, is reeds 'n swaar las. Regsekerheid is dus noodsaaklik. Wat in hierdie afdeling volg, is 'n betoog dat regsekerheid dringend in die Suid-Afrikaanse reg benodig word in soverre dit lewende testamente betref.

4.2 Die Grondwet

Die Grondwet,¹²³ as oppergesag in Suid-Afrika,¹²⁴ is die vertrekpunt van hierdie betoog. In hierdie verband word aangevoer dat die beslissing in *Clarke v Hurst*, soos elders bespreek,¹²⁵ die pas aangee. Die rede hiervoor is dat regter Thirion as't ware die lewe – en gevolglik die menseregte – van die oorledene in ag geneem het ten einde 'n beslissing te maak. Die volgende *dictum* ondersteun hierdie aanvoering:

In my view, therefore, the decision whether the discontinuance of the artificial nutrition of the patient and his resultant death would be wrongful, depends on whether, judged by the legal convictions of our society, its *boni mores*, it would be reasonable to discontinue the artificial nutrition of the patient. The decision of that issue depends on *the quality of life which remains to the patient, i.e. the physical and mental status of that life*. The evaluation has to be made in relation to the medical procedures which would have to be instituted or maintained to sustain the patient's life.¹²⁶

Die *Clarke*-beslissing is egter gelewer alvorens die Grondwet in werking getree het.¹²⁷ Selfs in daardie stadium het die hof reeds waarde aan die kwessie geheg van die gehalte van 'n pasiënt se lewe en erken dat dit in ag geneem moet word. Hierdie kwessie verdien kortliks aandag. Sommige van die regte in die Grondwet is belangrik vir die hervorming van die *boni mores* in soverre dit die geldigheid en regserkenning van lewende testamente betref.¹²⁸ Hierdie regte sluit die reg op lewe,¹²⁹ menswaardigheid,¹³⁰ gelykheid¹³¹ en liggaamlike integriteit¹³² in.

Dit blyk dat daar 'n inherente konflik tussen die reg op lewe en die reg op liggaamlike integriteit bestaan in soverre dit genadedood betref.¹³³ Vir doeleindes van hierdie artikel word aangevoer dat hierdie konflik ook in gevalle van lewende testamente bestaan. Die betoog hier is dat die reg op lewe nie 'n verpligting om te lewe behels nie.¹³⁴ Indien 'n persoon nie 'n gehalte-lewe kan lei as gevolg van 'n ongeneeslike siekte en gepaardgaande pyn nie,¹³⁵ behoort so 'n persoon die reg te hê om – regtens 'n lewende testament – te bepaal dat hulle toegelaat moet word om te sterf. Dit beteken dat die pasiënt die reg het om besluite aangaande hul liggaam te neem en dat hul selfbeskikking as sodanig gerespekteer moet word sodat hulle self kan besluit hoe hulle moet sterf.¹³⁶ Die lewensgehalte is 'n deurslaggewende faktor in hierdie verband. In *S v Makwanyane*¹³⁷ beslis die Grondwetlike Hof dat:

the right to life was included in the Constitution not simply to enshrine the right to existence. It is not life as mere organic matter that the Constitution cherishes, but the right to human life: the right to share in the experience of humanity. This concept of human life is at the centre of our constitutional values.¹³⁸

'n Pasiënt wat aan 'n ongeneeslike siekte ly, in 'n PVT of koma verkeer en vir wie daar geen vooruitsig op herstel is nie, moet dus toegelaat word om 'n lewende testament te verly. Op hierdie wyse kan die pasiënt besluit oor wanneer behandeling onttrek mag word. Ooreenkomstig die bogemelde bespreking lei so 'n pasiënt nie 'n gehalte-lewe nie. Daarom bevestig die respek vir so 'n pasiënt se lewende testament ook hul menswaardigheid.¹³⁹ Dit is omdat die reg op menswaardigheid 'n noue verbintenis met die reg op lewe het.¹⁴⁰ Sonder lewe kan 'n pasiënt nie menswaardigheid besit nie en sonder menswaardigheid word die waarde van 'n pasiënt se lewe aansienlik verminder.¹⁴¹ Hierdie verband bring ook die reg op gelykheid in fokus. Aangesien almal die reg op gelykheid het om te kan leef, moet almal ook die reg op menswaardigheid hê om te kan besluit wanneer behandeling onttrek moet word. Dit sal gelykheid skep tussen pasiënte wat behandeling persoonlik kan weier en dié wat dit nie kan doen nie, maar wat so 'n besluit in 'n lewende testament kan uitdruk. Indien hierdie nie die geval sou wees nie, sou dit beteken dat daar onregverdig diskriminasie teenoor laasgenoemde pasiënte plaasvind, wat hul menswaardigheid ondermyn.¹⁴² Jordaan voer aan dat sodanige diskriminasie op die gebrek van die pasiënt, wat nie persoonlik tot die onttrekking van behandeling kan toestem nie, gebaseer moet word.¹⁴³ Sy voer verder aan dat, indien een pasiënt persoonlik behandeling mag weier, daar geen rede is waarom 'n ander pasiënt nie toegelaat mag word om sodanige weiering deur middel van 'n lewende testament te doen nie?¹⁴⁴

Dit is opvallend dat 'n menseregte-benadering ook in die *Stransham-Ford*-gewysde¹⁴⁵ gevolg is. In hierdie beslissing het regter Fabricius na die *Clarke*-gewysde verwys en opgemerk dat die pasiënt se lewende testament geensins onduidelik was nie.¹⁴⁶ Die regter het die standpunt in die *Clarke*-gewysde ondersteun – dat 'n pasiënt se wens, uitgespreek terwyl hulle goeie gesondheid geniet het, gerespekteer moet word.¹⁴⁷ Daar word aangevoer dat die regter korrek was deur te verklaar dat dieselfde beginsel, soos in die *Clarke*-gewysde, in die *Stransham-Ford*-gewysde ook toegepas moes word.¹⁴⁸ Soos die regter aangevoer het, waar die gemenereg nie 'n oplossing bied nie, moet die menseregte soos hierbo vermeld, in ag geneem word.¹⁴⁹

'n Meer breedvoerige bespreking van bogemelde menseregte val egter buite die bestek van hierdie artikel.

4.3 Aanbevelings van die Regskommissie

Soos reeds hierbo vermeld,¹⁵⁰ het die Regskommissie reeds in 1997 'n wetsontwerp oor genadedood voorgestel. Dit is nie duidelik waarom hierdie konsepwetgewing nooit in wetgewing omskep is nie. Dit sou sekerlik heelwat onsekerheid rondom genadedood, palliatiewe sorg en die regsgeldigheid van lewende testamente uit die weg geruim het. Die Regskommissie se aanbevelings betreffende lewende testamente, soos hierbo vermeld, is selfs vandag nog van toepassing en behoort daarom in wetgewing vervat te word.

4.4 Die praktyk en akademici

Die sienswyses van beide die regs- en mediese praktyke, soos hierbo bespreek,¹⁵¹ asook dié van akademici, ook hierbo bespreek,¹⁵² is van onskatbare waarde wanneer die ontwikkeling van die reg op lewende testamente oorweeg word. In hierdie verband is dit belangrik om te onthou dat sekere gewoontes en gebruike in die praktyk ontstaan het. Sulke gewoontes en gebruike is betekenisvol vir doeleindes van regsekerheid. Gevolglik kan sodanige gewoontes en gebruike nie geïgnoreer word nie, aangesien dit deur deskundiges toegepas word wat praktiese redes vir die gebruik daarvan kan aanvoer. Medici beskou lewende testamente as regsgeldig aangesien hulle die pasiënte se wense wil respekteer. Regslui beskou op hul beurt lewende testamente as regsgeldig aangesien die mediese praktisyns dit as sodanig beskou. Soos hierbo gesien, is hierdie praktiese uitgangspunte en redes meestal op die Grondwet gevestig.¹⁵³ Aangesien die Grondwet die oppergesag in Suid-Afrika is,¹⁵⁴ moet dit gehandhaaf word en vorm dit die kern van alle regs- en verwante besluite.

4.5 Buitelandse jurisdiksies

Die regsgesag in buitelandse jurisdiksies, betreffende die geldigheid van lewende testamente, verdien ook 'n kort bespreking.

In Nederland bepaal die Medical Treatment Contracts Act¹⁵⁵ dat, indien 'n pasiënt van 16 jaar of ouer wat nie na hul eie belange kan omsien wat behandeling betref nie, 'n verteenwoordiger uiting moet gee aan die pasiënt se skriftelike wense terwyl hul ten volle bevoeg was.¹⁵⁶ Vir doeleindes van hierdie artikel lê die trefkrag van hierdie bepaling in die afleiding dat sodanige skriftelike wense 'n versoek vir die onttrekking van mediese behandeling kan insluit, welke onttrekking tot die pasiënt se dood kan lei.¹⁵⁷ Daar word gevolglik aangevoer dat hierdie skriftelike bepalings as 'n lewende testament vir doeleindes van die betoë in hierdie artikel beskou kan word.¹⁵⁸

Lewende testamente is ook geldig in Kanada, waar die meeste provinsies wetgewing uitgevaardig het wat dit reguleer.¹⁵⁹ Die Representation Agreement Act¹⁶⁰ en die Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act¹⁶¹ het veral betrekking in hierdie verband. Ingevolge hierdie wetgewing is 'n lewende testament geldig in soverre dit 'n pasiënt se wense uitdruk rakende die toediening of onttrekking van mediese behandeling.¹⁶²

Nog 'n jurisdiksie van belang vir die betoë in hierdie artikel, is Nieu-Seeland. Die End of Life Choice Act¹⁶³ verdien kortliks aandag. Artikel 32 van dié wet bepaal dat 'n pasiënt die reg het om voeding, hidrasie en lewensonderhoudende behandeling te weier.¹⁶⁴ Hierdie artikel bepaal ook dat niks in die wet 'n mediese praktisyn verbied om medikasie, ooreenkomstig gewone en aanvaarbare mediese praktyke, toe te dien om die lyding van 'n pasiënt te verminder nie.¹⁶⁵ Daar word gevolglik aangevoer dat artikel 32 as't ware lewende testamente in Nieu-Seeland geldig maak in soverre dit die weiering van voeding, hidrasie en lewensonderhoudende behandeling betref.

4.6 National Health Amendment Bill

Die Nasionale Wysigingswet op Gesondheid¹⁶⁶ is reeds in 2018 opgestel en bevat 'n afdeling getiteld "Lewende Testament". Artikel 7B bepaal dat enige persoon wat 18 jaar of ouer en *competent* is, 'n lewende testament mag verly ooreenkomstig die vormvereistes soos in Skedule 3 van die wetsontwerp vervat. In so 'n lewende testament mag die pasiënt enige behandeling of prosedure weier wat hulle aan die lewe sal hou indien hulle nie meer in staat is om persoonlik sodanige weiering te behartig nie.¹⁶⁷ Gemelde behandeling sluit die volgende in:¹⁶⁸

- kunsmatige voeding;
- kunsmatige hidrasie;
- dialise;
- enige medikasie; en
- enige wyse van behandeling en/of prosedure wat die pasiënt aan die lewe hou.

Voordat 'n mediese praktisyn aan die pasiënt se lewende testament gehoor gee, moet sodanige praktisyn tevrede wees dat:¹⁶⁹

- die pasiënt aan 'n terminale siekte ly en kan nie meer besluite aangaande behandeling kan kommunikeer nie;
- die pasiënt in 'n PVT verkeer;
- die pasiënt heeltemal bewusteloos is, met geen vooruitsig om 'n bewussyn te herwin nie.

Die mediese praktisyn moet ook oortuig wees dat die lewende testament eg is en moet ook, waar nodig, die pasiënt se gade of lewensmaat – of, in die afwesigheid van so 'n persoon, die pasiënt se familieleden – van die lewende testament en die inhoud daarvan verwittig.¹⁷⁰

Die lewende testament moet skriftelik verly word en deur twee getuies in die teenwoordigheid van die pasiënt onderteken word.¹⁷¹ Die lewende testament sal vir alle regsdoeleindes geldig wees, selfs al sou dit bepaal dat die pasiënt behandeling weier, welke weiering hul natuurlike dood sal bespoedig.¹⁷² 'n Mediese praktisyn wat aan sodanige weiering gehoor gee, sal nie siviël- en/of strafregtelik aanspreeklik wees op grond daarvan dat hul weiering van behandeling die pasiënt se dood meegebring of bespoedig het nie.¹⁷³

Hierdie wetsontwerp blyk ooreenkomstig die Regskommissie se aanbevelings opgestel te wees.¹⁷⁴ Dit is duidelik en sal gevolglik regsekerheid, soos in hierdie artikel betoog, kan meebring. Desnieteenstaande is dit nog nie as wetgewing aanvaar nie, al is dit reeds in 2018 opgestel.¹⁷⁵

4.7 Samevatting

Uit die bespreking in hierdie afdeling blyk dit duidelik dat daar heelwat gronde is waarom die geldigheid van lewende testamente in Suid-Afrika oorweeg en regsekerheid verkry moet word. Die Suid-Afrikaanse reg moet daarna streef om die gewoontes en gebruike van die regs- en mediese praktyke te aanvaar. Dit is duidelik dat beide regspraak en wetgewing belangrike rolle in die geldigheid en erkenning van lewende testamente speel. Hierdie aspek word verder in die volgende afdeling bespreek.

5. Slot

Die bespreking in hierdie artikel dui daarop dat daar geen regsekerheid in die Suid-Afrikaanse reg aangaande die geldigheid, al dan nie, van 'n lewende testament is nie. Teoreties gesproke is daar geen steun vir 'n lewende testament nie.¹⁷⁶ Die praktiese benadering verskil egter van die teoretiese benadering, aangesien daar steun vir lewende testamente in beide die regs- en mediese praktyke bestaan.¹⁷⁷ Daar word aangevoer dat die Grondwet, teoreties gesproke, die erkenning van lewende testamente ondersteun.¹⁷⁸ Dit blyk ook dat die regs- en mediese praktyke bereid is om menseregte aan te voer ter ondersteuning van sodanige erkenning. Beide hierdie praktyke heg waarde en voorkeur aan die pasiënt se wense en dat daaraan uiting gegee moet word.¹⁷⁹ Dit is egter duidelik dat die hof nie hierdie siening konsekwent sal ondersteun nie. Die *Clarke*-¹⁸⁰ en *Stransham-Ford*¹⁸¹-gewysdes is sprekende voorbeelde in hierdie verband. Al is die *Clarke*-beslissing voor die inwerkingtreding van die Grondwet beslis, en die *Stransham-Ford*-beslissing daarna, het die twee gewysdes een ding in gemeen: respek vir die pasiënt se wense.¹⁸²

Die *Stransham-Ford*-beslissing is egter in appèl verander. In *Minister of Justice and Correctional Services v Stransham-Ford*¹⁸³ het appèlregter Wallis bevind dat 'n meer deeglike ondersoek na die huidige stand van die Suid-Afrikaanse reg nodig was, veral in hierdie komplekse regsgebied.¹⁸⁴ Die hof het bevind dat daar nie voldoende ondersoek na nasionale en internasionale regspraak, grondwetlike aspekte en ontwikkeling van die gemenereg gedoen is nie.¹⁸⁵

Dit is nodig om daarop te wys dat 'n lewende testament nie 'n kwessie in die *Stransham-Ford*-gewysde was nie. Wat egter belangrik is, is die benadering wat die hof gevolg het ten opsigte van die wense van die pasiënt: in die appèl was die hof nie bereid om aan die pasiënt se wens om genadedood te ontvang, uiting te gee nie.¹⁸⁶ Dit verskil aansienlik van die benadering in die *Clarke*-gewysde. Daar moet verder uitgewys word dat 'n pasiënt nie genadedood in die Suid-Afrikaanse reg mag versoek nie, aangesien dit op moord sou neerkom. So 'n versoek sal gevolglik nie in 'n lewende testament toegelaat word nie. Die doeltreffendheid van die verskille in benadering dui daarop dat die hof nie dieselfde benaderings tot kwessies aangaande genadedood en lewende testamente het nie. Regsekerheid is dus nodig om te verseker dat, indien 'n pasiënt, of 'n ander belanghebbende persoon, die hof met 'n lewende testament-kwessie nader, die hof se bevinding met redelike sekerheid veronderstel kan word.

Dit is duidelik dat 'n waterskeidingsaak of gepaste wetgewing nodig is om regsekerheid in die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot die regsgeldigheid van lewende testamente, te verseker. Daarsonder is die reg oorgelewer aan die menings van akademici, gewoontes en gebruike van die regs- en mediese praktyke, asook aan regskostes indien 'n hof genader moet word om oor die inhoud en geldigheid van 'n lewende testament te beslis. Soos reeds aangevoer, is daar geen waarborg dat die howe konsekwente beslissings sal maak nie. Die howe sal in bogemelde gevalle die *boni mores* in berekening moet bring.¹⁸⁷ Daar word aangevoer dat regters nie dieselfde siening aangaande die *boni mores* sal hê nie. In die *Clarke*-gewysde maak regter Thirion volgende stelling:

I think the distinction is to be found in society's sense of propriety – its belief that things should happen according to their natural disposition or order. The person who pre-empted the function of the executioner and kills the condemned man while he is to take the last few steps to the gallows, acts wrongfully irrespective of his motive for killing the condemned man. He acts wrongfully because he has no right to meddle in the matter.¹⁸⁸

Ten spyte van hierdie uiteensetting van die *boni mores* jeens genadedood, het regter Thirion die applikant se aansoek toegestaan. Die pasiënt se lewende testament het 'n belangrike rol in die hof se beslissing gespeel. Die uiteenlopende sienings in die *Stransham-Ford*-gewysde en die appèl daarteen is verdere voorbeelde van hoe regters se sienings kan verskil. Die beskouings van die *boni mores* kan ook verskil van dié van die regs- en mediese praktyke – watter siening moet dan gevolg word?¹⁸⁹ Regsekerheid is dus nodig.

Die Regskommissie se voorstelle met betrekking tot lewende testamente, soos elders bespreek,¹⁹⁰ is voldoende en die regering moet dit in wetgewing omskep ten einde regsekerheid te verseker. Dit sal 'n groot stap in die rigting van transformasie wees, aangesien dit 'n onsekerere regsposisie van die verlede in 'n duidelike posisie vir die toekoms sal omskep. In hierdie verband moet die Nasionale Wysigingswet op Gesondheid ook in ag geneem word.¹⁹¹ Dit bevat duidelike en toepaslike bepalings ten opsigte van lewende testamente wat sonder twyfel regsekerheid sal meebring.

Vir doeleindes van transformasie vergelyk Mureinik die ontwikkeling van die reg ingevolge die Grondwet met 'n brug: dit is noodsaaklik om te verstaan waar die brug ontstaan asook waarheen dit lei.¹⁹² Mureinik dui tereg aan dat die Grondwet, meer spesifiek die Handves van Menseregte, 'n kultuur van regverdiging meebring.¹⁹³ Alle beslissings, gegrond op menseregte, moet dus geregverdig kan word. Dit is juis ingevolge hierdie punt dat aangevoer word dat toepaslike wetgewing meer regsekerheid as regspraak sal meebring, aangesien die benadering van die howe kan verskil rakende die aanvaarbare regverdigingsgronde vir beslissings. Weer eens word hierdie stelling met respek teenoor ons howe en voorsittende beamptes gemaak.

Die wetgewingvoorstel word ook uit ander oorde ondersteun, al is dit by wyse van analogie. Welgemoed en Lerm voer aan dat, in gevalle van palliatiewe sorg, doeltreffende wetgewing die mees gepaste wyse is om sekerheid te verkry met betrekking tot die beskikbaarheid van behoorlike palliatiewe sorg.¹⁹⁴ Hierdie benadering is logies en aanvaarbaar, aangesien duidelike wetgewing onnodige besoeke aan die hof en gepaardgaande regskoste sal uitskakel.

Ten slotte moet die vrae wat in die Inleiding gestel, beantwoord word.¹⁹⁵ Dit blyk dat 'n ventilator met sekerheid afgeskakel mag word wanneer 'n pasiënt breindood is. Indien dit andersins afgeskakel sou word, sou dit op moord neerkom, aangesien die pasiënt nie fisies dood sou wees

nie. Aangesien 'n lewende testament tegnies gesproke nie geldig in die Suid-Afrikaanse reg is nie, mag dit dus nie verly word om mediese praktisyns die nodige toestemming te verleen om ventilators af te skakel of kunsmatige voeding te weerhou nie.¹⁹⁶ In die afwesigheid van toepaslike en duidelike wetgewing, is die enigste wyse waarop uitsluitel in hierdie gevalle verkry kan word 'n aansoek tot die hof. Die volgende *dictum* uit die *Clarke*-gewysde kan as steun vir hierdie stelling dien:

In my view this is a proper case for the exercise of the Court's discretion. The applicant is facing an agonising decision. She has a right in the circumstances to know whether in doing what she contemplates doing she would be transgressing the law ... It is but right that the decision should be taken by the Court, which can view the evidence dispassionately and objectively. In those circumstances the applicant is entitled to have the legal position determined by the Court.¹⁹⁷

Die benaderings van die regs- en mediese praktyke word ondersteun wat die geldigheid van lewende testamente betref. Dit word egter sterk aanbeveel dat beide regsverteenwoordigers en mediese praktisyns uiters versigtig moet wees om lewende testamente aan te beveel, gegewe die regsonsekerheid soos in hierdie artikel aangedui. Dit word verder aanbeveel dat die wetgewer vinnig optree om die Regskommissie se aanbevelings asook die bepalings ten opsigte van lewende testamente in die Nasionale Wysigingswet op Gesondheid, te heroorweeg en in wetgewing te omskep, ten einde regsekerheid met betrekking tot lewende testamente in die Suid-Afrikaanse reg te skep. Soos reeds elders bespreek, het so 'n stap regsekerheid in jurisdiksies soos Nederland, Kanada en Nieu-Seeland meegebring.¹⁹⁸ Verder sal so 'n stap die Grondwet, as oppergesag in die land, bevorder, aangesien die menseregte wat kortliks in hierdie artikel bespreek word, daarin vervat is. Dit is nie wenslik dat die samelewing deur regsreëls en regsposisies wat onseker is geregleer word nie, veral nie waar individue se lewens, gesondheid en algehele welsyn ter sprake is nie.

Bibliografie

- Currie, I. en J. de Waal. 2016. *The Bill of Rights handbook*. Kaapstad: Juta en Kie Bpk.
- Grové, L. 2007. Framework for the implementation of euthanasia in South Africa. LLM-verhandeling, Universiteit van Pretoria.
- Jordaan, L. 2011. The legal validity of an advance refusal of medical treatment in South African law (Part 1). *De Jure*, 44(2):32–49.
- Labuschagne, J.M.T. 1988. Dekriminalisasie van eutanase. *Tydskrif vir die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 51:167–93.
- Luke, C. 2005. The right to choose: Living wills in British Columbia. *The Scrivener*, 14(3):60–2.
- Matthews, V. 2024. Understanding Living Wills. <https://www.mblh.co.za/OurInsights/ArticleDetail.aspx?Title=Understanding-Living-Wills> (30 Januarie 2025 geraadpleeg).
- McQuoid-Mason, D. 2005a. Pacemakers and end-of-life decisions: issues in medicine. *South African Medical Journal*, 95(8):566–68.

—. 2005b. Pacemakers and “living wills”: does turning down a pacemaker to allow death with dignity constitute murder? *South African Journal of Criminal Justice*, 18(1):24–40.

—. 2006. Advance directives and the National Health Act. *South African Medical Journal*, 96(12):1236–38.

—. 2013. Emergency medical treatment and “do not resuscitate” orders: when can they be used? *South African Medical Journal*, 103(4):223–25.

Medical Protection Society. 2014. Living Wills/Advance Directives. <https://www.medicalprotection.org/docs/medicalprotectioninternationallibraries/pdfs/factsheet-pdfs/south-africa-factsheet-pdfs/living-wills-advance-directives.pdf?sfvrsn=6> (18 Februarie 2025 geraadpleeg).

Mureinik, E. 1994. A bridge to where? Introducing the Interim Bill of Rights. *South African Journal on Human Rights*, 10(1):31–48.

Nadasen, S. 1993. Euthanasia: an examination of the Clarke judgment in the light of Dutch experience. *Obiter*, 14:50–66.

Ncayiyana, D. 2012. Euthanasia – no dignity in death in the absence of an ethos of respect for human life. *South African Medical Journal*, 102(6):334

NHS. 2022. Overview: Brain death. <https://www.nhs.uk/conditions/brain-death> (4 Februarie 2025 geraadpleeg).

Politzer, W.M. 2009. Is the medical profession always justified in saving lives? *South African Family Practice*, 51(1):36–8.

Rheeder, A. 2012. Eutanasie as vrywillige keuse deur persone met demensie, met verwysing na die praktyk in Nederland – ’n voorlopige teologies-etiese beoordeling. *In die Skriflig*, 46(1):1–12.

Slabbert, M. en C. van der Westhuizen. 2007. Death with dignity in lieu of euthanasia. *South African Public Law Journal*, 22(2):366–84.

Smit, A. 2025. Enforceability of living wills in South Africa. <https://www.derebus.org.za/enforceability-of-living-wills-in-south-africa> (17 Februarie 2025 geraadpleeg).

Sneiderman, B. en D. McQuoid-Mason. 2000. Decision-making at the end of life: the termination of life-prolonging treatment, euthanasia (mercy-killing), and assisted suicide in Canada and South Africa. *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 33(2):193–204.

South African Medical Association. 2012. Living Wills and Advance Directive. <https://samedical.org/images/attachments/guidelines-with-regard-to-living-wills-2012.pdf> (13 Januarie 2025 geraadpleeg – die blad blyk nie langer aktief te wees nie, maar die PDF-dokument, waarin hierdie inligting vervat is, is in die outeur se besit en kan op aanvraag beskikbaar gestel word).

Strauss, S. 1991. *Doctor, Patient and the Law: a selection of practical issues*. Pretoria: JL van Schaik Uitgewers.

Visser, M. 2022. Putting together a living will. <https://www.golegal.co.za/living-will-requirements> (29 Januarie 2025 geraadpleeg).

Welgemoed, M. 2013. Euthanasia: a modern legal perspective. LLM-verhandeling, Nelson Mandela Metropolitaanse Universiteit.

Welgemoed, M. en H. Lerm. 2020. Palliative care as a form of relief for the dying: a South African perspective. *Obiter*, 41(2):348–70.

Eindnotas

¹ Sien Grové (2007:78). Alreeds in 2007 het Grové aangedui dat die Living Will Society of South Africa lewende testamente tussen hul lede vir verlyding versprei het en dat die getalle tussen 1974 en 1991 aansienlik in so 'n mate gegroei het dat dit tóe al 20 000 verbygesteek het. Sien ook Smit (2025).

² Sien ook Smit (2025).

³ McQuoid-Mason (2005a:566).

⁴ *Ibid.*; Smit (2025). Sien par. 2 vir 'n meer volledige bespreking hiervan.

⁵ McQuoid-Mason (2006:1236); McQuoid-Mason (2005b:25); McQuoid-Mason (2013:224); Medical Protection Society (2014).

⁶ Matthews (2024).

⁷ McQuoid-Mason (2005a:566).

⁸ McQuoid-Mason (2006:1236).

⁹ Sien ook Grové (2007:152).

¹⁰ McQuoid-Mason (2006:1236); Sneiderman en McQuoid-Mason (2000:196); McQuoid-Mason (2005a:566); McQuoid-Mason (2013:224); Jordaan (2011:36); Welgemoed (2013:40); Grové (2007:152).

¹¹ McQuoid-Mason (2005b:25).

¹² McQuoid-Mason (2006:1237).

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Suid-Afrikaanse Regskommissie (1997:6(1)); Welgemoed (2013:41).

¹⁵ Suid-Afrikaanse Regskommissie (1997:7(1)(a) en (b)); Welgemoed (2013:41).

¹⁶ Suid-Afrikaanse Regskommissie (1997:7(2)); Welgemoed (2013:41).

¹⁷ Suid-Afrikaanse Regskommissie (1997:v); Welgemoed (2013:42).

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Suid-Afrikaanse Regskommissie (1997:v); Welgemoed (2013:43).

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² 1992 2 SACR 676 (D); Jordaan (2011:36.)

²³ *Clarke v Hurst* 1992 2 SACR 630 (D) 680A.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ McQuoid-Mason (2005b:25).

²⁶ McQuoid-Mason (2005b:25). Sien ook Labuschagne (1988:191). Hy is van mening dat 'n lewende testament van hulp kan wees om te bepaal of toestemming dat mediese behandeling gestaak moet word, bestaan al dan nie.

²⁷ *Clarke v Hurst* 680C.

²⁸ *Clarke v Hurst* 679D.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Clarke v Hurst* 704A.

³¹ *Ibid.*

³² Smit (2025)

³³ 200 van 1993.

³⁴ 108 van 1996.

³⁵ Sien ook *Stransham-Ford v Minister of Justice and Correctional Services* (2015:[12]), waar regter Fabricius J dit duidelik stel dat, in 'n postkonstitusionele era, die reg ontwikkel moet word ten einde uitvoering aan die applikant se menseregte te gee.

³⁶ Art. 11.

³⁷ Art. 12, meer spesifiek art. 12(2).

³⁸ Sien par. 2.2.2, asook par. 4 hier onder.

³⁹ Benewens die onttrekking van kunsmatige voeding, is die afskakeling van 'n ventilator ook van belang vir doeleindes van hierdie artikel.

⁴⁰ Sien ook Labuschagne (1988:191). Labuschagne verwys nou wel na gevalle van genadedood waar die hooggeregshof genader moet word, maar by wyse van analogie is hierdie siening ook op lewende testamente van toepassing.

⁴¹ Sien ook *Stransham-Ford v Minister of Justice and Correctional Services* (2015:[17]), waar die hof dit duidelik stel dat, waar die hof genader word en/of waar daadwerklike wetgewing bestaan wat voldoende veiligheidsmaatstawwe in plek het, om 'n besluit te maak of 'n pasiënt aan die lewe moet bly al dan nie, daar geen nuwe-effekte tot so 'n besluit kan wees nie.

⁴² Visser (2022); Matthews (2024).

⁴³ Visser (2022).

⁴⁴ 56 van 1974.

⁴⁵ Visser (2022).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Art. 3(o).

⁴⁸ Sien par. 3 hier onder.

⁴⁹ Matthews (2024).

⁵⁰ 'n Verdere bespreking rakende hierdie organisasies word in die volgende afdeling bespreek – sien par. 2.2.3.

⁵¹ Matthews (2024).

⁵² Sien ook McQuoid-Mason (2005b:29).

⁵³ Matthews (2024).

⁵⁴ In hierdie verband word aangevoer dat die getuies aan dieselfde vereistes moet voldoen wat vir getuies ingevolge die Wet op Testamente 7 van 1953 geld. 'n Meer volledige bespreking hiervan val egter buite die bestek van hierdie artikel.

⁵⁵ Smit (2025).

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Sien par. 4.2.

⁵⁹ 108 van 1996.

⁶⁰ Sien par. 2.1 hierbo, asook parr. 3 en 4 hier onder.

⁶¹ McQuoid-Mason (2005b:26, 29–30); Jordaan (2011:35); Suid-Afrikaanse Mediese Vereniging (2012) Die blad blyk nie langer aktief te wees nie, maar die PDF-dokument, waarin hierdie inligting vervat is, is in die outeur se besit en kan op aanvraag beskikbaar gestel word.

⁶² McQuoid-Mason (2005b:26).

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ 61 van 2003.

⁶⁵ Sien Politzer (2009:36). Mediese praktisyns is, volgens die mediese praktyk, gebonde aan die wense van hul pasiënte. Sien ook Health Professions Council of South Africa (2007:4) in hierdie verband.

⁶⁶ McQuoid-Mason (2005b:28).

- ⁶⁷ *Ibid.*; McQuoid-Mason (2013:224); Suid-Afrikaanse Mediese Vereniging (2012): vgl. eindnota 65 hierbo.
- ⁶⁸ McQuoid-Mason (2005b:28).
- ⁶⁹ McQuoid-Mason (2005b:28–9, asook 30).
- ⁷⁰ Suid-Afrikaanse Mediese Vereniging (2012): vgl. eindnota 65 hierbo.
- ⁷¹ Suid-Afrikaanse Mediese Vereniging (2012): vgl. eindnota 65 hierbo. Sien ook parr. 1 en 2.1 hierbo.
- ⁷² Suid-Afrikaanse Mediese Vereniging (2012): vgl. eindnota 65 hierbo.
- ⁷³ Sien ook McQuoid-Mason (2005b:29). Mediese praktisyns moet te alle tye verseker dat die wense van die pasiënt duidelik is en gerespekteer word.
- ⁷⁴ Strauss (1991:337).
- ⁷⁵ *Ibid.*
- ⁷⁶ Labuschagne (1988:176).
- ⁷⁷ *Ibid.*
- ⁷⁸ Currie en De Waal (2016:267).
- ⁷⁹ *Ibid.*
- ⁸⁰ Welgemoed (2013:48).
- ⁸¹ Sien Welgemoed (2013:62–63).
- ⁸² Sien Grové (2007:78). Strauss, in hierdie verband verwys na Strauss (1991:344).
- ⁸³ Grové (2007:78).
- ⁸⁴ McQuoid-Mason (2005b:30).
- ⁸⁵ Strauss (1991:322).
- ⁸⁶ *Ibid.*
- ⁸⁷ 1986 4 SA 1188 A.
- ⁸⁸ Strauss (1991:323).
- ⁸⁹ *Ibid.*
- ⁹⁰ Welgemoed (2013:32 en 33).
- ⁹¹ Welgemoed (2013:33).
- ⁹² Strauss (1991:323).
- ⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Strauss (1991:325); McQuoid-Mason (2005b:32); Labuschagne (1988:183 en 184).

⁹⁸ McQuoid-Mason (2005b:32).

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ NHS (2022).

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Art. 1.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Sien ook McQuoid-Mason (2005b:33).

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Sien par. 2.2.4.

¹⁰⁸ McQuoid-Mason (2005b:34).

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ McQuoid-Mason (2005b:35).

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ McQuoid-Mason (2005b:36).

¹¹⁸ Sien par. 2.2.3. Sien ook McQuoid-Mason (2005b:36). Dit moet vermeld word dat McQuoid-Mason na pasaangeërs verwys, maar dat sy betoog analogies op ventilators van toepassing gemaak kan word.

¹¹⁹ McQuoid-Mason (2005b:35). Weer eens moet dit vermeld word dat McQuoid-Mason se betoog in hierdie verband analogies op ventilators van toepassing gemaak kan word.

¹²⁰ McQuoid-Mason (2005b:36).

¹²¹ *Ibid.*

¹²² McQuoid-Mason (2005b:36).

¹²³ 108 van 1996.

¹²⁴ Art. 2.

¹²⁵ Sien par. 2.1 hierbo.

¹²⁶ *Clarke v Hurst* 1992 2 SACR 630 (D) 697B (eie beklemtoning).

¹²⁷ Dis is 'n 1992-beslissing.

¹²⁸ Sien Welgemoed (2013:50) in hierdie verband. Alhoewel Welgemoed na genadedood en palliatiewe sorg verwys, behoort dieselfde benadering analogies op lewende testamente van toepassing te wees.

¹²⁹ Art. 11 bepaal dat “[e]veryone has the right to life.”

¹³⁰ Art. 10 bepaal dat “[e]veryone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected.”

¹³¹ Art. 9(1) bepaal dat “[e]veryone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.”

¹³² Welgemoed (2013:50). M.b.t. liggaamlike integriteit, bepaal art. 12(2)(b) dat “[e]veryone has the right to freedom and security of the person, which includes the right ... to security in and control over their body; ...”

¹³³ Welgemoed (2013:53); Ncayiyana (2012:334).

¹³⁴ Ncayiyana (2012:334).

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Welgemoed (2013:58). Sien ook Slabbert en Van der Westhuizen (2007:373)

¹³⁷ 1995 6 BCLR KH, 1995 3 SA 391 (KH).

¹³⁸ [327]. Sien ook Welgemoed (2013:54).

¹³⁹ Sien Welgemoed (2013:54), asook Currie en De Waal (2016:267). Currie en De Waal is van mening dat 'n lewende testament heeltemal geldig is, welke mening op die *Clarke*-gewysde gebaseer word.

¹⁴⁰ Welgemoed (2013:54). Sien ook Currie en De Waal (2016:267–8).

¹⁴¹ Welgemoed (2013:54). Sien ook Currie en De Waal (2016:267–8). In hierdie verband verwys Currie en De Waal na die beslissing in *Makwanyane*.

¹⁴² Sien Welgemoed (2013:57), asook *Prinsloo v Van der Linde* 1997 3 SA 1012 (KH), 1997 6 BCLR 759 (KH) [31] in hierdie verband.

¹⁴³ Jordaan (2011:43).

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ 2015 4 ZAGPPHC 230.

¹⁴⁶ [17].

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Sien par. 2.1.

¹⁵¹ Sien parr. 2.2.2 en 2.2.3.

¹⁵² Sien par. 2.2.4.

¹⁵³ Sien par. 2.2.3.

¹⁵⁴ Sien par 4.2.

¹⁵⁵ *Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO) 1995.*

¹⁵⁶ Art. 450.

¹⁵⁷ Sien ook Welgemoed (2013:13).

¹⁵⁸ Sien ook Rheeder (2012:3) m.b.t. lewende testamente in Nederland.

¹⁵⁹ *Carter v Canada (Attorney-General)* (2012) BCSC 886 [222].

¹⁶⁰ RSBC 1996 Chapter 405.

¹⁶¹ RSBC 1996 Chapter 181.

¹⁶² Welgemoed (2013:29). Sien ook Luke (2005:61).

¹⁶³ 2019.

¹⁶⁴ Art. 32(1).

¹⁶⁵ Art. 32(2).

¹⁶⁶ B8-2019.

¹⁶⁷ Art. 7B(1).

¹⁶⁸ Art. 7B(2).

¹⁶⁹ Art. 7B(3)(a).

¹⁷⁰ Art. 7B(3)(b)-(c).

¹⁷¹ Art. 7B(4).

¹⁷² Art. 7B(5).

¹⁷³ Art. 7B(6).

¹⁷⁴ Sien par. 2.1.

¹⁷⁵ Smit (2025).

¹⁷⁶ Sien par. 2.1.

¹⁷⁷ Sien par. 2.2.

¹⁷⁸ Sien par. 4.2.

¹⁷⁹ Sien parr. 2.2.2 en 2.2.3.

¹⁸⁰ 1992 2 SACR 676 (D).

¹⁸¹ 2015 4 ZAGPPHC 230.

¹⁸² Sien par. 4.2.

¹⁸³ 531/2015 [2016] ZASCA 197; [2017] 1 All SA 354 (HHA); 2017 3 BCLR 364 (HHA); 2017 3 SA 152) (HHA (6 Desember 2016).

¹⁸⁴ [5].

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ Sien in hierdie verband parr. [13] en [14]. Die hof verwys na die pasiënt se menseregte, maar was nie bereid om dit as basis te gebruik om sy aansoek toe te staan nie.

¹⁸⁷ Nadasen (1993:52).

¹⁸⁸ *Clarke v Hurst* 700H.

¹⁸⁹ Nadasen (1993:65).

¹⁹⁰ Sien par. 2.1.

¹⁹¹ Sien par. 4.6.

¹⁹² Mureinik (1994:31).

¹⁹³ Mureinik (1994:48).

¹⁹⁴ Welgemoed en Lerm (2020:370).

¹⁹⁵ Sien par. 1 hierbo vir 'n uiteensetting van die vrae.

¹⁹⁶ Sien ook Jordaan (2011:38).

¹⁹⁷ *Clarke v Hurst* 683C.

¹⁹⁸ Sien par. 4.5 hierbo.