

**DIE BESLEGTINGSPROBLEMATIEK IN GEVAL
VAN MEDIESE WANPRAKTYKSGESKILLE MET
SPESIFIEKE VERWYSING NA DIE "ACTION FOR
WRONGFUL CONCEPTION" EN DIE "ADR"-
PROSES**

'n Proefskrif aangebied ter gedeeltelike nakoming van die
vereistes vir die graad

DOCTOR LEGUM

aan die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër
Onderwys

deur

ALETTA JOHANNA CROUS

Promotor: Prof I. Vorster
Mede-promotor: Prof M. Lupton
Potchefstroom
November 2002

"Wat ek is, is net genade.

Wat ek het, is net geleen."

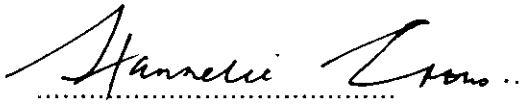
*Opgedra aan my ouers,
Sebastiaan en Nellie Crous*

VOORWOORD

Sonder die hulp van die volgende persone en instansies was die afhandeling van hierdie doktorsale studie nie moontlik nie en gevolglik betuig ek my hartlike dank aan:

- * my promotor, prof Ig Vorster vir sy uiters bekwame en professionele leiding en advies, aanmoediging, geduld en opoffering ondanks 'n baie druk werkprogram;
 - * my mede-promotor, prof Mike Lupton eweneens vir sy professionele en bekwame leiding, advies en tydige terugvoer ondanks die feit dat hy by tye in die buiteland werksaam was;
 - * die onderskeie dekanes van die Fakulteit Regte, professore Chris de Beer, Ig Vorster en Francois Venter, asook my eertydse departements-hoofde, professore Johan Kruger en Tom Coetzee vir hulle begrip, hulp, ondersteuning en beskikbaarstelling van navorsingsverlof en fasiliteite;
 - * my kollegas, veral Gerrit Ferreira, Willemien du Plessis, Tom Coetzee en Flip Schutte vir hulle raad en aanmoediging;
 - * die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys vir die beskikbaarstelling van navorsingsverlof en fasiliteite;
 - * Carin Snyman, Marelize Bezuidenhout en Carene Wessels vir die waarneem van my doseerverpligtinge tydens my navorsingsverlof;
 - * al my professionele assistente oor die navorsingstydperk, in die besonder Adri Myburgh, Moolman Wessels, JJ Mynhardt, Adolf van Coller, Frikkie Badenhorst en Esmé Coetzee.
 - * die personeel verbonde aan die volgende biblioteke: Unisa Biblioteek, Hans Merensky Biblioteek (Universiteit van Pretoria), Michigan Law Library (University of Michigan, Ann Arbor), Harvard Law Library (Harvard University), Chicago Bar Association Library (Chicago), Ferdinand Postma Biblioteek (PU vir CHO) in die persone van Erika Roodt en Christine Bronkhorst;
 - * die personeel van die Departement Inligtingstechnologie en Bestuur, PU vir CHO;
 - * die personeel van Printing Things vir die bekwame druk- en bindwerk van die proefskrif;
-

- * professore Ury (Harvard University), Schneider (University of Michigan), wyle Ferdi van Oosten (Universiteit van Pretoria) en wyle David Joubert (Universiteit van Pretoria) vir hulle kosbare wenke en advies;
- * personeel van die Law School University of Michigan Ann Arbor;
- * prof Lou Ferman van die University of Michigan vir my aangename verblyf en gasvryheid wat ek by hom aan huis ontvang het tydens my verblyf in Michigan;
- * mev Doepie de Jongh vir haar uiters bekwame tikwerk en versorging van die proefskrif, haar vriendelikheid, lojaliteit en konsensieuse, stiptelike werk deur die jare heen;
- * me Hester de Beer vir die bekwame wyse waarop sy sekretariële werk vir my gedoen het;
- * me Adri Myburgh vir die sorgvuldige taalversorging en deeglike proeflees van die proefskrif;
- * die Gesondheids Beroepe Raad, Mediese Vereniging van Suid-Afrika, The American Medical Society, asook personeel verbonde aan die University Hospital Michigan Ann Arbor en die Fakulteit Geneeskunde, Universiteit van Pretoria, van wie ek kosbare inligting ontvang het;
- * goeie vriende in besonder Moedjie, Herman en Amorita asook my familie, naamlik my suster Sandra en broer Jan en hulle gesinne vir hulle liefde, begrip, verdraagsaamheid, ondersteuning en aanmoediging tydens my doktorsale studie;
- * my ouers vir hulle wonderlike liefde, begrip, motivering, belangstelling, ondersteuning en vertroue in my;
- * ten slotte maar die heel belangrikste, aan my Skepper kom al die lof, eer, dank en aanbidding toe. Sonder Sy liefde, hulp, krag en genade was ek absoluut tot niks in staat.


 HANNELIE CROUS

SLEUTELWOORDE

- Kontrasepsie – sterilisasie
- Mediese wanpraktykseise – "action for wrongful conception/birth/life" – gebaseer op kontrakbreuk of delik (Amerikaanse "tort")
- "Action for wrongful (unwanted) conception (pregnancy)" – aksie vir onregmatige (ongewenste) konsepsie (swangerskap) – skadevergoedingseis deur die ouers van 'n onbeplande/ongewenste gesonde en normale kind na 'n mislukte sterilisasie deur 'n nalatige geneesheer uitgevoer
- Skadevergoeding – berekening van – "no recovery rule", "benefit offset rule", "full recovery rule", "limited damages rule"
- Koste verbonde aan die grootmaak van die onbeplande/ongewenste kind
- Alternatiewe geskilbeslegting ("ADR") – metodes – nie-judisiële proses, gepas vir die geskil en partye – voorbeelde ombudspersoon, keuringspaneel en arbitrasieklousule vervat in 'n pasiënt-geneesheer (gesondheidsorgverskaffer)-kontrak

AFKORTINGS

A	Artikel
A	Atlantic Reporter
ACCORD	African Centre for Constructive Resolution of Disputes
ADR	Alternative dispute resolution Appropriate dispute resolution Alternative geskilbeslegtingsproses/metodes Gepaste geskilbeslegtingsproses/metodes
ADRASA	Alternative Dispute Resolution Association of South Africa
AFSA	Arbitration Foundation of South Africa
Ala	Alabama (S)
Alas	Alaska (P)
ann	annotated
Anon	Anoniem
Ariz	Arizona (P)
Ark	Arkansas (SW)
AVSSA	Assosiasie vir Vrywillige Sterilisasie van Suid-Afrika
BIRD	Bloemfontein Initiative for Reconciliation and Democracy
BML	Businessman's Law
BOP	Bevolkingsontwikkelingsprogram
Cal	California (P)
CCMA	Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration
CCRS	Community Conflict Resolution Services
CDC	US Centres for Disease Control and Prevention

CDR Trust	Communityh Dispute Resolution Trust
ch	chapter
Cilsa	Comparative and International Law Journal of Southern Africa
CIS	Centre for Intergroup Studies
civ	civil
Col	Colorado (P)
comp	compiled
Conn	Connecticut (A)
cons	constitution
cpr	civil procedure
ct	court
cts	courts
DC	District of Columbia (A)
Del	Delaware (A)
DHEW	Department of Health Education and Welfare
DJ	De Jure
DMPA	Depot Medroksiprogesteroonasetaat
DNET-En	Depot Noretisteroon en antaat
EEU	Environmental Evaluation Unit
ERC	Empowering for Reconciliation with Justice
FAMSA	Family and Marriage Society of South Africa
Fla	Florida (S)
Ga	Georgia (SE)
gen	general
Geo Law	Georgetown Law Journal
Haw	Hawai (P)

HBO	Hoofdirekoraat Bevolkingsontwikkeling
HCSMA	Health Care Services Malpractice Act
HPC	Health Professions Council
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
Id	Idaho (P)
IDASA	Institute for a Democratic Alternative for South Africa
Ill	Illinois (NE)
IMSSA	Independent Mediation Service of South Africa
Ind	Indiana (NE)
Iowa	Ia (NW)
IRJSA	Industrial Relations Journal of South Africa
ISRC	Institute for the Study and Resolution of Conflict
IUD	Intra uterine device
IUT	Intra uterine toestel
JAMA	The Journal of the American Medical Association
JR	Juristische Rundschau
jud	judicial
Kan	Kansas (P)
Ky	Kentucky (SW)
I	laws
La	Louisiana (S)
LHR	Lawyers for Human Rights
Mass	Massachusetts (NE)
Md	Maryland (A)
Me	Maine (A)
Mich	Michigan (NW)

Minilap	Mini-laparotomie
Minn	Minnesota (NW)
Miss	Mississippi (S)
MLJ	Medico Legal Journal
Mo	Missouri (SW)
ModLR	Modern Law Review
Mont	Montana (P)
MVSA	Mediese Vereniging van Suid-Afrika
NC	North Carolina (SE)
ND	North Dakota (NW)
NDLaw	Notre Dame Lawyer
NE	North Eastern
Neb	Nebraska (NW)
Nev	Nevada (P)
NH	New Hampshire (A)
NICRO	National Institute for Crime Prevention and for the Rehabilitation of Offenders
NJ	New Jersey (A)
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NM	New Mexico (P)
NW	Nort West
NY	New York (NE)
Oh	Ohio (NE)
Okl	Oklahoma (P)
Oreg	Oregon (P)
P	Pacific

Pa	Pennsylvania (A)
para	paragraph
prac	practice
proc	procedure
R	Reël
rev	revised
Rh	Rhesus
RI	Rhode Island (A)
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
S	Southern
SAACI	South African Association for Conflict Intervention
SAAM	South African Association of Mediators in Family Matters
SACOB	South African Chamber of Business
SAFCON	South African Foundation for Conciliation
SAJHR	South African Journal of Human Rights
SALJ	South African Law Journal
SAMerclJ	South African Mercantile Law Journal
SAMJ	South African Medical Journal
SAPL	South African Public Law
SAPM	South African Practice Management
SC	South Carolina (SE)
SD	South Dakota (NW)
SE	South Eastern
sec	section
sess	session
SITA	State Information Technology Agency

stat	statutes
supp	supplement
SW	South Western
TempLQ	Temple Law Quarterly
Tenn	Tennessee (SW)
Tex	Texas (SW)
THRHR	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg
tit	title
TSAR	Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg
U Chi Law Review	University of Chicago Law Review
UCLA	University of California Los Angeles Law Review
UMKC	UMKC Law Review
Ut	Utah (P)
Va	Virginia (SE)
Vt	Vermont (A)
Wash	Washington (P)
Wisc	Wisconsin (NW)
Wva	West Virginia (SE)
Wyo	Wyoming (P)

UITLEG

Verwysing na manlik sluit vroulik in tensy die teenoorgestelde uit die teks blyk
en/of aldus aangedui is.

SUMMARY

Although sterilisation is the safest and most popular method of contraception, it sometimes happens that a sterilisation operation fails. Such failure can be ascribed to natural causes, such as re-canalisation of the Fallopian or seminal tubes, or to the negligence of the surgeon by whom the operation was performed.

A legal action based upon a sterilisation which had been carried out negligently or not at all, constitutes a claim for medical malpractice. The medical practitioner had violated his legal duty towards the patient with detrimental consequences to the latter.

Because of divergent and sometimes erroneous interpretations by American courts of the underlying principles pertaining to breach of warranty, actions for wrongful (undesired) conception (pregnancy) are based on contract rather than delict.

According to the principles of the Law of Delict, the aggrieved party (the patient) must be placed in the same position in which he/she had been before the unsuccessful sterilisation. The negligent party (the medical practitioner) must bear the liability for all foreseeable adverse consequences of his negligent conduct.

Damages are recovered for foreseeable detrimental consequences of a failed sterilisation, with the exception of the costs involved in the raising of an unplanned child. The majority of American courts applies the "limited damages"-rule in terms of which the granting of such costs is against public policy. The American public policy endorses the value of human life and the stability of family life. An unplanned child is not seen as a compensative disadvantage and emotional prejudice to the child, with the medical practitioner as "surrogate parent" responsible for the costs to rear the child, must be prevented. According to the "limited damages"-rule, the calculation of damages in this respect is also too speculative in nature.

The "limited damages"-rule is based upon emotional considerations with a "pro-life" undertone. By refusing rearing costs, the fundamental nature of procreation rights is disregarded and the health considerations are frustrated. The prejudice referred to in the action for wrongful conception does not lie in the birth of an unplanned child, but in the upbringing of the child conceived and born as a result of the negligence of the medical practitioner. An order for costs related to the rearing of the child serves the purpose of providing for the child and is not tantamount to a rejection of him/her.

A right only has any value if there is a remedy providing for the acknowledgement and enforcement thereof. Contemporary South African Law is inadequate as far as this type of action is concerned. For example, a claim for non-patrimonial loss cannot be based upon contract, i.e. for breach of contract. An increase in medical malpractice claims can be expected in South Africa in view, of the fact that the public is becoming more and more aware of its rights in respect of health services and healthcare. The public opinion calls for development of the relevant legal principles in South African law.

The fact that the law is not accessible to everyone in South Africa is a matter of concern. High litigation costs, coupled with the time consuming protracted, formal and complicated forensic process, calls for a transformation towards an alternative, non-judicial process that is suitable for a particular dispute and apposite to the parties involved. Selection panels, the medical ombuds-person and arbitration clauses incorporated in doctor/patient agreements are ADR-mechanisms that have been proved by American law as suitable for resolution of medical malpractice claims.

OPSOMMING

Hoewel sterilisasie die gewildste en veiligste vorm van kontrasepsie is, gebeur dit egter soms dat 'n sterilisasie-operasie misluk. Die mislukking kan toegeskryf word aan die werking van die natuur (rekanalisasie van Fallopiusbuise of saadbuisse) of deur die nalatigheid van 'n geneesheer.

'n Aksie gebaseer op 'n nalatige (of geen) uitgevoerde sterilisasie, is 'n mediese wanpraktykseis. Die geneesheer het sy regsplig tot sorg en vaardigheid in die uitvoering van sy verpligtinge teenoor die pasiënt verbreek, wat nadelige gevolge (skade/nadeel) vir die pasiënt inhou.

Vanweë nie-eenvormige en soms foutiewe interpretasies deur die Amerikaanse howe van waarborgbreuk, word die aksie vir onregmatige (ongewenste) konsepsie (swangerskap) eerder deliktueel as kontraktueel baseer. Ingevolge die delikteregbeginsels moet die benadeelde eiser (die pasiënt) in dieselfde posisie geplaas word waarin hy/sy was voor die plaasvind van die mislukte sterilisasie. Die nalatige verweerder (die geneesheer) moet aanspreeklik gestel word vir alle voorsienbare nadelige gevolge van sy nalatige handeling.

Skadevergoeding word verhaal vir voorsienbare nadelige gevolge van sterilisasie, met uitsondering van die grootmaakkoste verbonde aan 'n onbeplande kind. Die meerderheid Amerikaanse howe pas die "limited damages"-reël toe ingevolge waarvan die toestaan van dié tipe koste teen die openbare beleid is. Die openbare Amerikaanse beleid onderskryf die waarde van 'n mense lewe en die stabiliteit van gesinslewe. Die onbeplande kind word nie as 'n kompenseerbare nadeel beskou nie en emosionele benadeling van die kind, met die geneesheer as "surrogaat-ouer" verantwoordelik vir grootmaakkoste, moet verhoed word. Volgens die "limited damages"-reël is die berekening van skadevergoeding in dié verband ook te spekulatief van aard.

Die "limited damages"-reël is baseer op emosionele oorwegings met 'n "pro life" ondertoon. Deur grootmaakkoste te weier, word die fundamentele aard van prokreasieregte misken. Die doel waarvoor sterilisasie aanvanklik toegepas is (finansiële of gesondheidsoorwegings), word verydel indien skadevergoeding (grootmaakkoste) vir 'n mislukte sterilisasie geweier word. Die nadeel waarna in die aksie vir onregmatige konsepsie verwys word, lê nie in die geboorte van die onbeplande kind nie, maar in die versorging van die kind

wat verwek en gebore is as gevolg van die nalatige optrede van die geneesheer. Deur die toestaan van grootmaakkoste, word die kind nie verwerp nie, maar word in die kind se behoeftes voorsien.

'n Reg het slegs waarde indien daar 'n remedie bestaan wat erkenning en uitvoering aan die reg gee. Die Suid-Afrikaanse reg is egter, waar dit regs-hulp en toegang tot die regsproses aanbetref in hierdie tipe aksie, onvoldoende. So byvoorbeeld kan 'n eis vir nie-vermoënskade nie op 'n kontrak (kontrakbreuk) gegrond word nie. Toename in mediese wanpraktykseise kan verwag word namate die publiek al hoe meer bewus word van hulle regte op gesondheidsdienste en –sorg. Die gemeenskapsopvatting vereis 'n ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse regsbeginsels in dié verband.

Kommer bestaan oor die feit dat die reg nie vir almal in Suid-Afrika toeganklik is nie. Hoë litigasiekoste, die lang, uitgerekte, formele en ingewikkelde litigasieproses noop 'n verandering tot 'n alternatiewe, nie-judisiële proses wat geskik is vir 'n spesifieke geskil en gepas is vir die partye tot die geskil. Keuringspanele, die mediese ombudspersoon en arbitrasieklousules vervat in 'n geneesheer-pasiënt-ooreenkoms is ADR-metodes, soos bewys deur die Amerikaanse reg, as gepas vir die oplossing van mediese wanpraktykseise.

INHOUDSOPGAWE

INLEIDING

<i>MOTIVERING, PROBLEEMSTELLING EN OOGMERKE MET DIE STUDIE</i>	1
<i>SISTEMATIEK</i>	2
<i>STRUKTUUR</i>	4
<i>KONKRETISERING VAN DIE PROBLEEMSTELLING</i>	5

HOOFSTUK 1 11

DIE STERILISASIEPROSES AS KONTRASEPTIEWE METODE 11

1 INLEIDING..... 11

2 KONTRASEPTIEWE METODES 14

2.1 ALGEMENE INLEIDING MET BETREKKING TOT KONTRASEPTIEWE METODES 14

2.2 BEVOLKINGSONTWIKKELING EN GESINSBEPLANNING..... 15

2.2.1 *Argumente vir of teen die gebruik van kontrasepsie* 16

(a) Gesinsbeplanning is 'n mensereg 17

(b) Buitengewone bevolkingsaanwas 20

(c) Gemeenskapsgesondheid en -welsyn 20

(d) Mediese oorwegings 21

2.2.2 *Gevolge van oorbevolking*..... 21

(a) Werkloosheid 21

(b) Armoede..... 22

(c) Verstedeliking, ontvolking en toenemende agterstande 23

(d) Geweld, misdaad en destabilisasie 24

(e) Omgewingsagteruitgang 24

(f) Voedselverskaffing 25

2.2.3 *Die oorsake van oorbevolking in Suid-Afrika* 25

(a) Waardes en houdings van 'n derdewêreld komponent van die bevolking 25

(b) Ongeletterdheid, gebrek aan inligting en opvoeding 26

(c) Gebrek aan voldoende voorligting en dienste rakende kontrasepsie..... 26

(d) Sosiale, ekonomiese en regsposisie van die vrou 27

(e) Politiek 28

(f) Invloed van die kerklike en sosiale drukgroepe 28

2.2.4 *Die demografiese siklus*..... 28

(a) Stadium 1 29

(b) Stadium 2 29

(c)	Stadium 3	29
(d)	Stadium 4	29
(e)	Stadium 5	29
2.2.5	<i>Regstellende en voorkomingsaktiwiteite</i>	30
2.2.6	<i>Beoogde regstellende en voorkomingsaktiwiteite</i>	31
2.3	VORME VAN KONTRASEPSIE	33
2.4	EFFEKTIWITEIT VAN KONTRASEPSIE	34
2.4.1	<i>Bepaling van effektiwiteit</i>	34
(a)	Teoretiese of metode-effektiwiteit	34
(b)	Gebruikseffektiwiteitsmetode	35
(c)	Voortgesette gebruikseffektiwiteitsmetode	35
2.4.2	<i>Effektiwiteit van die onderskeie kontraseptiewe metodes tydens gebruik</i>	36
2.4.3	<i>Effektiwiteit van die onderskeie kontraseptiewe metodes na staking van gebruik</i>	37
2.4.4	<i>Faktore wat effektiwiteit beïnvloed</i>	38
(a)	Sosiale faktore.....	38
(b)	Kulturele oorwegings.....	38
(c)	Religieuse oortuigings.....	38
(d)	Morele waardes.....	39
(e)	Opvoedkundige faktore.....	39
(f)	Finansiële oorwegings.....	39
(g)	Persoonlike faktore	39
(h)	Nuwe-effekte van die kontraseptiewe middel	39
(i)	Wanopvatting oor die gevolge van 'n metode	39
(j)	Vooroordele	39
(k)	Vrese vir die gevolge van 'n metode	39
2.5	'N BESONDERE VORM VAN KONTRASEPSIE: STERILISASIE	39
2.5.1	<i>Omskrywing</i>	40
2.5.2	<i>Oorwegings by sterilisasie</i>	45
2.5.3	<i>Ingeligte keuse</i>	46
(a)	Toestemming tot sterilisasie.....	46
(b)	Toestemming-tot-sterilisasievorm.....	49
(i)	Opskrif.....	49
(ii)	Deel I Verklaring deur die geneesheer	49
(iii)	Deel II Sterilisasietoestemming deur die pasiënt	49
(iv)	Deel III Verklaring deur die gade	50
(c)	Toestemming tot uitsluiting van aanspreeklikheid.....	51
(d)	Inligtingsaspekte ter bekoming van ingeligte toestemming	54
(i)	Sterilissie is onomkeerbaar	54
(ii)	Doel en toepassingsgebied van sterilisasie.....	54
(iii)	Wie is die pasiënt: vrou of man?.....	54
(iv)	Duur en gehalte van huweliksverhouding.....	55
(v)	Aard van sterilisasie.....	55
(vi)	Aktiewe seksuele uitlewing	55

(vii)	Gebruik van kontraseptiewe middels voor en na sterilisasie.....	55
(viii)	Mediese behandeling voor en na sterilisasie.....	56
(ix)	Gesondheidstoestand van die pasiënt en die gade.....	56
(x)	Ouderdom van pasiënt en gade.....	57
(xi)	Aantal kinders.....	58
(xii)	Sosio-ekonomiese omstandighede.....	58
(xiii)	Godsdienstige en morele oortuigings.....	58
2.5.4	<i>Die chirurgiese prosedure van sterilisasie</i>	59
(a)	Sterilisasie van die vrou.....	59
	Abdominaal	
(i)	Konvensionele laparotomie.....	59
(ii)	Mini laparotomie ("minilap").....	60
(ii.i)	Wecase tegniek.....	61
(ii.ii)	Pomeroy tegniek.....	61
(ii.iii)	Apparaatafsluitingstegniek.....	61
(iii)	Laparoskopie.....	61
	Vaginaal	
(iv)	Kolpotomie.....	63
(v)	Histeroskopie.....	63
(b)	Sterilisasie van die man.....	64
3	SAMEVATTING	66

3.2.17	<i>Burke v Rivo</i>	119
3.2.18	<i>Marciniak v Lundborg</i>	122
3.2.19	<i>Lovelace Medical Center v Mendez</i>	123
3.2.20	<i>Girdley v Coats</i>	125
3.2.21	<i>Emerson v Magendantz</i>	126
3.2.22	<i>Burns v Hanson</i>	127
3.2.23	<i>Simmerer v Dabbas</i>	130
3.2.24	<i>Fassoulas v Ramey</i>	132
3.2.25	<i>Hernandez v Cirno</i>	133
3.3	DIE PROBLEMATIEK RAKENDE DIE BEREKENING VAN SKADEVERGOEDING MET BESONDERE VERWYSING NA KOSTE VERBONDE AAN DIE GROOTMAAK VAN 'N ONBEPLANDE (ONGEWENSTE) KIND	135
3.3.1	"Limited recovery rule"	138
(a)	Koste verbonde aan die grootmaak van 'n onbeplande kind is te spekulatief en onseker van aard...	159
(b)	Skadevergoedingstoekennings is nie in verhouding met die nalatige optrede van die geneesheer nie.....	162
(c)	Skadevergoedingstoekennings sal bedrieglike of fiktiewe eise aanmoedig	164
(d)	Die wetgewer en nie die howe nie behoort uitsluitel te gee.....	166
3.3.2	"Full recovery rule"	167
3.3.3	"Benefit offset rule"	171
3.4	BEPERKING VAN SKADE	177
4	SLOT	181

HOOFSTUK 3	185
DIE REGSPOSISIE IN SUID-AFRIKA TEN OPSIGTE VAN ONREGMATIGE (ONGEWENSTE) KONSEPSIE (SWANGERSKAP)	185
1 INLEIDING	185
1.1 <i>MEDIESE KOSTE</i>	188
1.2 <i>VERLIES AAN VERDIENSTE</i>	189
1.3 <i>VERLIES AAN VERDIENVERMOË</i>	189
2 REGSPRAAK.....	191
2.1 <i>BEHRMANN V KLUGMAN</i>	191
2.1.1 <i>Feite</i>	191
2.1.2 <i>Uitspraak</i>	192
2.2 <i>EDOUARD V ADMINISTRATOR, NATAL</i>	193
2.2.1 <i>Feite</i>	193
2.2.2 <i>Eis nommer een: Onderhoudskoste van die kind vanaf geboorte tot en met ouderdom 18 jaar</i>	195
2.2.3 <i>Verweer: Onderhoudseis is contra bonos mores</i>	195
2.2.4 <i>Die hof ten opsigte van boni mores</i>	196
(a) <i>Wat is boni mores?</i>	196
(b) <i>Boni mores ten opsigte van sterilisasie</i>	198
(c) <i>Openbare beleidsoorwegings by die toekenning van skadevergoeding</i>	198
(i) <i>Openbare moraliteitsoorwegings</i>	199
(ii) <i>Doelmatigheidsoorwegings</i>	201
2.2.5 <i>Eis nommer twee: Nie-vermoënskade vir ongerief, pyn en lyding en verlies aan lewensgenietinge</i>	205
2.2.6 <i>Verweer: Eis vir nie-vermoënskade op grond van kontrakbreuk is nie kontraktueel van aard nie</i>	205
2.2.7 <i>Die hof ten opsigte van nie-vermoënskade</i>	205
2.3 <i>ADMINISTRATOR NATAL V EDOUARD</i>	214
2.3.1 <i>Inleiding</i>	214
2.3.2 <i>Appèl namens appellant en beslissing van hof</i>	216
(a) <i>Die geboorte van 'n normale en gesonde kind kan nie 'n nadeel vir sy/haar ouers wees nie</i>	217
(b) <i>Die geboorte van 'n gesonde en normale kind is 'n seën - die ouerskapslas is nie te vergelyk met ouerskapsvoordele nie</i>	219

	2.3.3	<i>Kruisappèl van die respondent en beslissing van die hof</i>	221
2.4		<i>CHALK v FASSLER</i>	226
	2.4.1	<i>Feite</i>	226
	2.4.2	<i>Eise</i>	228
	2.4.3	<i>Verwere</i>	228
	2.4.4	<i>Uitspraak</i>	229
2.5		<i>FRIEDMAN v GLICKSMAN</i>	230
	2.5.1	<i>Feite</i>	230
	2.5.2	<i>Eise</i>	231
	2.5.3	<i>Verwere</i>	231
	2.5.4	<i>Beslissing</i>	232
2.6		<i>MUKHEIBER v RAATH</i>	237
	2.6.1	<i>Inleiding</i>	237
	2.6.2	<i>Feite</i>	238
	2.6.3	<i>Uitspraak</i>	240
	(a)	Nalatige wanvoorstelling met suiwer ekonomiese verlies - <i>Aquiliese aanspreeklikheid</i>	240
	(b)	Delikselemente.....	241
	(i)	Handeling	241
	(ii)	Onregmatigheid	242
	(iii)	Skuld - nalatigheid.....	243
	(iv)	Kousaliteit.....	244
	2.6.4	<i>Kritiek</i>	246
3		ONGERAPPORTEERDE BESLISSINGS	248
	3.1	<i>THOMAS v KAAPLANDSE PROVINSIALE ADMINISTRASIE</i>	248
	3.2	<i>WELDRICK v MOLLER</i>	249
	3.3	<i>VAN LOGGERENBERG v PILCHER</i>	249
	3.4	<i>MATTHEUS v GRAUBARD</i>	249
	3.5	<i>SAMAHIE v KWAZULU NATAL PROVINCIAL ADMINISTRATION</i>	251
4		SAMEVATTING	252

HOOFSTUK 4	254
DIE HUIDIGE GESKILBESLEGTINGSPROBLEMATIEK IN GEVAL VAN MEDIESE WANPRAKTYKSGESKILLE	254
1 INLEIDING	254
1.1 DIE POSISIE IN AMERIKA TEN OPSIGTE VAN MEDIESE WANPRAKTYKSEISE.....	255
(a) <i>Aard van geneesheer-pasiëntverhouding</i>	256
(b) <i>Persoonlike waarnemings, oortuigings, houdings en ingesteldhede</i>	256
(c) <i>Die versekerde "gesiglose" verweerder</i>	257
(d) <i>Koste-gewys 'n "lawyer's paradise"</i>	257
(e) <i>"Conspiracy of silence/silent medical treatment"</i>	258
1.2 DIE POSISIE IN SUID-AFRIKA TEN OPSIGTE VAN MEDIESE WANPRAKTYKSEISE.....	258
2 LITIGASIEPROBLEME	261
2.1 DESKUNDIGE GETUIENIS	261
(a) <i>Noodsaaklikheid van mediese deskundige getuienis</i>	262
(b) <i>Getuiegelde</i>	264
(c) <i>Kruisondervraging</i>	268
(d) <i>Adversatiewe stelsel</i>	271
(e) <i>Prosessuele tegnieke</i>	273
(i) <i>Gesaghebbende bronne</i>	273
(ii) <i>Mediese deskundige getuie</i>	274
(iii) <i>Kruisondervraging tydens blootlegging</i>	274
(iv) <i>Liberalisering van mediese kwalifikasie</i>	274
3 PROSEDURELE STAND IN DIE SUID-AFRIKAANSE SIVIELE PROSESREG	275
3.1 ASSESSORE IN DIE LANDDROSHOF	275
3.2 SKEIDSREGTERS IN DIE HOOGGEREGSHOF	277
3.3 VOORVERHOORSAMESPREKINGS	281
(a) <i>Voorverhoorsamesprekings in die landdroshof</i>	281
(b) <i>Voorverhoorsamesprekings in die Hooggeregshof</i>	283
(i) <i>Reël 37</i>	283
(ii) <i>Reël 37A</i>	291
4 SAMEVATTING	297

HOOFSTUK 5	300
DIE ALTERNATIEWE GESKILBESLEGTINGSPROSES	300
1 OMSKRYWING VAN DIE TERM "ALTERNATIEWE GESKILBESLEGTING"	300
2 BESTAANSREG VAN DIE ALTERNATIEWE GESKILBESLEGTINGSPROSES	303
3 GESKIEDENIS VAN DIE ALTERNATIEWE GESKILBESLEGTINGSPROSES	308
4 DOELEINDES EN KENMERKE VAN DIE ALTERNATIEWE GESKILBESLEGTINGSPROSES MET SPESIFIEKE VERWYSING NA DIE KRITIESE VERGELYKING TUSSEN DIE ALTERNATIEWE GESKILBESLEGTINGSPROSES MET DIE KONVENSIENELE JUDISIËLE PROSES	316
4.1 VRYWILLIGE PROSES	321
4.2 PRIVATE VERRIGTINGE	323
4.3 BESONDERE PROSEDURE	324
4.3.1 <i>Tyd en plek van verrigtinge</i>	324
4.3.2 <i>Spoed van verrigtinge</i>	325
4.3.3 <i>Prosedure self</i>	326
(a) Partye bepaal self die prosedure	326
(b) Identifisering van geskilpunte	326
(c) Aanbied van getuienis	327
(d) Presedentestelsel	327
(e) Vasstelling van remedies	328
(f) Samestelling van die forum	328
(g) Beheer (kontrole) deur die partye	329
4.4 KOSTES	330
4.5 ADVERSATIEWE STELSEL	332
4.6 WEN-WENSITUASIE	333
4.7 GEMEENSKAPSBELANG EN -BETROKKENHEID	335
4.8 PARTYBELANG EN -BETROKKENHEID	336
4.9 BESLISSING	337
4.10 JURISDIKSIE	341
5 SAMEVATTING	341

HOOFSTUK 6	345
GEPASTE GESKILBESLEGTINGSMETODES TER OPLOSSING VAN MEDIESE WAN- PRAKTYKSGESKILLE	345
1 INLEIDING.....	345
2 SOORTE GESKILLE	347
3 KEUSE VAN 'N GEPASTE GESKILBESLEGTINGSMETODE	348
3.1 ASPEKTE WAT OORWEEG BEHOORT TE WORD IN DIE KEUSE VAN 'N GEPASTE GESKILBE- SLEGTINGSMETODE.....	348
3.1.1 Die alternatiewe geskilbeslegtingsmetode moet die geskil pas.....	348
3.1.2 Voorkeure van die partye.....	349
3.1.3 Deelname van die partye aan die geskilbeslegtingsproses.....	350
3.1.4 Partye moet die geskil wil oplos en 'n ooreenkoms bereik.....	350
3.1.5 Bevoegdheid en bereidwilligheid van partye se regsverteenvoerders.....	350
3.1.6 Geskikte, bekwame, objektiewe en onpartydige derdes.....	350
3.2 VERSKEIE GEPASTE GESKILBESLEGTINGSMETODES VAN TOEPASSING OP MEDIESE WANPRAKTYKSGESKILLE.....	353
3.2.1 Ombudspersoon.....	353
(a) <i>Ontstaan van die ombudspersoonsamp</i>	353
(b) <i>Omskrywing van die ombudspersoonsamp</i>	354
(c) <i>Wersaamhede van die ombudspersoon</i>	354
(d) <i>Ombudspersoon in Suid-Afrika</i>	357
(e) <i>Ombudspersoon in noue verband met ander alternatiewe geskilbesleg- tingsmetodes</i>	358
(i) Onafhanklike deskundige bevinding.....	358
(ii) Feitesending en -bevinding.....	358
(iii) Adviserende ondersoek en aanbevelingsopinie.....	359
(iv) Konsiliator	359
(v) Fasiliteerder	359
3.2.2 Keuringspaneel.....	359
(a) <i>Ontstaan van keuringspaneel</i>	359
(b) <i>Soorte keuringspaneel</i>	364
(c) <i>Doel van keuringspaneel</i>	364
(d) <i>Samestelling van keuringspaneel</i>	365
(i) Verpligte of vrywillige keuringspaneel.....	365
(ii) Stadium in siviele verrigtinge van toepassing.....	366
(iii) Aantal paneellede.....	366

(e)	<i>Proses van keuringspanele</i>	367
(i)	Informele proses.....	367
(ii)	Vertroulikheid.....	367
(iii)	Getuienis.....	367
(iv)	Beslissing.....	368
(f)	<i>Besware teen keuringspanele</i>	370
(g)	<i>Slotopmerkings insake keuringspanele</i>	385
3.2.3	<i>Arbitrasie</i>	386
(a)	<i>Inleiding</i>	386
(b)	<i>Omskrywing van arbitrasie</i>	387
(c)	<i>Toepassing van arbitrasie</i>	388
(d)	<i>Evaluasie van arbitrasie</i>	390
(e)	<i>Die houding van die Amerikaanse howe</i>	394
(i)	Prokureurs is regsverteenvoerders.....	400
(ii)	Prokureurs is minder altruïsties.....	400
(iii)	"Morale risiko".....	400
(iv)	Ongelykhede tussen die pasiënt en die geneesheer of gesondheidsorgver- skaffer.....	401
(f)	<i>Besware teen arbitrasie-ooreenkomste</i>	409
(i)	Arbitrasie-ooreenkomste is ongrondwetlik van aard.....	409
(i.i)	Dit is 'n skending van die reg op toegang tot die howe.....	409
(i.ii)	Dit is 'n skending van die reg op verhoor deur 'n jurie.....	409
(i.iii)	Dit is 'n skending van die vereiste van 'n regverdige proses en aanhoor en beslissing deur 'n onpartydige besluitnemer.....	410
(ii)	Statutêre beskermingsmaatreëls.....	413
4	GEVOLGTREKKING	415

SLOT	422
SAMEVATTING, GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS.....	422
GESINSBEPLANNING EN BEVOLKINGSONTWIKKELING	422
DIE "ACTION FOR WRONGFUL CONCEPTION" IN DIE AMERIKAANSE REG	425
"ACTION FOR WRONGFUL CONCEPTION" IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG	436
DIE ALTERNATIEWE GESKILBESLEGTINGSPROSES	453
AANHANGSEL A.....	464
AANHANGSEL B	466
AANHANGSEL C	477
AANHANGSEL D.....	482
BIBLIOGRAFIE	485
BOEKE.....	485
KOMMISSIEVERSLAE.....	496
KONGRESSE, SIMPOSIUMS, FORUMS.....	497
NAVORSINGSVERSLAE	498
REGSPRAAK	499
STAATSKOERANTE	526
TYDSKRIFARTIKELS	527
WEBTUISTE.....	609
WETGEWING	610

INHOUDSOPGAWE

INLEIDING

<i>Motivering, probleemstelling en oogmerke met die studie</i>	1
<i>Sistematiek</i>	2
<i>Struktuur</i>	4
<i>Konkretisering van die probleemstelling</i>	5

INLEIDING

Motivering, probleemstelling en oogmerke met die studie

Met hierdie studie poog ek om op 'n formele sistematiese wyse die problematiek wat ontstaan in geval van mediese wanpraktyksgeskille, met spesifieke verwysing na die "action for wrongful conception" en die toepassing van sekere "ADR"-metodes ter beslegting van dié geskille, na te vors, doelbewus na nuwe kennis te soek en bestaande kennis weer te herevalueer en te herinterpreteer sodat die geldige, gefundeerde en verklarende resultate van die navorsing in belang van die gemeenskap aangewend kan word.

Benewens akademiese navorsing is die navorsing grotendeels toegepas van aard, naamlik navorsing waarin probleemareas uitgelig en gepoog word om haalbare praktiese oplossings te vind. Dit is dan juis die reg as ordening-sisteem en –proses wat in die regsverkeer aanwending vind, wat nagevors sal word.

In Suid-Afrika kan ons in die nabye toekoms 'n toename in mediese wanpraktykseise verwag. Die gemeenskap is tans vanweë tegnologie en grondwetlike ontwikkeling baie beter ingelig oor hulle regte, bevoegdhede en kompetensies en die eise vir voldoende en bekwame professionele mediese dienste is aan die toeneem. Hoewel enkele hofsake oor mediese wanpraktykseise en veral oor ongewenste swangerskappe deur die hofe beslis en enkeles buite die hof geskik is, kan verwag word dat 'n toename in dié tipe sake nie sal uitbly nie.

Suid-Afrika is hoegenaamd nie voldoende toegerus in die materiële reg (delikte- en kontraktereg) sowel as in die siviele prosesreg, vir die behoorlike beslegting van mediese wanpraktyksgeskille nie. Eisers ondervind probleme in die fundering van die kontraktuele sowel as deliktuele eisoursake deur middel van genoegsame afdoende mediese getuienis. Selfs sekere soorte regshulp deur die eiser verlang, word aan bande gelê deur sommige veranderde, rigiede kontrakte en –delikteregbeginsels. Vanuit die gemeenskaps-

geledere word verandering en ontwikkeling vereis. Dit blyk dat eisers in 'n vroeë stadium van gedingvoering en selfs reeds voor gedingvoering 'n aanvang neem, ontmoedig word deur prosessuele struikelblokke waarvan hoë koste, lang en formele hofverrigtinge en die nie-beskikbaarheid van mediese deskundige getuienis enkeles is.

Deur die geskilbeslegtingsproblematiek tydig te identifiseer kan 'n gepaste beslegtingsproses vroegtydig in plek gebring word vir die toename van mediese wanpraktykseise. Die doel is om sodanige gepaste geskilbeslegtingsmetode toe te pas, geskik vir die soort geskil sowel as vir die partye, sodat beide partye met die oplossing van die geskil in 'n wen-wensituasie verkeer. Die reg moet toeganklik vir alle partye wees. Enersyds moet die pasiënt nie remedieloos gelaat word nie en geneeshere en gesondheidsorginstansies behoort nie met sub-standaard dienste weg te kom nie. Andersyds behoort geneeshere nie só ontmoedig te word deur vyandige kruisondervraging en vreemde hofatmosfeer nie dat slegs defensiewe mediese dienste/sorg gelewer word of deure van spreekkamers gesluit word om elders hulle heil te soek. 'n Verdere doel is om die beslegting hierdie tipe geskil as 'n voorbeeld te laat dien aan die hand waarvan ander professies en instansies van soortgelyke regshulp en gepaste geskilbeslegtingmetodes gebruik kan maak.

Ek wil dit ook verder ten doel stel om nie net probleme uit te lig en kritiese gevolgtrekkings te maak nie, maar om positiewe aanbevelings te doen tot voordeel van die Suid-Afrikaanse regstelsel en gemeenskap.

Sistematiek

Die navorsingsmetode waarvan ek gebruik maak, is die regsvergelykende metode, 'n metode waarvan die keuse uiters geskik is vir die vakgebied en die spesifieke tema waaroor die navorsing handel.

Ek beoog om met die regsvergelykende metode ooreenstemmende aspekte van die Amerikaanse regstelsel, byvoorbeeld mediese wanpraktyk as delik en sekere ADR-metodes, soos byvoorbeeld arbitrasie, keuringspanele en die ombudsman, in vergelykende perspektief te probeer plaas. My keuse het op

die Amerikaanse reg geval vanweë die baanbrekerswerk wat reeds oor dié aspekte gedoen is. Duitse, Nederlandse en Engelse bronne is betreklik arm aan genoegsame inligting oor die "action for wrongful conception" en "ADR"-metodes wat geskik is vir die oplossing van dié tipe mediese wanpraktyksgeskillen. Publikasies wat in dié lande wel verskyn oor gemelde onderwerpe, verwys deurgaans na die Amerikaanse regspraak en wetgewing. Ek sal egter deurgaans daarmee rekening hou dat die Amerikaners grootliks 'n praktykgerigte benadering volg. Die reg word op 'n kasuïstiese wyse van geval tot geval deur die howe neergelê – die sogenaamde "law happens"-benadering waar die reg en normsisteem die knie buig voor faktore wat die beslissing van die howe eventueel bepaal.

Sekere kwessies soos geboortebepanking, gesinsbeplanning, bevolkingsbeheer, onsuksesvolle geboortebepankingsmetodes (byvoorbeeld sterilisasie) en die regsgevolge daarvan vir die geneesheer en die pasiënt, kom in alle gemeenskappe ter sprake, ongeag verskille in die gemeenskapsopvattinge.

In 'n land soos Amerika is die klimaat baie gunstig vir mediese wanpraktyksgeskillen en staan dié land bekend as 'n "lawyer's paradise".¹ Benewens die kwessie van wanpraktykseise waar die soeklig val op nuwe delikte ("torts") wat ontstaan het, botsende regsteoretiese en regsistematiese verklarings vir dié delikte en sekere delikselemente soos byvoorbeeld nalatigheid en die berekening van skadevergoeding wat knelpunte meebring, het die kwessie van geskilbeslegting ook aan die orde gekom aangesien dit geblyk het dat litigasie nie altyd die mees gepaste metode is om 'n geskil op te los nie. Alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes soos die ombudsman, keuringspanele en arbitrasieklousules vervat in mediese dienste en –sorgkontrakte soos in Amerika aangetref, sal ook onder die loep geneem word.

Deur Amerikaanse reg met Suid-Afrikaanse reg te vergelyk behoort ek nie net my eie denke te stimuleer nie maar terselfdertyd begrip, waardering, kennis

¹ 'n Benaming wat deur die versekeringsmaatskappye wat mediese professionele versekering hanteer, aan die VSA gegee het waar talle voortvarende regspraktyke hulle by uitstek op mediese wanpraktyksgeskillen toespits.

en insig te verbreed met die doel om regsontwikkeling in die Suid-Afrikaanse reg te bewerkstellig deur aanbevelings vir die bestaande problematiek aan die hand te doen. Die stand en statuur van die Suid-Afrikaanse reg behoort beoordeel en getoets te word teen 'n breër internasionale agtergrond as toetssteen. Met behulp van die regsvergelykende metode kan leemtes en ruimte vir Suid-Afrikaanse regshervorming en -ontwikkeling geïdentifiseer word.

Die regsvergelykende metode behoort my dus in staat te stel om objektief, beter en krities na ons eie regstelsel te kyk. Omdat 'n regstelsel 'n min of meer geslote stelsel is kan objektiewe beoordeling en nuwe denke aan bande gelê word. Ons is soms kortsigtig en regschauvinisties wat tot stagnasie in wetenskaplike bewerking en tot 'n versmalde regsbeskouing lei. 'n Bestaande benadering is derhalwe nie noodwendig die enigste of die beste nie.²

Struktuur

In die eerste hoofstuk bespreek ek die sterilisasieproses as kontraseptiewe metode en plaas kontrasepsie teen die agtergrond van oorbevolking, die gevolge daarvan, met besondere verwysing na die oorsaak van oorbevolking in Suid-Afrika.

Hoofstuk 2 handel oor die aksies vir onregmatige (ongewenste) konsepsie (swangerskap) of geboorte of lewe en daar word in die besonder verwys na die regsposisie in die Verenigde State van Amerika ten opsigte van dié tipe mediese wanpraktykseise.

Om doelmatigheidsredes word op die Amerikaanse "law of tort" (deliktereg) gefokus as die toonaangewende en mees ontwikkelde eksponent uit die "common law" regsfamilie wat betref die onregmatige dade ("torts") "action for wrongful conception/pregnancy", die "action for wrongful birth" en die "action for life".

² Venter ea *Regsnavorsing Metode en Publikasie* 214. Sien verder ook 206-244.

In Hoofstuk 3 word in besonder aandag geskenk aan alle Suid-Afrikaans gerapporteerde en ongerapporteerde hofbeslissings oor onregmatige konsep-sie. Aandag word gegee aan die korrekte terminologie, die invloed van die Amerikaanse reg op die Suid-Afrikaanse reg in dié verband en verskillende gronde waarop die aksie gebaseer word. Elke eisoorzaak, met spesifieke verwysing na die problematiese elemente daarvan, die verwer wat namens die geneesheer-delikpleger opgewerp kan word en die gepaste regshulp wat vir die benadeelde beskikbaar is, word ondersoek en ontleed.

In Hoofstuk 4 kom die mediese wanpraktykswessie in Amerika onder die soeklig, met besondere verwysing na die geneesheer-pasiëntverhoudinge en die ingesteldhede van die onderskeie partye jeens mekaar. Die posisie in Suid-Afrika ten opsigte van mediese wanpraktykseise word ook onder oë geneem en daar word gepoog om vas te stel of daar litigasieprobleme in die Suid-Afrikaanse siviele prosesreg bestaan met betrekking tot die oplossing van die tipe geskille en in hoeverre die siviele prosesreg toegerus is om die geskille op 'n gepaste en doeltreffende wyse op te los.

In die vyfde hoofstuk word ondersoek ingestel na 'n nie-judisiële geskilbeslegtingsproses as alternatief tot litigasie vir die oplossing van mediese wanpraktyksgeskille. Die soeklig word laat val op gepaste terminologie vir die proses, die bestaansreg van die proses, die geskiedenis en die ontwikkeling asook die doeleindes en kenmerke daarvan.

In Hoofstuk 6 word daar na aanleiding van my omvattende navorsing oor die Amerikaanse reg ten opsigte van geskikte alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes vir die oplossing van mediese wanpraktyksgeskille, bepaalde metodes voorgestel, bespreek en modelle aan die hand gedoen waarvolgens sodanige geskille opgelos kan word.

Konkretisering van die probleemstelling

Die problematiek wat in hierdie studie aan die orde gestel word, word soos volg gekonkretiseer:

1. Wat behels die sterilisasieproses? Hoe word die sterilisasieproses uitgevoer? Watter oorwegings geld voordat 'n sterilisasie gedoen word? Watter inligting moet deur 'n geneesheer aan die pasiënt gegee word om ingeligte toestemming van die pasiënt te bekom?

Hierdie vrae word in Hoofstuk 1 oorweeg. Sterilisasie word as voorkomingsaktiwiteit hier onder die soeklig geplaas met verwysing na die sukses daarvan (effektiwiteit), die chirurgiese proses³ as sodanig, oorwegings wat behoort te geld by die maak van 'n keuse, toestemming tot sterilisasie, toestemming tot uitsluiting van aanspreeklikheid, die juridiese houdbaarheid van sodanige uitsluiting en tersaaklike aspekte rakende die verkryging van die pasiënt se toestemming.

2. Op watter feitelike situasies is die mediese wanpraktyksaksies ongewenste/onregmatige konsepsie/geboorte/lewe van toepassing? Hoe behoort sodanige aksies terminologies geïdentifiseer en beskryf te word? Wat is die basis(se) waarop die aksie vir onregmatige/ongewenste konsepsie/swangerskap berus? Watter delikselemente veroorsaak die meeste knelpunte? Wat is die doel van skadevergoeding, watter skadevergoedingstendense word in die VSA aangetref en watter problematiek word ondervind in die berekening van skadevergoeding?

Hierdie vrae word in Hoofstuk 2 bespreek. Die aksies vir ongewenste/onregmatige konsepsie/swangerskap/geboorte/lewe sal nagevors word met spesifieke verwysing na die regsposisie in die VSA ten opsigte van ongewenste swangerskapseise. Daar sal verwys word na die problematiek rakende gepaste terminologie en die twee vernameste eisoorake (kontraktueel en deliktueel) sal nagevors word. Die deliktuele eisoorake wat die meeste in mediese wanpraktykseise

³ Die bespreking (so eenvoudig as moontlik) van die mediese (chirurgiese) prosedure sal daarop gerig wees om 'n regspraktisyn wat 'n eis gebaseer op onregmatige swangerskap moet hanteer, behulpsaam te wees met mediese wetenskaplike inligting oor kontrasepsie in die algemeen en sterilisasie in die besonder.

aangetref word, sal elementsgewys ontleed word. Die delikselement wat die meeste probleme veroorsaak, naamlik skade of nadeel en die daarmee gepaardgaande berekening van skadevergoeding sal intensief onder die soeklig geplaas word.

In besonder sal gekonsentreer word op die problematiek rakende die berekening van skadevergoeding met verwysing na die koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind en die besondere benaderingswyses van die Amerikaanse howe met betrekking tot die verhaal van skadevergoeding, naamlik die "limited recovery rule"; die "full damage rule"; die "benefits offset rule" en die "no recovery rule".

3. In welke mate het die aksies vir onregmatige/ongewenste konsep-sie/swangerskap/geboorte/lewe in Suid-Afrika posgevat? Wat is die gepaste terminologie vir dié tipe aksies en op watter basis word dit hier te lande geskoei? Word dié tipe aksies nie as *contra bonos mores* beskou nie? Wat is die openbare beleidsoorwegings (openbare moraliteit en doelmatigheid) by die berekening van skadevergoeding? Moet nie-vermoënskade noodwendig net deliktueel verhaalbaar wees?

Hierdie vrae word in Hoofstuk 3 beantwoord met besondere verwysing na Suid-Afrikaanse regspraak. Die aksie vir ongewenste/onregmatige swangerskap/geboorte/lewe soos wat dit in die enkele Suid-Afrikaanse hofbeslissings na vore gekom het, word in Hoofstuk 3 behandel. Daar word spesifiek verwys na gepaste terminologie, die kontraktuele en deliktuele basis waarop die aksies gegrond sou kon word, die moontlike verwere wat teen onderhoudsaksies ten bate van die ongewenste/onbeplande kind gebore na 'n mislukte of geen sterilisasie-operasie opgewerp kan word, die tipe skadevergoeding wat deur die benadeelde ouers verhaal mag word en hoe dit juridies fundeer en bereken word.

4. In Hoofstuk 4 word die volgende vraagstukke behandel:

Watter rol speel die aard van die geneesheer-pasiëntverhouding, persoonlike ingesteldhede, oortuigings, houdings en waarnemings in die mediese wanpraktyksproblematiek in Amerika? Wat behels die vete tussen die regspraktisyns (in die "lawyer's paradise") en die mediese praktisyns (wat "silent medical treatment" toepas)? Wat is die posisie in Suid-Afrika ten opsigte van mediese wanpraktykseise? Wat is die bestaande probleme in die Suid-Afrikaanse siviele prosesreg en hoe goed is die Suid-Afrikaanse siviele prosesreg vir die oplossing van dié tipe eise toegerus?

In hoofstuk 4 word gefokus op die aard van die geneesheer-pasiëntverhouding met spesifieke verwysing na die posisie in Amerika ten opsigte van die beslegting van mediese wanpraktykseise. Persoonlike waarnemings, oortuigings, houdings en ingesteldhede van pasiënte jeens geneeshere en laasgenoemde se, in die woorde van Belli, "silent medical treatment" van die regslui in die "lawyer's paradise" is alles faktore waarmee rekening gehou moet word in die beslegting van geskille tussen pasiënte en geneeshere. 'n Geskilbeslegtingsproblematiek gedy in Suid-Afrika as gevolg van onder andere die nie-beskikbaarheid en nie-bereidwilligheid van mediese deskundige getuies om as sodanig op te tree. 'n Prosedurele opname word gedoen om bestaande, bruikbare litigasiemetodes vir 'n spoediger en goedkoper afhandeling van 'n mediese wanpraktyksgeskil te identifiseer en te evalueer.

5. In Hoofstuk 5 kom die volgende vrae aan die orde:

Wat behels die begrip "alternatiewe geskilbeslegtingsproses"? Hoe het die alternatiewe geskilbeslegtingsproses in Suid-Afrika ontstaan en ontwikkel en het dit 'n bestaansreg hier te lande? Wat is die kenmerke van die alternatiewe geskilbeslegtingsproses en welke oogmerke wil daarmee bereik word?

Die alternatiewe geskilbeslegtingsproses word as 'n nie-konvensionele en nie-judisiële proses nagevors, 'n proses waarin sekere metodes

beliggaam word waarvolgens 'n geskil op 'n ander gepaste wyse as deur middel van litigasie opgelos word. Litigasie sal as toetssteen aangewend word en 'n vergelyking tussen die ADR-proses en litigasie sal getref word in 'n poging om die doeleindes en wesenskenmerke van die ADR-proses te bepaal. Aspekte soos vrywillige proses, private verrigtinge, besondere prosedure, koste, adversatiewe stelsel, wewensituasie, gemeenskapsbelang en -betrokkenheid, partybelang en –betrokkenheid, beslissing en jurisdiksie sal in die kritiese vergelyking aandag geniet.

6. In Hoofstuk 6 van die studie word aan die volgende aandag geskenk:

Watter geskille leen hulle daartoe om deur 'n alternatiewe geskilbeslegtingsmetode opgelos te word? Ressorteer mediese wanpraktyksgeskille onder dié tipe geskille, en indien wel, watter gepaste geskilbeslegtingsmetode kan aangewend word ter oplossing van dié geskille? Watter rol speel die Amerikaanse reg in die vasstelling en implementering van gepaste geskilbeslegtingsmetodes in mediese wanpraktyksgeskille?

Daar sal gepoog word om die Amerikaanse alternatiewe geskilbeslegtingsmodelle na te vors vir die hantering en oplossing van mediese wanpraktyksgeskille. In besonder sal die houdbaarheid van die ombudspersoon, keuringspanele en arbitrasieklousules in geneesheerpasiëntkontrakte in die studie onder die vergrootglas geplaas word.

Na indringende navorsing, ontleding en oorweging van dié vrae en vraagstukke volg 'n samevatting, gevolgtrekkings en aanbevelings ten einde die studie van die geskilbeslegtingsproblematiek in geval van mediese wanpraktyksgeskille met besondere verwysing na die "action for wrongful conception" en die toepassing van die "ADR"-proses finaal te kan verantwoord. Die slotbeskouing sal nie alleenlik kritiese gevolgtrekkings bevat nie, maar veral ook aanbevelings ter verbetering en aanvulling van die Suid-Afrikaanse reg, sodat die geskikte regshulp en

geskilbeslegtingsproses in plek is wanneer die toename in mediese wanpraktyksgeskille plaasvind.

HOOFSTUK 1

DIE STERILISASIEPROSES AS KONTRASEPTIEWE¹ METODE

1 INLEIDING

In hierdie hoofstuk word aandag aan die onderskeie vorme van kontrasepsie gegee, asook aan die effektiwiteit van kontrasepsie met verwysing na die bepaling van effektiwiteit, faktore wat effektiwiteit beïnvloed, effektiwiteit tydens en na gebruik van kontraseptiewe metodes en middels. Voorts word daar pertinent gehandel met sterilisasie as 'n spesifieke vorm van kontrasepsie, oorwegings wat geld wanneer 'n ingeligte keuse oor sterilisasie gedoen moet word en sterilisasie as chirurgiese prosedure. Wanneer na sterilisasie verwys word, word daar tensy spesifiek anders aangedui, verwys na 'n vasektomie, synde die manlike sterilisasie-operasie en na sterilisasie, synde die vroulike sterilisasie-operasie.

Hoewel sterilisasie as kontraseptiewe metode en as chirurgiese prosedure, ietwat uit plek voorkom in hierdie studie, is daar 'n baie goeie rede aan te voer waarom spesifiek met kontrasepsie en met die chirurgiese prosedure gehandel word. Sterilisasie, as kontraseptiewe metode, word in perspektief geplaas teenoor ander kontraseptiewe metodes en middels. Ten einde 'n pasiënt in staat te stel om 'n ingeligte keuse oor kontrasepsie en sterilisasie in die besonder te maak, is dit belangrik dat die geneesheer aan die pasiënt verduidelik welke kontraseptiewe metodes en middels beskikbaar is en wat die effektiwiteit daarvan is. Eweneens moet die geneesheer die pasiënt ook inlig wat die aard, omvang en gevolg van sterilisasie as chirurgiese prosedure

¹ Sinonieme: verhoeding/voorkoming/verhindering/afwering van swangerskap/geboortebepערking/kontrasepsie/voorbehoeding (Engels: "contraception"). Bosman, Van der Merwe en Hiemstra *Tweetalige Woordeboek* 782. Voorbehoedmiddel/kontraseptiewe middel: 'n middel om iets te voorkom, byvoorbeeld 'n voorbehoedmiddel teen swangerskap. Voorbehoedend byvoeglike naamwoord: wat vooraf beskerm, verhoed, afweer; profilakties: voorbehoedende middele (Engels: "contraceptive"). Schoonees ea *HAT Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* 1013 469.

behels, ten einde die pasiënt in staat te stel om 'n ingeligte keuse of toestemming te kan doen of te kan gee.

Die doel met Hoofstuk 1 se medies-wetenskaplike aanslag is primêr daarop gerig om 'n regspraktisyn wat 'n eis gebaseer op onregmatige veroorsaking van swangerskap moet hanteer, behulpsaam te wees met verwerkte, verstaanbare mediese wetenskaplike inligting oor kontrasepsie in die algemeen en sterilisasie as chirurgiese kontraseptiewe metode in die besonder. Aan die toestemmingsaspek ter uitsluiting van die geneesheer se aanspreeklikheid vir 'n mislukte sterilisasie² en hoe houdbaar dit is, word ook aandag gegee.

Swangerskap wat op sterilisasie volg is ongewens vanweë die feit dat sterilisasie juis aangevra word om swangerskap te voorkom. Die keuse val normaalweg en toenemend om verskeie redes op sterilisasie as voorbehoedemethode, byvoorbeeld om die getal gesinslede te beperk (gesinsbeplanning),³ weens gesondheidsoorwegings vir vroue en ter voorkoming van oorefflike geestesgebreke en siektetoestande by kinders. Sedert die sestigerjare word in Amerika⁴ al hoe meer gebruik gemaak van vrywillige sterilisasies. Dit blyk dat die gebruik van die voorbehoedepil⁵ afgeneem het en dat vrywillige sterilisasie die gewildste metode van voorbehoeding geword het.⁶

Dit was geensins vreemd dat met die toename in sterilisasiesyfers, nuwe deliksaksies, naamlik die sogenaamde onregmatige veroorsaking van swangerskap, onregmatige veroorsaking van geboorte en onregmatige veroorsa-

² Of in gevalle waar die geneesheer versuim om 'n sterilisasie te doen.

³ Sien 2.2 waar kontraseptiewe metodes teen die agtergrond van bevolkingsontwikkeling en gesinsbeplanning geplaas word.

⁴ *New York Times* 9 Desember 1984 29 kol 1-6.

⁵ In die omgangstaal word gewoon verwys na "die pil".

⁶ *New York Times* 9 Desember 1984 29 kol 1-6. 23.9% van getroude pare het in 1965 die voorbehoedepil gebruik teenoor die 19.8% in 1982. In 'n ondersoek gedurende 1982 gedoen deur die National Centre for Health Statistics onder 7 969 vroue, het 18% van die vroue tussen die ouderdomme van 15 en 44 'n sterilisasie ondergaan (of die man betrokke in die verhouding het 'n vasektomie ondergaan), 16% het die voorbehoedepil geneem, kondome is deur 7% van die maats in die verhouding gebruik, diafragmas deur 5% en IUD's (intra-uterine toestelle) deur 4%.

king van lewe, in Amerika⁷ ontwikkel sou word nie. 'n Aksie vir onregmatige veroorsaking van swangerskap ontstaan⁸ wanneer 'n vrou 'n sterilisasie⁹ of 'n man 'n vasektomie op eie versoek ondergaan om swangerskap te voorkom, die sterilisasie-operasie¹⁰ misluk en daarna lewe geskenk word aan 'n kind, hetsy gesond¹¹ of gestremd¹² (fisies en/of psigies), in welke geval die geneesheer,¹³ die hospitaal¹⁴ of beide¹⁵ gedagvaar kan word. Hoewel dit aanvanklik teen die regs- en openbare belang ingedruis het om die aksie op grond van onregmatige veroorsaking van swangerskap te erken, het dié aksie mettertyd heelwat grond begin wen en sou die geboorte van 'n onbeplande kind, veral as die kind boonop nog gestremd is, nie oral as gewens beskou word nie.

Eise vir onregmatige veroorsaking van swangerskappe ressorteer onder mediese wanpraktyk en die Deliktereg en Kontraktereg;¹⁶ die Siviele Proses-

⁷ Amerika staan bekend as die "lawyer's paradise". In 1964 reeds is een uit elke sewe (een uit elke vier in Kalifornië) geneesheer gedagvaar vir mediese wanpraktyke – "without a doubt, the unquestionable 'leader' in the field, is the USA" Strauss *Doctor Patient and the Law* 301.

⁸ Burke 1988 *Pace Law Review* 313-372 313.

⁹ Ek maak gebruik van die term sterilisasieprosedure, synde die oorkoepelende term vir 'n vasektomie in geval van 'n man en 'n sterilisasie in geval van 'n vrou.

¹⁰ Die onderskeie metodes van sterilisasie-operasies word onder 2.5 ('n Besondere vorm van kontrasepsie: Sterilisasie) verduidelik.

¹¹ Onregmatige veroorsaking van swangerskap – "action for wrongful conception" of "action for wrongful pregnancy". Sien Hoofstuk 2 vir 'n volledige begripsomskrywing en bespreking. Met hierdie deliksaksie word spesifiek in die proefskrif gehandel.

¹² Onregmatige veroorsaking van geboorte – "action for wrongful birth" en onregmatige veroorsaking van lewe – "action for wrongful life". Sien Hoofstuk 2 vir 'n volledige begripsomskrywing en bespreking.

¹³ *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 628 SW 2d 568 (1982). Vir volledige Amerikaanse regspraak sien Hoofstuk 2.

¹⁴ *Fulton-DeKalb Hospital Authority v Graves* 252 Ga 441 314 SE 2d 653 (1984). Vir volledige Amerikaanse regspraak sien Hoofstuk 2.

¹⁵ *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 (Del 1975). Vir volledige Amerikaanse regspraak sien Hoofstuk 2.

¹⁶ In hoofstukke 2 en 3 word die Amerikaanse en Suid-Afrikaanse reg onder oë geneem wanneer die "action for wrongful conception/pregnancy" teen 'n deliktuele en kontraktuele agtergrond bespreek word.

reg en Alternatiewe geskilbeslegtingsprosedures¹⁷ vind ook toepassing op dié onderwerp.

2 KONTRASEPTIEWE METODEDES

2.1 Algemene inleiding met betrekking tot kontraseptiewe metodes

Die keuse van toepaslike kontrasepsie word beïnvloed deur faktore¹⁸ soos ouderdom, geslag, seksuele aktiwiteit, voorkeur, persoonlikheid, gesondheid van die betrokke partye (die pasiënte), die duur en effektiwiteit van beskerming wat die kontraseptiewe metode of middel meebring, bestaande kontra-indikasies, opvoedingspeil asook kulturele en religieuse sieninge van die betrokke partye.

Deur positiewe voorligting oor kontraseptiewe metodes aan pasiënte stel geneeshere pasiënte in staat om met groter vertrouwe en vrymoedigheid die betrokke metode aan te wend en nuwe-effekte met groter begrip te aanvaar. Die pasiënt moet in staat gestel word om 'n ingeligte keuse te kan doen nadat professionele voorligting deur en oorleg met die geneesheer plaasgevind het oor die pasiënt se siektetoestand en behandeling wat oorweeg word.¹⁹

Kontraseptiewe metodes moet egter teen die agtergrond van die kwessie rakende bevolkingsontwikkeling en gesinsbeplanning geplaas word. Dit vorm onlosmaaklik deel daarvan.

¹⁷ In hoofstukke 4, 5 en 6 word die leemtes in die litigasieproses uitgelig en na moontlike geskilbeslegtingsoplossings binne die alternatiewe geskilbeslegtingsproses sowel as die litigasieproses, gesoek.

¹⁸ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 10; *Edouard v Administrator Natal* 1989 2 SA 368 (D).

¹⁹ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 15. Engel *Die volledige Suid-Afrikaanse Gesondheidsgids* 164-173 bespreek die werking, geskiktheid, voor- en nadele asook voorsorgmaatreëls, gerief en beskikbaarheid van elke gemelde geboortebeperringsmetode. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

2.2 **Bevolkingsontwikkeling en gesinsbeplanning**²⁰

Law, by its nature, is conservative and slow moving. In view of the suddenness of these fundamental changes, it is not surprising that in most countries laws in the field of contraception have not yet caught up with social and economic necessities, or with the changes in public opinion.²¹

Lande met verskillende regs-, ekonomiese en kulturele agtergronde het verskillende vorme van wetgewing wat wissel van 'n verbod op kontrasepsie as vorm van gesinsbeplanning, tot 'n algehele aanvaarding, ondersteuning en bevordering daarvan tot 'n verpligting om kontrasepsie te beoefen.

Tot die middel van die vorige eeu is bevolkingsgroei onder die volkere van die wêreld aangemoedig. Enige bemoeiing met fertiliteit of prokreasie van owerheidsweë by wyse van beperkende wetgewing is afgemaak as immoreel, onnatuurlik en selfs sondig.²² Gedurende die sestigerjare het die situasie verander namate daar sinvol begin besin is oor bevolkingsgroei as "tydbom" wat werkloosheid, armoede, verstedeliking, toenemende agterstande, geweld, misdaad, destabilisasie, hongersnood, omgewingsagteruitgang, tekort aan mediese dienste, onderrigfasiliteite, behuising en infrastruktuur, uitputting van hulpbronne en nalaat ter verbetering van standarde meebring.

Suid-Afrika se bevolkingsgetalle vir die 20ste eeu sien soos volg daaruit.²³

²⁰ Gesinsbeplanning raak meteen die bevolkingsontwikkeling en beheer in 'n land.

²¹ Stepan en Kellogg *The World's Laws on Contraceptives* 1974 The Law and Population Programme, Fletcher School of Law and Diplomacy 1. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

²² Stepan en Kellogg *The World's Laws on Contraceptives* 1974 The Law and Population Programme, Fletcher School of Law and Diplomacy 1.

²³ Ehrlich *The Population Bomb* 20. In 1850 na 4 miljoen jaar is die eerste miljardkerf bereik, in 1925 is die 2 miljardkerf bereik en in 1975 is die 4 miljardkerf bereik. In 1987 (in 12 jaar se tyd) is die 5 miljardkerf bereik. Die wêreldbevolking groei met meer as 100 miljoen per jaar. In die eerste wêreldlande (Europa, Noord-Amerika, Australië, Japan) het die bevolkingsgroei byna gestop; in die derdewêreldlande (Afrika, Midde-Oosterse lande Suid-Amerika, Suid-Oos Asië) verdubbel die bevolking elke 20 tot 35 jaar. Teen die huidige aanwaskoers (2,4% per jaar) in Suid-Afrika behoort die bevolking elke 29 jaar te verdubbel. Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 1-2.

1902	5 miljoen
1937	10 miljoen (+ 35 jaar)
1957	15 miljoen (+20 jaar)
1966	20 miljoen (+9 jaar)
1991	38 miljoen (+25 jaar)
1996	43 miljoen (+5 jaar)
2000	46,5 miljoen (verwagte bevolkingsgetal)

2.2.1 Argumente vir of teen die gebruik van kontrasepsie²⁴

Voor die Tweede Wêreldoorlog het daar beperkende faktore bestaan wat wetgewing rakende gesins- en bevolkingsbeplanning beïnvloed het. Onder sekere nasies was daar 'n instinktiewe behoefte om die mensdom te laat oorleef. Voorts het nasionalisme, hetsy dit 'n etniese of nasionale stryd tussen lande, godsdiens-, kultuur- of rassegroepe was, en of dit uit vrees vir imperialisme was, 'n definitiewe, positiewe, bydrae tot bevolkingsgroei gelewer. Kontrasepsie is uit hoofde van die beskerming van openbare sedes en uit hoofde van heersende religieuse opvattinge opponeer.

Enige verwysing na of konnotasie met seks is as taboe, immoreel, sondig en ongehoord gebrandmerk in die Comstock era (1870 – 1880). 'n Verbod onderhewig aan swaar strawwe²⁵ is geplaas op die verkoop, advertering, verspreiding en gebruik van kontraseptiewe middels. Daar is gevrees dat sou kontraseptiewe middels geredelik beskikbaar gestel word deur dit te wettig of aan te moedig, die vrees vir ongewenste swangerskappe sou verdwyn en buite-egtelike verhoudings, seksuele promiskuiteit en selfs prostitusie sou toeneem.

²⁴ Stepan en Kellogg *The World's Laws on Contraceptives* 3.

²⁵ Vyf jaar gevangenisstraf is opgelê vir 'n eerste oortreding van die pos of vervoer van kontraseptiewe middels en 'n verdere vyf jaar gevangenisstraf vir 'n tweede oortreding. Stepan en Kellogg *The World's Laws on Contraceptives* 4.

Van die moderne en liberale *rationales* rakende kontrasepsie wat die afge-
lope 20 – 30 jaar begin posvat het, was:²⁶

- (a) Gesinsbeplanning is 'n mensereg
- (b) Buitengewone bevolkingsaanwas
- (c) Gemeenskapsgesondheid en -welsyn
- (d) Mediese oorwegings

Vervolgens 'n kort bespreking van die moderne, liberale *rationales*:

(a) Gesinsbeplanning is 'n mensereg

Gesinsbeplanning is as 'n mensereg erken. 'n Mens het die reg om te besluit oor die aantal kinders en spasiëring van dié kinders.²⁷ Elke individu of paar het 'n basiese mensereg om 'n persoonlike vrye keuse ten opsigte van prokreasie of nie-prokreasie uit te oefen. Indien die individu of paar sy/haar/hulle keuse van prokreasie uitoefen, het die individu of paar die reg om die getal kinders en spasiëring tydsgegewys tussen die kinders te bepaal. Bykomend tot dié basiese reg word ook inbegryp die reg van toeganklikheid tot kennis en middele wat noodsaaklik is vir die beoefening van die reg.²⁸

²⁶ Stepan en Kellogg *The World's Laws on Contraceptives* 5-10.

²⁷ Resolusie XVIII (*United Nations Conference on Human Rights Teheran 12 May 1968 Human Rights Aspects of Family Planning*). International Advisory Committee on Population and Law 1973 Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series.

²⁸ Resolusie 2542 *United Nations Declaration on Social Progress and Development* is op 11 Desember 1969 deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies aangeneem en dit is in 1971 in werking gestel deur Resolusie 1672 (L11) (*Resolution on Population and Development*). International Advisory Committee on Population and Law 1973 Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series.

Couples have a basic right to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and a right to adequate education and information in this respect.²⁹

Die minimumvereistes wat deur beide die Teheran Proklamasie³⁰ en die Verenigde Volke se Deklarasie oor Sosiale Vooruitgang en Ontwikkeling³¹ neergeleë is vir die uitoefening van die reg op gesinsbeplanning is die volgende:

- Die reg op voldoende opvoeding en inligting oor gesinsbeplanning.³²
- Die reg van toegang tot middele om gesinsbeplanning te beoefen.³³
- Die reg op geslagsgelykheid.³⁴
- Die reg om te werk.³⁵
- Die reg op voedsel.³⁶
- Die reg op voldoende sosiale sekuriteit rakende gesondheid en aftrede.³⁷

²⁹ Partan *Population in the United Nations System* 17; Resolusie XVIII (Human Rights Aspects of Family Planning Teheran Conference Resolution XVIII) *United Nations Conference on Human Rights Teheran 12 May 1968 Sales No E.68 XIV. 2 3-14*. Die term *pare* ("couples") word in die Proklamasiedokument met ouers ("parents") vervang. *International Advisory Committee on Population and Law 1973 Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

³⁰ Resolusie XVIII (*United Nations Conference on Human Rights Teheran 12 May 1968 Human Rights Aspects of Family Planning*). *International Advisory Committee on Population and Law 1973 Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

³¹ Resolusie 2542 11 Desember 1969 *United Nations Declaration on Social Progress and Development*.

³² Resolusie XVIII, 1968.

³³ A 22 (*United Nations Declaration on Social Progress and Development*).

³⁴ A 2 (*Universal Declaration on Human Rights*).

³⁵ A 6 (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*).

³⁶ A 11(1) (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*).

³⁷ A 9 (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*).

- Die reg op voldoende lewenstandaard.³⁸
- Die reg op omgewingsbeskerming.³⁹
- Die reg op bewegingsvryheid.⁴⁰
- Die reg op privaatheid.⁴¹
- Die reg op gewete.⁴²
- Die reg op skeiding tussen Kerk en Staat, en skeiding tussen die reg en dogma.⁴³
- Die reg van kinders, gebore binne- of buite-egtelik, om gelyke status te geniet voor die reg.⁴⁴
- Die reg van kinders, binne- of buite-egtelik gebore, op voldoende onderhoud deur hulle natuurlike ouers.⁴⁵
- Die reg op sosiale, ekonomiese en regshervorming om met bogenoemde regte te konformeer.

'n Regering is nie bevoeg om 'n burger gesinsbeplanning te ontsê of gesinsbeplanning af te dwing op die burger nie.⁴⁶ Ingevolge die Suid-

³⁸ A 11(2) (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*).

³⁹ A 12(2)(b) (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*).

⁴⁰ A 12 (*International Covenant on Civil and Political Rights*).

⁴¹ A 17 (*International Covenant on Civil and Political Rights*).

⁴² A 18(1) (*International Covenant on Civil and Political Rights*).

⁴³ A 18 en 26 (*International Covenant on Civil and Political Rights*).

⁴⁴ *Declaration of the Rights of Child* Beginsels 1, 4, 6, 9 en 10.

⁴⁵ *Declaration of the Rights of Child* Beginsels 1, 4, 6, 9 en 10.

⁴⁶ In 1966 het die Algemene Vergadering die reg van elke regering erken om sy eie bevolkingsbeleid te formuleer en ten uitvoer te stel, in ag genome die basiese mensereg van gesinsbeplanning rakende die aantal kinders en spasiëring van dié kinders. Resolusie 2211 (XXI) [*Population Growth and Economic Development* (17 Dec 1966)].

Afrikaanse Grondwet⁴⁷ beskik elkeen oor dié basiese mensereg van gesinsbeplanning:

Freedom and security of the person

12 (2) Everyone has the right to bodily and psychological integrity, which includes the right -

(a) to make decisions concerning reproduction; ...

(b) Buitengewone bevolkingsaanwas

Kontrasepsie is nodig om die buitengewone bevolkingsaanwas wat as knelpunt geïdentifiseer is, te stuit en sterilisasie het getoon die gewildste vorm van kontrasepsie te wees.⁴⁸

(c) Gemeenskapsgesondheid en -welsyn

'n Groter bewuswording oor gemeenskapsgesondheid en -welsyn het ontstaan. Ongewenste swangerskappe laat 'n groot letsel op gemeenskapsgesondheid en welsyn aangesien die fisiese gesondheid, maar ook die geestelike welvaart van die moeder, die ongewenste nuweling en die res van die gesin nadelig beïnvloed word.⁴⁹

⁴⁷ *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 108 van 1996.

⁴⁸ Sien 2.5 waar in detail met sterilisasie gehandel word met verwysing na die omskrywing (2.5.1), oorwegings (2.5.2), ingeligte keuse (2.5.3) en die sterilisasieprosedures by vroue en mans (2.5.4).

⁴⁹ Sterftesyfers, veral na 'n vierde swangerskap, neem toe onder pasgebore babas en moeders, gedwonge huwelike sonder toekoms word gesluit, vroue beroep hulle op agterstraat-aborsies, ongewenste kinders is in 'n groter mate emosioneel onstabiel en sommige is geneig om reeds vroeg in misdaad te verval, armoede, wanvoeding en behuisingsprobleme duik op, verswakte seksuele verhoudings uit vrees vir verdere swangerskappe is aan die orde tussen pare, die vroue se werksgeleenthede word aan bande gelê en ongehude moeders het 'n wankelrige toekoms. Stepan en Kellogg *The World's Laws on Contraceptives* 7.

(d) Mediese oorwegings

By die gebruik van kontraseptiewe middels moet omgesien word na veilige, aanvaarbare en goeie kwaliteit middels asook geskikte mediese dienste om die middels beskikbaar te stel vir gebruik deur die publiek.⁵⁰

2.2.2 Gevolge van oorbevolking

Vervolgens 'n kort bespreking van die gevolge wat die bevolkingsontploffing in Suid-Afrika meebring:⁵¹

(a) Werkloosheid

'n Mens kan aanvaar dat dit onmoontlik is om Suid-Afrika se ekonomiese groeikoers só te laat styg dat dit moontlik sal wees om die huidige agterstand in werkgeleenthede in te haal, genoeg verdere werkseleenthede uit die toenemende arbeidsmag te skep en voor te bly met die verskaffing van huisvesting, opvoeding, gesondheidsdienste en ander infrastrukture. Die enigste haalbare oplossing is om die probleem by sy oorsaak aan te spreek, naamlik dat die geboortekoers vinnig en doeltreffend verlaag moet word.

Die ekonomiese afhanklike deel van die swart bevolking bly so groot dat die *per capita*-lewenstandaard net al hoe verder verlaag word, terwyl die ekonomiese aktiewe deel van die bevolking wat bestaansmiddele moet produseer, relatief klein bly,⁵² te klein om aan die doeleindes bevredigend, opbouend te voldoen.

⁵⁰ Stepan en Kellogg *The World's Laws on Contraceptives* 7-8.

⁵¹ Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 15-30. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

⁵² Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 10-13, 3, 18. Sadie A *Reconstruction and projection of demographic movements in the RSA and TBVC countries* Navorsingsverslag nr 148 Unisa 1988. 42% van Suid-Afrika se swart bevolking val in die ouderdomsgroep tussen 0 en 14 jaar en 66,6% is jonger as 27 jaar. Die Swart bevolking groei drie keer vinniger as die Blanke bevolking. Die totale fertiliteitsyfers in 1988 het soos volg daar uitgesien:

Werkloosheid neem toe omdat die bevolkingsgroei die skep van werksgeleenthede en die ekonomiese groei oortref.

(b) Armoede

Vanweë die feit dat die ekonomiese groei nie in pas is met die bevolkingsgroei of *vice versa*, neem armoede toe. Chroniese armoede ontstaan wanneer bestaansmiddele geensins of nie voldoende aan 'n vinnig groeiende bevolking gegee kan word nie.

Die knelling wat die snelle bevolkingsgroei in dié verband meebring voel die belastingbetaler aan sy beursie, soveel so dat die gemiddelde inkomste en lewenstandaard van die individu bly daal.⁵³

Verband tussen Suid-Afrika se bevolkingsgroei koers en die volgende: mense in diens geneem; ekonomiese groei; *per capita*-inkomste; staatsbesteding; en belasting⁵⁴

Blankes 1,7

Asiërs 2,5

Bruinmense 3,2

Swartmense 4,9

Die verwagte bevolgingsamestelling in Suid-Afrika vir 2005 is:

Swartmense 79,8%

Blankes 10,5%

Bruinmense 7,5% en

Indiërs 2,2%.

⁵³ Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 4. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

⁵⁴ Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 15-18 15 toon 'n diagram van prof JL Sadie aan ter illustrasie van 'n drievoudige toename in 30 jaar getoon. Verstedeliking vind plaas omrede mense uitwyk van die platteland op soek na 'n beter lewe in die stad. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

In die Pretoria-, Witwatersrand- en Vereeniging-gebied sien verstedeliking soos volg uit:

1980 – 15,5 miljoen mense

1985 – 6,1 miljoen mense

2000 – 10,5 miljoen mense

2010 – 14 miljoen mense.

	1960-70	1970-80	1980-85
Bevolkingsgroeikoers	3,3%	2,9%	2,6%
Groeikoers van mense in diens geneem	4,2%	0,7%	-0,1%
Ekonomiese groeikoers	5,8%	3,8%	1,0%
Persentasie toename in <i>per capita</i> -inkomste	2,5%	0,9%	-1,6%
Staatsbesteding as persentasie van volksinkomste (50% toename)	15%	19%	23%
Belasting as persentasie van volksinkomste	6,2%	19,4%	25%

(c) Verstedeliking, ontvolking en toenemende agterstande

Die snelle bevolkingsgroeï, veral op die platteland, laat verstedeliking met ge-
paardgaande agterstande toeneem. Die toenemende agterstande bring 'n
woningnood⁵⁵ mee, wat op sigself 'n negatiewe invloed op lewenstandaarde
het, mediese en welsynsdienste, skolastiese aktiwiteite en opvoeding van
kinders, voorkoming van misdaad⁵⁶ en die instandhouding van die bestaande
infrastruktuur⁵⁷ en ondersteuningsdienste.⁵⁸

⁵⁵ Volgens Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroeï – Ons Tydborn Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 16 het die stedelike stigting aangedui dat in 1987 reeds meer as 1,8 miljoen woonhuise te kort was en dat teen 2000 die tekort 2,8 miljoen sal wees, wat beteken dat 400 000 huise per jaar opgerig moet word. Informele bewoning en plakkery bring groot sosiale probleme soos byvoorbeeld jeug- en volwasse misdaad, veneriese siektes, tifus, cholera, tering, hongersnood, ondervoeding, buite-egtelike geboortes, kindersterftes en verhoogde belastingpligtigheid vir die gewone landsburger mee. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

⁵⁶ Onrus en onluste neem toe tussen etniese en strydende groepe. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

⁵⁷ Waaronder paaie en vervoerdienste, elektrisiteit, riooldienste en water, ressorteer. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

⁵⁸ Boikotte en stakings word aan die lyf gevoel. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

Omdat dié sogenaamde demografiese besteding al hoe meer van die beskikbare geld verg, bly daar te min oor vir voorkomende maatreëls. Die beste oplossing is klaarblyklik om geboortes te beperk.⁵⁹

(d) Geweld, misdaad en destabilisasie

'n Snelle bevolkingsaanwas, veral waar verskillende etniese groepe is, verstedeliking, werkloosheid, wanbalanse in die ouderdomstruktuur van die bevolking en 'n arbeidsmag wat werksgeleenthede by verre oorskry, plaas geweldige druk op die staat. Gemeenskapsontevredenheid en onrealistiese verwagtinge in veral 'n oorwegend jeugdige en heterogene gemeenskap, kan lei tot geweld en destabilisasie.⁶⁰

(e) Omgewingsagteruitgang⁶¹

Oorbevolking hou geweldige nadelige gevolge vir die samelewing en veral vir die omgewing in. As gevolg van die oorbevolking is daar nie genoegsame ruimte vir die berging van afvalstowwe nie,⁶² te veel fossielbrandstowwe word

⁵⁹ Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 17. International Advisory Committee on Population and Law 1973 Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series.

⁶⁰ Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 20. Suid-Afrika val binne die boonste 50% wat betref die potensiaal vir bevolkingsdruk en destabilisasie. Sien ook International Advisory Committee on Population and Law 1973 Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series.

⁶¹ Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 23-25. Sien ook International Advisory Committee on Population and Law 1973 Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series.

⁶² Bergingsruimte vir afvalstowwe soos bv plastieksakke, verpakkingsmateriaal, houers van polisterien, aluminium, plastiek, karton, weggooidoeke ensovoorts ontbreek as gevolg van die oorbevolkte gebiede. Sien ook International Advisory Committee on Population and Law 1973 Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series.

verbrand,⁶³ 'n kweekhuseffek bedreig die aarde,⁶⁴ gronderosie en oorstromings⁶⁵ neem toe en die gevolglike vernietiging van plant, dier en menselewe bly nie uit nie.

(f) Voedselverskaffing

Voedsel in Suid-Afrika moet as gevolg van oorbevolking in die herstrukturering en herverdeling van landbougrond op al kleiner-wordende eenhede verbou word te midde van ondervoeding en wanvoeding van 'n groot deel van die Suid-Afrikaanse bevolking.⁶⁶ Voeg hierby die ekonomiese knellings waarin die landbou hom tans bevind en hongersnood blyk nie uitgesluit te wees nie.

2.2.3 Die oorsake van oorbevolking in Suid-Afrika

Die vernaamste oorsake van oorbevolking in Suid-Afrika is:

(a) Waardes en houdings van 'n derdewêreld komponent van die bevolking

Die demografiese momentum van die bevolking is plattelands-georiënteerd, waar groot gesinne as 'n aanwinst en as sekuriteit vir die oudag geag word, 'n

⁶³ Weens gebrek aan elektrisiteit word steenkool, olie, paraffien en brandhout vir verwarming en kosvoorbereiding gebruik. Kosbare plantegroei word in die proses vernietig en erosie word in die hand gewerk. 12 Miljoen ton hout word jaarliks verbrand. Diesfeld 1979 *Economics* 58-67.

⁶⁴ Verbranding stel koolsuurgas in die atmosfeer vry wat verwarming van die atmosfeer te weeg bring. Diesfeld 1979 *Economics* 58-67.

⁶⁵ Gronderosie word onder andere veroorsaak deur oorbeweiding en verspoeling van kosbare grond. Kos en lewensmiddele is eerste prioriteit; vir grond- en omgewingsbewaring ontbreek die tyd en middele. 400 miljoen ton van Suid-Afrika se bo-grond verdwyn jaarliks in die see. Jordaan Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroeï – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 23.

⁶⁶ Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroeï – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 22-23.

stewige arbeidsmag verskaf, sosiale aansien bied en 'n bron van inkomste is.⁶⁷

(b) Ongeletterdheid, gebrek aan inligting en opvoeding

'n Groot deel⁶⁸ van die plattelandse bevolking is ongeletterd en tradisionele gemeenskappe is nóg oor gesinsbeplanning en die negatiewe gevolge van oorbevolking vir die landse ekonomie nóg oor 'n goeie lewensgehalte en gesonde lewensgewoontes ingelig.

(c) Gebrek aan voldoende voorligting en dienste rakende kontrasepsie⁶⁹

Gebrek aan voldoende voorligting oor die beskikbaarheid en gebruik van kontraseptiewe middels, die gebrek aan mediese en voorligtingsdienste en die tekort aan kontraseptiewe middels dra alles by tot vooroordele, negatiewe opvattinge, karige kennis en swak gesinsbeplanning.⁷⁰

⁶⁷ Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 25. Dogters wat hubaar is verseker 'n stewige inkomste aan *lobola* en seuns is verantwoordelik vir die versorging en onderhoud van die hele familie.

⁶⁸ Die helfte van die totale bevolking en ongeveer 60% van die landelike bevolking is ongeletterd. Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 26. Diesfeld 1979 *Economics* 58-67.

⁶⁹ Sien in die algemeen Barnett *Population Policy and the US Constitution*. Dixon-Mueller 1987 *New York University of International Law and Politics* 143-167. Diesfeld 1979 *Economics* 58-67.

⁷⁰ In die jongste tyd het die regering progings begin aanwend om kontraseptiewe voorligting en dienste rakende kontrasepsie te verbeter. Daar moet egter in gedagte gehou word dat daar 'n groot agterstand in dié verband was as gevolg van vooroordele en vyandige opvattinge in die gemeenskap jeens die destydse apartheidsregering. Diesfeld 1979 *Economics* 58-67.

(d) **Sosiale, ekonomiese en regsposisie van die vrou**⁷¹

Despite the obvious biological roles of both men and women in child-bearing, the related responsibilities and tasks, in most parts of the world, remain with women alone – a situation which is perpetuated by education and customs as well as by legislation and social systems.⁷²

In die plattelandse gebiede en binne tradisionele gemeenskappe is die vrou se statusposisie swak. 'n Groot gesin moet kompenseer vir die vrou se gebrek aan stand en identiteit in die gesin, haar gebrek aan geletterdheid, sowel as haar onvermoë om na behore vergoedingsgewys in die arbeidsmark te kompeteer.

Hoewel emansipasie van die vrou ingetree het, haar sosiale status in die gemeenskap verbeter het en haar opvoedingspeil verbeter het, is die vrou in die tradisionele swart gemeenskappe as gevolg van die *lobola*-tradisie nog steeds 'n slagoffer. Geletterdheid⁷³ bring 'n verbeterde lewensuitkyk, maatskaplike ontwikkeling en finansiële vooruitgang te weeg.⁷⁴

⁷¹ Sadik 1985 *Populi* 40–52 48. "The ability to control their fertility gives women options to other means of self-fulfilment, including higher education and more economically productive activities outside the home".

⁷² Sadik 1985 *Populi* 40-52 48. 'n Gemiddeld van 15% - 20% meer getroude vroue pas kontrasepsie toe in groter stedelike gebiede as die plattelandse gebiede.

⁷³ Daar word beraam dat ongeveer 50% swart vroue in 1988 ongeletterd was. Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 93. Sadik 1985 *Populi* 40-52 48. 'n Gemiddelde van 15% - 20% meer getroude vroue pas kontrasepsie toe in groter stedelike gebiede as die plattelandse gebiede. Diesfeld 1979 *Economics* 58-67.

⁷⁴ **Aantal kinders waar vroue aandui dat hulle meer kinders as ongewens beskou**

Aantal kinders	Alle vrugbare vroue	Kleurling vroue	Indiër vroue	Swart vroue	Blanke vroue
	Persentasie				
0	15,9	30,3	23,3	6,2	35,3
1	14,7	18,8	13,7	11,8	41,7
2	45,4	43,9	57,3	29,9	81,1
3	61,2	66,1	85,6	45,6	89,9
4	65,2	79,5	81,3	55,4	96,7
5	72,1	88,5	100,0	65,2	95,0
6+	72,3	82,3	100,0	72,1	100,0
7	72,3			71,4	
8	78,5			74,8	
9+	75,0			74,8	

(e) Politiek

Onder swart gemeenskappe heers vandag nog agterdog oor gesinsbeplanningsmaatreëls.⁷⁵ Die politieke geskiedenis het gesinsbeplanning en bevolkingsontwikkeling tot op 'n baie laat stadium gekelder as sou bevolkingsbeheermaatreëls niks anders as verskuilde apartheidsmatreëls wees nie.

(f) Invloed van die kerklike en sosiale drukgroepe

Die kerke en drukgroepe is nog steeds "pro-life" georiënteerd ondanks die wysiging van die aborsiewetgewing. Boonop keur die Rooms-Katolieke kerk die gebruik van alle voorbehoedmiddels (uitsluitende die natuurlike ritmetode) af.

2.2.4 Die demografiese siklus⁷⁶

Die normale demografiese siklus van 'n eerstewêreldland dui op die volgende vyf stadia:⁷⁷

Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroeï – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 45-103 wat die navorsingsresultate van die RGN 1989 weergee.

⁷⁵ 45% van die Swart respondente het in 1990 volgens 'n ondersoek van die Decisions Survey International in Johannesburg, Durban en Kaapstad die gesinsbeplanningsprogram as 'n set beskou om die Swart bevolking te verminder. Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroeï – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 29. Gesinsbeplanning is as vorm van apartheid beskou.

⁷⁶ Prof JL Sadie, 'n welbekende demograaf, soos aangehaal in Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroeï – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 7-11. Demografiese siklus dui op die verskillende stadia waardeur bevolkingsgroeï beweeg. Die betrokke demografiese siklus soos hier kortliks bespreek dui op dié van ontwikkelde lande met eerstewêreldstatus.

⁷⁷ Prof JL Sadie soos aangehaal in Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroeï – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 9-10. Williams 1990 *Populi* 38-44.

(a) Stadium 1⁷⁸

Dit is die onontwikkelde stadium in 'n gemeenskap en hoewel die geboortekoers hoog is, is die sterftekoers ook hoog, met 'n gevolglike netto aanwaskoers tussen 0% - 1% per jaar.

(b) Stadium 2⁷⁹

Die netto aanwaskoers styg vanweë die afname in sterftes veral onder kinders.

(c) Stadium 3

Die netto aanwaskoers bereik sy top waarna dit begin daal namate ekonomiese vooruitgang begin posvat.

(d) Stadium 4

Nog 'n sterker afname in die netto aanwaskoers vind plaas namate geboortes afneem.

(e) Stadium 5⁸⁰

In hierdie stadium, die statiese stadium genoem, is geboorte- en sterftekoerse gelyk aan mekaar.

⁷⁸ Die geboortekoers is tussen 40-50 per 1000 per jaar. Swak mediese dienste, hongersnood, oorloë en epidemies laat die sterftekoers toeneem. Williams 1990 *Populi* 38-44.

⁷⁹ Lewenstandaarde en mediese dienste het bygedra tot die styging in die aanwaskoers.

⁸⁰ Suid-Afrika het soos die ander ontwikkelende lande in 'n "demografiese lokval" beland omdat die gaping tussen die geboorte- en sterftekoers, naamlik die netto aanwas, al hoe groter geword het.

2.2.5 Regstellende en voorkomingsaktiwiteite⁸¹

Kommer is so vroeg as die vyftigerjare uitgespreek oor die tempo en omvang van die bevolkingsgroei in Suid-Afrika. Ondanks publikasies in die sewentigerjare wat gevolg het op simposiums handelende oor bevolkingsaanwas, het politici openlik nagelaat om die aanvanklike probleem aan te spreek en optrede jeens 'n te vinnig groeiende bevolking, te inisieer.

Die Hoofdirektoraat Bevolkingsontwikkeling (HBO) en die Bevolkingsontwikkelingsprogram (BOP) van die destydse Departement van Nasionale Gesondheid en Bevolkingsontwikkeling, het in 1984 aktiwiteite begin as deel van die bevolkingsontwikkelingsprogram. Daarbenewens het dié betrokke departement ook 'n Gesinsbeplanningsprogram ontwikkel. In die sewentigerjare is die Assosiasie vir Vrywillige Sterilisatie van Suid-Afrika⁸² gestig, geskoei op die model van die "Association for Voluntary Surgical Contraception".

Verskeie instansies waaronder die beplande ouerskapvereniging van Suid-Afrika, die Assosiasie vir Vrywillige Sterilisatie van Suid-Afrika, Landelike en Stedelike Stigtings, die destydse Aborsiehervormingsgroep en "Zero Population Growth", het almal meegehelp om die bewustheid van die bevolkingskwessie en die pogings om bevolkingsaanwas te verminder, by die gemeenskap tuis te bring.

Ek beklemtoon AVSSA vanweë dié instansie se bemoeienis met sterilisasies. AVSSA poog om die publiek en lede van die mediese professie en gesondheidsdienste in te lig en aan te moedig oor sterilisasies, sterilisasiedienste te verbeter en te koördineer met ander gesinsbeplanningsdienste.⁸³

⁸¹ Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 31-60.

⁸² AVSSA.

⁸³ Ongelukkig word pasiënte soms deur geneeshere en gesondheidswerkers waningelig en afgeraai om 'n sterilisasie te ondergaan en is pasiënte onder die wanindruk dat swangerskap deur middel van sterilisasie beëindig kan word. Jordaan Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 51.

2.2.6 Beoogde regstellende en voorkomingsaktiwiteite⁸⁴

Om simptome die bevolkingskwessie aan te spreek deur byvoorbeeld meer huise te bou en regstellings in die arbeidsektor te doen, gaan nie die probleem oplos nie. Daar moet baie meer klem geplaas word op gesinsbeplanning en geboortebepanking as op ontwikkelingsaksies wat op die langtermyn gerig is.

Bevolkingsprogramme moet geloods en deurgevoer word met ondernemingsgees en samewerking, los van politiekery,⁸⁵ met die vereiste realistiese beleidsdoelwitte en maatreëls wat op oorsake konsentreer,⁸⁶ koste-effektief en ekonomies haalbaar is,⁸⁷ gekoördineerd⁸⁸ en strategies⁸⁹ van aard is.

⁸⁴ Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 99-153.

⁸⁵ Kellogg 1975 *The Journal of International Law and Economics* 1-36. Die destydse regering het kontrasepsie uit twee monde gepredik: bevolkingsgroei is onder Blankes aangemoedig maar onder Swartes ontmoedig. Gesinsbeplanning is soos die groepsgebiede, werkreservering, instromingsbeheer en pasboekwetgewing as vorme van apartheid beskou. Die skanse van vooroordele het in 1992 begin tuimel hoewel in die tradisionele gemeenskappe en onder Swart politici, dit nog 'n geruime tyd kan duur om bevolkingsbeplanning tot sy reg te laat kom en om die besef van 'n gewaande "magskrisis" en swak sosio-ekonomiese toestande tuis te bring. Politiekery bring vooroordele, vyandige gesindhede, onrealistiese verwagtinge en teenproduktiwiteit mee. Samewerking behoort dit te vervang. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

⁸⁶ Volgens Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 102 108 109 het die destydse regering by monde van dr Coen Slabbert, Direkteur-Generaal van die Departement Nasionale Gesondheid en Bevolkingsontwikkeling 'n verhoging in die lewensgehalte van die bevolking (verlaagde fertilititeit en verhoogde onderwys- en geletterdheidspeil) asook 'n primêre gesondheidsorgprogram as realistiese beleidsdoelwitte voorgestel. Indien in ag geneem word dat slegs 23% van die R7 miljard gesondheidsbegroting in 1990 aan gesinsbeplanningsmaatreëls bestee is, is dit duidelik dat die "siekte" van oorbevolking behandel word deur die simptome van armoede, werkloosheid en gebrek aan huisvesting aan te spreek, in plaas van die oorsake daarvan.

⁸⁷ Kellogg 1975 *The Journal of International Law and Economics* 1-36. Dit is goedkoper om voorkomend op te tree deur effektiewe subsidiëring en verstandiger om kontraseptiewe middels te subsidiëer in teenstelling met gratis verskaffing waar middels vermors kan word. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

⁸⁸ Tot dusver het bevolkingsbeheer deur solo-pogings van verskillende instansies, staatsdepartemente en plaaslike owerhede plaasgevind, in stede van beheer deur 'n sentrale beheerstruktuur. International Advisory Committee on Population and Law

Bevolkingsgroei kan alleenlik volgens Jordaan, Tshabalala en Mfono⁹⁰ doeltreffend beheer word deur opvoeding, voorligting, advies en motivering deur middel van voldoende gesinsbeplanningsdienste waarin 'n klein gesin van hoogstens twee lede onderskryf word. Met voldoende doeltreffende gesinsbeplanningsdienste in plek, kan aansporingsmaatreëls (insentiewe) en ontmoedigingsmaatreëls (dissentiewe) inisieer word.

Samewerking tot doeltreffende gesinsbeplanning kan beloon word deur byvoorbeeld belastingkortings, werksbonusse, kontantbonusse vir vroue bo 25 jaar oud wat 'n eerste kind het, behuisingsvoordele vir 'n egpaar waarvan een of beide gesteriliseer is na die geboorte van 'n derde kind, gratis sterilisasiedienste en betaalde siekteverlof tydens die sterilisasieprosedure.

Voorbeelde van ontmoedigingsmaatreëls sou wees die afskaffing of inperking van kraamverlof vir 'n derde kind of meer kinders, die afskaffing of inperking van gratis mediese sorg vir swanger vroue met 'n derde kind of meer kinders, die afskaffing of inperking van toelaes vir ongehude, werklose moeders waar die vader van die derde kind of meer kinders nie opgespoor kan word nie. Tans ontmoedig die bestaande maatreëls geensins ongewenste swangerskappe nie, aangesien veral in die tradisionele gemeenskappe mense meer konsentreer op die huidige behoeftes as om die regte toekomstvisie ten opsigte van 'n ongewenste kind wat inderwaarheid die slagoffer van armoede, hongersnood, liefdeloosheid en misdaad ten prooi val, te openbaar.

Aanmoedigings- of ontmoedigingsmaatreëls word soms gekritiseer synde 'n inbreukmaking op 'n persoon se reg op voortplanting (prokreasie). Myns insiens behoort die kritiek nie stand te hou nie, aangesien die gemeenskaps-

1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series.*

⁸⁹ Volgens Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 111 is die strategieë om geboortes te beperk tweërlei van aard, naamlik opvoeding, voorligting en aanmoediging tot kleiner gesinne asook lewering van voldoende gesinsbeplanningsdienste.

⁹⁰ *Bevolkingsgroei – Ons Tydbom Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 147-152. Ook International Advisory Committee on Population and Law 1973

belang opgeweeg moet word in harmonie met die individuele belange. Sou die gemeenskapsbelang vereis dat gesinsbeplanning toegepas moet word om bevolkingsgroei te laat afneem, kan dit nie as aantasting van die reg op voortplanting bestempel word nie. Sterilisasië is al by geleentheid as "die wonderwerk van die twintigste eeu" beskou en dit blyk die gewildste kontraseptiewe vorm in baie lande te wees.⁹¹

2.3 Vorme van kontrasepsie

Vyf vorme van kontrasepsie kan onderskei word:⁹²

TIPE	VOORBEELD
Orale metodes	Kombinasiepille en progestogeen
Inspuitbare metodes	DMPA ⁹³ en DNET-En ⁹⁴
Intra uterine toestelle	Ongemedikeerd/gemedikeerd ⁹⁵
Sterilisasië	Manlik/vroulik ⁹⁶

Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series.

⁹¹ By monde van dr Pohl de Villiers, voorsitter AVSSA Jordaan, Tshabalala en Mfono *Bevolkingsgroei – Ons Tydborn Die Oplossing vir Suid-Afrika se Bevolkingsprobleem* 122. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series.*

⁹² Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 10. Engel *Die volledige Suid-Afrikaanse Gesondheidsgids* 164-173.

⁹³ Depot Medroksiprogesteronasetaat.

⁹⁴ Kellogg 1975 *The Journal of International Law and Economics* 1-36. Depot Noretisteroonenantaat. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series.*

⁹⁵ Kellogg 1975 *The Journal of International Law and Economics* 1-36. Intra uteriene toestel; diafragma met spermdoder en vaginale spons. International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series.*

⁹⁶ In 1983 is gerapporteer dat tussen 1979 en 1982 (insluitend) 1975 laparoskopiese sterilisaties gedoen is in sekere gebiede van die Kaapprovinsie. In *Edouard v Administrator Natal* 1989 2 SA 368 (D) 376A het regter Thirion hom soos volg oor sterilisasië uitgelaat: "Sterilisation has become an accepted form of contraception for married couples. The state is conducting a campaign of family planning the aim of which is to curb the growth of the population. It is in the interests of society that the

Kondome	Kondome met spermisiede/spermdoder
Ritmemetode ⁹⁷	Simptotermiese metode bepaal dag van ovulering (vrugbare periode), Onthouding van koïtus in dié tyd

2.4 Effektiviteit van kontrasepsie

2.4.1 Bepaling van effektiviteit

Om die vraag na die resultate van kontraseptiewe middels en meer pertinent sterilisasie te beantwoord, moet aangedui word op welke maniere die effek-tiwiteit van 'n kontraseptiewe middel of metode bepaal kan word. Daar bestaan drie sodanige effektiwiteitsmetodes, naamlik:

- (a) Teoretiese of metode-effektiviteit
- (b) Gebruikseffektiviteit
- (c) Voortgesette gebruikseffektiviteit.

Vervolgens 'n bondige bespreking van elke effektiwiteitsmetode:

(a) Teoretiese of metode-effektiviteit

Dié metode dui op die aantal swangerskappe wat ontstaan wanneer 'n kontraseptiewe metode gereeld en korrek gebruik word.

size of a family should not exceed the limit beyond which it would not be possible for it to maintain a reasonable standard of living." Vir 'n volledige bespreking van die *Edouard*-saak, sien Hoofstuk 3 (2.2). International Advisory Committee on Population and Law 1973 *Medford Massachusetts Law and Population Programme Fletcher School of Law and Diplomacy Law and Population Book Series*.

⁹⁷ Natuurlike gesinsbeplanning.

(b) Gebruikseffektiwiteitsmetode

Dié metode dui op die getal swangerskappe wat ontstaan wanneer 'n kontraseptiewe metode nie deur alle gebruikers gereeld en korrek gebruik word nie. Die kontraseptiewe metode of middel kan misluk of verkeerd aangewend word.

(c) Voortgesette gebruikseffektiwiteitsmetode

Dié metode dui op die getal swangerskappe wat ontstaan gedurende 'n tydperk van een of meer jare tydens die navorsingsduur en kan toegeskryf word aan foutering in gebruik of mislukking of staking van die metode.⁹⁸

Metodes (i) en (ii) word gemeet deur gebruik te maak van die Pearl-indeks wat soos volg geformuleer is:

$$\text{Pearl-indeks}^{99} = \frac{100 \times 12 \times \text{aantal swangerskappe}}{\text{totaal aantal maande van gebruik}}$$

Die lewenstabelmetode daarenteen bepaal die aantal swangerskappe per honderd gebruikers wat voorkom na gebruik van 'n metode na een, twee of meer jare. Die metode is meer akkuraat as die Pearl-indeks en word meer algemeen gebruik.¹⁰⁰

⁹⁸ Die gebruikers wat 'n metode staak met die spesifieke doel om swanger te raak, word uitgesluit.

⁹⁹ Dit dui op die aantal swangerskappe wat sou voorkom indien 100 vroue 'n metode vir een jaar sou gebruik. Die Pearl-indeks kan egter beïnvloed word deur die hoë mislukkingsyfer van korttermyngebruikers of die lae mislukkingsyfer van betroubare langtermyngebruikers. Sommige vroue mag die metode vir een maand gebruik en ander vir 5 jaar of langer. Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 11-12.

¹⁰⁰ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 12.

2.4.2 Effektiviteit van die onderskeie kontraseptiewe metodes tydens gebruik

BETROUBAARHEID (EFFEKTIVITEIT) VAN KONTRASEPTIEWE METODES ¹⁰¹		
BETROUBAARHEID	TIPE KONTRASEPSIE	AANVANG VAN BESKERMING ¹⁰²
Hoogs betroubaar	1. Depot medroksiprogesteronasetaat-inspuiting	Beskerming vind dadelik plaas indien inspuiting op dag 1 van 'n reprodktiewe siklus begin word, anders 14 dae.
	2. Sterilisasi hoogs betroubaar (mislukking). ¹⁰³	Vroulik dadelik, manlik 6-8 weke. ¹⁰⁴
Baie betroubaar	1. Depot noretisteroonenantaat-inspuiting (elke 8 weke toegedien)	
	2. Kombinasiepille. ¹⁰⁵	Beskerming neem dadelik 'n aanvang indien aktiewe pil op dag 1 van 'n reprodktiewe siklus begin, anders 14 dae.

¹⁰¹ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 12-13.

¹⁰² Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 13 voer aan dat daar genoegsame rede is om te aanvaar dat hormonale metodes binne 7 dae na gebruiksaanvang reeds 'n kontraseptiewe uitwerking het al word dit nie op dag 1 of 2 van 'n reprodktiewe siklus begin nie.

¹⁰³ In geval van vroulike sterilisasies is die beraamde faalkoers 0,105% - 0,04% en in geval van manlike sterilisasies is die beraamde faalkoers 0,15%. Engel *Die volledige Suid-Afrikaanse Gesondheidsgids* 172-173. Daar is bronne wat die faalkoers as 2-5 uit elke 1 000 vroue aandui: Opperman 14 Des 1989 *Huisgenoot* 9; Franklin 10 Des 1992 *Huisgenoot* 32 156. 'n Vraagteken word oor die effektiviteit van sterilisasies geplaas deur Michelle Marble in die 5 Junie 1996 *Women's Health Weekly* 8 onder die opskrif "Female sterilization less foolproof than believed". Oor 'n 10-jaarperiode het 1 uit 50 vroue weer swanger geraak, 1 uit 250 vroue binne 'n jaar na sterilisasie en 143 uit 10 685 vroue in 'n 10-jaartydperk. Vroue jonger as 28 jaar staan ook 'n groter kans om swanger te raak na sterilisasie as ouer vroue (5% teenoor 1%). Die minste mislukte sterilisasies het voorgekom na 'n konvensionele operasie uitgevoer op 'n stadium net na die geboorte van 'n baba en die "bipolar coagulation" (sien die teenoorgestelde mening van Theron en Grobler 2.5.4 Die chirurgiese prosedure van sterilisasie) het geblyk die metode te wees met die grootste mislukkingsyfer (54/1000) vroue het swanger geword na sterilisasie). Wat vasektomieë aanbetref is die mislukkingsyfer onbekend, hoewel daar anders as in geval van sterilisasie, tog met mediese toetse vasgestel kan word of die vasektomie behoorlik uitgevoer is. Die "US Centres for Disease Control and Prevention" (CDC) hou steeds vol dat sterilisasie die mees effektiewe kontrasepsie is. 10 miljoen Amerikaanse vroue is reeds gesteriliseer.

¹⁰⁴ Dit hang af van die frekwensie van ejakulasie na 'n vasektomie → ± 20 ejakulasies en 2 negatiewe spermtellings.

¹⁰⁵ Die beraamde faalkoers onder gewone gebruikers is 2 - 2,5% en onder gereelde gebruikers 0,5%. Engel *Die volledige Suid-Afrikaanse Gesondheidsgids* 172-173.

	3. Intra uterinetoestelle. ¹⁰⁶	Dadelik.
Betroubaar (\pm 2% mislukking)	1. Ogestoogen-alleenpille. 2. Kondome met spermiese. ¹⁰⁷	Dadelik. Dadelik.
Relatief onbetroubaar	Ritmemetode. ¹⁰⁸	Onsekerheid

2.4.3 Effektiwiteit van die onderskeie kontraseptiewe metodes na staking van gebruik

Die gemiddelde tydsduur in maande uitgedruk vir 'n swangerskap om plaas te vind na staking van kontrasepsie is soos volg:¹⁰⁹

STAKING VAN KONTRASEPSIE	
Tipe kontrasepsie	Gemiddelde tydsduur vir swangerskap
1. Geen metode	Gemiddeld 5 maande Vroegste 1 maand
2. Orale kontrasepsie	4-5 maande Vroegste 1 maand ¹¹⁰
3. DMPA	Gemiddelde 9.3 maande na toediening van laaste inspuiting Vroegste 4 maande
4. DNET-En	Gemiddeld 7.8 maande na toediening van laaste inspuiting Vroegste 3 maande

¹⁰⁶ Die INT se beraamde faalkoers onder gewone gebruikers is 4% en onder gereelde gebruikers is 1,5%; die diafragma met spermdoder het 'n beraamde faalkoers van 10% onder gewone gebruikers en 2% onder gereelde gebruikers; die vaginale spons het 'n beraamde faalkoers van 14% onder gewone gebruikers en 10% onder gereelde gebruikers. Engel *Die volledige Suid-Afrikaanse Gesondheidsgids* 172-173.

¹⁰⁷ Volgens Engel *Die volledige Suid-Afrikaanse Gesondheidsgids* 172-173 het kondome 'n beraamde feilbaarheid van 14% of meer onder gewone gebruikers en 2 – 8% onder gereelde gebruikers.

¹⁰⁸ 20–40% van gewone gebruikers faal met dié metode terwyl 2–8% van gereelde gebruikers onsuksesvol is met dié metode. Engel *Die volledige Suid-Afrikaanse Gesondheidsgids* 172-173.

¹⁰⁹ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 14 ev.

¹¹⁰ Algehele uitskeiding van die hormone in geval van die pil is plus minus 36 uur na inname van die laaste pil. Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 14.

5. IUT ¹¹¹	Gemiddeld 5 maande Vroegste 1 maand
6. Sterilisasie	Permanent
7. Kondome of spermicide	Gemiddeld 5 maande Vroegste 1 maand

2.4.4 Faktore wat effektiwiteit beïnvloed

Die effektiwiteit van enige kontraseptiewe metode of middel hang af van die aanvaarbaarheid en korrekte gebruik daarvan. Faktore wat aanvaarbaarheid kan beïnvloed is onder andere die volgende:

- (a) Sosiale faktore¹¹²
- (b) Kulturele oorwegings¹¹³
- (c) Religieuse oortuigings¹¹⁴

¹¹¹ In algemene terme bekend as die "IUD" (Engels).

¹¹² 'n Stedelike of plattelandse woonplek van partye beïnvloed die keuse om die reg op prokreasie uit te oefen, al dan nie. Die leefruimte in en om die woonplek, die soort reg wat in die eiendom vestig, finansiering van sodanige woonplek en gesinsgrootte speel 'n groot rol in partye se besluite om 'n eerste swangerskap uit te stel of om swangerskappe permanent te verhoed.

¹¹³ Partye, behorende tot sekere kultuurgroepe, word van verwag om "vir versekering vir die ou dag" voorsiening te maak. Kinders word as 'n belegging, 'n rykdom beskou. Vir dogters word *lobola* betaal en seuns moet vir hulle familie sorg tot by afsterwe van die naasbestaendes. Gebruik van kontrasepsie bots met hierdie kulturele oorwegings.

¹¹⁴ Partye wat aan sekere religieuse instansies behoort, word verbied om enige ander metode as die natuurlike ritme-metode te gebruik om gesinsbeplanning en -beperking te beoefen. Sterilisasie in Islamitiese kulture is onaanvaarbaar. In die Asiatiese gemeenskappe wat nie Moslem-georiënteerd is, word sterilisasie wel toegepas. Lee *Law and Family Planning Law and Population Programme* soos gepubliseer in *Studies in Family Planning* April 1971 87. In 1951 het Pous Pius die volgende verklaring uitgereik:

Romantic Catholic

"We affirm the legitimacy and, at the same time, the limits – in truth very wide – of a regulation of offspring which, unlike so-called 'birth control' is compatible with the law of God. One may even hope that science will succeed in providing this licit (rhythm) method with a sufficiently secure basis."

Pope Pius XII, 1951

Weinberg *Family Planning and the Law* 86. Protestantse denominasies onderskryf gesinsbeplanning deur gebruikmaking van kontrasepsie. Gebruikmaking lê binne die

- (d) Morele waardes
- (e) Opvoedkundige faktore¹¹⁵
- (f) Finansiële oorwegings¹¹⁶
- (g) Persoonlike faktore¹¹⁷
- (h) Nwe-effekte van die kontraseptiewe middel
- (i) Wanopvattinge oor die gevolge van 'n metode
- (j) Vooroordele¹¹⁸
- (k) Vrese vir die gevolge van 'n metode.¹¹⁹

Die optrede en gesindheid van die geneesheer en verpleegpersoneel moet te alle tye so objektief en positief moontlik wees ten einde die pasiënt in staat te stel om 'n ingeligte keuse te kan doen oor 'n aanvaarbare, betroubare metode van kontrasepsie.

2.5 'n Besondere vorm van kontrasepsie: sterilisasie

Die doel van sterilisasie is om spermooëskontak en gevolglik konsepsie te voorkom,¹²⁰ dit geskied grotendeels meer onder vroue as mans, kan vry-

persoonlike oordeel en oortuiging om 'n verantwoordelike besluit te neem om kinders te hê of nie, en indien wel, die hoeveelheid te bepaal. Smith 1980 *The Jurist* 208-210 se boekresensies oor Boyle JP *The Sterilization Controversy : A new Crisis for the Catholic Hospital?* en Nicholson T *Abortion and the Roman Catholic Church*.

¹¹⁵ Soos bv die opvoedingspeil.

¹¹⁶ Inkomstegroep.

¹¹⁷ Ouderdom, persoonlikheid, psigo-seksuele persoonlikheid, gesondheidstoestand en-
sovoorts.

¹¹⁸ Vriende of openbare media.

¹¹⁹ Kanker, gewigstoename of hormonale wanbalans, permanente sterilitiet. Mason *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood* 61.

¹²⁰ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 86. Mason *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood* 61.

willig¹²¹ of gedwonge van aard wees en word om kontraseptiewe,¹²² terapeutiese,¹²³ eugenetiese of strafregtelike redes gedoen.

2.5.1 Omskrywing

Sterilisasie is 'n metode van kontrasepsie waar 'n chirurgiese prosedure gebruik word om die voortplantingsfunksie van 'n man of 'n vrou permanent te beëindig.¹²⁴ Die Fallopiusbuise in die vrou en die *vas deferens* (saadbuis) in die man kan óf afgesluit word óf gedeeltelik vernietig word óf verwyder word.

Gedwonge sterilisasie word om eugenetiese redes gedoen. In *Buck v Bell*¹²⁵ byvoorbeeld, het die staat Virginia aansoek gedoen om 'n 18-jarige, geestelik gestremde, subnormale meisie, die dogter van 'n geestelik gestremde moeder, te steriliseer na geboorte van die meisie se geestelik gestremde baba.

We have seen more than once that the public welfare may call upon the best citizens for their lives. It would be strange if it could not call upon those who already sap the strength of the state for these lesser sacrifices, often not felt to be such by those concerned, in order to prevent our being swamped with incompetence. It is better for all the world, if instead of waiting to execute degenerate offspring for crime, or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind. The principle that sustains compulsory vaccination is broad enough to cover cutting the Fallopian tubes ... Three generations of imbeciles are enough.¹²⁶

¹²¹ In die studie word slegs met vrywillige sterilisasie gehandel.

¹²² In die studie word spesifiek met sterilisasie as kontraseptiewe metode gehandel.

¹²³ 'n Terapeutiese sterilisasie word gedoen om die lewe van 'n persoon te bewaar of tot voordeel van die fisieke of geestelike gesondheid van 'n persoon. In *Christensen v Thornby* 192 Minn 123 255 NW 620 (1934) het die Minnesota hof beslis dat dit nie teen openbare belang is om 'n terapeutiese sterilisasie uit te voer nie.

¹²⁴ In die *Wet op Sterilisasie* 44 van 1998 word sterilisasie omskryf in a 1 as " 'n chirurgiese operasie wat uitgevoer word ten einde die persoon op wie dit uitgevoer word, vir voortplanting onbekwaam te maak, maar sluit nie die verwydering van 'n gonade in nie".

¹²⁵ 274 US 200 (1927).

¹²⁶ Mason *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood* 62.

Na dié uitspraak van Hoofregter Holmes wat vir lank en wyd nagevolg is, het die Supreme Court van Amerika standpunt ingeneem in *Skinner v Oklahoma*¹²⁷ by monde van regter Douglas, welke uitspraak meer strook met die hedendaagse opvatting:

We are dealing here with legislation which involves one of the most basic civil rights of man. Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race. The power to sterilize, if exercised, may have subtle, far-reaching and devastating effects. In evil or reckless hands it can cause races or types which are inimical to the dominant group to wither and disappear.¹²⁸

Sterilisasie in die vorm van kastrasie van 'n misdadiger wat skuldig bevind is aan 'n seksmisdad, geniet nie meer die steun in vroeër jare nie. Kastrasie as vorm van straf of terapie vir seksuele residivisme is wreed, buitengewoon en spesifiek verbied deur byvoorbeeld die Agtste Amendament van die Verenigde State van Amerika se Konstitusie.¹²⁹

In 1954 het Lord Denning in *Bravery v Bravery*¹³⁰ in sy minderheidsuitspraak die volgende uitlating gemaak:

When [sterilization] is done without just cause or excuse, it is unlawful even though the man consented to it. Take a case where a sterilization operation is done so as to enable a man to have the pleasure of sexual intercourse without shouldering the responsibilities attaching to it. The operation then is plainly injurious to the public interest. It is degrading to the man himself. It is injurious to his wife and to any woman whom he may marry ... It is illegal even though the man consents to it ...¹³¹

¹²⁷ 316 US 535 (1942).

¹²⁸ Mason *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood* 63.

¹²⁹ Mason *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood* 75.

¹³⁰ [1954] 3 All ER 59.

¹³¹ [1954] 3 All ER 59 67-68.

Ongeveer 20 jaar na dié uitlating word sterilisasiedienste beskikbaar gestel aan die gemeenskap met die aanname van die *National Health Service (Family Planning) Amendment Act*.¹³²

In 1966 het die Deklarasie oor Bevolking¹³³ die lig gesien ingevolge waarvan 12 staatshoofde verklaar het dat gesinsbeplanning 'n basiese mensereg is. In 1968 volg die Verenigde Volke se Menseregte Konferensie in Teheran waar daar eenparig aanvaar is dat gesinsbeplanning 'n basiese mensereg is en dat partye die reg het om voldoende ingelig te word oor gesinsbeplanning.¹³⁴

Gedurende 17 tot 21 Junie 1974 word 'n simposium oor die Reg en Bevolking in Tunisië gehou.¹³⁵ Aanbevelings wat op dié simposium gedoen is, raak onder andere sterilisasie. Gedagtig aan die aanbevelings van die Tweede Internasionale Konferensie oor Vrywillige Sterilisasie in Geneve (1973), naamlik dat elke individu die vryheid van keuse het ten opsigte van prokreasie, word aanbeveel dat:¹³⁶

- vrywillige sterilisasie beskikbaar moet wees vir kontraseptiewe doeleindes (in ag genome die regs-, kulturele, morele en ekonomiese faktore wat geldend in elke land is).
- vryheid van keuse uitgeoefen kan word, baseer op geldige en ten volle ingeligte toestemming vir die sterilisasie, welke mediese prosedure behoorlik uitgevoer moet word. Binne die konteks van vrywillige persoonlike keuse val die kontraseptiewe opsie van vrywillige sterilisasie. 'n Individu kan onafhanklik 'n vrywillige besluit

¹³² 1972; Mason *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood* 77.

¹³³ *Declaration on Population*.

¹³⁴ Lee *Law and Family Planning Law and Population Programme 1971 Studies in Family Planning* 81.

¹³⁵ *Symposium on Law and Population Tunis 17-21 June 1974 Text of Recommendations Fletcher School of Law and Diplomacy Tufts University Tunis* 19.

¹³⁶ *Symposium on Law and Population Tunis 17-21 June 1974 Text of Recommendations Fletcher School of Law and Diplomacy Tufts University Tunis* 19.

neem sonder vrees dat 'n owerheidsliggaam of mediese administratiewe liggaam die besluit kan hersien, sonder dat die ander gade se toestemming vereis word en sonder vrees vir die nakoming van eksterne faktore, standarde of vereistes.

- nóg strafregtelike vervolging nóg siviele aanspreeklikheid sal volg vir persone wat 'n sterilisasie ondergaan het vir kontraseptiewe doeleindes, met uitsondering van strafregtelike vervolging en siviele aanspreeklikheid van die persone wat die sterilisasie nalatiglik uitgevoer het.

Sterilisasie as die gewildste vorm van gesinsbeplanning ter wêreld kan in vier kategorieë verdeel word ooreenkomstig die regstatus wat aan vrywillige sterilisasie gegee word:¹³⁷

- Lande waar wetgewing sterilisasie magtig is byvoorbeeld Singapoer, Japan, Kroasië, Slowinië, die Skandinawiese lande en sommige state in die Verenigde State van Amerika.
- Lande waar sterilisasie wel wettig is omdat dit deur geen wetgewing verbied word nie, is byvoorbeeld China, Suid-Korea, Indië, die Gemenebeslande, meeste van die state in die Verenigde State van Amerika asook lande wat hulle wetgewing uit die Engelse of Gemenereg afkomstig het.
- Lande waar wetgewing vrywillige sterilisasie kriminaliseer, is byvoorbeeld Somalië, Spanje, Turkye en Saudi Arabië.¹³⁸
- Lande waar onsekerheid bestaan oor die regstatus van vrywillige sterilisasie, is byvoorbeeld Frankryk, België, Oos-Europese lande,

¹³⁷ 'n Agtste van die wêreld se paartjies en 'n derde van diegene wat kontrasepsie beoefen, het van sterilisasie gebruik gemaak. Stepan 1981 *Law and Policy* 6.

¹³⁸ Alle vorme van kontrasepsie word in Saudi Arabië verbied en in Chili en Peru is daar beperkende wetgewende maatreëls insake vrywillige sterilisasie.

Latyns Amerikaanse lande en Moslemlande.¹³⁹ Strafregtelike wetgewing van dié lande verbied ernstige liggaamlike nadeel wat toegedeel word, selfs al sou 'n persoon vrywilliglik toestem tot sterilisasie.

Sterilisasie as sulks word nie omvattend in die Suid-Afrikaanse reg deur wetgewing hanteer nie. Die eertydse *Wet op Vrugaafdrywing en Sterilisasie*¹⁴⁰ was slegs van toepassing op die sterilisasie van persone wat geestelik ongesteld is.¹⁴¹ Sterilisasie van geestelik bevoegde persone is deur die gemenerereg beheer en die *Wet op Vrugaafdrywing en Sterilisasie* was hoogstens aanduidend van die wetgewer se bedoeling, naamlik, dat

¹³⁹ Hoewel sterilisasie verbied word in Moslemlande, word tydelike kontrasepsie nie verbied nie.

¹⁴⁰ Wet 2 van 1975. Die wet is herroep deur a 10 *Wet op Sterilisasie* 44 van 1998 welke wet nou van toepassing is.

¹⁴¹ In hierdie studie word slegs met sterilisasie van geestelik bevoegde persone gehandel. A 4 van die *Wet op Vrugaafdrywing en Sterilisasie* 2 van 1975 het voorsiening gemaak vir die sterilisasie van persone wat self onbekwaam is om toe te stem tot sterilisasie deur middel van 'n chirurgiese proses, kastrasie uitgesluit. Dié betrokke artikel het vereistes gestel in geval iemand nie bevoeg of in staat was om toestemming te gee nie, naamlik dat die betrokke persoon aan 'n oorerflike toestand moes ly, van so 'n aard dat 'n kind wat hy of sy verwek het, aan 'n liggaamlike of geestelike gebrek sou ly wat sou meebring dat die kind ernstig gestrem (nie in staat om 'n onafhanklike bestaan te voer nie) sou wees of die betrokke persoon moes weens 'n blywende geestesgebrek of geestesdefek nie in staat wees om die gevolge van koïtus of die ouerlike verantwoordelikhede om die vrug van koïtus te dra, te begryp nie. A 3 van die *Wet op Sterilisasie* 44 van 1998 maak voorsiening waar 'n persoon nie in staat is of onbevoeg is weens erge verstandelike gestremdheid om toe te stem tot 'n sterilisasie, vir die sterilisasie van so 'n persoon op versoek tot die persoon in beheer van 'n hospitaal en met die toestemming van 'n ouer, eggenoot, voog of kurator (a 3(a)(i)-(iv)). Die persoon moet 18 jaar oud wees, tensy die liggaamlike gesondheid van die persoon bedreig word en daar geen ander veilige en doeltreffende metode van geboortebeperking is nie (a 3(b)(i)(ii)) en voorts indien die persoon in so 'n mate verstandelik gestremd is dat sodanige persoon nie in staat is om: sy of haar eie besluit te neem rakende geboortebeperking of sterilisasie nie; verstandelik in 'n voldoende mate te ontwikkel om 'n ingeligte oordeel rakende die geboortebeperking of sterilisasie te fel nie en die ouerlike verantwoordelikheid wat met die skenk van lewe gepaard gaan, te vervul nie (a 3(c)(i)-(iii)). 'n Paneel, bestaande uit 'n psigiater (of geneesheer indien eersgenoemde nie beskikbaar is nie), 'n sielkundige of maatskaplike werker en 'n verpleegkundige, doen die besluit-neming in dié verband (a 3(2)(a)-(c)). Erge verstandelik gestremdheid beteken " 'n omvang van funksionering wat strek van gedeeltelike selfonderhoud onder noukeurige toesig, tesame met beperkte selfbeskermingsvaardighede in 'n beheerde omgewing deur beperkte selfsorg en wat konstante hulp en toesig benodig, tot enige beperkte sensoriese en motoriese funksionering en wat verpleegsorg benodig (a 3(7)).

sterilisasië nie opponeer word nie.¹⁴² Die *Wet op Sterilisasië*¹⁴³ maak voorsiening vir persone wat wel in staat is om toe te stem tot sterilisasië, om gesteriliseer te word. Vandag blyk dit dat sterilisasië nie as *contra bonos mores* beskou word nie mits dit sosiaal aanvaarbaar is in die sin dat dit 'n sosiale doel dien.¹⁴⁴

2.5.2 Oorwegings by sterilisasië

Verskeie oorwegings geld wanneer sterilisasië as 'n moontlike kontraseptiewe metode oorweeg word:

- Sterilisasië bewerkstellig by die vrou onmiddellike effektiwiteit, maar by die man egter nie.¹⁴⁵ By mans bestaan die gevaar dat 'n vasektomie nie onmiddellik effektief is nie en dat die manlike pasiënt 'n negatiewe spermtoets moet aflê alvorens seksuele aktiwiteite hervat kan word.
- Die sterilisasiëmetode is hoogs effektief en moet deur die pasiënt as onomkeerbaar beskou word.¹⁴⁶ Pasiënt-foutering word bykans uitgesluit. Hoewel die pasiënt die sterilisasiëprosedure as onomkeerbaar kan beskou, behoort die pasiënt ingelig te word oor die persentasie risiko van rekanalisasie verbonde aan sterilisasië.

¹⁴² Strauss en Strydom *Suid-Afrikaanse Geneeskundige Reg* 170.

¹⁴³ 44 van 1998 (a 2). Die persoon moet in staat kan wees om toe te stem en 18 jaar of ouer wees. Indien 'n persoon onder 18 jaar is en versuim om die persoon te steriliseer, die lewe in gevaar sal stel of die persoon se liggaamlike gesondheid ernstig sal benadeel, kan 'n sterilisasië wel gedoen word (a 3(a)).

¹⁴⁴ Strauss fouteer egter met die volgende stelling: "The legality of therapeutic sterilisation is beyond question, eg where a hysterectomy is proposed because of a diagnoses of cancer". 'n Histerektomie is nie 'n sterilisasië nie aangesien by 'n sterilisasië slegs 'n buisafbinding plaasvind en die *uterus* nie verwyder word soos in geval van 'n histerektomie nie.

¹⁴⁵ Daar bestaan altyd 'n risiko van sperma wat etlike weke na die chirurgiese proses in die prostaat en saadblasie mag agterbly. Alvorens 'n manlike pasiënt as chirurgies steriel verklaar kan word, moet die geneesheer 'n negatiewe semenmonster van die pasiënt bekom.

¹⁴⁶ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 86.

- Die metode is eenmalig, permanent, effektief en geen verdere toediening van 'n middel, toestelvervanging of inspuiting word benodig nie.
- Normaalweg word geen nadele of newe-effekte ondervind by sterilisasie nie, algemene post-chirurgiese komplikasies uitgesluit.¹⁴⁷
- Geen metaboliese inmenging vind plaas nie.
- Sterilisasie laat sterftesyfers afneem. Sterfterisiko onder vroue is groter onder die volgende kategorieë vroue:¹⁴⁸
 - Vroue onder 18 jaar;
 - Vroue 35 jaar en ouer;
 - Vroue wat geboorte geskenk het binne die afgelope 24 maande;
 - Vroue met vier of meer geboortes;
 - Vroue op plattelandse gebiede met beperkte toegang tot mediese dienste;
 - Vroue wat 'n ongewenste swangerskap in agterstraat aborsies laat eindig.

2.5.3 Ingeligte keuse

(a) Toestemming tot sterilisasie

Sterilisasie en die Depot Medroksiprogesteronasetaat-inspuiting¹⁴⁹ is die effektiefste metode van voortplantingsbeheer en neem wêreldwyd onder

¹⁴⁷ Sommige geneeshere rapporteer soms psigologiese probleme by mans. Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 86.

¹⁴⁸ Cook 1987 *New York University Journal of International Law and Politics* 109.

¹⁴⁹ DMPA in kort.

vrouens sowel as mans toe.¹⁵⁰ Vanweë die ingrypende en permanente asook waarskynlik onomkeerbare gevolge verbonde aan sterilisasie, is bespreking met die betrokke pasiënt deur die betrokke geneesheer essensieel.

Gedurende die konsultasie met die pasiënt en sy/haar gade/maat, moet die geneesheer baie volledig, duidelik en verstaanbaar aandui wat die redelike gevolge, nagevolge en moontlike komplikasies verbonde aan 'n sterilisasie-prosedure kan wees, die metode van sterilisasie verduidelik¹⁵¹ en alle vrae duidelik, verstaanbaar en volledig beantwoord. Die keuse is en bly die pasiënt s'n en geen beïnvloeding, na watter kant ookal, mag plaasvind nie.

Vroeër is die toestemming van die ander gade vereis in geval van sterilisasie vanweë gades se wedersydse en gesamentlike reg op voortplanting.¹⁵² Hedendaags het bogenoemde siening verander en aangesien elke gade as outonoom beskou word vir soverre dit sy of haar liggaam aanbetref, word toestemming vir sterilisasie nie deur die ander gade vereis nie.¹⁵³ Die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*¹⁵⁴ maak uitdruklik voorsiening vir die reg op liggaamlike en psigiese integriteit¹⁵⁵ waaronder die reg van 'n persoon om besluite te neem oor voortplanting¹⁵⁶ en die reg op veiligheid van en beheer oor sy of haar liggaam¹⁵⁷ vervat word. 'n Geneesheer word nie aanspreeklik gestel vir die gee van kontraseptiewe advies, die voorskrif of toediening van kontraseptiewe middels of metodes nie tensy die advies, voorskrif of toediening op 'n nalatige wyse geskied het. Strauss wys tereg daarop dat 'n

¹⁵⁰ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 86. In Suid-Afrika word bereken dat jaarliks 45 000 sterilisasies gedoen word teenoor 750 000 sterilisasies in Amerika. Daar word voorts bereken dat meer as 100 miljoen mense wêreldwyd gesteriliseer word (in 1950 is 4 miljoen gesteriliseer, in 1970 is 20 miljoen gesteriliseer en in 1975 is 65 miljoen gesteriliseer).

¹⁵¹ 'n Gepaste chirurgiese metode moet per geval verduidelik, bespreek en oor besluit word.

¹⁵² Strauss *Doctor Patient and the Law* 171.

¹⁵³ Sonnekus 1986 *De Rebus* 369.

¹⁵⁴ Wet 108 van 1996.

¹⁵⁵ A 12(2)(a) – (c) Wet 108 van 1996 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*.

¹⁵⁶ A 12(2)(a) Wet 108 van 1996 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*.

¹⁵⁷ A 12(2)(b) Wet 108 van 1996 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*.

gade se gebruik van 'n kontraseptiewe middel of metode sonder sy/haar gade se goedkeuring, hoogstens kan bydra tot die verbodskelking in die huweliksverhouding, maar dít kan nie voor die deur van die geneesheer gelê word nie.¹⁵⁸

Geneeshere beskou dit as professioneel korrek om die nie-pasiënt gade oor die sterilisasie in te lig en toestemming van die nie-pasiënt gade te bekom. Die Gesondheids Beroepe Raad van Suid-Afrika¹⁵⁹ het reeds in 1976 soos volg professioneel-eties¹⁶⁰ met sterilisasies gehandel:

Afgesien van suiwer mediese gronde mag 'n sterilisasie-operasie nie uitgevoer word tensy:

- die volle implikasies van die sterilisasie aan die pasiënt verduidelik is nie;
- die pasiënt getroud is of ouer as 18 jaar is;
- skriftelike toestemming van die pasiënt verkry is.

Hoewel daar van regsweë nie toestemming van die nie-pasiënt gade vereis word nie, het daar in die mediese praktyk 'n gebruik ontstaan en is daar 'n vorm ontwerp waarin die pasiënt toestem tot sterilisasie en die nie-pasiënt-gade 'n verklaring direk daaronder doen ter bevestiging van die sterilisasie-operasie.

Die 18 jarige of ouer persoon moet in staat wees om te kan toestem tot sterilisasie en moet vrylik en vrywillig sonder enige oorreding kan toestem nadat 'n volledige verduideliking en voldoende beskrywing gegee is en die gevolge, risiko's asook die herroepelikheid of nie van die aard van die sterilisasieprosedure meegedeel is en verder dat advies gegee is dat die toestemming voor behandeling teruggetrek mag word en die toestemmingsvorm onderteken is.¹⁶¹

¹⁵⁸ Strauss *Doctor Patient and the Law* 170.

¹⁵⁹ *Health Profession Council of South Africa*.

¹⁶⁰ Dit is bloot 'n professioneel-etiese reëling aangesien die Gesondheidsdiens Beroepe Raad van Suid-Afrika nie regskeppend kan optree nie. Verschoor en Alberts *Uitsprake van die Mediese Raad* 80-81.

¹⁶¹ A 4(a)-(c) *Wet op Sterilisasie* 44 van 1998.

(b) Toestemming-tot-sterilisasievorm¹⁶²

'n Toestemming-tot-sterilisasievorm bevat die volgende inligting:

(i) Die opskrif van die vorm naamlik Toestemming tot Sterilisasië

(ii) Deel I

Dit bevat 'n verklaring deur die geneesheer, geregistreerde verpleegkundige of gesinsbeplanningsvoorigter dat die aspekte¹⁶³ betreffende sterilisasië aan die pasiënt¹⁶⁴ verduidelik is. Die naam en handtekening van die geneesheer, geregistreerde verpleegkundige of gesinsbeplanningsvoorigter verskyn onder datum en plek op die vorm.

(iii) Deel II

Dié deel bevat sterilisasiëtoestemming deur die pasiënt. Die pasiënt se volle name en van verskyn in dié gedeelte bo sy/haar handtekening. Toestemming word deur die pasiënt gegee vir 'n sterilisasië-operasie.¹⁶⁵ Voorts bevestig die pasiënt dat die volgende inligting insake die sterilisasië-operasie aan die pasiënt verduidelik is en dat die pasiënt dit verstaan:

- Die sterilisasië is 'n chirurgiese ingreep wat onder algemene narkose of lokale verdoving gedoen kan word.
- Die doel van die sterilisasië-operasie is om die pasiënt te steriliseer, permanent onvrugbaar te stel.

¹⁶² Schwär, Loubser en Olivier *Die ABC van Geregtelike Geneeskunde* 303; Strauss *Doctor Patient and the Law* 180. Sien ook my ontwerpte Toestemming tot Sterilisasievorm in Aanhangsel A. Sien ook *Population Reports* E89-E93.

¹⁶³ Verwys na die aspekte in Deel II.

¹⁶⁴ Die pasiënt wie toestem in Deel II, se volle name en van verskyn in dié gedeelte.

¹⁶⁵ Of vasektomie. In beide gevalle stem die pasiënt toe tot die toediening van narkose of lokale verdoving en enige chirurgiese ingreep wat met die sterilisasië of vasektomie in verband staan.

- Geen waarborg word gegee dat die pasiënt steriel sal wees nie¹⁶⁶ en swangerskap mag by uitsondering volg.
- Indien die sterilisasie-operasie sou misluk en 'n kind gebore sou word, word afstand gedoen van enige reg op skadevergoeding¹⁶⁷ wat uit die geboorte mag voortspruit jeens die hospitaal, geneesheer, hospitaalpersoneel ensovoorts.
- Indien die sterilisasie-operasie suksesvol is, is die prosedure onomkeerbaar.
- Ander swangerskapvoorkomende metodes en middele bestaan nog steeds tot die pasiënt se beskikking.

(iv) Deel III

Verklaring deur die gade¹⁶⁸

Onder sy volle name en van verklaar die nie-pasiënt gade, bekragtig met sy/haar handtekening, dat:

- die sterilisasietoestemming soos in Deel II aan hom/haar verduidelik is;
- die sterilisasie-operasie/vasektomie op sy/haar gade uitgevoer mag word en
- hoewel die doel van die sterilisasie-operasie is om onvrugbaarheid permanent te bewerkstellig, mag swangerskap by uitson-

¹⁶⁶ Indien 'n vasektomie gedoen is, moet die voorafvereiste spermtoets gedoen word voordat die pasiënt onbeskermd seksueel weer aktief kan wees.

¹⁶⁷ Mediese en hospitaaluitgawes, koste verbonde aan die grootmaak van die kind, ensovoorts. Sien egter in Hoofstuk 3 die bespreking van die Suid-Afrikaanse regspraak in geval van mislukte sterilisasie-operasies. Asook (c) Toestemming tot uitsluiting van aanspreeklikheid.

¹⁶⁸ Sterilisasietoestemming deur die eggenoot.

dering volg en word afstand gedoen van enige reg op skadevergoeding sou 'n kind gebore word.¹⁶⁹

- (a) Die hoedanigheid waarin die persoon die verklaring doen, naamlik as gade van die pasiënt, word vermeld.

(c) Toestemming tot uitsluiting van aanspreeklikheid¹⁷⁰

Aan die persoon wat wil, geskied geen onreg nie.¹⁷¹ Die reg plaas 'n hoë premie op die vryheid van die individu. Die reg beskerm die individu teen bemoeiing van buite, maar die reg beskerm nie die individu teen gevolge wat intree as gevolg van individualisme, waar 'n persoon sy eie heil uitwerk nie.

'n Geneesheer kan nie aanspreeklik gehou word vir die skade/nadeel wat ontstaan waar die pasiënt toegestem het tot benadeling of die risiko van benadeling nie.¹⁷² Toestemming is 'n regverdigingsgrond ingevolge waarvan 'n wilsbevoegde persoon regsgeldig toestem dat hy benadeel mag word en in welke geval die benadeling nie onregmatig sal plaasvind nie.¹⁷³ Of daar nou toegestem word tot benadeling of tot risiko van benadeling, bly dieselfde vereistes vir beide geld aangesien dit dieselfde regverdigingsgrond is.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Sien die bespreking in (c) Toestemming tot uitsluiting van aanspreeklikheid.

¹⁷⁰ Toestemming tot benadeling of die risiko van benadeling: *volenti non fit iniuria*.

¹⁷¹ *Volenti non fit iniuria* D 47 10 1 5; De Groot 3 35 8; Voet 47 10 4; Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 90-97; Strauss en Strydom *Die Suid-Afrikaanse Geneeskundige Reg* 171; Claassen en Verschoor *Medical Negligence in South Africa*; *Schloendorff v Society of New York Hospital* 211 NY 125 129-130 105 NE 92 (1914); *R v Taylor* 1927 CPD 16 20; *Esterhuizen v Administrator Transvaal* 1957 3 SA 710 (T) 720.

¹⁷² Byvoorbeeld die sterilisasie het misluk en 'n kind word gebore wat sekere uitgawes/onkoste meebring.

¹⁷³ Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 90-97; *Esterhuizen v Administrator, Transvaal* 1957 3 SA 710 (T) 720 en *R v Taylor* 1927 CPD 16 20.

¹⁷⁴ By toestemming tot benadeling gee die benadeelde toestemming tot 'n spesifieke benadeling en by toestemming tot die risiko van benadeling word toegestem tot die risiko dat die optrede benadeling kan inhou. Neethling noem die voorbeeld van A wat toestem tot die risiko dat die operasie wat B op A uitvoer, 'n bepaalde newe-effek kan hê. Tree die newe-effek na die operasie in, kan die benadeelde nie die ander deliktueel aanspreeklik hou vir die nadelige gevolg nie omdat die benadeelde toegestem het tot die risiko van benadeling. Neethling Potgieter en Visser *Deliktereg* 91.

Toestemming moet¹⁷⁵ subjektief en vrywillig deur 'n wilsbevoegde persoon met volle kennis en begrip van die aard en die omvang van die benadeling (of potensiele benadeling/risiko van benadeling) gegee word, die toestemming moet deur die regsorde veroorloof wees¹⁷⁶ en die benadeling moet binne die perke van die toestemming val.¹⁷⁷ Dit is veral die vereistes volle kennis en begrip van die omvang van benadeling wat vir doeleindes van mediese ingrepe van belang is. Die pasiënt moet volle kennis van die omvang van die (potensiele) benadeling hê, dit wil sê, die pasiënt moet "ingeligte toestemming"¹⁷⁸ gee tot die (potensiele) benadeling. In geval van 'n sterilisasie-operasie moet die pasiënt ten volle kennis van die aard en omvang van dié operasie gehad het om regsgeldiglik toe te stem daartoe.¹⁷⁹ Blote kennis is egter nie voldoende nie, aangesien die pasiënt ook moet begryp/verstaan/besef wat die aard en omvang van die risiko van benadeling is:¹⁸⁰

It must clearly be shown that the risk (of injury) was known, that it was realized, and that it was voluntarily undertaken. Knowledge, appreciation, consent – these are the essential elements; but knowledge does not invariably imply appreciation, and both together are not necessarily equivalent to consent.¹⁸¹

In geval van sterilisasie word deur die geneeshere normaalweg op uitsonderings na verduidelik dat die sterilisasie 'n chirurgiese ingreep is wat onder lokale verdoving of narkose gedoen word ten einde die pasiënt permanent onvrugbaar te stel, hoewel geen waarborg vir volkome steriliteit

¹⁷⁵ Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 94-97.

¹⁷⁶ Nie *contra bonos mores* wees nie.

¹⁷⁷ *Santam Insurance Co Ltd v Vorster* 1973 4 SA 764 (A); *Burger v Administrateur, Kaap* 1990 1 SA 483 (K).

¹⁷⁸ "Informed consent".

¹⁷⁹ Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 95.

¹⁸⁰ Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 95. *Waring and Gillow Ltd v Sherborne* 1904 TS 340.

¹⁸¹ *Waring and Gillow Ltd v Sherborne* 1904 TS 340 op 344; *Lampert v Hefer* 1955 2 SA 507 (A).

gegee kan word nie. Om ingeligte toestemming te kry behoort die geneeshere ook aan die pasiënt te verduidelik dat die prosedure onomkeerbaar sal wees na 'n suksesvolle operasie. Geneeshere behoort ook aan pasiënte te verduidelik, ten einde pasiënte in staat te stel om 'n ingeligte keuse/toestemming te doen, dat ander swangerskapvoorkomende metodes en middele nog steeds bestaan tot die beskikking van die pasiënt. In geval waar 'n vasektomie gedoen is moet die vooraf vereiste spermtoetse eers suksesvol voltooi word alvorens onbeskermd met seksuele aktiwiteite hervat kan word.

Myns insiens¹⁸² behoort 'n geneesheer nie aan regs aanspreeklikheid te ontkom nie indien die sterilisasie glad nie uitgevoer is nie of wel uitgevoer is maar op 'n nalatige wyse. Dit wil sê die geneesheer het nie die nodige sorg en vaardigheid aan die dag gelê het soos 'n redelike geneesheer in soortgelyke omstandighede wanneer die sterilisasie-operasie uitgevoer word nie. Benadeling wat die pasiënt op 'n nalatige wyse toegedien is, sal buite die kader van die pasiënt se toestemming val.

Dit is 'n baie belangrike vereiste dat die pasiënt se benadeling binne die kader van sy/haar toestemming val. Benadeling wat intree as gevolg van 'n nadelige of opsetlike handeling (doen of late) van die geneesheer of gesondheidsorgverskaffer, is seker tog nie 'n nadeel wat die pasiënt voorsien of gewil het tydens die gee van toestemming nie. 'n Redelike pasiënt behoort wel in gedagte te hê dat die risiko van benadeling wel bestaan, byvoorbeeld komplikasies kan intree soos hewige bloeding of rekanalisasie kan intree. Toestemming tot die uitsluiting van aanspreeklikheid moet myns insiens met omsigtigheid hanteer word en behoort slegs ten opsigte van nie-nalatige handeling te geld. Sou die teendeel geld is die verkryging van toestemming ter uitsluiting van aanspreeklikheid *contra bonos mores*.

¹⁸² Strauss is die mening toegedaan dat 'n geneesheer steeds regs aanspreeklik sal wees in geval geen sterilisasie uitgevoer is nie of in geval dit op 'n growwe nalatige manier uitgevoer is. Sien Aangangsel A vir my ontwerpte vorm: Toestemming tot Sterilisasie.

(d) Inligtingsaspekte ter bekoming van ingeligte toestemming

Vervolgens word 'n kort bespreking gegee van aspekte wat duidelik onder die aandag van 'n paartjie gebring te word ten einde 'n stresvrye en deurdagte besluit daar te stel.¹⁸³

(i) Sterilisasie is onomkeerbaar

Aan die pasiënt moet verduidelik word dat hoewel die Fallopiusbuis of die vas deferens se funksies somtyds chirurgies herstel kan word, van die uitgangspunt vertrek moet word dat die prosedure onomkeerbaar is.

(ii) Doel en toepassingsgebied van sterilisasie

Vanweë die finaliteit en permanensie verbonde aan sterilisasie, word gevind dat sterilisasies slegs oorweeg word deur persone wie se gesinsbeplanning volledig afgeloop het,¹⁸⁴ of waar dit medies- of gesondheidsgewys aan te beveel is, of voorskriftelik is of sekere voorbehoedmiddels teenaanduidend of onbetroubaar is.¹⁸⁵

(iii) Wie is die pasiënt: vrou of man?

By egpare kan die vraag gestel word wie van die man of die vrou die sterilisasie behoort te ondergaan. Tydens die sterilisasieberaad behoort die geneesheer sterilisasie van die man (vasektomie) uit te wys as eenvoudiger, veiliger en goedkoper asook medies ekonomies.¹⁸⁶ Indien daar redelike

¹⁸³ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 87-91 bespreek uit praktykservaring sekere aspekte wat tydens so 'n konsultasie aangespreek moet word. Paxman *Law and Planned Parenthood* 35.

¹⁸⁴ Dit wil sê persone met voltooide gesinne.

¹⁸⁵ Soms word sterilisasies om spoedeisende redes gedoen.

¹⁸⁶ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 89. Uit 'n mortaliteitsoogpunt is 'n vasektomie veiliger. Die herstelperiode van 'n man na 'n vasektomie is veel korter as dié van 'n vrou na haar sterilisasie, welke spoedige herstel 'n pluspunt is in oorvol hospitale. Vrees en onkundigheid bestaan by sommige mans dat hulle nie na behore seksueel aktief kan verkeer na 'n vasektomie nie.

twyfel¹⁸⁷ by die man oor 'n moontlike vasektomie bestaan, kan dit wees dat hy probleme van psigo-seksuele aard sal ervaar.¹⁸⁸

(iv) Duur en gehalte van huweliksverhouding

Dit is 'n voorvereiste dat die huweliksverhouding se duur en gehalte in aanmerking geneem moet word. Sterilisasie was nog nooit 'n oplossing om 'n wankelrige huwelik te red nie. Waar die moontlikheid van 'n egskeiding bestaan, behoort sterilisasie glad nie toegepas te word nie. Hoewel dit nie regtens vereis word nie, verkies geneeshere dat beide gades ten gunste van die sterilisasie-operasie moet wees.¹⁸⁹

(v) Aard van sterilisasie

Dit is uiters belangrik dat die geneesheer die aard van die ingreep asook die implikasies daarvan aan die paartjie verduidelik, naamlik dat dit 'n operasie op die vrou se Fallopiusbuise is en nie 'n histerektomie¹⁹⁰ nie.

(vi) Aktiewe seksuele uitlewing

Sterilisasie hou geen negatiewe seksuele implikasies rakende die behoefte of uitlewing vir die partye in nie; intendeel, partye kan sonder vrees vir 'n ongewenste swangerskap seksueel aktief wees.

(vii) Gebruik van kontraseptiewe middels voor en na sterilisasie

Dit is baie belangrik dat pare se aandag daarop gevestig moet word nadat hulle op 'n sterilisasie besluit het en reëlings daarvoor begin tref het dat hulle nog steeds nie hulle kontraseptiewe maatreëls moet laat vaar nie. Die

¹⁸⁷ Oningeligtheid en foutiewe inligting, asook ongegronde vrese en kulturele weerstand bestaan soms teen 'n vasektomie.

¹⁸⁸ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 89 dui daarop dat die man veel langer fertiel bly as die vrou en dat die man na afsterwe van die vrou moontlik in die huwelik kan tree met 'n jonger vrou.

¹⁸⁹ Sonnekus 1986 *De Rebus* 369.

¹⁹⁰ Chirurgiese verwydering van die baarmoeder.

gebruik van kontraseptiewe middels moet ook vir 'n tydperk na sterilisasie voortduur.

(viii) Mediese behandeling voor en na sterilisasie

Voordat 'n sterilisasie operasie kan plaasvind moet die pasiënt behandel word vir enige longsiektes of hipertensie of porfirie. Dit is uiters gebiedend dat 'n servikale sitologiesmeer voor sterilisasie uitgevoer word asook na sterilisasie.¹⁹¹ Indien daar enige indikasie is dat 'n ginekologiese abnormaliteit slegs deur 'n histerektomie reggestel kan word, behoort 'n histerektomie eerder as 'n sterilisasie oorweeg te word.

(ix) Gesondheidstoestand van die pasiënt en die gade

Die gesondheidstoestand van die gades is 'n belangrike oorweging. Die vrou se kanse op hertroue en vestiging van 'n gesin behoort nie aan bande gelê te word waar haar huidige man 'n kort of korter lewensverwagting het en eerder 'n vasektomie kan oorweeg.¹⁹²

Faktore wat aanduidend is of kan wees vir 'n sterilisasie-operasie en wat 'n geneesheer aan die pasiënt moet uitwys, is die volgende:

- 'n Verdere swangerskap wat ernstige gevaar kan inhou vir die lewe of gesondheid van die vrou in gevalle van byvoorbeeld ernstige hartsiektes.¹⁹³
- 'n Hartsiekte van watter aard ook al, wat selfs 'n geringe risiko in swangerskap meebring, behoort in ag geneem te word by die oorweging van 'n sterilisasie.¹⁹⁴

¹⁹¹ Servikale sitologiesmeer is 'n papsmeer.

¹⁹² Dieselfde oorwegings geld ook vir 'n man.

¹⁹³ Chirurgie kan waarskynlik nie die toestand genees nie.

¹⁹⁴ Waar daar 'n geringe risiko in swangerskap is en die vrou reeds twee of meer kinders het.

- 'n Ernstige nierfunksie-inkorting is 'n siektetoestand wat deur swangerskap versleg kan word en in so 'n geval behoort 'n sterilisasie gedoen te word.
- 'n Permanente algemene swak gesondheid dien ook as aanduiding vir sterilisasie.
- Waar die vrou 'n ernstige geestesafwyking van so 'n aard het dat sy nie die implikasies van koïtus begryp of in staat sal wees om 'n kind te versorg nie,¹⁹⁵ is dit aan te beveel dat hierdie vrou voor die aanvang van seksuele aktiwiteit gesteriliseer word.
- Waar die moeder 'n Rh-ge sensitiseerde is met vorige erge fetale aantasting, behoort 'n sterilisasie te volg.
- In geval waar die vrou reeds drie of meer keisersnitte vantevore gehad het, behoort 'n sterilisasie ondergaan te word.
- Veelvuldige sklerose behoort aanduidend vir 'n pasiënt te wees om swangerskap te voorkom deur middel van sterilisasie, aangesien dit 'n siekte is wat beide moeder en kind geweldig strem.¹⁹⁶

(x) Ouderdom van pasiënt en gade

Die ouderdom van die pasiënt behoort in aanmerking geneem te word by oorweging van sterilisasie. 'n Vrou in die laat klimakterium¹⁹⁷ is so naby die menopouse dat 'n ander vorm van kontrasepsie eerder oorweeg kan word. 'n Baie jong pasiënt mag in houding, oortuiging of omstandighede verander en kan dalk 'n té vroeë sterilisasie betreur. Die man daarenteen is nog tot op 'n hoë ouderdom fertiel.¹⁹⁸

¹⁹⁵ *Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie 2 van 1975.*

¹⁹⁶ *Greenhills Obstetrics 545.*

¹⁹⁷ 46-48 jaar.

¹⁹⁸ Omdat die man veel langer fertiel bly as die vrou, kan die man na afsterwe van die vrou besluit om weer in die huwelik te tree. Wanneer sy keuse op 'n jonger vrou val, is gesinsbeplanning nie uitgesluit nie.

(xi) Aantal kinders¹⁹⁹

In ag genome met die ouderdom van die ouers behoort ook die aantal kinders in gedagte gehou te word. Die gesondheidstoestand van die kinders en die prognose van 'n siek kind moet ook in ag geneem word.²⁰⁰ 'n Jonger egpaar beplan waarskynlik aan 'n groter gesin, terwyl 'n ouer paar se gesinsbeplanning voltooi of naby voltooi is.

(xii) Sosio-ekonomiese omstandighede

Sosio-ekonomiese omstandighede dwing mense om wel gebruik te maak van sterilisasie as voorbehoedemete. In die verlede was armoede of werkloosheid, hoewel as faktore in ag geneem, nie deurslaggewend van aard nie, maar hedendaags blyk dit 'n definitiewe invloed op die keuse tot voorbehoeding te hê.

Dit is 'n opvoedingstaak van die medici en gesondheidsvoorligters om die weerstand teen sterilisasie af te breek aangesien veral in die laer sosio-ekonomiese groepe seksuele gedrag minder gedissiplineerd is. Sterilisasie en veral 'n vasektomie kan 'n groter impak op die beperking van dié geboortes maak. Deur vroue te steriliseer word enkele geboortes voorkom, maar deur mans in die laer sosio-ekonomiese groepe te steriliseer, word tientalle geboortes voorkom.

(xiii) Godsdienstige en morele oortuigings

Die besluitnemingsproses rakende sterilisasie behoort stresvry te geskied.²⁰¹ Te dikwels kom skuldgevoelens, selfverwyte, verwarring, spanning en seksuele disfunksie voor en geneeshere asook gesondheidsorgpersoneel behoort bedag te wees daarop.

¹⁹⁹ Greenhills *Obstetrics* 699.

²⁰⁰ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 88.

²⁰¹ Vir geneesheer, sowel as vir die pasiënt, is dit baie meer geskik om tydens 'n nageboorte-konsultasie eerder as voor kraam of in die vroeë *puerperium* 'n sterilisasie te opper en te bespreek.

2.5.4 Die chirurgiese prosedure van sterilisasie

Die volgende sterilisasietegnieke word chirurgies toegepas:

(a) Sterilisasie van die vrou²⁰²

Die Fallopiusbuise waardeur die eierselle na die baarmoeder gelei word, kan abdominaal (per laparotomie of endoskopie) of vaginaal (per kolpotomie of endoskopie) bereik word²⁰³ om afgeknip, deurgesny of toegebind te word:

Abdominaal

- (i) Konvensionele laparotomie
- (ii) Mini laparotomie ("minilap")
 - (ii.i) Weense tegniek
 - (ii.ii) Pomeroy tegniek
 - (ii.iii) Apparaatafsluitingstegnieke
- (iii) Laparoskopie

Vaginaal

- (iv) Kolpotomie
- (v) Histeroskopie

Vervolgens 'n bondige bespreking van elk van die gemelde tegnieke.

(i) Abdominale toegang - konvensionele laparotomie²⁰⁴

²⁰² Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 91 ev.

²⁰³ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 91.

²⁰⁴ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 91; Greenhill *Obstetrics* 329-331; Grosboll 1980 *Golden Gate University Law Review* 1147-1152.

Konvensionele laparotomie word baie selde vir die uitsluitlike doel van sterilisasie gebruik. Van dié tegniek word gebruik gemaak waar die buise onbereikbaar is vir ander sterilisasietegnieke, byvoorbeeld as gevolg van bekkenvergroeiings.

Die herstelperiode is 4 dae vir hospitalisering en 'n verdere 2 weke voordat werksaamhede hervat kan word.

(ii) **Abdominale toegang - mini laparotomie ("Minilap")**²⁰⁵

Hierdie is 'n tegniek wat gebruik word vir *post partum* sterilisasie.²⁰⁶ Sodanige insnyding is voldoende aangesien die uterus nog groot is tydens die vroeë *puerperium*, die *fundus* hoog is en buise maklik bereikbaar. 'n Halfmaanvormige insnyding van 2-4 sentimeter word gedoen net onder die *umbilikus* onder lokale verdoving met ligte sedasie.²⁰⁷

Besondere chirurgiese vaardighede en duur toerusting word nie benodig nie. Enige geneesheer kan dit in enige operasietheater uitvoer met beperkte spesiale opleiding. Die chirurgiese proses wat onder narkose gedoen word neem sowat 30 minute in beslag. Die pasiënt hoef nie langer as 24 uur gehospitaliseer te word nie en kan binne 2-3 dae haar werksaamhede hervat.

Die mini laparotomie kan ook as intervalsterilisasië uitgevoer word na die *puerperium*, naamlik ses weke of langer *post partum*.²⁰⁸ Waar die "minilap" as intervalprosedure gebruik word en die *uterus* klein is, word 'n middellyn

²⁰⁵ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 92. *Stepan Population Reports Series E Number 6 Law and Policy* 1981 Population Information Program The John Hopkins University Baltimore Maryland E 77; Grosboll 1980 *Golden Gate University Law Review* 1147-1152.

²⁰⁶ Dit is sterilisasie wat tydens die vroeë *puerperium* gedoen word - vanaf direk na die bevalling tot voor die vrou die hospitaal verlaat met die ideale tyd binne die eerste twee *post partum* dae. Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 92.

²⁰⁷ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 92. Skrywers wys daarop dat *post partum* minilap sterilisasies baie suksesvol in gesinsbeplanningsprogramme toegepas word aangesien dit blyk koste-effektief te wees (geen addisionele hospitalisasië nie), gerieflik te wees (pasiënt benodig nie ekstra reëlins en die baba is versorg) en geredelik uitvoerbaar onder lokale verdoving (voordelig vir 'n pasiënt met 'n trombose neiging) te wees.

²⁰⁸ 6 weke na geboorte van die baba.

vertikale snit gedoen net bokant die simfeses *pubus*. 'n Hulka-klem of 'n servikale dilator word vooraf in die uterineholte geplaas waarmee 'n assistent dan die uterus opwaarts na die buikwand kan verplaas om die buise bereikbaar te maak.

Buisafsluiting deur 'n mini laparotomie of konvensionele laparotomie behels verskillende tegnieke afhangende of die hoofdoel is om betroubaarheid of omkeerbaarheid te verseker.

(ii.i) Weense tegniek

Die buise word in die *usmus*-gedeelte met 'n viryl nommer 0 of verchromde dermsnaar nommer 0 onderbind en deurgesny. Hierdie tegniek se omkeerbaarheidspotensiaal is goed.

(ii.ii) Pomeroy tegniek ²⁰⁹

Die buis word in 'n lus vorm opgetrek en onderbind en afgesny met absorbeerbare hegmetaal.²¹⁰ Die omkeerbaarheidspotensiaal in hierdie geval is laag aangesien heelwat buislengte verlore gaan.

(ii.iii) Apparaatafsluitingstegnieke (krammetjies/ring/knip)

'n Silikonring, die falope-ring of die geveerde knip, die Filshie-knip/klem word gedurende hierdie tegniek gebruik, veroorsaak die minste buisskade en is ideaal vir moontlike toekomstige heraanastomose.²¹¹

(iii) Abdominale toegang - laparoskopie²¹²

Net soos in die geval van die mini laparotomie, kan 'n laparoskopie op een van twee wyse uitgevoer word:

²⁰⁹ Greenhills *Obstetrics* 307-308, 1031.

²¹⁰ Bv onverchromde dermsnaar 0 of 1; Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktijk* 93. Greenhills *Obstetrics* 1030-1032.

²¹¹ Friedemann-Maalener Sterilisasiemetode. Greenhills *Obstetrics* 1030-1031.

²¹² Odendaal *Ginekologie* 407 ev.

Direk *post partum* word die *sub-umbilikale* insnyding gebruik, halfmaanvormig net onderkant die rand van die *umbilikus* of ongeveer 10 millimeter longitudinaal bokant die tasbare *fudus* van die *uterus*. Die buise word uitgelig met 'n stomp hakkie, die buise word afgebind en die wond gesluit soos in die geval van *supra-pubiese* insnyding. Die buis word afgebind deur die aanwending van 'n *silastic*-ring om 'n buislus in die *ismus* gedeelte of afsluiting van die buis ook in die *ismus* gedeelte met behulp van 'n geveerde knip of vernietiging met afsluiting van 'n gedeelte van die buis deur *elektro-koagilasie* (toebrand).

'n Laparoskopie kan ook supra-pubies gedoen word waar die uterus klein is. Die pasiënt word in 'n semi-litotomie posisie geplaas en steriel afgedek. Die blaas word met 'n staalkateter geledig en 'n hulka-tenakulum (klem) aan die serviks met die sondepunt deur die endoservikale kanaal in die uterisholte geplaas. 'n Middellyn-velinsnyding van 20-30 millimeter word net bokant die pubiese simfese gemaak. Onderhuidse velweefsel word met stomp disseksie vanaf die rektusskede gestroop, die skede word geopen en vir die hele lengte van die snit geklief. 'n Mayo-skêr kan tussen die *rektusspiere* gedissekteer word tot op die *peritoneum*. Nadat die *peritoneum*-laag geopen is, kan die *uterus* geïdentifiseer word deur dit met die Hulka-klem anteriorwaarts te manipuleer. Die buise kan nou maklik bygekrom word deur die uterus na 'n kant te kantel en wanneer die buis geïdentifiseer is, word die sterilisasie uitgevoer.

Die effektiwiteit van die laparoskopiesterilisasie is hoog, maar die tegniek moet sorgvuldig onder lokale verdowing uitgevoer word. Intra-abdominale operatiewe prosedures word toenemend uitgevoer, so ook die geval met sterilisasies. Bepaalde vaardighede word egter vereis waaroor 'n voorgraadse mediese student en interns nie toegerus word in 'n opleidingskurrikulum nie. Koagilasie of toebranding vernietig 'n groot gedeelte van die buis en behoort slegs in geval van ouer pasiënte gebruik te word of waar omkering in die toekoms nie verlang sal word nie. Die gevaar van brandwonde aan die derm, vel en spier bestaan ook waar toebranding plaasvind. Theron en

Grobler²¹³ keur die deursny van die buis na koagilasie af, omdat kanse vir bloeding vergroot word. Silastic-ringetjies en knippies beloop 'n hoë koste.

(iv) Vaginale toegang - kolpotomie

Hierdie is 'n sterilisasie prosedure wat byna nooit meer gebruik word weens infeksiegevaar en slegs 'n kundige in vaginale chirurgie doen die insnyding in die posterior vaginale forniks (kolpotomie).

(v) Vaginale toegang - histeroskopie

Hierdie is 'n metode wat in groot mate eksperimenteel is en waar koagilasie van die Fallopiusbuise deur 'n histeroskoop uitgevoer word. Die resultate dui op 'n hoë mislukkingsyfer.

Komplikasies wat vir die vroulike pasiënt kan intree na 'n sterilisasieprosedure is die volgende:

Die algemene chirurgiese komplikasie is byvoorbeeld wonddisrupsie, sepsis en bloeding, maar is vanweë die laparoskopiese tegniek of "minilap"-insnydings skaars.²¹⁴

Post sterilisasie sindroom is 'n komplikasie wat kan intree maar wat nie met presiesheid aangedui kan word nie. 'n Moontlike versteuring van bloedvoorsiening van die ovaria is die enigste oorweegbare oorsaak volgens handboekskrywers.²¹⁵

In die vroeëre jare is 'n histerektomie as 'n metode van sterilisasie beskou.²¹⁶ Hoewel histerektomie permanente geboortebeperking meebring, is dit 'n meer

²¹³ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 94. Unipolêre-koagilasie word ten sterkste afgekeur en bipolêre koagilasie behoort gebruik te word.

²¹⁴ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 94.

²¹⁵ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 94. Dit blyk dat die moderne tegnieke soos buisafsluiting met ringe of knippies, selfs die Weense tegniek, die moontlikheid uiters gering maak. Tog behoort die geneesheer op sy hoede te wees sodat hy 'n tegniek aanwend wat minimale weefselskade veroorsaak of bloedvoorsiening versteur.

²¹⁶ Greenhills *Obstetrics* 1018.

ernstige operasie as die ander vorms van sterilisasie en moet dit nie net om geboortebeperkingsredes uitgevoer word nie, maar moet eerder met sterilisasie volstaan word. 'n Histerektomie²¹⁷ is die verwydering van die baarmoeder²¹⁸ en 'n algehele histerektomie is die verwydering van die volledige baarmoeder²¹⁹ abdominaal of vaginaal.

(b) Sterilisasie van die man²²⁰

Sterilisasie van die man staan as 'n vasektomie bekend en is 'n eenvoudige en relatief maklik uitvoerbare chirurgiese prosedure wat onder lokale verdowing op 'n buitepasiënt basis gedoen kan word. Die *vas deferens* (saadbuis) kan deur middel van betasting geredelik maklik deur die *skrotumvel* geïdentifiseer word.²²¹ Met 'n vasektomie word twee klein snytjies in die *skrotum* gemaak, waardeur die saadbuisies uitgelig word. Die beste metode wat in China ontwikkel is, die sogenaamde "non scalpel vasectomy" omvat lokale verdowing van die *skrotumvel* in die middellyn, ongeveer twee sentimeter vanaf die penisbasis. Die *vas* word dan met 'n spesiaal ontwerpte klem deur die *skrotumvel* gestabiliseer en 'n tweede skerppunt arterieklem word deur die vel gesteek sodat die *vas deferens* na buite getrek kan word. Die *vas* word na dit vasgeklem is, met sy of linne (onoplosbare materiaal) dubbel onderbind en deurgesny. Die punte word toegebrand en met 'n draadjie toegebind. Die distale *vas*-einde word teruggeplaas in die *facia*-skede van die *vas* en word nou geheg. Die proksimale deel word in die *skrotum* teruggeplaas maar buite die skede. Die *vas* aan die ander kant word

²¹⁷ Engel *Die Volledige Suid-Afrikaanse Gesondheidsgids* 184-185.

²¹⁸ *Uterus*.

²¹⁹ Die hoofdeel in die uterusmond (*serviks*).

²²⁰ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 96 ev. Opperman 14 Desember 1989 *Huisgenoot* 9.

²²¹ Die *vas deferens* se toeganklikheid word nie soos in die geval van 'n vrou beïnvloed deur liggaamsbou, vergroeings, swangerskap of vetsug nie. Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 96.

op presies dieselfde wyse onderbind en deurgesny. Die pasiënt word na die prosedure ontslaan en kan sy werksaamhede voortsit.²²²

Moontlike komplikasies wat kan voorkom in geval van 'n vasektomie is:

- Hematoom
- Granuloom van die vas-eindes
- Hibrotiese nodules wat soms pynlik is
- Seldsame orgitis en epididimitis asook baie seldsame of spontane heranastomose.²²³

Die geneesheer moet seker maak dat die pasiënt voor toestemming volledige inligting kry rakende die doel van 'n vasektomie, die aanwendingsyfer van vasektomie, resultate, die prosedure, moontlike komplikasies wat mag intree en behoort wanopvatting, vrese en kommer oor verlies aan manlikheid, viriliteit, seksualiteit en ereksiefunksie uit te klaar. Die geneesheer behoort dit ook onder die aandag van die pasiënt te bring dat ejakulasie soos voorheen plaasvind sonder vermindering van semenvolume, 'n orgasme geensins beïnvloed word nie, hormonale versteuring nie plaasvind nie, die seksuele frekwensie nie beïnvloed word nie, en dat reabsorpsie van opeengehoopte geblokkeerde spermafvoer plaasvind. Die geneesheer behoort egter te waarsku dat infertiliteit nie onmiddellik na 'n vasektomie volg nie, sperm-antiliggame moontlik kan ontwikkel en mans versigtiger moet wees rakende seksueel oordraagbare siektes vanweë hulle groter blootstelling aan seksuele aktiwiteite. Onmiddellike steriliteit volg nie op 'n vasektomie en minstens twaalf ejakulasies moet plaasvind voordat die eerste semenondersoek vir spermatozoa gedoen word, gevolg deur twee agtereenvolgende ondersoeke wat spermvry moet wees alvorens dit aanvaar word dat die man steriel is. Dit is belangrik om daarop te let dat 'n betroubare kontraseptiewe metode of

²²² Die prosedure is bloedloos en hegting van die *skrotum* is onnodig.

²²³ Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 96.

middel gebruik word deur die man of vrou of beide totdat die semenmonster geneem, die groen lig gee.²²⁴

Hoewel die prosedure potensieel omkeerbaar is, moet die geneesheer die manlike pasiënt inlig om die metode as 'n permanente een te beskou.²²⁵

Die pasiënt behoort ook geen kommer te hê oor aterosklerose of kolageensiektes byvoorbeeld artritis wat mag ontwikkel nie.²²⁶

3 SAMEVATTING

Sterilisasië blyk die gewildste en veiligste vorm van kontrasepsie te wees. Die snelle bevolkingsaanwas in Suid-Afrika en elders in die wêreld noodsaak die aanspreek van die werklike probleem en oorsaak en nie die simptome en gevolg daarvan nie. Deur die publiek in te lig en op te voed oor gesinsbeplanning, sterilisasië aan te beveel by persone met twee of drie kinders en aanmoedigingsbonusse daar te stel, kan 'n bevolkingsontploffing met al die nadelige gevolge daaraan verbonde, voorkom word.

Die sterilisasiëproses as kontraseptiewe metode het dit in gebruikseffektiwiteit onderskei bo alle ander kontraseptiewe metodes. Die sterilisasië-chirurgiese prosedure is 'n veilige betroubare prosedure, hoewel daar natuurlik, menslik gesproke wel foute kan insluip byvoorbeeld Fallopiusbuis wat weer groei, heg en kanaliseer asook geneesheer wat nalatiglik nie 'n sterilisasië na behore doen nie of geensins doen.

²²⁴ Sowat drie maande na die sterilisasië-operasie kan daar nog saadselle in die saadbuis wees.

²²⁵ Die heraanstomosesyfer is hoog maar daar bestaan altyd die moontlikheid van sperm-antiliggame wat mag ontwikkel en meebring dat fertiliteit nie noodwendig volg nie. Die saadbuis kan weer deur 'n operasie geheg en ooggemaak word. Na die sterilisasië-operasie ontwikkel 'n man teenliggaampies teen sy eie sperma en kan hy onvrugbaar wees.

²²⁶ Kollageensiektes en artritis het manifesteer nadat vasektomieë op bobbejane gedoen is. Volgens Theron en Grobler *Kontrasepsie Teorie en Praktyk* 96 is daar 'n omvangryke epidemiologiese studie in die VSA gedoen om aan te toon dat artritis nie manifesteer na 'n vasektomie by die mens nie.

In die hieropvolgende twee hoofstukke word die regsgevolge in die Amerikaanse en Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot gevalle waar sterilisasies misluk of glad nie uitgevoer is nie, onder die loep geneem.

HOOFSTUK 2

DIE AKSIES VIR ONGEWENSTE (ONREGMATIGE) KONSEPSIE (SWANGERSKAP) OF GEBOORTE OF LEWE MET SPESIFIEKE VERWYSING NA DIE REGSPOSISIE IN DIE VERENIGDE STATE VAN AMERIKA TEN OPSIGTE VAN DIÉ TIPE MEDIESE WANPRAKTYKSEISE

1 INLEIDING

In Amerika het 'n reeks delikte¹ ontstaan wat op ongewenste swangerskappe of geboortes of lewens betrekking het.² Alle eisoursake in dié wanpraktyksaksies het met die een of ander van die volgende feitelike situasies te doen:

- 'n Sterilisasië-operasie wat nie behoorlik³ of enigins uitgevoer⁴ is nie of kontraseptiewe metode wat oneffektief is of geensins aangewend is nie,⁵ dit wil sê 'n onsuksesvolle sterilisasië of kontraseptiewe metode.

¹ In die Amerikaanse reg word die begrip "torts" gebruik wat direk vertaal kan word met die woord "delik" hoewel deurgaans in gedagte gehou moet word dat die reg insake "torts" fundamenteel van die Suid-Afrikaanse deliktereg verskil. Hoewel die fundamentele benadering tot "tort law" grootliks dieselfde in die Amerikaanse en Engelse reg is, word om doelmatigheidsredes slegs op die Amerikaanse regstelsel konsentreer synde die toonaangewende en mees ontwikkelde eksponent uit die "common law" regsfamilie wat hierdie onderwerp van "wrongful conception/pregnancy", "wrongful birth" en "wrongful life" aanbetref.

² Die aksie vir onregmatige (ongewenste) konsepsie (swangerskap) ("action for wrongful conception"/"action for wrongful pregnancy"), die aksie vir onregmatige (ongewenste) geboorte ("action for wrongful birth") en die aksie vir onregmatige (ongewenste) lewe ("action for wrongful life") is al tipeer onder die term "onregmatige veroorsaking van lewe" of "wrongful formation" Louw 1987 *TSAR* 199-213. Collins 1984 *Journal of Family Law* 677-711. Laasgenoemde twee terme is myns insiens onbevredigend omdat dit misleidend van aard kan wees. Onregmatige veroorsaking van lewe kan die indruk skep dat die lewe ongewens is soos in geval van die aksie vir onregmatige lewe en die "action for wrongful formation" laat weer die indruk dat 'n wanskapenheid ter sprake is wat eerder onder die aksie vir onregmatige geboorte tuishoort. Soos aangedui sal word heers daar groot onsekerheid onder Amerikaanse regsgeleerdes oor die terminologie.

³ Contraception Information Center *Journal of the American Medical Association* <<http://www.amaassn.org/special/contrasupport/ppfa/iudspb02.htm>>. *Jones v Mallinowski* 473 A 2d 429 (Md 1984) – die geneesheer het versuim om die pasiënt se linker Fallopiusbuis te kouteriseer wat 'n oneffektiewe sterilisasië meegebring het; *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 (Wis 1990) – sterilisasië het misluk; *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn 1977) – die geneesheer het die pasiënt foutiewelik ingelig dat die resultate van 'n post-vasektomie-sementoets negatief was;

- Onsuksesvolle aborsies.⁶
- Versuim om vroeë swangerskappe te diagnoseer.⁷
- Die geboorte van 'n kind voortspruitend uit die nalatige versuim deur 'n geneesheer om aan die ouers van die kind die nodige inligting te gee wat hulle in staat kon stel om 'n keuse uit te oefen om óf konsepsie te vermy óf om swangerskap te beëindig. Die kind word met fisiese en/of psigiese gebreke gebore.⁸

CS v *Nielson* 767 P 2d 504 (Utah 1988) – die geneesheer het nagelaat om die pasiënt in te lig dat daar buiten die "tubal ligation"-prosedure ook ander sterilisasie-metodes bestaan elk met verskillende persentasies van sukses. *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 628 SW 2d 568 (1982) – mislukte vasektomie; *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967) – mislukte sterilisasie. *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 (Wis 1990) – sterilisasie het misluk. Sien ook *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 136 Ariz 579 667 P 2d 1294 (1983); *Tropi v Scarf* 31 Mich App 240 187 NW 2d 511 (1971); *JPM v Schmid Laboratories Inc* 178 NJ Super 122 428 A 2d 515 (1981).

⁴ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 (Ala 1982). Die geneesheer het foutiewelik die pasiënt ingelig dat hy haar Fallopiusbuis verwyder het tydens abdominale chirurgie.

⁵ In *Jackson v Bumgardner* 347 SE 2d 743 (NC 1986) het die geneesheer versuim om 'n "IUD" (intra uterine apparaat) in die vrouepasiënt te plaas en nagelaat om haar aldus in te lig.

⁶ *Stills v Gratton* 55 Cal App 3d 698 127 Cal Rptr 652 (1976); *Wilczynski v Goodman* 73 Ill App 3d 51 391 NE 2d 479 (1979); *Speck v Finegold* 268 Super 342 408 A 2d 496 (Pa 1979) *mod* 439 A 2d 110 (1981); *Miller v Johnson* 343 SE 2d 301 (Va 1986).

⁷ *MA v United States* 951 P 2d 851 (Alaska 1998).

⁸ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 (Ala 1982); *Curlender v Bio-Science Laboratories* 106 Cal App 3d 811 165 Cal Rptr 477 (1980); *Turpin v Sortini* 119 Cal App 3d 658 174 Cal Rptr 128 (1981), *rev'd* 31 Cal 3d 220 182 Cal Rptr 337 (1982); *Eisbrenner v Stanley* 106 Mich App 351 308 NW 2d 209 (1981); *Berman v Allan* 80 NJ 421 404 A 2d 8 (1979); *Gleitman v Cosgrove* 49 NJ 22 227 A 2d 689 (1967); *Vaccaro v Squibb Corp* 52 NY 2d 809 418 NE 2d 386 436 NY S 2d 871 (1980); *Becker v Schwartz* 46 NY 2d 401 386 NE 2d 807 413 NY S 2d (1978); *Park v Chessin* 60 AD 2d 80 400 NY S 2d 110 (1977); *Jacobs v Theimer* 519 SW 2d 846 (Tex 1975); *Naccash v Burger* 223 Va 406 290 SE 2d 825 (1982); *Harbeson v Parke-Davis Inc* 98 Wash 2d 460 656 P 2d 438 (1983); *Burns v Hanson* 734 A 2d 964 (Conn 1999).

In meeste van die sake is die geneesheer die verweerder, hoewel dié tipe eise al ingestel is teen hospitale,⁹ aptekers,¹⁰ vervaardigers van kontraseptiewe middels,¹¹ laboratoriums¹² en gesondheidsorg instansies.¹³ Die mediese wanpraktykseise word beheers deur gemeenregtelike delikteregbeginsels¹⁴ en neem verskeie vorme aan soos byvoorbeeld die "action for wrongful conception/pregnancy", die "action for wrongful birth" en die "action for wrongful life".

2 BEGRIPSOMSKRYWING

In breë word die begrippe "wrongful conception", "wrongful birth" en "wrongful life" deur die Amerikaanse howe gebruik om die eisoorzaak te beskryf waar 'n onbeplande kind gebore word as gevolg van die onregmatige optrede van 'n ander en ongeag of die kind gesond¹⁵ of met gebrek gebore word,¹⁶ sou die kind nie gebore gewees het as dit nie was vir die onregmatige nalatige optrede van iemand (anders as die kind se ouers nie).¹⁷

⁹ *Johnson v University Hospital of Cleveland* 540 NE 2d 1370 (Ohio 1989). Collins 1984 *Journal of Family Law* 691.

¹⁰ *Tropi v Scarf* 187 NW 2d 511 (Mich Ct App 1971). In plaas van 'n kontraseptiewe pil maak die apteker die voorskrif foutiewelik op met 'n kalmeerpil. Collins 1984 *Journal of Family Law* 691.

¹¹ Note 1982 *Virginia Law Review* 1311 n 2. Collins 1984 *Journal of Family Law* 691.

¹² Note 1982 *Virginia Law Review* 1311 n 2. Collins 1984 *Journal of Family Law* 691.

¹³ Note 1982 *Virginia Law Review* 1311 n 2. Collins 1984 *Journal of Family Law* 691.

¹⁴ "Common law tort principles". Die "action for wrongful death" word egter statutêr gereël.

¹⁵ "Action for wrongful conception (pregnancy)".

¹⁶ "Action for wrongful birth" / "Action for wrongful life".

¹⁷ Collins 1984 *Journal of Family Law* 691. Sien ook Hoofstuk 2 voetnote 9-13. Byvoorbeeld 'n geneesheer, hospitaal, laboratorium, apteker, vervaardiger van kontraseptiewe middels of gesondheidsorginstansie.

Onder die Amerikaners heers egter geen eenstemmigheid oor die onderskeie begrippe "wrongful conception", "wrongful pregnancy", "wrongful birth" en "wrongful life" nie.¹⁸ Vervolgens word 'n omskrywing van elke begrip gegee:

¹⁸ Locklar 1988 *American Journal of Trial Advocacy* 153-155; Pallesen 1991 *Nebraska Law Review* 361-380. Pallesen 362 begaan 'n fout deur die volgende stelling te maak: " 'Wrongful birth' or 'wrongful pregnancy' actions are generally synonymous terms for a type of medical malpractice involving a physician's procedure". Soos aangedui onder 2.1 is daar verskillende feitlike situasies wat hulle kan voordoen in die aksies en soos verder aangedui sal word onder 2.1 – 2.3 is daar 'n duidelike onderskeid tussen die aksies "wrongful birth", "wrongful conception" en "wrongful life" en dien die term "wrongful birth" nie as sambreelterm of sinoniem vir die ander vermelde aksies nie. Pallesen het egter nie ag geslaan op *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn 1977) en *Philips v United States* 508 F Supp 544 545 n1 (DSC 1980) nie om maar twee gewysdes te noem waar die howe 'n deeglike bespreking gee van en onderskeid tref tussen die onderskeie begrippe. Sien egter daarteenoor *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 (Del 1975). Sien ook *Burke v Rivo* 406 Mass 764 765-766 551 NE 2d 1 2 (1990). "Judicial adherence to this terminology has not been uniform, with many courts utilizing the term 'wrongful birth' to describe 'wrongful pregnancy' claims". Uit die bespreking van die onderskeie aksies (2.1 – 2.3) sal dit duidelik blyk dat in geval van die "action for wrongful birth" die nalatigheid van die geneesheer na konsepsie ingetree het. Ouers wou aanvanklik 'n kind hê. Die basis van die nadeel is nie die konsepsie en die gevolglike swangerskap nie, maar eerder die geboorte van 'n kind met 'n gebrek wat ouers, indien hulle tydig ingelig was of indien die diagnose tydig gedoen is, aborsie as uitweg sou of kon kies. Die aksie betrek dus beplande kinders maar met 'n fisiese of liggaamlike gebrek. Mullen 1980 *J Marshall Law Review* 401 404. In geval van die "action for wrongful conception" word die eisoorzaak gebaseer op die nalatige daad van die geneesheer wat uitloop op 'n ongewenste en onbeplande swangerskap. Die ouers wou glad nie 'n kind gehad het nie en die nadeel vind dus plaas op die stadium van konsepsie. *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 175.

2.1 "Wrongful birth" (onregmatige geboorte)¹⁹

Die ouers van 'n kind wat met 'n geestelike en/of liggaamlike gebrek gebore is kan met die aksie teen die mediese praktisyn eis op grond van die feit dat die kind nie gebore sou gewees het of nie met die geestelike en/of liggaamlike gebrek gebore sou gewees het, as dit nie vir die nalatigheid van die mediese

¹⁹ *Smith v Gore* 728 SW 2d 738 741 (Tenn 1987); *De Vries en Rifkin* 1985 *Forum* 207 208-211; *Robak v United States* 658 F 2d 471 (7th Cir 1981) – geneesheer het *rubella* gemisdiagnoseer tydens swangerskap en versuim om vrou van moontlike gebreke in te lig. *Phillips v United States* 508 F Supp 544 (DSC 1981) – ondanks indikasies in swanger vrou se toestand, versuim geneesheer om 'n amniosintese te doen en 'n *Down Sindroom*-kind word gebore. *Gildner v Thomas Jefferson University Hospital* 451 F Supp 692 (ED Pa 1978) - geneesheer versuim om pasiënt oor *Tay Sachs* oorerflike siekte in te lig. Sien egter *Smith v United States* 392 F Supp 654 (ND Ohio 1975) waar die versuim van 'n geneesheer om *rubella* in 'n swanger vrou te diagnoseer en te behandel nie 'n aksie vir onregmatige geboorte te weeg gebring het nie, ondanks die feit dat 'n misvormde kind gebore is. *Curlender v Bio-Science Laboratory* 106 Cal App 3d 811 165 Cal Rptr 477 (1980) - laboratoriumtoetse word nalatiglik gedoen en geen waarskuwing word aan die pasiënt gerig oor die gevaar van *Tay Sachs* siekte nie. *Dinatale v Lieberman* 409 So 2d 512 (Fla Dist Ct App 1982) – versuim om pasiënt te waarsku oor moontlike gebreke van 'n siekte. *Eisbrenner v Stanley* 106 Mich App 351 308 NW 2d 209 (1981) – versuim om *rubella* te diagnoseer en pasiënt oor gebrek te waarsku. *Schroeder v Perkel* 87 NJ 53 432 A 2d 834 (1981) – versuim om sistiese fibrose te diagnoseer en ouers te waarsku oor herhaling van gebrek in tweede kind. *Berman v Allen* 80 NJ 421 404 A 2d 8 (1979) – versuim om ouers in te lig oor beskikbaarheid van amniosintese en kind met *Down Sindroom* word gebore. *Gleitman v Cosgrove* 49 NJ 22 227 A 2d 689 (1967) – kind met 'n gebrek gebore as gevolg van *rubella* wat gemisdiagnoseer is. *Becker v Schwartz* 46 NY 2d 401 386 NE 2d 807 413 NY S 2d 895 (1978) – versuim om pasiënt in te lig oor amniosintese en kind word met *Down Sindroom* gebore. *Karlsons v Guerinot* 57 AD 2d 73 394 NY S 2d 933 (1979) – versuim om pasiënt in te lig oor risiko van swangerskap en die moontlikheid dat 'n gebreklige kind gebore kan word asook versuim om amniosintese aan te beveel. *Howard v Lecher* 53 AD 2d 420 386 NY S 2d 460 (1976) aff'd 42 NY 2d 109 366 NE 2d 64 397 NY S 2d 363 (1977) – versuim om te waarsku oor *Tay Sachs* siekte. *Johnsons v Yeshiva University* 53 AD 2d 523 384 NY S 2d 455 (1976) aff'd 42 NY 2d 818 364 NE 2d 1340 396 NY S 2d 647 (1977) – versuim om amniosintese te doen. *Stewart v Long Island College Hospital* 58 Misc 2d 432 296 NY S 2d 41 (1968) mod 35 AD 2d 531 313 NY S 2d 502 (1970) – versuim om pasiënt in te lig oor gebreke wat volg op *rubella*. *Jacobs v Theimer* 519 SW 2d 846 (Tex 1975) – versuim om swanger vrou in te lig oor haar *rubella*. *Naccash v Burger* 290 SE 2d 825 (Va 1982) – nalatige uitvoering van 'n *Tay Sachs* toets en kind word met gebrek gebore. *Dumer v St Michael's Hospital* 69 Wis 2d 766 233 NW 2d 372 (1975) – *rubella* gediagnoseer en geneesheer versuim om pasiënt in te lig oor die gepaardgaande gebreke. *McDaniel v Ong* No 1-98-3437 Circuit Court Cook County (1999) – geneesheer versuim om swangerskap vroegtydig te diagnoseer ten einde 'n gestremde vrou 'n aborsie te laat ondergaan. *Etkind v Suarez* NO S 98 G 1978 (Sup Ct Georgia) – SE 2d – 271 Ga 352 1999 WL 450109 (Ga) 99 FCDR 2512; *Atlanta Obstetrics and Gynecology Group v Abelson* 260 Ga 711 713 398 SE 2d 557 (1990) 392 SE 2d 916 (1990). *Turpin v Sortini* 31 Cal 3d 220 643 P 2d 954 182 Cal Rptr 337 (1982); *Moore v Lucas* 405 So 2d 1022 (Fla Dist Ct App 1981); *Park v Chessin* 60 AD 2d 80 400 NY S 2d 110 (1977).

praktisyn was wat versuim het om die ouers in te lig oor die moontlikheid dat die onverwekte of ongebore kind gestremd kan wees nie. Die ouers is die geleentheid ontnem om 'n opsie uit te oefen en te besluit of hulle konsepsie wou voorkom²⁰ of die swangerskap wou beëindig.²¹ Die geneesheer het dus versuim om 'n genetiese defek in die ouer of die fetus deur voorgeboortelike berading of toetse betyds te diagnoseer of te ontdek ten einde die ouer in staat te stel om die fetus te laat aborteer of om die swangerskap te voorkom. Voorbeelde van die aksie op grond van onregmatige geboorte is waar die eiser foutiewe voorgeboortelike genetiese advies ontvang het²² of waar die verweerder onsuksesvol probeer het om die ouer van die kind te steriliseer of onsuksesvol probeer het om die vrug te aborteer of waar die geneesheer versuim het om 'n mediese ondersoek of toets te doen om 'n moontlike defek in die fetus te ontdek.²³ Die aksie behels 'n eis deur die ouers ingestel²⁴ vir mediese koste verbonde aan die swangerskap en bevalling, skadevergoeding vir die versorging en grootmaak van die kind en genoegdoening vir pyn en ontbering van die ouer.

In *Naccash v Burger*²⁵ byvoorbeeld was beide ouers potensiële draers van 'n baie ernstige oorerflike siekte, naamlik *Tay Sachs*. By vasstelling van die vrou se swangerskap het die geneesheer toetse op die vrou gedoen, welke toetsuitslag negatief was. Ongelukkig het dit later geblyk dat die toetsuitslae

²⁰ Bv om deur middel van sterilisasie juis die negatiewe gevolge van wanskapenheid te probeer voorkom.

²¹ Bv aborsie.

²² *Atlanta Obstetrics of Gynecology Group v Abelson* 195 GA App 274-275 392 SE 2d 916 917-918 (1990). Die geneesheer het versuim om die eisers in te lig omtrent die verhoogde risiko van genetiese abnormaliteite gepaardgaande met die moeder se ouderdom. Die geneesheer het ook versuim om die gebruikelike amniosintese te doen ten einde vas te stel of die ongebore kind 'n *Down Sindroom* is.

²³ *Atlanta Obstetrics of Gynecology Group v Abelson* 195 GA App 274-275 392 SE 2d 916 917-918 (1990).

²⁴ Soms word die aksie saam met die "action for wrongful life" ingestel. *Berman v Allen* 1979 80 NJ 421 1979 404 A 2d 8.

²⁵ 223 Va 406 290 SE 2d 825 (1982). Sien ook *Girdley v Coats* 825 SW 2d 295 (Mo 1992).

omgeruil is en 'n kind met ernstige gebreke gebore is. Die Naccash-egpaar het aangevoer dat hulle die besmette fetus sou laat aborteer het indien hulle vooraf geweet het wat die ware toedrag van sake was.

In *McDaniel v Ong*²⁶ het 'n geneesheer versuim om 'n gestremde vrou se swangerskap vroegtydig te diagnoseer. Dié versuim het verhoed dat die vrou betyds 'n aborsie kon ondergaan. Die hof laat hom soos volg uit:

As summed up by a federal court applying Illinois law: '(t)he nature of the tort of wrongful birth therefore, has nothing to do with whether or not a defendant caused the injury but rather, whether defendant's negligence was the proximate cause of the parents being deprived of the option of making an informed and meaningful decision to either abort the fetus or give birth to a potentially genetically defective child'²⁷

en verder:

In recognizing wrongful birth as a cause of action in Illinois, our Supreme Court expressed concern that refusing to do so would frustrate the fundamental policies of tort law: to compensate the victim; to deter negligence; and to encourage due care.²⁸ These same considerations should require that Dr. Ong be held liable if the plaintiffs can prove the allegations in their complaint to a trier of fact.

Die *McDaniel*-saak²⁹ toon sterk ooreenkoms met die saak van *Cowe v Forum Group Inc.*³⁰ 'n Redelike sorgsame persoon sou voorsien het dat die pasiënt op só 'n wyse benadeel kon word en is gevolglik aanspreeklik gehou vir die ingetrede nadelige gevolg. Die nalatige versuim om die swangerskap te

²⁶ No 1-98-3437 Circuit Court of Cook County (1999).

²⁷ *Coley v Commonwealth Edison Co* 703 F Supp 748-749 (ND Ill 1989); *Siemienec v Lutheran General Hospital* 117 Ill 2d 230 253 (1987).

²⁸ *Siemienec v Lutheran General Hospital* 117 Ill 2d 230 253 258 (1987); *McDaniel v Ong* No 1-98-3437 Circuit Court Cook County (1999).

²⁹ *McDaniel v Ong* No 1-98-3437 Circuit Court Cook County (1999).

³⁰ 575 NE 2d 630 636 (Ind 1991). 'n Verpleeginrigting het hulle regsplig versuim om na 'n erg gestremde persoon om te sien, te versorg en te beskerm. Eers in die vyfde maand van swangerskap is vasgestel dat die toedrag van sake te wyte was aan seksuele aanranding.

diagnoseer het die gestremde vrou die geleentheid ontnem om 'n aborsie te ondergaan en gevolglik is die verweerder aanspreeklik gehou.

In sommige state word die "action for wrongful birth" nie eens erken nie aangesien dit nie binne die tradisionele "tort law" raamwerk val nie.³¹ In *Etkind v Suarez*³² het die hof na aanleiding van die *Abelson*-beslissing³³ die volgende gesê:

... that 'wrongful birth' actions shall not be recognized in Georgia ... absent a clear mandate for such recognition by the legislature.

2.2 "Wrongful life" (onregmatige lewe)³⁴

'n Kind wat gebore word met 'n liggaamlike en/of geestelike gebrek of met

³¹ *Vance v TRC* 229 Ga App 608 614 (4) 494 SE 2d 714 (1997) (*cert denied*). *Gale v Obstetrics and Gynecology of Atlanta PC* 213 Ga App 614 (1) 445 SE 2d 366 (1994); *Spires v Kim* 203 Ga App 302 416 SE 2d 780 (1992) (*cert denied*).

³² No S 98 G 1978 (Sup Ct Georgia) - SE 2d - 271 99 352 1999 WL 450 109 (Ga) 99 FCDR 2512.

³³ Sien ook *McCutcheon v Smith* 199 Ga 685 691 (2) 35 SE 2d 144 (1945) "Construction belongs to the courts, legislation to the legislature. We can not add a line to the law, nor can the legislature enlarge or diminish a law by construction". *Modern Homes Construction Co v Burke* 219 Ga 710 715 135 SE 2d 383 (1964).

³⁴ Aksies van hierdie aard is bykans sonder uitsondering van die hand gewys. *Gleitman v Cosgrove* 49 NJ 22, 227 A 2d 689 (1967); *Zepeda v Zepeda* 41 Ill App 2d 240 190 NE 2d 849 (1963); *Eisbrenner v Stanley* 106 Mich App 351 308 NW 2d 209 (1981) *Bowman v Davis* 356 NE 2d 496 499 n3 (Ohio 1976). *Elliott v Brown* 361 So 2d 546 (Ala 1978); *Lininger v Eisenbaum* 764 P 2d 1202 (Colo 1988) (*en banc*); *Moores v Lucas* 405 So 2d 1022 (Fla Dist Ct App 1981); *Blake v Cruz* 108 Idaho 253 698 P 2d 315 (1984); *Siemienec v Lutheran General Hospital* 117 Ill 2d 230 512 NE 2d 691 (1987); *Bruggeman v Schimke* 239 Kan 245 718 P 2d 635 (1986); *Pitre v Opelousas General Hospital* 517 So 2d 1019 (La App 1987) *writ granted* 519 So 2d 105 (La 1987) 530 So 2d 1151 (La 1988); *Strohmaier v Associates in Obstetrics and Gynecology* 122 Mich App 116 332 NW 2d 432 (1989); *Smith v Cote* 128 NH 231 513 A 2d 341 (1986); *Becker v Schwartz* 46 NY 2d 401 386 NE 2d 807 413 NY S 2d 895 (1978); *Azzolino v Dingfelder* 315 NC 103 337 SE 2d 528 (1985) *cert denied* 479 US 835 (1986); *Ellis v Sherman* 512 Pa 515 A 2d 1327 (1986); *Nelson v Krusen* 678 SW 2d 918 (Tex 1984); *Dumer v St Michael's Hospital* 69 Wis 2d 766 233 NW 2d 372 (1975); Sien egter *Turpin v Sortini* 31 Cal 3d 220 643 P 2d 954 182 Cal Rptr 337 (1982). Topham 1984 *Utah Law Review* 833 839. *Hester v Dwivedi* 89 Ohio St 3d 575 (2000).

buite-egtelike status,³⁵ is die eiser in hierdie tipe aksie. Die eis word deur die kind en nie deur sy of haar ouers nie teen die geneesheer ingestel omrede die geneesheer gefaal het met 'n sterilisasie of aborsie of foutiewe voorgeboortelike genetiese raad aan die ouers bedien het en sodoende voorkom het dat die eiser se bestaan voor sy geboorte tot niet gemaak kon word. 'n Verwyf tref die geneesheer omdat die eiser gebore is en nie omdat die eiser met gebreke gebore is nie. As dit nie vir die nalatige optrede van die geneesheer was nie, sou die eiser nooit gebore gewees het nie.³⁶ Die eiser het na bewering 'n reg om nie met gebreke gebore te word nie of dan tot die uiterste gestel, 'n reg om nie gebore te word nie.³⁷

Die aksie gebaseer op onregmatige lewe behoort na verwagting in Suid-Afrika, net soos in Amerika, ook groot teenstand te ondervind. Die hof is net soos die geval met elke lewende wese, nie in die posisie om te oordeel of 'n toestand van nie-bestaan te verkies is of meer voordelig is as 'n toestand van bestaan met gebreke³⁸ vir doeleindes van skadevergoeding.

[B]ecause wrongful life claims force courts to weigh the value of being versus non being courts have been reluctant to recognize this cause of action.³⁹

In *Gleitman v Cosgrove*⁴⁰ byvoorbeeld is beide die kind en die ouers se eise van die hand gewys. Die kind is as gevolg van die moeder se Duitse masels tydens swangerskap blind en doof gebore. Die uitspraak ten gunste van die

³⁵ *Zepeda v Zepeda* 41 Ill App 2d 240 190 NE 2d 849 (1963). Die kind kan ook met die aksie sy of haar ouers aanspreek vir die feit dat hy of sy buite-egtelik gebore is.

³⁶ "Claim for relief by or on behalf of a defective child who alleges but for the defendant's negligent treatment or advice to its parents, the child would not have been born". *Azzolino v Dingfelder* 315 NC 103 107 337 SE 2d 528 531 (1985) *cert denied* 479 US 835 107 S Ct 131 93 L Ed 2d 75 (1986). Sien ook *McAllister v Ha* 496 SE 2d 581 583 (1998) "unwilling to say that life, even life with severe defects may ... amount to a legal injury". *Cowe v Forum Group Inc* 575 NE 2d 630 (Ind 1991).

³⁷ *Smith v Gore* 728 SW 2d 738 (Tenn 1987); *Strauss Doctor Patient and the Law* 197.

³⁸ *Giesen International Medical Malpractice Law* 250.

³⁹ *Bowman v Davis* 48 Ohio St 2d 41 356 NE 2d 496 (1976). Sien ook *Siemienc v Lutheran General Hospital* (1987) 117 Ill 2d 230 238-253 111 Ill Dec 302 307-314 512 NE 2d 691 696-703. *Williams v University of Chicago Hospital* 179 Ill 2d 80 85 227 Ill Dec 793 796 688 NE 2d 130 133 (1997).

⁴⁰ 49 NJ 22, 227 A 2d 689 (1967).

nalatige geneesheer laat veel te wense oor aangesien die geneesheer geweet het wat die moontlike gevolge van hierdie siektetoestand tydens swangerskap kan wees en willens en wetens die inligting van die pasiënt weerhou het.

In *Hester v Dwivedi*⁴¹ het die eisers (ouers) aangevoer dat die geneesheer nie die nodige sorgsaamheidsplig aan die dag gelê het nie en hulle nalatiglik ingelig het of alternatiewelik versuim het om hulle rakende die voorgeboortelike toetsuitslae in te lig. Die toetsuitslae het gebreke in die fetus aangetoon en die kind is met *spina bifida* en ander komplikasies gebore.

Daar is egter beslis dat 'n kind wat met gebreke gebore word nie 'n eisoorzaak in mediese wanpraktyk het waar die geneesheer versuim het om dié kind se moeder in te lig gedurende haar swangerskap van toetsuitslae wat dui op die moontlikheid dat die kind met gebreke gebore kan word nie en sodoende is die moeder die geleentheid ontnem om 'n ingeligte keuse te kon neem oor 'n aborsie.⁴²

'n Hele aantal state se wetgewers het wetgewing op die wetboeke geplaas wat hierdie tipe aksie verbied.⁴³

⁴¹ 89 Ohio St 3d 575 (2000).

⁴² *Hester v Dwivedi* 89 Ohio St 3d 575 (2000). Die kind het geen reg op skadevergoeding vir genetiese abnormaliteite nie aangesien die Ohio wetgewer nie 'n aksie vir onregmatige lewe ("wrongful life") erken nie. Civ R 12 (C).

⁴³ Minnesota Stat Ann § 145.424 (West 1989): "No person shall maintain a cause of action or receive an award of damages on behalf of that person based on the claim that but for the negligent conduct of another, the person would have been aborted." SD Codified Laws Ann § 21-55-1 (1987): "There shall be no cause of action or award of damages on behalf of any person based on the claim of that person that, but for the conduct of another, he would not have been conceived or, once conceived, would not have been permitted to be born alive."

2.3 "Wrongful conception" / "Wrongful pregnancy" (onregmatige konsepsie/ onregmatige swangerskap)⁴⁴

2.3.1 Omskrywing van die aksie baseer op onregmatige (ongewenste) konsepsie/onregmatige (ongewenste) swangerskap

Die ouers van 'n kind wat gebore word na 'n onsuksesvolle poging deur 'n geneesheer⁴⁵ om swangerskap te voorkom deur middel van sterilisasie⁴⁶ of om swangerskap te beëindig deur middel van aborsie,⁴⁷ stel dié aksie teen

⁴⁴ *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (Cal Ct App 1967) was die eerste "wrongful conception"-saak. Milsteen 1983 *Emory Law Journal* 1167 wys op die sinonieme "action for wrongful pregnancy" of "action for wrongful conception". Sien ook Cheslik 1985 *Federation of Insurance Counsel Quarterly* 289. *Johnson v University Hospitals of Cleveland* 44 Ohio St 3d 49 540 NE 2d 1370 1372 (Ohio 1989); *Jones v Malinowski* 299 Md 257 473 A 2d 429 (Md 1984); *Viccaro v Milunsky* 406 Mass 777 779 n 3 551 NE 2d 8 9 n 3 (1990); *Maggard v McKelway* 627 SW 2d 44 (Ky Ct App 1981); *Bushman v Burns Clinical Medical Center* 83 Mich App 453 268 NW 2d 683 (Ct App 1978); *Miller v Dubart* 637 SW 2d 183 (Mo Ct App 1982); *Kingsbury v Smith* 122 NH 237 442 A 2d 1003 (1982); *Debora S v Sapega* 56 AD 2d 841 392 NY S 2d 79 (1977); *Hartke v McKelway* 526 F Supp 91 (1981); *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn 1977); *Harbeson v Parke-Davis Inc* 98 Wash 2d 460 656 P 2d 438 (1983); *Ziamba v Sternberg* 45 AD 2d 230 357 NY S 2d 265 (1974); *Cox v Stretton* 77 Misc 2d 155 352 NY S 2d 834 (1974); *Rieck v Medical Protective Co* 64 Wis 2d 514 219 NW 2d 242 (1974); *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 (Ala 1982); *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 628 SW 2d 568 (1982); *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 (DC App 1984); *Coleman v Garrison* 327 A 2d 757 (Del Super Ct 1974) *aff'd* 349 A 2d 8 (Del 1975); *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 447 NE 2d 385 (1983) 99 Ill App 3d 271 273-274 425 NE 2d 968 970 (1981) *rev'd*; *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 (Ky 1983); *Sala v Tomlinson* 73 AD 2d 724 422 NY S 2d 506 (1979); *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 453 A 2d 974 (1982); *Smith v Gore* 728 SW 2d 738 (Tenn 1987); *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona* 136 Ariz 579 585 667 P 2d 1294 1297-1299 (1983); *Stills v Gratton* 55 Cal App 3d 698 708-709 127 Cal Rptr 652 658-659 (1976); *Ochs v Borrelli* 187 Conn 253 259-260 445 A 2d 883 886 (1982); *Burke v Rivo* 406 Mass 764 772 551 NE 2d 1 6 (1990); *Tropi v Scarf* 31 Mich App 240 257 187 NW 2d 511 519 (1971); *Marciniak v Lundborg* 153 Wis 2d 59 450 NW 2d 243 245-246 (1990); *Lininger v Eisenbaum* 764 P 2d 1202 1207 (Colo 1988).

⁴⁵ Die aksie kan eweneens teen 'n apteker of vervaardiger van 'n kontraseptiewe middel ingestel word vir die foutiewe uitmaak van 'n voorskrif of vervaardiging van 'n foutiewe of defektiewe middel.

⁴⁶ "Action for wrongful conception" / "Action for wrongful pregnancy" in die breë sin.

⁴⁷ "Action for wrongful pregnancy" in die eng sin. Waar 'n onsuksesvolle aborsie uitgevoer word, word 'n fyner onderskeid tussen onregmatige/ongewenste konsepsie en onregmatige/ongewenste swangerskap getref. 'n Mens sou nie die terminologie ongewenste/onregmatige konsepsie kon gebruik waar 'n onsuksesvolle aborsie 'n ongewenste swangerskap meebring nie. Die onderskeid verdwyn egter en beide terme is aanvaarbaar waar 'n mislukte kontraseptiewe metode of proses 'n ongewenste of onregmatige swangerskap tot gevolg het. In gevalle waar die aksie vir

die geneesheer in op grond van die nalatige handeling van die geneesheer. Die ouers beweer dat die kind nie verwek of gebore sou gewees het as dit nie vir die geneesheer se nalatigheid was nie. Die aksie baseer op onregmatige konsepsie/onregmatige swangerskap verskil van die aksie baseer op onregmatige geboorte daarin dat die kind normaal sonder 'n liggaamlike of geestelike gebrek gebore word. Die kernvraag⁴⁸ met betrekking tot hierdie aksie handel daaroor of die ouers van 'n gesonde normale kind skadevergoeding toegestaan moet word vir die grootmaak en versorging van dié kind.⁴⁹

Burke⁵⁰ gebruik dieselfde terminologie as sinonieme vir hierdie aksie naamlik "action for wrongful pregnancy" en "action for wrongful conception" en skoei dit op die definisie van *Nanke v Napier*⁵¹ synde:

... an action brought by parents of a healthy, but unplanned child against a physician negligently performed a sterilisation or abortion.

Taitz maak gebruik van die term "unwanted birth" (ongewenste geboorte) ooreenkomstig die terminologie wat onder andere in die *Edouard*-saak gebruik is⁵² en dui daarop dat die aard van die eisoorzaak openbaar.⁵³

onregmatige swangerskap van toepassing kan wees bv waar 'n aborsie misluk, word meesal die aksie vir onregmatige geboorte ingestel vanweë die komplikasies en gebreke wat 'n mislukte aborsie meebring. In die meeste van die gevalle word die kind met 'n liggaamlike en/of geestelike gebrek gebore.

⁴⁸ Die vraag en antwoord daarop word hierna volledig bespreek (3.2 – 3.4).

⁴⁹ Dit wil sê 'n kind wat sonder geestelike of liggaamlike gebreke gebore is. In *Hartke v McKelway* 526 F Supp 91 (DC Dist Ct 1981) word dié tipe skadevergoeding nie toegestaan nie, maar in *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn 1977) en *Troppe v Scarf* 31 Mich App 240 187 NW 2d 511 (1971) word dit wel toegestaan. Sien ook die hofbeslissings in 3.2 – 3.4 wat dié twee standpunte verteenwoordig. Strauss *Doctor Patient and the Law* 196 ev.

⁵⁰ Burke 1988 *Pace Law Review* 319.

⁵¹ 346 NW 2d 520 521 (Iowa 1984); *Harbeson v Parke-Davis Inc* 98 Wash 2d 460 465 656 P 2d 483 487 (1983); *Philips v United States* 508 F Supp 544 545 n 1 (DSC 1980); *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 136 Ariz 579 581 667 P 2d 1294 1296 n 1 (1983).

⁵² Die ander term wat deur die Hooggeregshof en Appèlhof in die *Edouard*-saak in die alternatief gebruik is, is "pregnancy claim". *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D & CLD), *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A).

⁵³ Taitz 1991 *THRHR* 139.

Blackbeard⁵⁴ maak gebruik van die benaming "action for wrongful pregnancy" net soos dit onder andere in die *Edouard*-saak gebruik is. Sou "action for wrongful pregnancy" en "action for wrongful conception" as sinonieme gebruik word, is daar nie fout te vind daarmee nie. Sou die "action for wrongful pregnancy" slegs dui op 'n aksie vir ongewenste geboorte vanweë 'n mislukte aborsie,⁵⁵ is dié benaming egter foutief omdat 'n mislukte sterilisasie ter sprake was in die *Edouard*-gewysde.⁵⁶

Myns insiens is die mees geskikte term "action for unwanted pregnancy" (ongewenste swangerskap) en moet "action for wrongful conception" en "action for wrongful pregnancy" in die eng sin van die woord van mekaar onderskei kan word. "Action for wrongful conception" dui op die aksie vir ongewenste konsepisie of geboorte waar kontraseptiewe middels en metodes (insluitende sterilisasie) misluk het en "action for wrongful pregnancy" dui op die aksie vir ongewenste geboorte waar 'n aborsie misluk het. In die breë sin van die woord kan dié aksies egter as sinonieme beskou word want sou 'n kontraseptiewe middel of metode (sterilisasie) of 'n aborsie misluk, bring dit 'n ongewenste swangerskap mee.⁵⁷ Vanweë die feit dat mislukte sterilisasies in die meeste gevalle aangetref word, word deurgaans gebruik gemaak van die term "wrongful conception" (onregmatige/ongewenste konsepisie) wat die aksie fyner onderskei van ander vorme van "unwanted pregnancy"/"unwanted birth" soos byvoorbeeld "action for wrongful birth" en "action for wrongful life":

⁵⁴ Blackbeard 1991 *THRHR* 57-74. Blackbeard slaag egter nie daarin om die twee aksies "action for wrongful pregnancy" en "action for wrongful conception" duidelik te onderskei nie. Hy slaag ook nie daarin om aan te dui dat die "action for wrongful conception/ pregnancy" kombineer kan word met die "action for wrongful birth" nie. Die onderskeie faktore, naamlik onbeplandheid van die kind en oningeligtheid oor die toestand van die kind kan wel kombineer word in die aksies.

⁵⁵ Dit wil sê in die eng sin gebruik.

⁵⁶ Die "action for unwanted birth" is myns insiens slegs geskik vir die aksie ongewenste geboorte, waar die ouers wel die swangerskap wou hê, wel 'n kind wou hê, maar nie 'n kind gebore met gebreke nie.

⁵⁷ Strauss *Doctor Patient and the Law* 197 tref nie 'n onderskeid nie. Strasser 1999 *Arizona State Law Journal* 161-163 dui daarop dat "wrongful pregnancy"-eise "wrongful conception"-eise insluit.

The utility in keeping the concepts ... separate and distinct for analytical purposes lies in the appropriate resolutions of questions of duty, asserted violations of that duty, proximate causes of the injuries sustained, and damages cognizable as a result of such injuries, with public policy as the frame of reference.⁵⁸

2.3.2 Basis van die aksie baseer op onregmatige (ongewenste) konsepsie/onregmatige (ongewenste) swangerskap

Die term wat ek deurgaans in die studie sal gebruik is in die breë sin van die woord naamlik aksie vir onregmatige (ongewenste) konsepsie waarby inbegryp word die aksie vir onregmatige (ongewenste) swangerskap.

Aksies vir onregmatige konsepsie word in Amerika gebaseer op een van die volgende gronde:⁵⁹

- (a) Nalatigheid of mediese wanpraktyk.
- (b) Kontrakbreuk - verbreking van waarborg.
- (c) Wanvoorstelling.⁶⁰
- (d) Skuldlose aanspreeklikheid.⁶¹

⁵⁸ *Siemienc v Lutheran General Hospital* 134 Ill App 3d 480 NE 2d 1227 1230 (1985).

⁵⁹ In *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 308 59 Cal Rptr 463 466 (1967) is sewe basisse identifiseer naamlik (1) nalatige uitvoering van sterilisasie; (2) nalatige versuim om pasiënt in te lig oor 'n moontlike mislukking; (3) nalatige wanvoorstelling; (4) gebrek aan ingeligte toestemming ("informed consent"); (5) reg van vergoeding vir eiser se eggenoot; (6) bedrog; (7) kontrakbreuk.

⁶⁰ Bedrieglike wanvoorstelling of bedrog moet onderskei word van nalatige wanvoorstelling soos bespreek onder (a) Nalatigheid of mediese wanpraktyk.

⁶¹ "Strict liability". Skuldlose aanspreeklikheid is al geopper as toepaslike eisoorzaak. Comment 1974 *Cal WL Review* 136 hoewel andere dié eisoorzaak skerp kritiseer. Note 1978 *Fordham Law Review* 418 427-428. Skuldlose aanspreeklikheid is net op produkte en nie op dienste van toepassing nie. *Restatement (Second) of Torts* § 402 A (1979); *Gagne v Bertran* 43 Cal 2d 481 487 275 P 2d 15 20 (1954). Skuldlose aanspreeklikheid bly steeds 'n kontroversiële onderwerp waaroor die laaste woord nog nie geskryf is nie. In opdrag van die Suid-Afrikaanse Mediese Vereniging in samewerking met die Amerikaanse Mediese Vereniging het kandidaat in Maart 1997 'n regsopinie hieroor geskryf en het haar soos volg uitgelaat oor skuldlose aanspreeklikheid: "The question can be asked whether it is possible in the South African context to move from a tort system (fault based) to a strict liability (no fault) system - a 'tort

Die aksie vir onregmatige konsepsie lê oorwegend op die gebied van die Deliktereg⁶² en word as wanpraktykseis⁶³ hanteer. Die eiser kan egter ook

reform movement'. Some authors advocate that strict liability can be regarded as an alternative to tort litigation. It is further suggested that malpractice litigation only partially accomplishes its two major societal functions: compensation of medical injury costs and deterrence of substandard practices. The judicial system they say is not optimal suited for resolving medical negligence issues. The system must be fair and equitable to patients, physicians and the public. The damages awards are threatening the availability and affordability of insurance coverage and general health care. In my opinion and experience a no-fault alternative should be rejected because it will never effectively replace our tort system without inequities and disruption. In the South African context the opportunity of a ride on the gravy train with a no-fault-ticket will be seized. The fact is that we don't have a strong economical backbone which probably could have accommodate a no-fault system. The sources of strict liability are legislation, court decisions and legal theory. It all adds up to the protection of the one (patient) and increased responsibility for the other (doctor). Strict liability would entitle an injured patient to compensation regardless of whether medical malpractice was involved. The system is funded by medical accident insurance provided by insurance companies on a mandatory or voluntary basis. On the other hand a no-liability system is something different. Tort liability is doing away with and options are available for injured patients similar to those that are available to victims of any other disabling injury resulting from causes other than medical treatment. According to the South African tort system a negligent doctor will be responsible for damages and injury caused by his malpractice. Authors advocate the savings on litigation costs which could be realized because there is no need to prove negligence any more and the only issues to be dealt with are (1) whether the patient suffered a medical injury and (2) the extent to which such injury should be compensated. These issues may just be as difficult to deal with as in the current tort system. Whether there will be enough savings to fund a no-fault plan is a tough question. The number of injured patients will increase and the amounts recoverable will be restricted. A no-fault system (as has been adopted in New Zealand and Sweden) which compensates all victims of medical injury, regardless of whether the injury resulted from negligence, should be handle with great care. The burden of proof is less but it has the potential to be far more expensive than a tort system – something that can't be afford in South Africa which is losing daily medical professionals to foreign countries. It cannot be denied that medical malpractice litigation has a deterrent effect. (See the disadvantages of litigation discussed.) There is nothing wrong with the tort system as it stands today: the doctor must exercise reasonable care and skill and what is reasonable is a matter of expert medical evidence. The onus lies on the plaintiff suing for damages to convince the court that there was negligence and that he suffered damage in consequence thereof. The so-called wrong lies within the process itself. This is the reason why I don't advocate a 'new' strict liability system in medical malpractice cases, but adhere to the fault system and changing from court to an alternative method of dispute resolution. In my opinion this is the correct solution. Not all is said and done on alternative dispute resolution processes and we have a long way still to go but at least it satisfies both parties. The legal system in South Africa although dynamic is still conservative. The law of delict adheres to *Van Wyk v Lewis* 1924 AF 438 since 1924 and in my opinion they will do so forth. It must also be remembered that medical services is high risk personal professional services and not an article of consumption manufactured leaving the manufacturer strict liable for a flaw." Crous Ongepubliseerde regsopinie vir die Suid-Afrikaanse Mediese Vereniging.

⁶²

Die eiser moet in 'n aksie vir ongewenste swangerskap bewys dat daar 'n regsplig op die geneesheer gerus het, welke regsplig verbreek is en skade of nadeel aan die

litigeer op grond van kontrakbreuk, hoewel dit soos aangedui sal word eenvoudiger en meer effektief is om op grond van 'n delik te ageer.

(a) Nalatigheid⁶⁴

Nalatige optrede deur 'n geneesheer behels optrede wat ontbreek aan die nodige sorg, vaardigheid en kennis wat van soortgelyke geneeshere in soortgelyke omstandighede verwag kan word.⁶⁵ Die standaard wat van geneeshere verwag word is⁶⁶ 'n redelike graad van vaardigheid en geleerdheid soos oor die algemeen deur lede⁶⁷ van die mediese professie besit en uitgeoefen word asook uitoefening van die verweerder se goeie oordeel:

[A] physician need only have the degree of learning and skill ordinarily possessed by practitioners in the same locality and that he exercises ordinary care in applying such learning and skill to the treatment of his patient.⁶⁸

pasiënt veroorsaak het. Podewils 1993 *Boston University Law Review* 407-425 409-410.

⁶³ Ook genoem nalatigheidseis. Nalatige optrede deur 'n geneesheer is optrede wat ontbreek aan die nodige sorg, vaardigheid en kennis wat van 'n geneesheer in soortgelyke omstandighede verwag kan word. Nalatigheid kom in verskeie stadiums by die uitvoering van 'n sterilisasie-operasie voor, naamlik die pre-operatiewe stadium, die stadium van uitvoering van die operasie en die post-operatiewe stadiums van konsultasie en toetsing.

⁶⁴ Ook na verwys as mediese wanpraktyk. Clark 1979 *Family Law Quarterly* 260.

⁶⁵ Prosser *Handbook on the Law of Torts* 161-166; *Shaheen v Knight* 11 D & C 2d 41 (Pa County Court 1957); *Cobbs v Grant* 8 Cal 3d 229 502 P 2d 1 104 Cal Rptr 505 (1972); *Brown v Colm* 11 Cal 3d 639 522 P 2d 688 114 Cal Rptr 128 (1974).

⁶⁶ Clark 1979 *Family Law Quarterly* 261.

⁶⁷ Lede van dieselfde skool as die verweerder, dit wil sê lede wat in dieselfde of soortgelyke afdelings van die mediese wetenskap praktiseer. In *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967) is daar ten opsigte van die verwagte standaard 'n verwysing na die gebied waarin die geneesheer praktiseer. Die opvatting is al gehuldig dat plattelandse geneeshere nie oor dieselfde vaardighede en kwaliteite beskik as stadsgeneeshere nie. Daarteenoor geld ook die opvatting dat 'n algemene standaard van bevoegdheid vereis moet word. Wat egter wel stand hou is die standaard van vaardigheid en kennis wat deur byvoorbeeld 'n ginekoloog-verloskundige gehandhaaf moet word 'n hoër standaard is as wat van 'n algemene mediese praktisyn verwag word. Clark 1979 *Family Law Quarterly* 261. *Restatement (Second) of Torts* § 299 A Comment d (1965); Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 138.

⁶⁸ Klein 1969 *ALR* 909. Sien ook Annas 1990 *American Health Law* 403-404; Danzon 1985 *Medical Malpractice* 16.

Die eiser moet in 'n aksie vir ongewenste swangerskap die volgende delikselemente kan bewys:⁶⁹

- Die bestaan van 'n regsplig vir die geneesheer.⁷⁰
- Verbreking van die regsplig deur die geneesheer.
- Skade en/of nadeel vir die pasiënt.⁷¹
- Regstreekse gevolg van die verbreking van die regsplig, dit wil sê die kousale verband⁷² tussen verbreking van die regsplig en skade of nadeel wat ingetree het.

Wanneer 'n sterilisasie uitgevoer word, kan vier stadiums geïdentifiseer word waarin 'n geneesheer moontlik nalatig kan optree:⁷³

⁶⁹ "Elements of tort". Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 131-156 138. *McDaniel v Ong* No 1-98-3437 Circuit Court Cook County (1999); *Brooks v Illinois Masonic Hospital and Medical Center* 240 Ill App 3d 521 523 (1992); *Rohe v Shivde* 203 Ill App 3d 181 (1998).

⁷⁰ Bewys van die bestaande regsplig en verbreking daarvan geskied met behulp van deskundige getuies. *Ball v Mudge* 64 Wash 2d 247 391 P 2d 201 (1964); *Bishop v Byrne* 265 F Supp 460 463-464 (SDW Va 1967); *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967).

⁷¹ Skade of nadeel en die berekening van skadevergoeding word hierna in 3 volledig bespreek.

⁷² Bewys van die kousale verband is nie moeilik nie. Geneeshere kan wel aanvoer dat 'n pasiënt die kousale ketting kan verbreek deur nie op te daag vir post-operatiewe toetse nie en gevolglik nie-aanspreeklikheid van die geneesheer daarstel. *Bowman v Davis* 48 Ohio St 2d 41 356 NE 2d 496 (1976); *Martineau v Nelson* 311 Minn 92 247 NW 2d 409 415 n 15 (1976). Die hof het beslis dat die eisers nie bydraend nalatig was deur te weier om die man 'n vasektomie te laat ondergaan na sy vrou se sterilisasie klaarblyklik misluk het. Cheslik 1985 *Federation of Insurance Counsel Quarterly* 289-309 292. Omdat die gebeurtenis van 'n voorsienbare handeling wat tussenbeide tree nie die kousale ketting verbreek nie is geslagsgemeenskap tussen eiseres en eggenoot nie so 'n tussentredende handeling nie. *Prosser Handbook on the Law of Torts* 44 273 (1971); *Cox v Stretton* 77 Misc 2d 155 352 NY S 2d 834 (Sup Ct 1974); Sien ook *Renslow v Mennonite Hospital* 67 Ill 2d 348 367 NE 2d 1250 (1977) waar die nalatige optrede van die geneesheer die direkte oorsaak was van die ingetrede gevolg (nadeel). 'n Geneesheer het 'n 13-jarige meisie 'n bloedoortapping gegee met verkeerde bloed (RH+ in plaas van RH-). Die meisie het 8 jaar daarna 'n erg gestremde baba gehad. Die gestremdheid was redelikerwys voorsienbaar, selfs al was die baba nie verwek ten tye van die bloedoortapping nie.

⁷³ *Cox v Stretton* 77 Misc 2d 155 352 NY S 2d 834 (Sup Ct 1974); *Sard v Hardy* 367 A 2d 525 (Md Ct Spec App 1976) 281 Md 432 379 A 2d 1014 (1977); Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 139-144.

Stadium 1: Pre-operatief.

Stadium 2: Uitvoering van sterilisasie-operasie.

Stadium 3: Post-operatiewe toetsing.

Stadium 4: Post-operatiewe konsultasie.

In die pre-operatiewe stadium moet die geneesheer ingeligte toestemming⁷⁴ van die pasiënt verkry deur vooraf voldoende inligting aan die pasiënt te verskaf rakende risiko's en voordele van die sterilisasie-operasie. Daar kan nie vooraf die voorspelling gemaak of versekering gegee word dat 'n sterilisasie suksesvol sal wees nie. 'n Geneesheer wat die pasiënt inlig dat 'n sterilisasie wel suksesvol of effektief sal wees of wat versuim om aan die pasiënt die moontlike risiko's⁷⁵ van sterilisasie te openbaar, kan in die Amerikaanse reg in terme van die "doctrine of informed consent" deliktueel aanspreeklik gehou word indien die sterilisasie onsuksesvol is.⁷⁶

Die Amerikaanse reg gee 'n tweeledige uitleg aan die leerstuk van ingeligte toestemming.⁷⁷ Eerstens is daar die uitleg rondom die tradisionele gemeenskapsopvatting, naamlik dat 'n risiko wesentlik is indien 'n redelike geneesheer die risiko aan sy pasiënt sou meedeel soos byvoorbeeld dat 'n sterilisasie kan misluk. Die pasiënt wat 'n sterilisasieprosedure gekies en laat uitvoer het, het

⁷⁴ "Informed consent".

⁷⁵ *Cox v Stretton* 77 Misc 2d 155 352 NY S 2d 834 (Sup Ct 1974); *Ball v Mudge* 64 Wash 2d 247 391 P 2d 201 (1964); *Vaughn v Shelton* 514 SW 2d 870 (Tenn Ct App 1974). Die pasiënt kan die geneesheer ook kontraktueel op grond van waarborgbreuk aanspreek. Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 139.

⁷⁶ Byvoorbeeld rekanalisasie van die buise vind plaas. *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967); *Salvarino v Nelson* no C 25436 (Cal Super Ct LA County 1974); *Westergaard v Turbow* No 176001 (Cal Super Ct Orange County 1973); *Medinas v Spindler* No 415394 (Cal Super Ct Alameda County 1973); *Hoffman v Martin* (Cal Super Ct LA County 1970); *Coleman v Garrison* 281 A 2d 616 (Del Super Ct 1971) *appeal dismissed sub nom*; *Wilmington Medical Center Inc v Coleman* 298 A 2d 320 (Del 1972) 327 A 2d 757 (Del Super Ct 1974) *aff'd* 349 A 2d 8 (Del 1975); *Sard v Hardy* 367 A 2d 525 (Md Ct Spec App 1976); *Cox v Stretton* 77 Misc 2d 155 352 NY S 2d 834 (Sup Ct 1974); *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn 1977); *Garwood v Locke* 552 SW 2d 892 (Tex Ct Civ App 1977).

⁷⁷ "Doctrine of informed consent" Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 140.

dit gedoen om steriel te word. Die moontlikhede dat die sterilisasie-operasie kan misluk, hoe gering ookal,⁷⁸ is wesenlik vir die uitoefening van die pasiënt se keuse.

Die tweede uitleg is dié van die "versigtige pasiënt".⁷⁹ 'n Risiko word geag wesenlik te wees en moet openbaar word aan die pasiënt indien 'n redelike versigtige pasiënt waarskynlik ag daarop sou slaan wanneer hy of sy besluit om die mediese behandeling te ondergaan. Die pasiënt wat wil steun op die verbreking van die regsplig van die geneesheer teenoor die pasiënt omdat die pasiënt nie na behore ingelig is of enigsins ingelig is oor die risiko's en gevolge van die mediese behandeling nie, moet hom of haar nog steeds van sy of haar bewyslas kwyt. Die pasiënt moet aantoon dat hy of sy nie sou toegestem het tot die sterilisasie-operasie indien die geneesheer hom of haar volledig en voldoende ingelig het oor die risiko's en gevaar van die mediese prosedure nie.⁸⁰

So 'n pasiënt sal steun op die gebrek aan ingeligte toestemming in dié verband en aandui dat indien hy of sy geweet het van die risiko van 'n onsuksesvolle sterilisasie hy of sy addisionele of alternatiewe middels sou gebruik het. Dit is 'n objektiewe toets of 'n redelike persoon in die pasiënt se posisie toestemming sou weerhou indien al die wesenlike risiko's openbaar is. 'n Versuim om ingeligte toestemming van die pasiënt te kry stel die geneesheer aanspreeklik vir die nadelige gevolge wat intree in geval van 'n mislukte sterilisasie.⁸¹

⁷⁸ Hoe klein die mislukkingsyfer ookal is, sal 'n mededeling teen moontlike mislukking geen neue- of skadelike gevolge vir die pasiënt inhou nie. Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 140 lewer dan ook kritiek op *Sard v Hardy* 367 A 2d 525 (Md Ct Spec App 1976) *rev'd* 379 A 2d 1014 (1977) waar die hof bevind het dat 'n redelike persoon in me Sard se posisie geen noemenswaardige aandag sou skenk aan die risiko dat een uit vyftig vroue wel swanger kan raak nie.

⁷⁹ "Prudent patient". *Canterbury v Spence* 464 F 2d 771 (1972).

⁸⁰ Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 141.

⁸¹ *Prosser Handbook on the Law of Torts* 165-166.

Nalatigheid kan ook in die operatiewe stadium naamlik in die uitvoering van die sterilisasie-operasie self lê.⁸² Dit is moeilik om nalatigheid in die uitvoering van die operasie te bewys aangesien die getuienis opgesluit lê in die menslike liggaam en slegs met behulp van 'n tweede operasie ontsluit kan word. Post-operatiewe toetse kan op die materiaal wat tydens die operasie verwyder is, gedoen word om vas te stel of dit dele van die vas *deferens* of Fallopiusbuis is. Rekanalisasie kan op enige stadium na die operasie natuurlikerwys intree.

Die vraag kan gestel word of die *res ipsa loquitur*-leerstuk nie toegepas kan word in geval waar sterilisasie op 'n nalatige wyse uitgevoer is nie.⁸³ *Res ipsa loquitur* beteken "die feite spreek vanself" dit wil sê die feite van 'n gebeurtenis is sodanig dat dit aanleiding gee tot die afleiding van nalatige optrede.⁸⁴ Die beginsel berus op die basis dat blote bewys deur 'n eiser van 'n nadelige gevolg veroorsaak deur iets wat in die uitsluitlike beheer of kontrole van die verweerder was of blote bewys deur 'n eiser van 'n nadelige gevolg wat intree by die plaasvind van 'n gebeurtenis wat onder die uitsluitlike beheer of

⁸² *Harten v Coons* 502 A 2d 1363 (10th Cir 1974); *La Point v Shirley* 409 F Supp 118 (WD Tex 1976); *Bishop v Byrne* 265 F Supp 460 (SD W Va 1967); *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967); *Neptune v Masilyah* No 341454 (Cal Super Ct San Diego County 1975); *Salvarino v Nelson* No C25436 (Cal Super Ct LA County 1974); *Walker v Moss* No C19428 (Cal Super Ct Orange County 1974); *Medinas v Spindler* No 415394 (Cal Super Ct Alameda County 1973); *Westergaard v Turbow* No 176001 (Cal Super Ct Orange County 1973); *Anonymous v Hospital* 33 Conn Sup 126 366 A 2d 204 (1976); *Coleman v Garrison* 281 A 2d 616 (Del Super Ct 1971) *appeal dismissed sub nom*; *Wilmington Medical Center Inc v Coleman* 298 A 2d 320 (Del 1972) 327 A 2d 757 (Del Super Ct 1974) *aff'd* 349 A 2d 8 (Del 1975); *Peters v Gelb* 303 A 2d 685 (Del Super Ct 1973) *aff'd* 314 A 2d 901 (Del 1974); *Vilord v Jenkins* 226 So 2d 245 (Fla Dist Ct App 1969); *Lane v Cohen* 201 So 2d 805 (Fla Dist Ct App 1967); *Tomlinson v Siehl* 459 SW 2d 166 (Ky 1970); *Sard v Hardy* 367 A 2d 525 (Md Ct Spec App 1976); *Stephens v Spiwak* 61 Mich App 647 233 NW 2d 124 (1975); *Martineau v Nelson* 247 NW 2d 409 (Minn 1976); *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn 1977); *Milde v Leigh* 28 NW 2d 530 (ND 1947); *Cox v Stretton* 77 Misc 2d 155 352 NY S 2d 834 (Sup Ct 1974); *Bowman v Davis* 48 Ohio St 2d 41 356 NE 2d 496 (1976); *Teeters v Currey* 518 SW 2d 512 (Tenn 1974); *Vaughn v Shelton* 514 SW 2d 870 (Tenn App 1974); *Garwood v Locke* 552 SW 2d 892 (Tex Ct Civ App 1977); *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 (Tex Ct Civ App 1973) *cert denied* 415 US 927 (1974); *Hackworth v Hart* 474 SW 2d 377 380 (Ky 1971).

⁸³ Sien in die algemeen oor die toepassing van die *res ipsa loquitur*-leerstuk Crous AJ "Res ipsa loquitur" HL Swanepoellessing (April 1998).

⁸⁴ *Sardi v Standard General Ins Co Ltd* 1977 3 SA 776 (A) 778 "where the only known facts, relating to negligence, consist of the occurrence itself".

kontrole van die verweerder was, aanleiding gee tot die vermoede van nalatigheid aan die verweerder se kant. Die nadelige gevolg, hetsy skade of nadeel, moet van sodanige aard wees dat dit normaalweg nie sou gebeur het of nie sou ingetree het, as dit nie vir die nalatigheid van die verweerder was nie. Die nadeel of skade spreek vanself, dit getuig van 'n nalatige handeling, in kort, dit getuig van nalatigheid. *Res ipsa loquitur* stel nie 'n *prima facie*-saak ten gunste van die eiser daar nie. Die spreuk *res ipsa loquitur* is 'n argument aangaande die waarskynlikheid wat 'n eiser kan aanvoer waar hy miskien min of geen getuienis tot sy beskikking het en die hof wil oorreed om nalatigheid aan die verweerder se kant te bevind. Die verweerder kan steeds getuienis aanvoer om aan te toon dat die nadelige gebeurtenis of nadelige gevolge geen verband hou met enige nalatige optrede aan sy kant nie. Dit is belangrik om daarop te let dat in teenstelling met oorsese regstelsels, die bewyslas in die Suid-Afrikaanse reg nie skuif nie, maar as die verweerder faal om 'n aanvaarbare (redelike) verduideliking van die nadelige gevolge te gee, die hof redelikerwys tot die gevolgtrekking kan kom dat die verweerder nalatig was:

[T]he courts ... have become more acutely aware of the need to protect an injured patient by inducing the physician to explain the reason for the injury or suffer the penalty of an adverse inference in the absence of such explanation.⁸⁵

Die hele beginsel van *res ipsa loquitur* berus op die plig om te verduidelik. Dit is egter nie 'n towerformule nie. 'n Geneesheer kan darem nie deur middel van *res ipsa loquitur* vir elke onverwagte of teenspoedige gevolg aanspreeklik gehou word nie. *Res ipsa loquitur* is baseer op gesonde verstand "common sense". Dit is 'n saak van gewone waarneming en ondervinding in die lewe wat soms sy eie verhaal vertel. *Res ipsa loquitur* is slegs 'n hulpmiddel in die evaluering van getuienis, die aanwending van 'n algemene metode waarmee

⁸⁵ *Cho v Kempler* 2 Cal Repr 167 (1960).

een of meer feite in geskil van die bewese omstandighede afgelei word. Die pasiënt moet nog steeds nalatigheid aan die kant van die geneesheer bewys en die pasiënt moet ook bewys dat die nalatigheid, oftewel die nalatige handeling, die oorsaak van die pasiënt se skade of nadeel was. *Res ipsa loquitur* word ten opsigte van 'n situasie toegepas waar die nalatige gevolg duidelik in teenstelling is met die erkende terapeutiese objekte en tegnieke van die behandeling of operasie self, dit wil sê as die erkende terapeutiese objek en tegniek van die behandeling of operasie nagevolg is, sal daar nie nalatige gevolge ingetree het nie.

Net soos in oorsese lande, is die aanwending van *res ipsa loquitur* in Suid-Afrika nie baie konsekwent nie.⁸⁶ Die onus rus nog steeds op die eiser wat vir skadevergoeding en genoegdoening dagvaar om die hof te oortuig dat daar nalatigheid was en dat hy skade of nadeel gely het as gevolg van die nalatige handeling. Die vraag is of die geneesheer die nodige sorg en vaardigheid van 'n redelike geneesheer in die gegewe situasie aan die dag gelê het. Indien wel, is hy dan geensins te blameer vir die ingetrede skadelike gevolg nie. Die blote feit dat 'n nadelige gevolg ingetree het, gee dus nie aanleiding tot die afleiding van nalatigheid nie. Die feite spreek ongelukkig nie vanself in mediese wanpraktykseise nie. Die bewys van nalatigheid word vergemaklik deur die beginsel van *res ipsa loquitur*. 'n Afleiding van nalatigheid word gemaak in die afwesigheid van 'n aanvaarbare verduideliking deur die verweerder. 'n Nadelige gevolg het ingetree en is veroorsaak deur iets wat onder die beheer van die verweerder was en die aard van die gebeure sodanig was dat dit nie sou gebeur het indien dit nie vir die nalatigheid was nie, dit wil sê indien daar behoorlike sorg en vaardigheid aan die dag gelê is. Sommige sterilisasies kan nog steeds onsuksesvol wees selfs sonder

⁸⁶ In verkeersake vind dit baie goed toepassing en selfs in *Abayer SA (Pty) Ltd v Viljoen* 1990 2 SA 647 (A) beslis die hof dat daar goeie redes kan bestaan om *res ipsa loquitur* toe te pas waar 'n handelaar/vervaardiger aangespreek word weens 'n gebrek in die produk wat hy verkoop. *Res ipsa loquitur* is al toegepas op nalatige gelewerde dienste. *Mitchell v Maison Libson* 1937 TPD 13. Ongelukkig vind *res ipsa loquitur* nie toepassing in die Suid-Afrikaanse reg vir sover dit mediese wanpraktykseise raak nie. In 1924 weier die Appèlhof toepassing van die *res ipsa loquitur*-beginsel in *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438.

nalatigheid aan die geneesheer se kant. Rekanalisasie is 'n natuurlike proses ingevolge waarvan die Fallopiusbuise of *vas deferens* weer aanmekaar groei en eierselle of sperms onderskeidelik deurlaat, 'n proses wat hoogstens die uitsondering is.⁸⁷ Dit is eers 'n daaropvolgende soortgelyke operasie of 'n patologiese verslag wat die rede vir mislukking van die sterilisasie gaan openbaar.⁸⁸

Die geneesheer se verpligtinge sluit nie af met die sterilisasie-operasie nie maar omvat ook post-operatiewe toetse.⁸⁹ Sou die geneesheer nie die toetse uitvoer nie of die toetse nalatiglik uitvoer, verbreek die geneesheer sy plig om sorg te verleen aan sy pasiënt.⁹⁰ Die eiser moet bewys dat die geneesheer 'n voorstelling gemaak het wat laasgenoemde moes geweet het vals is en die eiser moes op die voorstelling peil getrek het.⁹¹

Omdat daar nie vereis word dat die geneesheer die opset moes gehad het om die pasiënt verkeerdlik in te lig nie, kan die eisoorzaak nalatige wanvoorstelling meer effektief en suksesvol gebruik word as die eisoorzaak bedrieglike wanvoorstelling of bedrog.⁹² Die bewyslas is swaarder in

⁸⁷ Sien hieroor Hoofstuk 1.

⁸⁸ Sien ook Van den Heever 1998 *De Rebus* 57-60. Ablin 1996 *Virginia Law Review* 325-355.

⁸⁹ Verwyderde materiaal na buisafbinding moet getoets word om vas te stel of dit deel is van die Fallopiusbuise. Spermtoetse moet periodiek na 'n vasektomie gedoen word.

⁹⁰ *Sard v Hardy* 367 A 2d 525 (Md Ct Spec App 1976); *Cox v Stretton* 77 Misc 2d 155 352 NY S 2d 834 (Sup Ct 1974); *Ball v Mudge* 64 Wash 2d 247 391 P 2d 201 (1964); *Harten v Coons* 502 F 2d 1363 (10th Cir 1974); *Salvarino v Nelson* No C 25436 (Cal Super Ct LA County 1974); *Walker v Moss* No C 19428 (Cal Super Ct Orange County 1974); *Hackworth v Hart* 474 SW 2d 377 (Ky 1971); *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn 1977); *Hardin v Farris* 87 NM 143 530 P 2d 407 (Ct App 1974); *Bowman v Davis* 48 Ohio St 2d 41 356 NE 2d 496 (1976); *Hays v Hall* 477 SW 2d 402 (Tex Ct Civ App 1972) *rev'd* 488 SW 2d 412 (Tex 1973).

⁹¹ *Prosser Handbook on the Law of Torts* 108 715; *Hackworth v Hart* 474 SW 2d 377 380 (Ky 1971). Verweerder-geneesheer verseker die pasiënt-eiser dat die sterilisasie 100% suksesvol was wat later geblyk het nie die geval te wees nie. Eiser het op nalatige wanvoorstelling gesteun.

⁹² *Christensen v Thornby* 192 Minn 123 255 NW 620 (1934); *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967). Eiser het aangevoer dat die geneesheer oor wesenlike feite valse voorstellings gemaak het terwyl hy geweet het dit is onwaar en dié voorstellings is gedoen om die eiser daarop te laat reageer tot sy/haar nadeel. *Hayes v Hall* 477 SW 2d 402 (Tex Civ Ct App 1972) *rev'd* 488 SW 2d 412 (Tex 1973).

laasgenoemde geval⁹³ en pasiënte-eisers maak selde van dié eisoorzaak gebruik. Die geneesheer moet ook post-operatiewe berading doen en hom of haar daarvan weerhou om onakkurate of misleidende advies te gee.⁹⁴

Nalatigheid is moeilik te bewys in die eerste twee stadiums en die geboorte van 'n kind na sterilisasie is nie afdoende bewys van nalatige optrede deur die geneesheer nie.⁹⁵ Meeste ongewenste swangerskapseise ontstaan in die derde en vierde stadiums.⁹⁶ Kenners is dit eens dat die geneesheer wat die pasiënt na behore getoets en konsulteer het na sterilisasie, nie aanspreeklik gehou kan word vir die geboorte van 'n kind nie.⁹⁷

⁹³ Die bewyslas is net so streng soos in geval van eise op grond van waarborgbreuk. *Bishop v Byrne* 265 F Supp 460 (SDW Va 1967); *Rogala v Silva* 16 Ill App 3d 63 305 NE 2d 571 (1973); *Clegg v Chase* 89 Misc 2d 510 391 NY S 2d 966 (Supp Ct 1977); *Shaheen v Knight* 11 D & C 2d 41 (Pa County Ct 1957).

⁹⁴ *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967); *Bathke v Rahn* 116 P 2d 640 (Cal Dist Ct App 1941); *Lane v Cohen* 201 So 2d 805 (Fla Ct App 1967); *Sard v Hardy* 367 A 2d 525 (Md Ct Spec App 1976); *Milde v Leigh* 28 NW 2d 530 (ND 1947); *Cox v Stretton* 77 Misc 2d 155 352 NY S 2d 834 (Sup Ct 1974); *Speck v Finegold* Pitt Legal J Sept 1 1976 253 (Pa County Ct 1976); *Stribling v DeQuevedo* No 246 (Pa Ct CP Lackawanna County 1977); *Hays v Hall* 477 SW 2d 402 (Tex Ct Civ App 1972) rev'd 488 SW 2d 412 (Tex 1973); *Ball v Mudge* 64 Wash 2d 247 391 P 2d 201 (1964).

⁹⁵ *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 171 n 1 (Minn 1977) "... vas deferens has a natural tendency to grow back again, or recanalize"; Podewils 1993 *Boston University Law Review* 410-411; Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 143.

⁹⁶ Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 143; Podewils 1993 *Boston University Law Review* 410.

⁹⁷ Podewils 1993 *Boston University Law Review* 410-411. Podewils het Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 143 se waarnemings egter verkeerd interpreteer. Robertson het duidelik verwys na die geval van 'n vasektomie waar bewerings van nalatigheid in die eerste of tweede stadium irrelevant is en dat nalatigheid tydens die derde en vierde stadium vasgestel moet word ten einde suksesvol met die eis te kan wees. Al versuim die geneesheer nalatiglik om volledige inligting vooraf te gee en al word die operasie nalatig uitgevoer, sal die eiser nog steeds onsuksesvol wees as die geneesheer post-operatiewe toetse korrek gedoen het en volledige post-operatiewe konsultasie na behore met die pasiënt gehad het. Die geneesheer kan hom beroep op die *volenti non fit iniuria* pleit. Solank stadiums drie en vier se toetse en konsultasies behoorlik uitgevoer is, is die nalatige handeling van die geneesheer in die eerste en tweede stadium irrelevant aangesien die pasiënt ingelig is oor die risiko van 'n moontlike swangerskap en vrywilliglik daartoe ingestem het. Myns insiens fouteer Robertson in sy redenasie. Indien in stadium een nie voldoende inligting gegee is vir "informed consent" nie, negatiewe inligting en konsultasie in die derde en vierde stadium nie die toedrag van sake nie. Voldoende inligting en konsultasie behoort tot gevolg te hê dat stappe geneem sal word tot voorbehoeding of heel waarskynlik 'n tweede vasektomie. Sou die pasiënt wilens en wetens (dit wil sê ondanks die toetsresultate en konsultasie) geslagsgemeenskap hê

(b) Kontrakbreuk

Kontrakbreuk kom ter sprake waar die geneesheer aan die pasiënt in die pre-operatiewe of post-operatiewe stadium sekere waarborge gee.⁹⁸ In die pre-operatiewe stadium word gewaarborg dat die sterilisasie suksesvol sal wees en in die post-operatiewe stadium word gewaarborg dat die operasie wel suksesvol was.

'n Eiser het met die kontraksaksie die voordeel om die eis binne vyf jaar in te stel, in teenstelling met die deliksaksie van twee jaar.⁹⁹ Met die kontraksaksie poog die eiser ook die bewys van nalatigheid te ontduik. Tog moet in gedagte gehou word dat dit moeiliker vir 'n eiser is om op grond van kontrak- of waarborgbreuk te ageer as op grond van 'n delik,¹⁰⁰ met die gevolg dat

sonder voorbehoeding en 'n kind word verwek, moet dit as *novus actus interveniens* beskou word en kan dit myns insiens 'n goeie verweer vir die geneesheer uitmaak, aangesien die kousale band tussen handeling en gevolg verbreek is. Geslagsgemeenskap is normaalweg nie 'n *novus actus interveniens* nie maar sou 'n persoon weet dat 'n sterilisasie onsuksesvol was en sonder voorbehoeding geslagsgemeenskap hê, word die kousale ketting tussen die onsuksesvolle (nalatige) sterilisasie en die ingetrede nadelige gevolg, die geboorte van die kind, verbreek. Robertson se argument geld net ten opsigte van vasektomieë en nie ten opsigte van sterilisasies nie. Post-operatiewe toetse dui nie noodwendig alle foute aan nie, dit dui ook nie rekanalisasie aan nie. Die argument geld wel waar die nalatige uitvoer van 'n operasie ontdek is gedurende 'n post-operatiewe toets. Die argument geld ook nie in die enkele gevalle waar 'n vasektomie nalatig uitgevoer is en nie gedurende die post-operatiewe toetse ontdek is nie. Podewils tref geen onderskeid tussen sterilisasie en vasektomie nie en praat deurgaans van sterilisasie. In geval waar die pasiënt se vrou nie swanger geraak het as gevolg van nalatigheid in stadiums een of twee of beide nie, hou Robertson se waarneming water maar waar die vrou reeds swanger is voor stadium drie of vier ingetree het, sal die geneesheer se pleit *volenti non fit iniuria* nie slaag nie. Robertson gee egter toe dat die verweer van *volenti non fit iniuria* nie 'n gewilde en suksesvolle verweer in mediese wanpraktykseise is.

⁹⁸ Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 145. Robertson dui ook in sy bespreking van die eisoorzaak wat gebaseer is op 'n kontrak aan dat die basis ook deliktueel van aard kan wees.

⁹⁹ In alle jurisdiksies geld nie 'n uniforme reël nie en het sommige houe bevind dat die toepaslike wetgewing vir die tydsbepaling op die eise dié sal wees wat op mediese wanpraktyk toegepas word ongeag of dit 'n deliksbasis of kontraksbasis het. *Hackworth v Hart* 474 SW 2d 377 380 (KY 1971); *Hayes v Hall* 477 SW 2d 402 (Tex Civ Ct App 1972) *rev'd* 488 SW 2d 412 (Tex 1973).

¹⁰⁰ *Jones v Malinowski* 299 Md 257 473 A 2d 429 (1984); *Bowman v Davis* 48 Ohio St 2d 41 356 NE 2d 496 (1976); *Troppi v Scarf* 31 Mich App 240 187 NW 2d 511 (1971); *Bishop v Byrne* 265 F Supp 460 (1967); *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967); *Salvarino v Nelson* No C25436 (Cal Super Ct LA County 1974); *Hoffman v Martin* (Cal Super Ct LA County 1970); *Herrera v Roessing* 533 P 2d 60 (Colo Ct App 1975); *Coleman v Garrison* 281 A 2d 616 (Del Super Ct 1971) *appeal*

kontrakbreuk as eiisoorsaak min voorkom en wel ook net in spesifieke omstandighede.¹⁰¹ Die kansse op sukses vir die eiser wat op grond van kontrakbreuk ageer is skraal. Dit is hoogs onwaarskynlik vanweë die aard van die mediese wetenskap dat geneeshere waarborge kan gee vir 'n sterilisasie-operasie¹⁰² en sou dit wel die geval wees, benader die howe die eise baie versigtig,¹⁰³ gee 'n streng uitleg aan die aparte bepaling tot die effek¹⁰⁴ en vereis ook duidelike getuienis tot die effek.¹⁰⁵

dismissed sub nom; Wilmington Medical Center Inc v Coleman 298 A 2d 320 (Del 1972) 327 A 2d 757 (Del Super Ct 1974) *aff'd* 349 A 2d 8 (Del 1975); *Jackson v Anderson* 230 So 2d 503 (Fla Dist Ct App 1970); *Vilord v Jenkins* 226 So 2d 245 (Fla Dist Ct App 1969); *Lane v Cohen* 201 So 2d 805 (Fla Dist Ct App 1967); *Rogala v Silva* 16 Ill App 3d 63 305 NE 2d 571 (1973); *Doerr v Villate* 74 Ill App 2d 332 220 NE 2d 767 (1966); *Hackworth v Hart* 474 SW 2d 377 (Ky 1971); *Sard v Hardy* 367 A 2d 525 (Md Ct Spec App 1976); *Stephens v Spiwak* 61 Mich App 647 233 NW 2d 124 (1975); *Martineau v Nelson* 247 NW 2d 409 (Minn 1976); *Clegg v Chase* 391 NY S 2d 966 (Sup Ct 1977); *Cox v Stretton* 77 Misc 2d 155 352 NY S 2d 834 (Sup Ct 1974); *Shaheen v Knight* 11 Pa D & C R 2d 41 (Lycoming County Ct 1957); *Ball v Mudge* 64 Wash 2d 247 391 P 2d 201 (1964).

¹⁰¹ Dit is buitengewoon maar tog moontlik vir 'n geneesheer om aan 'n pasiënt 'n spesifieke resultaat te waarborg. In *Vilord v Jenkins* 226 So 2d 245 (Fla Dist Ct App 1969) het die geneesheer uitdruklik kontrakteer en gewaarborg dat die sterilisasie-operasie suksesvol sou wees. Sien ook *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 286 Pa Super 354 428 A 2d 1366 1368 (1981) waar 'n kontrak ontbreek wat spesifiek die behandeling of medikasie waarborg, kan die geneesheer nie geag word die tipe waarborg te gee nie; *Gagne v Bertram* 43 Cal 2d 481 487 275 P 2d 15 20 (1954); *Custodio v Bauer* 251 Cal Rptr 463 471 (1967); *Bishop v Byrne* 265 F Supp 460 463 (SD W Va 1967); *Lane v Cohen* 201 So 2d 804 (Fla App 1967); *Prosser Law of Torts* § 32 162. *Collins v Hard* 431 Pa 378 246 A 2d 808 (1968); *Robins v Finestone* 308 NY 543 127 NE 2d 330 (1955).

¹⁰² *Bishop v Byrne* 265 F Supp 460 463 (SD W Va 1967); *Lane v Cohen* 201 So 2d 804 (Fla App 1967); *Prosser Handbook on the Law of Torts* § 32 162. *Collins v Hard* 431 Pa 378 246 A 2d 808 (1968); *Robins v Firestone* 308 NY 543 127 NE 2d 330 91955). In sekere jurisdiksies waar bevind is dat die geneesheer nalatig opgetree het is die eis kontraktueel gebaseer maar wel op die stilswyende klousule van die uitoefening van redelike vaardigheid. In die meeste Amerikaanse jurisdiksies sal so 'n eis deliktueel fundeer word. *Doerr v Villate* 74 Ill App 2d 332 220 NE 2d 767 (1966); *Baldwin v Sanders* 223 SE 2d 602 (SC 1976).

¹⁰³ *Shaheen v Knight* 11 D & C 2d 41 (Pa County Ct 1957); *Clegg v Chase* 89 Misc 2d 510 391 NY S 2d 966 (Sup Ct 1977); *Bishop v Byrne* 265 F Supp 460 (SDW Va 1967).

¹⁰⁴ *Robins v Finestone* 308 NY 543 127 NE 2d 330 (1955); Annot 1972 ALR 1221; Clark 1979 *Family Law Quarterly* 263.

¹⁰⁵ Alvorens die geneesheer aanspreeklik gestel word vir kontrakbreuk, vereis die howe dat daar 'n spesiale pre-operatiewe of post-operatiewe kontrak moet bestaan wat die resultaat waarborg. *Rogala v Silva* 16 Ill App 3d 63 305 NE 2d 571 (1973); *Bishop v Byrne* 265 F Supp 460 463 (SD W Va 1967); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 11 (Del 1975); *Clegg v Chase* 89 Misc 2d 510 511 39 NY S 2d 966 967 (1977); *Sard v Hardy* 281 Md 432 452 379 A 2d 1014 1026 (1977) § 32 162; *Doerr v Villate* 74 Ill App 2d

Waar 'n geneesheer die onomkeerbaarheid en die erns van 'n sterilisasie bevestig, is dit bevind dat dit hoogstens 'n opinie was wat hy uitgespreek het en nie 'n waarborg nie.¹⁰⁶ Selfs 'n geneesheer se versekering dat 'n sterilisasie-operasie "a foolproof thing, 100%" is en dat die kans vir mislukking¹⁰⁷ skraal is, word deur die Amerikaanse howe as blote opinie of herversekering bestempel.

'n Eiser wat haar of hom beroep op kontrakbreuk, meer spesifiek waarborgbreuk, word deur sekere openbare beleidsoorwegings gekonfronteer wat die kontraktuele eisorsaak ontmoedig:

The courts can refuse to enforce any contract which they deem to be contrary to the best interest of citizens as a matter of public policy.¹⁰⁸

Met die mediese wanpraktykscrisis wat in die sewentigerjare ontstaan het, was die publieke mening gekant teen die erkenning van onregmatige konsepsie-eise as sou dit 'n onredelike las op geneeshere plaas. Howe en wetgewers het probeer om mediese dienste te beskerm deur 'n onwilligheid jeens die toename in mediese wanpraktykseise te toon.¹⁰⁹ Toename in wanpraktykseise bring toename in versekeringspremies mee wat eventueel toename in mediese koste teweeg bring. In *Sorkin v Lee*¹¹⁰ is kommer uitgespreek dat geneeshere eerder "defensiewe" mediese dienste sal lewer en daardeur aanspreeklikheid tot die minimum beperk. Met sodanige optrede word 'n rem geplaas op innoverende mediese dienste en kundigheid.

Versekeringsmaatskappye weier eise gebaseer op waarborgbreuk omrede versekeringspolisse uitdruklik die gegewe situasie waar 'n geneesheer 'n

332 336 220 NE 2d 767 770 (1966). *Sullivan v O'Connor* 363 Mass 579 296 NE 2d 183 (1973).

¹⁰⁶ *Rogala v Silva* 16 Ill App 3d 63 305 NE 2d 571 (1973).

¹⁰⁷ *Hackworth v Hart* 474 SW 2d 377 381 (KY 1971).

¹⁰⁸ Partye mag nie kontrakteer teen die openbare beleid nie. *Anaconda Federation Credit Union v West* 157 Mont 175 178 483 P 2d 909 911 (1971).

¹⁰⁹ Murphy en Downing 1987 *Journal of Family Law* 731; *Hoven v Kelble* 79 Wis 2d 444 470 256 NW 379 392 (1977).

¹¹⁰ 78 AD 2d 180 183 434 NY S 2d 300 302 (1980).

waarborg sou gee, uitsluit.¹¹¹ Dit bring mee dat pasiënte teen die geneeshere persoonlik moet ageer. Sommige geneeshere beskik egter nie soos versekeringsmaatskappye oor definitiewe genoegsame fondse om die eise te betaal nie, 'n toedrag van sake wat die eisers-pasiënte bedroë laat.

Elke geneesheer se redelike mening oor 'n moontlike uitslag van 'n mediese prosedure word as waarborg geag en kommer is al uitgespreek oor die toename van wanpraktykseise as gevolg daarvan.:

[M]edical ... services tend often to be ... dependent on factors beyond the control of the professional, and devoid of certainty or assurance of results.¹¹²

In Amerika word die gesin as "foundation of civilization" beskou en enige kontrak wat afbrekend vir die gesinsverband is, is onafdwingbaar.¹¹³ Die howe is ook huiwerig om kontrakte af te dwing wat tot bedrog aanleiding kan gee. Kommunikasie tussen geneesheer en pasiënt is gepriviligeerd en sonder die teenwoordigheid van getuies tydens konsultasie, weet slegs die geneesheer en pasiënt watter inligting meegedeel is en hoe dit meegedeel is:

The words themselves would be of ultimate importance; but because of the imperfection of human memory (or the greed of human nature), different

¹¹¹ Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 146.

¹¹² *Hoven v Kelble* 79 Wis 2d 444 469 256 NW 2d 379 391 (1977). Die howe het geweier om redelike voorspellings as waarborge te beskou. *Clevenger v Haling* 379 Mass 154 394 NE 2d 1119 (1979).

¹¹³ Murphy en Downing 1987 *Journal of Family Law* 732. Sien die bespreking van 3 skadevergoeding en genoegdoening by die beantwoording van die vraag of die geboorte van 'n kind 'n nadeel is wat kompenseer moet word. Redelike sekerheid word vereis by die berekening van skadevergoeding. Kritiek teen die aksie onregmatige konsepie het nie uitgebly nie omdat die geboorte van 'n normale kind nie as 'n finansiële las geag is nie. *Restatement (Second) of Contracts* § 352 (1981). Aanvanklik het die howe 'n akkurate berekening geverg. *Griffin v Colver* 16 NY 489 (1958). Die rede waarom mense kontraseptiewe middels gebruik, naamlik om die geboorte van 'n kind te voorkom word geïgnoreer deur die weiering van skadevergoeding. *Shaheen v Knight* 6 Lycoming Rptr 19 22 11 Pa D & C 2d 41 45 (1957); *Fulton v Dekalb Hospital Authority v Graves* 252 Ga 441 443 314 SE 2d 653 655 (1984). Hewige kritiek is veral uitgespreek waar die toestand van bestaan met dié van nie-bestaan vergelyk is. *Gleitman v Cosgrove* 49 NJ 22 28 227 A 2d 689 692 (1967). *In Re Estate of Duncan* 87 Colo 149 150 285 P 757 758 (1930); *Rieck v Medical Protective Co* 64 Wis 2d 514 520 219 NW 2d 242 245-246 (1974); *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 (KY 1983); *Shaheen v Knight* 6 Lycoming Rptr 19 11 Pa D & C 2d 41 (1957).

versions of the exchange can result ... the possibility of fraud could ruin the personal relationship.¹¹⁴

Benewens die gemeenskapsopvatting ten opsigte van die eis gebaseer op kontrakbreuk vermeld, moet sekere regsoorwegings in die Amerikaanse reg egter nie uit die oog verloor word nie.

Dit is 'n fundamentele beginsel in die mediese reg dat 'n geneesheer nie stilswyend die sukses van mediese diagnose en behandeling waarborg nie.¹¹⁵ Gewoonlik onderteken die pasiënt 'n toestemmingsvorm wat 'n uitdruklike klousule bevat waarin die pasiënt verklaar dat hy of sy verstaan dat die sterilisasie-operasie nie outomaties gewaarborg word 'n sukses te wees nie.¹¹⁶ 'n Sukseswaarborg bestaan nie in 'n geneesheer-pasiëntkontrak nie; so 'n waarborg moet uitdruklik gegee word.¹¹⁷

Die bewyslas wat op die pasiënt in so 'n situasie rus is formidabel vanweë die omgewing waarbinne die geneesheer met die pasiënt konsulteer asook vanweë die gepriviligeerde verhouding tussen geneesheer en pasiënt. Aan die een kant moet gewaak word teen onmoontlike en onuitvoerbare beloftes

¹¹⁴ Murphy en Downing 1987 *Journal of Family Law* 732; *Stephens v Spiwak* 61 Mich App 647 233 NW 2d 124 (1975); *Rogala v Silva* 16 Ill App 3d 63 67 305 NE 2d 571 574 (1973).

¹¹⁵ *Vanhooover v Berghoff* 90 Mo 487 491 3 SW 72 73 (1887); *Bishop v Byrne* 265 F Supp 460 (SDW Va 1967); *Lane v Cohen* 201 So 2d 805 (Fla Dist Ct App 1967); *Peters v Gelb* 303 A 2d 685 (Del Super Ct 1973) 314 A 2d 901 (Del 1974).

¹¹⁶ Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 147. Selfs al sou die geneesheer 'n mondelinge waarborg gee dat die sterilisasie-operasie suksesvol sal wees, moet die pasiënt nog steeds bewys dat die mondelinge waarborg deel uitmaak van die skriftelike kontrak as wysiging op die oorspronklike kontrak.

¹¹⁷ "Special agreement to cure" *Reynolds v Graves* 3 Wis 371 375 (1854). Die Amerikaanse howe oorweeg onder andere die volgende faktore om vas te stel of 'n waarborg stilswyend gegee is: (1) die gesprek tussen geneesheer en pasiënt; (2) die fooi betaalbaar aan die geneesheer (of dit voldoende oorweging is om 'n geneesheer se waarborg te ondersteun omdat dié fooi normaalweg nie deel uitmaak van die geneesheer-pasiëntkontrak nie) "... each party must exchange something to cement a bargain ... bargained for exchange ..."; (3) die pasiënt het peil getrek op die geneesheer se waarborg en het die sterilisasie ondergaan. *Depenbrok v Kaiser Foundation Health Plan* 79 Cal App 3d 167 172 144 Cal Rptr 724 726 (1978).

en aan die ander kant behoort 'n geneesheer nie gepenaliseer te word vir die beste mediese diagnose, prognose en advies nie.¹¹⁸

In sommige state, byvoorbeeld Georgia, het die wetgewer by wyse van wetgewing die aanspreeklikheid van 'n geneesheer op grond van kontrakbreuk uitgeskakel en die enigste geval waar 'n geneesheer aanspreeklik sal wees vir die mislukte sterilisasie-operasie gebaseer op kontrakbreuk is waar daar nalatigheid aan die geneesheer se kant voorkom en nalatigheid 'n vereiste is.¹¹⁹ In ander state het die wetgewer slegs aan skriftelike mediese kontrakte geldigheid en afdwingbaarheid by wyse van wetgewing verleen.¹²⁰

Verskeie toetse word aangewend om vas te stel of die geneesheer wel 'n waarborg vir 'n suksesvolle sterilisasie-operasie gegee het.¹²¹ Volgens die "clear proof standard", die mees konsekwente toets, word bepaal of die geneesheer 'n stelling gemaak het wat teen die agtergrond van die geneesheer-pasiëntverhouding gesien sodanig was dat die pasiënt redelikerwys dit interpreteer het as 'n belofte dat die gewenste resultaat sal intree.¹²²

¹¹⁸ *McQuaid v Michou* 85 NH 299 303 157 A 881 883 (1932); *Sullivan v O'Conner* 363 Mass 579 583 296 NE 2d 183 186 (1973); *Hackworth v Hart* 474 SW 2d 377 381 (KY Ct App 1971). Sien Hoofstuk 4 waar die probleme wat in die litigasie-stelsel ondervind word die verdere probleem van getuies wie se geheue hulle in die steek laat met verloop van tyd uitlig.

¹¹⁹ *Georgia Voluntary Sterilization Act of 1970* GA Code Ann § 84-392; *Shessel v Gay* 139 Ga App 429 228 SE 2d 361 (1976).

¹²⁰ Fla Stat Ann § 725.01 (West 1969 & Supp 1987); Ind Code Ann § 16.9.5-1 – 9-4 (Burns 1983); Mich Comp Laws § 566.132(g) (1967 & Supp 1986); Ohio Rev Code Ann § 1335.05 (Baldwin 1982); Pa Stat Ann tit 40 § 1301.606 (Purdon Supp 1986).

¹²¹ Murphy en Downing 1987 *Journal of Family Law* 729-742 736.

¹²² *Farley v Salow* 67 Wis 2d 393 401 227 NW 2d 76 81 (1975). Ander is die "clear and convincing evidence" en die "without doubt" toets wat howe al by geleentheid toegepas het. Die "clear and convincing evidence" verg 'n baie groter bewyslas as die "clear proof standard" waar 'n uitdruklike waarborg soos byvoorbeeld "would not have any more children" hoogstens beskou is as "a mere expression of opinion or prediction of an expected result". *Clevenger v Haling* 379 Mass 154 159 394 NE 2d 1119 1122 (1979); *Sard v Hardy* 281 Md 432 453 379 A 2d 1014 1027 (1977); *Vilord v Jenkins* 226 So 2d 245 246 (Fla Dist Ct App 1969); *Hawkins v McGee* 84 NH 114 116 146 A 641 643 (1929); *Garcia v Von Milsky* 602 F 2d 51 (2d Cir 1979); *Hackworth v Hart* 474 SW 2d 377 (Ky Ct App 1971); *Rogala v Silva* 16 Ill App 3d 63 305 NE 2d 571 (1973). Die "without doubt" toets soos in *Depenbrok v Kaiser Foundation Health Plan* 79 Cal App 3d 167 172 144 Cal Rptr 724 726 (1978) is verkeerdlik as strafregtelike bewysstandaard ingeklee (of die geneesheer die pasiënt

Verskeie howe het in uitsprake van onregmatige konsepsie-aksies klem gelê op die sogenaamde "doctrine of consideration".¹²³ Wanneer 'n sterilisasie-operasie¹²⁴ deur 'n geneesheer uitgevoer word, is die geneesheer se teenprestasie die fooi betaalbaar deur die pasiënt. Kontroversie bestaan in die howe oor of die fooi wat betaal is vir die operasie ook insluit die geneesheer se waarborg van permanente sterilisasie en of daar addisionele teenprestasie gegee moet word om dié waarborg te dek.

Die argument teen addisionele teenprestasie handel met die emosionele en fisiese pyn en ongerief van die pasiënt in geval van 'n onsuksesvolle operasie. Daar moet duidelik onderskei word tussen 'n kontrak vir 'n spesifieke resultaat in die pre-operatiewe stadium en 'n uitdruklike versekering van sukses of gewenste resultaat na die uitvoering van die operasie (post-operatiewe stadium).¹²⁵ Die teenargument betwis die relevansie van emosionele nadeel in die kontraktereg. Skade gelyk as gevolg van pyn en lyding kan nie verhaal word in geval van kontrakbreuk nie.¹²⁶

ingelig het dat die operasie sonder twyfel 'n permanente en onomkeerbare sterilisasie sou wees).

¹²³ *Fischer v Union Trust Co* 138 Mich 612 101 NW 852 (1904); *Feinberg v Pfeifer Co* 322 SW 2d 163 167 Mo Ct App 1959. Die vereiste van 'n aparte vergoeding ter staving van 'n geneesheer se waarborg word nie landswyd met eenstemmigheid aanvaar nie. Solank partye beding het vir 'n prestasie en teenprestasie, kan enigiets dien as prestasie en teenprestasie en dit hoef nie noodwendig 'n eweredige of gelyke bedinging te wees nie. *Bowman v Doherty* 235 Kan 870 686 P 2d 112 (1984); *Chavez v Saums* 1 Kan App 2d 564 571 P 2d 62 (1977). *Coleman v Garrison* 281 A 2d 616 (Del Super Ct 1971); *Wilmington Med Center Inc v Coleman* 298 A 2d 320 (Del 1972) 327 A 2d 757 (Del Super Ct 1974) *affd* 349 A 2d 8 (Del 1975); *Rogala v Silva* 16 Ill App 3d 63 305 NE 2d 571 (1973); *Clegg v Chase* 391 NY S 2d 966 (Sup Ct 1977); *Sard v Hardy* 367 A 2d 525 (Md Ct Spec App 1976).

¹²⁴ Prestasie.

¹²⁵ Murphy en Downing 1987 *Journal of Family Law* 738-739; Robertson 1978 *American Journal of Law and Medicine* 147-148. Skrywers is korrek in hulle siening dat die leerstuk slegs geld waar die waarborg gemaak is nadat die oorspronklike kontrak aangegaan is.

¹²⁶ *Robins v Firestone* 308 NY 543 127 NE 2d 330 (1955). In sekere jurisdiksies is op hierdie gevestigde beginsel wel uitsonderings gemaak ten opsigte van mediese waarborge – as dit nie vir die kontrakbreuk was nie, sou geen emosionele pyn plaasgevind het nie. Die onregmatige konsepsie-aksie kan heelwaarskynlik geregverdig word aangesien ernstige emosionele nadeel 'n waarskynlike gevolg van kontrakbreuk kan wees. *Sullivan v O'Connor* 363 Mass 579 588 296 NE 2d 183 189 (1973); *McQuaid v Michou* 85 NH 299 304-305 157 A 881 884 (1932); *Restatement (Second) of Contracts* § 353 *Comment a* (1979).

'n Verdere teenstand teen addisionele teenprestasie is dat die kontrak tussen geneesheer en pasiënt die stilswyende onderneming bevat dat behoorlike sorg en vaardigheid in die mediese behandeling aan die dag gelê sal word. Enige iets meer as dié gewone kontraktuele verpligting of onderneming moet 'n addisionele teenprestasie hê. Waar die pasiënt hom of haar egter onderwerp het aan 'n sterilisasie-operasie en¹²⁷ op dié waarborg steun, is 'n verdere teenprestasie onnodig.¹²⁸

Vanweë die feit dat sogenaamde waarborge¹²⁹ eerder opinies of voorspellings is as waarborge in die ware sin van die woord, is die bewyslas moeilik. Die pasiënt moet bewys¹³⁰ dat die pasiënt die geneesheer redelikerwys geglo het en dat die waarborg die pasiënt oortuig het om die sterilisasie te laat doen en die pasiënt moet ook voorts bewys¹³¹ dat die geneesheer besoek is as gevolg van 'n besluit wat reeds geneem was om die sterilisasie te laat doen.

¹²⁷ Sogenaamde "reliance"-beginsel.

¹²⁸ *Sard v Hardy* 281 Md 432 451 379 A 2d 1014 1026 (1977). 'n Waarborg kan afgedwing word op een van twee maniere, naamlik (1) waar dit baseer is op teenprestasie of (2) waar die pasiënt daarop gesteun het. *Restatement (Second) of Contracts* § 90 Comment 1 (1979); *Deponbrok v Kaiser Foundation Health Plan* 79 Cal App 3d 167 144 Cal Rptr 724 (1978); *East Providence Credit Union v Geremia* 103 RI 597 239 A 2d 725 (1968).

¹²⁹ *Rogala v Silva* 16 Ill App 3d 63 365 NE 2d 571 (1973); *Hackworth v Hart* 474 SW 2d 377 (Ky Ct App 1971).

¹³⁰ *Restatement (Second) of Contracts* § 90(1) (1979); *Sard v Hardy* 281 Md 432 379 A 2d 1014; *Clevenger v Haling* 379 Mass 154 394 NE 2d 1119 (1979). In wanpraktykseise ("action for wrongful conception" egter uitgesonderd) skroom howe nie om te erken dat geneesheer "hold themselves out as experts deserving of reliance ..."; *Hoven v Kelble* 79 Wis 2d 469 n 15 256 NW 2d 391 n 15. Die Amerikaanse howe se benadering is geoutomatiseerd en behoort eerder die volgende by te voeg: 'n Pasiënt konsulteer 'n geneesheer om meer te wete te kom oor moontlike gevolge van 'n operasie, die pasiënt wil inligting hê om sy keuse te kan uitvoer. Die vraag bly steeds: het die pasiënt op die waarborg gesteun of het die pasiënt reeds 'n besluit geneem?

¹³¹ *Hartke v McKelway* 707 F 2d 1544 1549 (DC Cir 1983) 464 US 983 (1983).

3 SKADEVERGOEDING EN GENOEGDOENING

3.1 Die doel van skadevergoeding

Die doel van skadevergoeding in die aksie vir ongewenste swangerskap¹³² is:

... to give compensation, indemnity or restitution for harm.¹³³

In kort kom die doel van skadevergoeding daarop neer om die benadeelde persoon so na as moontlik in die posisie te plaas waarin hy/sy hom/haar sou bevind het indien die delik nie plaasgevind het nie, dit wil sê in die posisie of toestand voor die plaasvind van die delik.¹³⁴ In geval van fisiese of geestelike nadeel word geldelike vergoeding as kompensasie uitbetaal.¹³⁵

Tweedens het skadevergoeding ten doel om onregmatige optrede te voorkom,¹³⁶ die betaling van sogenaamde "punitive damages" soortgelyk aan die strafregtelike idee van straf en vergelding. Ter voorkoming van die onregmatige optrede word 'n ordelike samelewing en regstelsel beoog en word verder beoog om die neem van reg in eie hande te voorkom.¹³⁷

'n Derde beginsel verbonde aan skadevergoeding is dat 'n benadeelde persoon in staat moet wees om skadevergoeding vir alle nadele regtens aan hom/haar veroorsaak te verhaal.¹³⁸

¹³² "Action for unwanted pregnancy".

¹³³ *Restatement (Second) of Torts* § 901(a) (1977).

¹³⁴ *Par 901 Comment A* (1977).

¹³⁵ *Par 901 Comment A* (1977). Skade, soos byvoorbeeld verlies aan inkomste, word gekompenseer deur die beginsel van "... indemnity by a proximating the pecuniary harm the injured person has suffered or is likely to suffer in the future".

¹³⁶ *Par 901 Comment C* (1977); Burke 1988 *Pace Law Review* 320.

¹³⁷ Burke 1988 *Pace Law Review* 320. *Par 901 Comment C* (1977).

¹³⁸ *Restatement (Second) of Torts* § 917 (1977).

Die Amerikaanse publiek koester hoë verwagtinge wat die doeltreffendheid, veiligheid en gerief van kontrasepsie¹³⁹ aanbetref. Voeg daarby die beskerming van die fundamentele reg, naamlik die reg op prokreasie¹⁴⁰ en dit laat geen twyfel waarom ouers in geval van ongewenste swangerskappe en geboortes, skadevergoeding van die geneesheer eis wat met nalatige optrede inbreuk op hulle prokreasiereg gemaak het.

Die Amerikaanse Grondwet¹⁴¹ beskerm die reproduksie-keuse¹⁴² van 'n persoon as fundamentele reg.¹⁴³ Die keuse om 'n kind te hê of nie te hê nie word geag as "the most intimate and personal"¹⁴⁴ keuse in die lewe van 'n persoon te wees en dit sluit ook 'n vrou se keuse in om 'n swangerskap te beëindig of te voltooi.¹⁴⁵

¹³⁹ *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 (Wis 1990) – die pasiënt was onder die indruk dat die sterilisasie permanent sou wees. Die gebruik van kontraseptiewe middels gee aanleiding tot kleiner gesinne met gesinslede groter uitmekaar gespaseer, dit is alles faktore wat bydra tot gesonder kinders en moeders, beter lewensomstandighede, gesinne wat finansiële beter daaraan toe is en vir die vrou 'n meer aktiewe rol in die ekonomiese en sosiale lewe skep. Chandr 1998 *Vital and Health Statistics* 2.

¹⁴⁰ *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 687 P 2d 850 (1984). Die reg op prokreasie veronderstel die vryheid van keuse om voort te plant of nie voort te plant nie.

¹⁴¹ Fourteenth Amendment. Sien ook die Washington wetgewing in dié verband. *Initiative* 120 (1991) 1992 *Washington Laws I* (Wash Rev Code § 9.02.100 (1998)) Part 1 B "... every individual possesses a fundamental right of privacy with respect to personal reproductive decisions".

¹⁴² Die keuse om kinders te hê of nie te hê nie.

¹⁴³ 381 US 479 (1965). *Griswold v Connecticut* 381 US 479 (1965) – die reg van getroude persone om sonder beperking kontraseptiewe middels te gebruik, word erken. *Roe v Wade* 410 US 113 (1973) – die reg op aborsie binne die eerste trimester word erken. In *CS v Nielson* 767 P 2d 504 506 n 7 (Utah 1988) en *Morris v Sanchez* 746 P 2d 184 185-186 (Okla 1987) is die aksie vir onregmatige swangerskap erken en gebaseer op die reg om nie kinders te hê deur 'n sterilisasie te laat doen, 'n reg wat konstitusioneel is. *Burke v Rivo* 406 Mass 764 551 NE 2d 1 (1990); *Skinner v Oklahoma* 316 US 535 541 (1942); *Planned Parenthood v Casey* 505 US 833 852 (1992); *Carey v Population Services International* 431 US 678 (1977); *Eisenstadt v Baird* 405 US 438 (1972).

¹⁴⁴ *Carey v Population Services International* 431 US 678 685 (1977); *Planned Parenthood v Casey* 505 US 833 851 852 (1992).

¹⁴⁵ *Carey v Population Services International* 431 US 678 685 (1977); *Planned Parenthood v Casey* 505 US 833 851 852 (1992); *Roe v Wade* 410 US 113 153 (1973).

In 1934 het die Minnesota Supreme Court in *Christensen v Thronby*¹⁴⁶ beslis dat die kontrak vir die uitvoering van 'n sterilisasie-operasie nie teen die openbare belang is nie en wel 'n geldige kontrak is. Met hierdie beslissing gee die Amerikaanse hof erkenning aan die eisers se reg om die grootte van hulle gesin te bepaal, ondanks die negatiewe opvattinge wat destyds jeens gesinsbeplanning geheers het.¹⁴⁷

Die Amerikaanse Supreme Court het die toegang tot kontraseptiewe middels en metodes ondersteun deur in *Griswold v Connecticut*¹⁴⁸ wetgewing ongeldig te verklaar wat die toegang tot en verspreiding asook gebruik van kontraseptiewe middels verbied, synde in stryd met mense se regte.¹⁴⁹ In Washington is wetgewing uitgevaardig wat elke individu se fundamentele reg op kontrasepsie uitdruklik erken.¹⁵⁰ Washington wetgewing verbied diskriminasie teen die uitoefening van hierdie regte deur die regulering of voorsiening van voordele, fasiliteite, dienste of inligting rakende kontrasepsie.¹⁵¹

Die Amerikaanse hof se beslissing sivele gedinge oor reproduksieregte op regsbeginsels en nie ooreenkomstig morele argumente nie. In *Planned Parenthood v Casey*¹⁵² is die hof se aandag op verskeie morele argumente gevestig, byvoorbeeld dat die geboorte van 'n kind die wonder van die

¹⁴⁶ 255 NW 620 622 (Minn 1934). In die *Christensen*-saak is die vasektomie om terapeutiese redes (die vrou se lewe sou in gevaar gestel word indien sy weer swanger sou raak) uitgevoer, hoewel in latere sake ekonomiese redes vir sterilisasie ook as voldoende rede vir sterilisasies aanvaar is. *Shaheen v Knight* 11 Pa D & C 2d 41 43 (1957).

¹⁴⁷ In Minnesota, soos in baie ander state, het wetgewing destyds abortie verbied en verskeie state het sterilisasies verbied as dit vir enige ander rede gedoen word behalwe waar die vrou se lewe met 'n verdere swangerskap in gevaar gestel is. O'Shea 1992 *New England Law Review* 965.

¹⁴⁸ 381 US 479 485 (1965).

¹⁴⁹ Getroude en ongetroude persone. *Carey v Population Services International* 431 US 678 685 688-689 (1977); *Eisenstadt v Baird* 405 US 438 454-455 (1972).

¹⁵⁰ *Initiative 120* (1991) 1992 *Washington Laws I* (Wash Rev Code § 9.02.100(1) (1998)).

¹⁵¹ *Initiative 120* (1991) 1992 *Washington Laws I* (Wash Rev Code § 9.02.100(4) (1998)).

¹⁵² 505 US 833 (1992); sien ook *Roe v Wade* 410 US 113 116 (1973) waarin die hof toegegee het dat godsdienstige, lewens-, familie- en morele standaarde 'n mens se oordeel beïnvloed, maar tot die gevolgtrekking gekom het dat reproduksie-aangeleenthede baseer moet word op regstandaarde en beginsels "free of emotion and of predilection".

skepping is en altyd verwelkom behoort te word ongeag hoe moeilik dit is om 'n kind na behore te versorg.¹⁵³ Die teenoorgestelde opinie is ook aangehoor, naamlik dat dit 'n onreg teenoor 'n kind is om dié na behore te versorg indien dit ontbreek aan noodsaaklike voedsel, kleding en sorg, 'n situasie wat 'n geweldige psigiese impak op die ouers het.¹⁵⁴

Die eisorsaak kan deliktueel of kontraktueel gebaseer word in 'n aksie vir onregmatige konsepsie. Die probleemarea in die Amerikaanse reg lê egter nie in die eisorsaak nie, maar die skadevergoeding wat kan of behoort verhaal te word, en dan in die besonder koste verbonde aan die grootmaak en opvoeding van 'n onbeplande kind.

3.2 Skadevergoedingstendense in die VSA

Die onderskeie skadevergoedingstendense in die VSA ten opsigte van die "action for wrongful conception" sien soos volg daaruit:

Nege-en-dertig state asook die District of Colombia het uitsprake ten opsigte van die aksie vir ongewenste swangerskap gegee.¹⁵⁵ Die algemene tendens in die Verenigde State van Amerika is dat die aksie vir ongewenste swangerskap ageerbaar is¹⁵⁶ en dat die gewone deliktuele skadevergoeding¹⁵⁷ toegelaat word, uitgesonderd die uitgawes verbonde aan die grootmaak en opvoeding van die onbeplande kind.¹⁵⁸ Twee-en-dertig state het gewone

¹⁵³ *Planned Parenthood v Casey* 505 US 833 (1992).

¹⁵⁴ *Planned Parenthood v Casey* 505 US 833 (1992).

¹⁵⁵ Burke 1988 *Pace Law Review* 324 ev; Podewils 1993 *Boston University Law Review* 407-425 408.

¹⁵⁶ *Emerson v Magendantz* 689 A 2d 409 411 (RI 1997).

¹⁵⁷ Skadevergoeding vir verlies aan verdienste, verlies aan consortium, mediese uitgawes, pyn en lyding as gevolg van die mislukte sterilisasie-operasie, die swangerskap en geboorte word toegestaan. *Fulton-De Kalb Hospital Authority v Graves* 314 SE 2d 653 654 (Ga 1984). In *Burke v Rivo* 551 NE 2d 1 3-4 (Mass (1990)) het die hof selfs skadevergoeding toegestaan vir die moeder se verlies aan verdienvermoë.

¹⁵⁸ *Szekeres v Robinson* 102 Nev 93 715 P 2d 1076 1079 (1986). Nevada is die enigste staat waar die koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind nie as deliktuele eis verhaal kan word nie, maar wel in terme van kontrakbreuk. Die mediese, chirurgiese en hospitaalkoste verbonde aan die mislukte operasie kan wel toegestaan word waar die geneesheer gekontrakteer het met die pasiënt maar versuim het om die swanger-

deliktuele skade toegelaat maar nie die koste verbonde aan die grootmaak, onderhoud en opvoeding van die onbeplande kind nie.¹⁵⁹ Agt state het wel laasgenoemde koste toegelaat maar dit afgeweeg teen die voordele verbonde aan ouerskap.¹⁶⁰ Die kanses het dus baie skraal gelyk om met 'n eis

skap te voorkom. Hoewel die aksie vir onregmatige swangerskap in uitsprake erken word, kom die kwessie van grootmaakkoste soms in van die uitsprake nie eens ter sprake nie. *Begin v Richmond* 555 A 2d 363 368 (Vt 1988); *Carer v Strode* 904 P 2d 489 504 (Haw 1995).

¹⁵⁹ In kort na verwys as "grootmaakkoste". Sien hieroor 'n volledige bespreking in 3.3. Alabama, Alaska, Arkansas, Delaware, District of Columbia, Florida, Georgia, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Main, Missouri, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, New York, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Washington, West Virginia en Wyoming. Die toonaangewende sake in die onderskeie state is: *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 (Ala 1982); *Wilbur v Kerr* 628 SW 2d 568 (Ark 1982); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 (Del 1975); *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 (DC 1984); *Fassoulas v Ramey* 450 So 2d 822 (Fla 1984); *Fulton Dekalb Hospital Authority v Graves* 314 SE 2d 653 (Ga 1984); *Cockrum v Baumgartner* 447 NE 2d 385 (Ill) *cert denied* 464 US 846 (1983); *Garrison v Foy* 486 NE 2d 5 (Ind Ct App 1985); *Nanke v Napier* 346 NW 2d 520 (Iowa 1984); *Byrd v Wesley Medical Ctr* 699 P 2d 459 (Kan 1985); *Johnson v Elkins* 241 Kan 407 736 P 2d 935 (1987); *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 (Ky 1983); *Pitre v Openousas General Hospital* 530 So 2d 1151 (La 1988); *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 (Me 1986); *Rouse v Wesley* 494 NW 2d 7 (Mich Ct App 1993); *Girdley v Coats* 825 SW 2d 295 (Mo 1992) (*en banc*); *Hitzemann v Adams* 518 NW 2d 102 (Neb 1994); *Kingsbury v Smith* 442 A 2d 1003 (NH 1982); *P v Portadin* 179 NJ Super Ct 432 A 2d 556 (1981); *O'Toole v Greenberg* 477 NE 2d 445 (NY 1985); *Miller v Rivard* 585 NY S 2d 523 180 AD 2d 331 (1992); *Jackson v Bumgardner* 347 SE 2d 743 (NC 1986); *Johnson v University Hospital of Cleveland* 540 NE 2d 1370 (Ohio 1989); *Morris v Sanchez* 746 P 2d 184 (Okla 1987); *Wolford v Davis* 764 P 2d 161 (Okla 1988); *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 453 A 2d 974 (Pa 1982); *Butler v Rolling Hill Hospital* 400 Pa Super 141 582 A 2d 1384 (1990); *Emerson v Magendantz* 689 A 2d 409 (RI 1997); *Smith v Gore* 728 SW 2d 738 (Tenn 1987); *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 (Tex Ct App 1973) *cert denied* 415 US 927 (1974); *Hickman v Myers* 632 SW 2d 869 (Tex Ct App 1982); *CS v Nielson* 767 P 2d 504 (Utah 1988); *Miller v Johnson* 343 SE 2d 301 (Va 1986); *McKernan v Aasheim* 687 P 2d 850 (Wash 1984); *James G v Caserta* 332 SE 2d 872 (W Va 1985); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 (Wyo 1982).

¹⁶⁰ "Benefit offset" Arizona, California, Connecticut, Maryland, Michigan, Minnesota en New Mexico. Die toonaangewende sake in dié state is: *University of Arizona Health Services Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 667 P 2d 1294 (Ariz 1983); *Ochs v Borelli* 445 A 2d 883 (Conn 1982); *Jones v Malinowski* 473 A 2d 429 (Md 1984); *Burke v Rivo* 551 NE 2d 1 (Mass 1990); *Tropi v Scarf* 187 NW 2d 511 (Mich Ct App 1971); *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn 1977); *Lovelace Medical Center v Mendez* 805 P 2d 603 (NM 1991); *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 (Wis 1990). Wat Michigan aanbetref is daar nie eenvormigheid in dié verband nie, hoewel daar hedendaags 'n neiging teen die verhaal van skadevergoeding bestaan. *Bushman v Burns Clinic Medical Center* 268 NW 2d 683 (Mich Ct App 1978); *Rouse v Wesley* 494 NW 2d 7 (Mich Ct App 1992); *Rinard v Riczack* 177 Mich App 287 441 NW 2d 441 (Ct App 1989). In *Tropi v Scarf* 187 NW 2d 511 (Mich Ct App 1971) is die koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind wel toegelaat in 'n "wrongful conception"-aksie teen 'n apteker wat 'n kontraseptiewe middel verkeerd resepteer het.

vir skadevergoeding synde die redelike koste verbonde aan die grootmaak, onderhoud en opvoeding van 'n kind te slaag. 'n Paar state het wel die grootmaakkoste verbonde aan 'n onbeplande kind ten volle toegestaan.¹⁶¹

Vervolgens 'n bespreking van toepaslike regspraak:

3.2.1 Christensen v Thornby¹⁶²

Die aksie vir onregmatige konsepsie as 'n vorm van mediese wanpraktyk het in 1934 in Minnesota beslag gekry met die hofbeslissing *Christensen v Thornby*.¹⁶³

Verweerder (die geneesheer) adviseer sy vroulike pasiënt dat dit gesondheidsgewys gevaarlik is om meer kinders te hê. Verweerder voer daarna 'n vasektomie op die eiser (die vroulike pasiënt se man) uit en 'n ruk daarna hervat die eiser en sy vrou hulle seksuele aktiwiteite op advies van die verweerder. Toe sy vrou swanger raak en 'n baba gebore word, beweer die eiser dat die verweerder versuim het om sy belofte rakende die gewenste uitslag van die operasie, naamlik om die eiser te steriliseer,¹⁶⁴ na te kom. Eiser het egter versuim om nalatigheid aan die kant van Verweerder te beweer en die hof bevind gevolglik dat die Verweerder-geneesheer nie te blameer is vir die onsuksesvolle sterilisasie nie en die hof bevind ook dat die

¹⁶¹ *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (Ct App 1967); *Lovelace Medical Ctr v Mendez* 111 NM 336 805 P 2d 603 (1991); *Marciniak v Lundborg* 153 Wis 2d 59 450 NW 2d 243 (1990); *Burke v Rivo* 551 NE 2d 1 (Mass 1990). In *Girdley v Coats* 825 SW 2d 295 (Mo 1992) is 'n laerhofbeslissing wat die koste verbonde aan die grootmaak van 'n onbeplande kind toegestaan het, tersyde gestel deur die hoër hof. *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 1074 (DC 1984). *Fassoulas v Ramey* 450 So 2d 822 823 (Fla 1984). *Hartke v McKelway* 526 F Supp 91 104 (D.C. 1981). *Kingsbury v Smith* 122 NH 237 243 442 A 2d 1003 1006 (1982). *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 813 (Me 1986). *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 723 (Ala 1982). *Ochs v Borrelli* 187 Conn 253, 258 445 A 2d 883 885 (1982).

¹⁶² 192 Minn 123 255 NW 620 (1934).

¹⁶³ 192 Minn 123 255 NW 620 (1934).

¹⁶⁴ 192 Minn 124 255 NW 621 (1934).

operasie nóg ongeldig nóg teen openbare belang was.¹⁶⁵ Die hof wys voorts daarop dat die doel van die sterilisasieprosedure was om nadeel gesondheidsgewys aan die moeder te voorkom en nie ter voorkoming van uitgawes verbonde aan die geboorte van 'n kind nie.

The wife has survived. Instead of losing his wife, the plaintiff has been blessed with the fatherhood of another child.¹⁶⁶

Gedurende die sewentiger en tagtiger jare word daar telkens op *Christensen v Thornby*¹⁶⁷ gesteun wanneer soortgelyke sake voor die hof dien en in navolging van die *Christensen*-gewysde word die geboorte van 'n kind as 'n seën en nie as 'n nadeel vir sy ouers bestempel nie.

3.2.2 West v Underwood¹⁶⁸

In casu is die aksie vir skadevergoeding op die fisiese nadeel vir die moeder gebaseer. Met die geboorte van 'n kind doen die vrou 'n abdominale skeur op waarna infeksie intree. Met 'n latere swangerskap vier jaar daarna, het die verweerder (die geneesheer) vir die vrou 'n tweede keisersnee aanbeveel wat opgevolg sou word deur 'n sterilisasie. Die geneesheer het egter versuim om in opvolging van die keisersnee die sterilisasie uit te voer. Die eiseres moes 'n verdere operasie ondergaan as gevolg van komplikasies wat sy toegeskryf het aan die geneesheer se nalatigheid in die uitvoering van die keisersnee. Die geneesheer se versuim om die sterilisasie-operasie in die eerste instansie uit te voer was die direkte oorsaak van 'n noodsaaklike opvolgoperasie (derde).

¹⁶⁵ 192 Minn 125 255 NW 621 (1934). Die eiser was nie in staat om bedrieglike wanvoorstelling deur die verweerder aan te toon nie.

¹⁶⁶ 192 Minn 126 255 NW 622 (1934).

¹⁶⁷ 192 Minn 123 255 NW 620 (1934). Dié verwysing na die geboorte van 'n kind as 'n seën vir die ouers/ouerskap is 'n argument wat vir baie jare na die *Christensen*-saak nog deur regsvertegenwoordigers van die verweerder-geneesheer in aksies van hierdie aard geopper sou word.

¹⁶⁸ 132 NJL 325 40 A 2d 610 (1945).

Die New Jersey Court of Errors and Appeals was van mening dat sulke nalatigheid, indien bewys bevind word deur die jurie, die eiseres in staat stel om kompensasië te verhaal vir pyn en lyding, fisiese en psigiese nadeel, verlies aan verdienste en enige verlies wat direk voortspruit uit sodanige nalatigheid.¹⁶⁹

3.2.3 Shaheen v Knight¹⁷⁰

Waar *West v Underwood*¹⁷¹ skadevergoeding gebaseer het op die fisiese nadeel vir die moeder, het *Shaheen v Knight*¹⁷² daarenteen skadevergoeding baseer op gesinsbeplanning.¹⁷³ 'n Vasektomie het gefaal en 'n vyfde kind is vir die egpaar gebore. Die eiser het die verweerder aangespreek vir kontrakbreuk. Die hof het hom as volg uitgespreek oor die eis vir skadevergoeding:

The only damages are the expences of rearing and educating the unwanted child. We are of the opinion that to allow damages for the normal birth of a normal child is foreign to the universal public sentiment of the people ... to allow damages in a suit such as this would mean that the physician would have to pay for the fun, joy and affection which the plaintiff Shaheen will have in the rearing and educating of this, (plaintiff's) fifth child. Many people would be willing to support this child were they given the right of custody and adoption, but according to plaintiff's statement plaintiff does not want such. He wants to have the child and wants the doctor to support it. In our opinion to allow such damages would be against public policy.¹⁷⁴

¹⁶⁹ 132 NJL 325 326 40 A 2d 610 611 (1945).

¹⁷⁰ 11 Pa D & C 2d 41 (CP) Lycoming County (1957).

¹⁷¹ 132 NJL 325 40 A 2d 610 (1945).

¹⁷² 11 Pa D & C 2d 41 (CP) Lycoming County (1957).

¹⁷³ Volgens Burke was dit die eerste saak wat genoteer is met gesinsbeplanning as basis. Burke 1988 *Pace Law Review* 313-372 318 vn 26. Sien ook *Ball v Mudge* 64 Wash 2d 247 248-249 391 P 2d 201

¹⁷⁴ 11 Pa D & C 2d 41 (CP) Lycoming County (1957) 45-46. "Because the birth of a normal child without extraordinary pain, suffering or abnormal discomfort to the mother during pregnancy and delivering, recuperation cannot be damage compensable in law". Sien ook *Ball v Mudge* 64 Wash 2d 247 248-249 391 P 2d 201 203 (1964).

3.2.4 Ball v Mudge¹⁷⁵

In *Ball v Mudge*¹⁷⁶ het die dokter 'n ouerpaar 'n vierde keisersnee afgeraai nadat al drie kinders deur middel van keisersnee gebore is. Gesinsbeplanning en gesondheidsoorweging het hoë prioriteit geniet by die ouers se keuse om nie meer kinders te hê nie. 'n Vasektomie is op die man uitgevoer, dit het gefaal en 'n vierde kind is sonder komplikasies met 'n keisersnee gebore. Eiser het sy aksie vir skadevergoeding baseer op kontrakbreuk en nalatigheid omdat die dokter versuim het om post-sterilisasie toetse te doen. Verweerder daarenteen het hom op die *Christensen*-¹⁷⁷ en *Shaheen*¹⁷⁸-sake beroep en aangevoer dat die geboorte van 'n normale kind sonder buitengewone pyn, lyding of buitengewone ongerief vir die moeder gedurende swangerskap, geboorte en herstel na die geboorte plaasgevind het en nie kompenseerbaar is ingevolge die reg nie.¹⁷⁹

Die verweerder het die beslissing in sy guns gekry omrede:

- dit te betwyfel was of post-operatiewe toetsing die erkende praktyk in die mediese gemeenskap was;¹⁸⁰

¹⁷⁵ 64 Wash 2d 247 391 P 2d 201 (1964).

¹⁷⁶ 64 Wash 2d 247 391 P 2d 201 (1964).

¹⁷⁷ *Christensen v Thornby* 192 Minn 123 255 NW 620 (1934).

¹⁷⁸ *Shaheen v Knight* 11 Pa D & C 2d 41 (CP) Lycoming County (1957).

¹⁷⁹ 64 Wash 2d 247 248-249 391 P 2d 201 203 (1964).

¹⁸⁰ 64 Wash 2d 247 249 391 P 2d 201 203 (1964). Die standaardpraktyk in Seattle ten opsigte van verpligte post-operatiewe toetsing na 'n vasektomie het onder die soeklig gekom waar 'n medies deskundige getuie ter steuning van die respondent se "some doctors do and some doctors don't" aangevoer het dat verpligte post-operatiewe toetsing na 'n vasektomie geen standaardpraktyk in die Seattle mediese gemeenskap was nie. Die afwesigheid van sodanige praktyk is deels toegeskryf aan die feit dat 'n vasektomie normaalweg in die dokter se spreekkamer eerder as 'n hospitaal plaasvind. Burke 1988 *Pace Law Review* Spring 318 vn 26.

- die eiser nie kon aandui dat nalatigheid of kontrakbreuk die direkte oorsaak van die swangerskap was nie aangesien rekanalisasie van die buise kon plaasvind.¹⁸¹
- by die geboorte van 'n normale kind geen skade of nadeel uit sodanige geboorte voortspruit nie, intendeel, die voordele en seën van 'n kind wat gebore is weeg swaarder as die koste verbonde aan die geboorte en grootmaak van sodanige kind.¹⁸²

3.2.5 Custodio v Bauer¹⁸³

In *Custodio v Bauer*¹⁸⁴ word 'n tiende kind na 'n mislukte sterilisasie-operasie gebore. Die Kalifornië *Court of Appeal* sou die eerste hof word wat die "action for wrongful pregnancy" erken het en het ook die mees liberale standpunt oor skade of nadeel toegepas. Ongelukkig sou hierdie *Custodio*-uitspraak die minderheidsiening van die Amerikaanse howe word.

Skadevergoeding wat toegestaan is, is vir:

- koste van die onsuksesvolle operasie;¹⁸⁵
- fisiese komplikasies;¹⁸⁶

¹⁸¹ 64 Wash 2d 247 249 391 P 2d 201 203-204 (1964).

¹⁸² 64 Wash 2d 247 250 391 P 2d 201 204 (1964). In *Roe v Wade* 410 US 113 (1973) het die Amerikaanse *Supreme Court* 'n vrou se reg op aborsie in die eerste trimester van swangerskap erken en is die eisoorzaak van ouers wat geboorte geskenk het aan 'n onbeplande baba op grond van die onregmatige optrede deur 'n ander erken. Die ouers *in casu* het volstrek geweier om die kind te laat aanneem om sodoende hulle skade of nadeel te beperk. 'n Interessante, dog baie moeilike kwessie wat met voorafgaande opmerking gepaardgaan, is die vraag of dit redelik is om van 'n eiser te verwag om in sekere omstandighede sy skade te verminder of te beperk deur die ongewenste/onbeplande kind te laat aanneem of vroegtydig te laat aborteer. Sien hieroor 3.4 Beperking van skade.

¹⁸³ 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 466 476 (1967).

¹⁸⁴ 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 466 476 (1967).

¹⁸⁵ 251 Cal App 2d 303 318-322 59 Cal Rptr 463 466 473-475 (1967).

¹⁸⁶ 251 Cal App 2d 303 323 59 Cal Rptr 463 466 476 (1967).

- geestelike en fisiese nadeel;¹⁸⁷
- senuspanning, pyn en lyding;¹⁸⁸
- bepaalbare ekonomiese veranderinge om 'n groter familie te onderhou en te versorg¹⁸⁹ en
- koste om die tiende kind groot te maak.¹⁹⁰

3.2.6 Troppi v Scarf¹⁹¹

In *Troppi v Scarf*¹⁹² het 'n apteker nalatiglik 'n voorskrif vir 'n kalmeermiddel in plaas van 'n orale kontraseptiewe middel uitgereik waarop 'n gesonde maar onbeplande kind (die agste kind) vir die Troppi's gebore is. Vanweë die feit dat die Troppi's kon bewys dat daar verbreking van 'n regsplig ("a breach of duty"), kousaliteit en skade was, kon hulle skadevergoeding verhaal wat normaalweg deliktueel verhaalbaar is, naamlik alle redelike voorsienbare skade wat ingetree het. Dit sou beteken dat die Troppi's kon eis vir die koste van 'n sterilisasie-operasie, die koste verbonde aan die swangerskap en geboorte (mediese en hospitaalkoste), verlies aan *consortium*, verlies aan inkomste, die koste om 'n kind groot te maak en sou die kind wangeskape wees, die koste om só 'n kind te versorg.¹⁹³ In die *Troppi*-saak is die houding

¹⁸⁷ 251 Cal App 2d 303 323 59 Cal Rptr 463 476 (1967).

¹⁸⁸ 251 Cal App 2d 303 323 59 Cal Rptr 463 475-477 (1967).

¹⁸⁹ 251 Cal App 2d 303 323-324 59 Cal Rptr 463 476 (1967).

¹⁹⁰ 251 Cal App 2d 303 324 59 Cal Rptr 463 476-477 (1967). Die koste verbonde aan die grootmaak van die kind moet opgeweeg word teen enige voordeel wat die ouers mag ontvang. Die hof het volle vergoeding van koste verbonde aan die grootmaak van die kind toegelaat omrede die nuweling nie ander familieleden hulle deel van die gesinsinkomste moet ontsê nie.

¹⁹¹ 31 Mich App 240 187 NW 2d 511 (1971).

¹⁹² 31 Mich App 240 187 NW 2d 511 (1971).

¹⁹³ Volgens latere uitsprake in "action for wrongful birth" is die grootmaakkoste van 'n wangeskape kind toegelaat. *Jacobs v Theimer* 519 SW 2d 846 (Tex 1975); *Berman v Allan* 80 NJ 421 404 A 2d 8 (1979); *Becker v Schwartz* 46 NY 2d 401 386 NE 2d 807 413 NY S 2d 895 (1978); *Eisbrenner v Stanley* 106 Mich App 351 357 308 NW 2d 209 (1981); *Speck v Finegold* 497 77 439 A 2d 110 (Pa 1981); *Naccash v Burger* 223 Va 406 290 SE 2d 825 (1982).

ingeneem dat die voorreg om die ouers van 'n welgeskape en gesonde kind te wees, nie 'n juridiese beletsel vir die verhaal van skade daarstel nie. Die geboorte van 'n gesonde kind is dus nie altyd 'n seën, aanwins of voordeel nie. Die hof het beslis dat skade wat deur ouers geëis word opgeweeg kon word teen die voordele wat die kind vir die ouers meebring.¹⁹⁴

3.2.7 Boone v Mullendore¹⁹⁵

Tog moet die sterk argumente teen die meerderheidstendens in daaropvolgende uitsprake nie misgekyk word nie.¹⁹⁶ In die *Boone*-saak¹⁹⁷ val regter Volkner die meerderheidstandpunt aan deur te sê dat die argument niks anders as 'n "... smokescreen hiding the true issue ..." is nie.¹⁹⁸

Regter Volkner meen voorts dat die doel van die onregmatige swangerskapsaksie nie die verhaal van skadevergoeding vir 'n kind se lewe is nie, maar eerder die verhaal van skadevergoeding vir ekonomiese verlies (las) wat so 'n addisionele kind meebring met betrekking tot die versorging van die res van die familie. Deur die bedrag skadevergoeding toe te staan ter verhaling van die ekonomiese verlies veroorsaak deur die geboorte van die addisionele kind, kan die ouers ongestoord konsentreer op die liefde vir en versorging van

¹⁹⁴ *Tropi v Scarf* 31 Mich App 240 187 NW 2d 511 (1971); *Rieck v Medical Protective Co* 64 Wis 2d 514 219 NW 2d 242 (1974); *Stills v Gratton* 55 Cal App 3d 698 127 Cal Rptr 652 (1976); *Cockrum v Baumgartner* 99 Ill App 3d 271 425 NE 2d 968 (1981) *rev'd* 95 Ill App 2d 193 447 NE 2d 385 (1983).

¹⁹⁵ 416 So 2d 718 724 (Ala 1982).

¹⁹⁶ Podewils 1993 *Boston University Law Review* 408-409. Hoewel die meeste uitsprake voor 1990-1991 nie die koste verbonde aan die grootmaak van 'n onbeplande kind toegelaat het nie, was daar sterk afkeure in die geledere van die minderheidsregspreekers. Alabama:- *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 724-727 (Ala 1982); Arkansas:- *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 628 SW 2d 568 (1982); District of Columbia:- *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 1078-83 (DC 1984); Illinois:- *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193, 205-211 447 NE 2d 385 391-394 (1983); Iowa:- *Nanke v Napier* 346 NW 2d 520 324-523 (Iowa 1984); Kentucky:- *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 (Ky 1983); Maine:- *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 813-818 (Me. 1986); New Mexico:- *Lovelace Medical Center v Mendez* 805 P 2d 603 617 (NM 1991); Pennsylvania:- *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 453 A 2d 974 (1982); Wyoming:- *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 293-297 (Wyo. 1982).

¹⁹⁷ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 724 (Ala 1982).

¹⁹⁸ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 724 (Ala 1982).

die nuwe "toevoeging" tot die gesin.¹⁹⁹ Regter Volkner opper voorts 'n baie goeie argument deur aan te voer dat nie-toekenning van skadevergoeding direk indruis teen die grondwetlike reg van ouers om die grootte van hulle gesin te bepaal.²⁰⁰ Die *Supreme Court* in Amerika plaas 'n baie hoë premie op die individue se reg op privaatheid en erken die reg op privaatheid van 'n man en 'n vrou om beskerm te word teen inbreukmaking op die reg om 'n keuse uit te oefen of hulle 'n gesin wil hê of nie en indien wel, wat die grootte van die gesin moet wees en indien nie, die reg tot kontrasepsie of aborsie uit te oefen.

Regter Volkner laat wel die uitgawes verbonde aan die grootmaak en opvoeding van die kind toe met 'n afset teen die voordele wat die ouers toeval.²⁰¹ Die regter is van mening dat die skadevergoeding nie te spekulatief is nie en dat die Alabama howe in die verlede skadevergoeding ook toegelaat het wat nie presies meetbaar was nie.²⁰²

3.2.8 **Wilbur v Kerr**²⁰³

In *Wilbur v Kerr*²⁰⁴ het regter Dudley en Hoofregter Adkinson in die Arkansas *Supreme Court* die deursoetste beginsel van die deliktereg gestel, naamlik dat 'n delikspleger aanspreeklik gehou moet word vir alle skade veroorsaak deur sy nalatigheid.²⁰⁵ Hierdie is 'n beginsel wat die meerderheid regters in uitsprake rakende die berekening van skadevergoeding ten opsigte van grootmaakkoste van 'n onbeplande kind geïgnoreer het ten gunste van 'n ongedefinieerde openbare beleid.

¹⁹⁹ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 724-725 (Ala 1982).

²⁰⁰ *Griswold v Connecticut* 381 US 479 (1965); *Roe v Wade* 410 US 113 (1973); *Doe v Bolten* 410 US 179 (1973).

²⁰¹ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 725-726 (Ala 1982).

²⁰² *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 726-727 (Ala 1982).

²⁰³ *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239-628 SW 2d 568 (1982).

²⁰⁴ *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 628 SW 2d 568 (1982).

²⁰⁵ *Wilbur v Kerr* 275 Ark 244 628 SW 2d 571 (1982). Beide regters verkies om die volle skadevergoedingsbedrag toe te staan, insluitende die "child rearing expenses" met 'n afset teen die waarde van die "child's aid, comfort and society".

3.2.9 Flowers v District of Columbia²⁰⁶

In *Flowers v District of Columbia*²⁰⁷ het regter Ferren gesê dat die bedrag skadevergoeding vir die opvoeding en grootmaak van 'n kind sal afhang van die rede waarom die ouers in die eerste instansie 'n sterilisasie wou hê.²⁰⁸ In *casu* wou die ouers juis 'n sterilisasie hê omdat hulle nie die finansiële las van 'n addisionele vierde kind kon dra nie. Regter Ferren is van mening dat skadevergoeding toegestaan moet word vir die nalatig-uitgevoerde sterilisasie-operasie omdat die familiestabiliteit ondermyn is deur die geboorte van 'n nuweling. Regter Ferren sê voorts dat by oorweging van skadevergoeding, indien 'n situasie hom sou voordoen waar 'n sterilisasie as 'n noodsaaklikheid gesien word om 'n genetiese abnormaliteit in 'n kind of 'n mediese gevaar vir die moeder te voorkom, dit onderskei moet word van die geval waar 'n normale geboorte van 'n gesonde kind volg op 'n mislukte sterilisasie omdat die gevreesde gevolge nie ingetree het nie.²⁰⁹ Regter Ferren is wel bereid om voordele van ouerskap te oorweeg, hoewel hy nie wou toelaat dat emosionele voordele opgeweeg word teen die finansiële nadeel verbonde aan die geboorte van die addisionele kind nie.²¹⁰

3.2.10 Cockrum v Baumgartner²¹¹

In die Illinois *Supreme Court* het regters Clark en Simon in *Cockrum v Baumgartner*²¹² aangevoer dat in die meerderheidsuitspraak rakende skadevergoeding daar 'n teenstrydigheid voorkom. Volgens die agbare

²⁰⁶ *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 1078-1083 (DC 1984).

²⁰⁷ *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 1078-1083 (DC 1984).

²⁰⁸ *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 1079 (DC 1984). Burke 1988 *Pace Law Review* 326 meen hoewel dit 'n gefundeerde uitspraak is, dit tog aanvallend ten opsigte van die eisers is. Burke maak egter hierdie uitlating sonder fundering.

²⁰⁹ *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 1079 (DC 1984).

²¹⁰ *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 1080-1081 (DC 1984).

²¹¹ *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 205-211 447 NE 2d 385 391-394 (1983).

²¹² *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 205-211 447 NE 2d 385 391-394 (1983).

regters begin die meerderheid met die aanname dat daar geen nadeel in die geboorte van 'n normale gesonde kind is nie, vandaar die basis vir die ontkenning van die koste om 'n kind groot te maak en te versorg, hoewel vergoeding vir ander skade of nadele toegelaat word, byvoorbeeld vir die pyn van kindergeboorte, werkstyd verlore as gevolg van kindergeboorte, mediese uitgawes ensovoorts.²¹³ Die argument van die regters word afgesluit met die vraag dat as die geboorte nie 'n nadeel is nie, waarom die ouers dan kompenseer word vir die meegaande pyn? Die regters plaas 'n besondere premie op die behoud en ontwikkeling van familieverhoudinge en laat toe dat die koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind opgeweeg word teen enige voordele wat die ouers mag toeval as gevolg van die geboorte.²¹⁴

3.2.11 **Macomber v Dillman**²¹⁵

Regter Scholnik het in die *Maine Supreme Judicial Court*²¹⁶ die mening gehuldig dat dit inkonsekwent is om skadevergoeding toe te ken aan die ouers vir verlies aan inkomste as gevolg van 'n onmoontlikheid om te werk gedurende swangerskap, terwyl dieselfde vorm geweier word na die geboorte van die kind.²¹⁷ Die sogenaamde openbare beleid waarop die meerderheid van regsprekers steun, ontkom ook nie regter Scholnik se kritiek vanweë die feit dat die fundering waarop dit berus nie duidelik is nie en ook nie verduidelik word nie.²¹⁸

²¹³ *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 205 447 NE 2d 391 (1983).

²¹⁴ *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 208-209 447 NE 2d 392-394 (1983).

²¹⁵ 505 A 2d 810 813-818 (Me 1986).

²¹⁶ *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 813-818 (Me 1986).

²¹⁷ *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 814 (Me 1986).

²¹⁸ *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 814-815 (Me 1986).

3.2.12 Nanke v Napier²¹⁹

In die *Nanke*-saak²²⁰ het regter Wolle dit duidelik gestel dat in die meerderheidsuitsprake die basiese uitgangspunt geïgnoreer word, naamlik dat die vasstelling van skadevergoeding een van die tradisionele rolle van die jurie is. Die regter is van mening dat die berekening van skadevergoeding 'n feitelike vraag is en nie 'n regspraak nie en stem dus gevolglik nie met die meerderheidsbeslissing saam nie. Die meerderheidsuitsprake ontsê die eiseres die geleentheid om feite te bewys rakende haar eie unieke sosio-ekonomiese omstandighede en die redes waarom sy nie 'n kind kan grootmaak nie.²²¹ In die meerderheidsuitsprake word bevind dat ouerskapsvoordele altyd swaarder weeg as die geldelike verpligtinge verbonde aan die grootmaak van 'n kind.

3.2.13 Schork v Huber²²²

Regters Leibson en Vance het in die *Kentucky Supreme Court* in die *Schork v Huber*-saak²²³ die volgende opgemerk:

[P]ublic policy should not extend to making a judgment, as matter of law, that persons have suffered no damages from the foreseeable consequences of a medical procedure ...²²⁴

Regter Leibson is ten gunste van die grootmaakkoste, maar is alleenlik bereid om emosionele skade toe te laat ten opsigte van die geboorte van die kind aangesien fisiese besering en pyn vereis word vir die sogenaamde "emotional distress award".²²⁵ Regter Vance stem met regter Leibson saam behalwe dat

²¹⁹ 346 NW 2d 520 524 (Iowa 1984); Sien ook *Pagitt v City of Keokuk* 206 NW 2d 700 703-704 (Iowa 1973).

²²⁰ *Nanke v Napier* 346 NW 2d 520 524 (Iowa 1984); Sien ook *Pagitt v City of Keokuk* 206 NW 2d 700 703-704 (Iowa 1973).

²²¹ *Nanke v Napier* 346 NW 2d 520 524 (Iowa 1984); Sien ook *Pagitt v City of Keokuk* 206 NW 2d 700 524 (Iowa 1973).

²²² 648 SW 2d 861 (Ky 1983).

²²³ *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 (Ky 1983).

²²⁴ *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 864 (Ky 1983).

²²⁵ *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 866 (Ky 1983).

hy addisionele emosionele nadeel wou kompenseer ten opsigte van die grootmaak van die kind omdat dit ook direk vloei uit die operasie.²²⁶

3.2.14 **Mason v Western Pennsylvania Hospital**²²⁷

Die Pennsylvania *Supreme Court* het by monde van Hoofregter O'Brien en regter Flaherty in die saak van *Mason v Western Pennsylvania Hospital*²²⁸ gesê dat indien die hof koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind gebore met genetiese defekte toestaan aan ouers, dieselfde reëling behoort te geld vir die ouers van 'n normale kind.²²⁹ Die regters sê voorts dat die oorwegende faktor wat aanleiding gee tot voorsienbare skade, die dokter se nalatigheid is en nie die kind se mediese toestand nie. Regter Larson²³⁰ meen dat dit baie belangrik is om die koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind so te bereken dat die emosionele voordele verbonde aan 'n kind alleenlik opgeveeg moet word teen die emosionele trauma om 'n kind groot te maak en nie teen die daadwerklike finansiële koste van kind grootmaak nie.

3.2.15 **Beardsley v Wierdsma**²³¹

In die *Beardsley*-saak²³² het Hoofregter Rose in die Wyoming *Supreme Court* nie met die meerderheidsbeslissing saamgestem nie. Daar is deur die meerderheid aangevoer dat Wyoming 'n openbare beleid het wat die koste verbonde aan die grootmaak van die kind teenstaan. Tog voer Hoofregter Rose aan dat daar 'n staatsprogram in Wyoming bestaan wat uitdruklik van die teenoorgestelde standpunt getuig deur bystand aan gesinsbeplanning te

²²⁶ *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 867 (Ky 1983).

²²⁷ *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 488 453 A 2d 974 977 (1982).

²²⁸ *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 453 A 2d 974 (1982).

²²⁹ *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 488 453 A 2d 974 977 (1982).

²³⁰ *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 496 n 1 453 453 A 2d 974 981 n 1 (1982).

²³¹ 650 P 2d 288 293 296-297 (Wyo 1982).

²³² *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 293 296-297 (Wyo 1982).

gee.²³³ Hoofregter Rose laat wel koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind toe, met 'n gepaste opweeg daarvan teen die voordele verbonde aan die byvoeging van hierdie kind tot die gesin en wys daarop dat voordele sal verskil na gelang van die omstandighede van die ouers.²³⁴

3.2.16 McKernan v Aasheim²³⁵

In *McKernan v Aasheim*²³⁶ het me McKernan ondanks 'n sterilisasie swanger geraak waarna 'n gesonde kind gebore is. Die McKernans het dr Aasheim gedagvaar op grond van nalatige optrede, gebrek aan ingeligte toestemming, waarborgbreuk en inbreukmaking op die egpaar se grondwetlike reg om toekomstige swangerskappe te voorkom. Die grootmaakkoste verbonde aan die onbeplande kind was weer die knelpunt.

Hoewel die Washington *Supreme Court* daarop gedui het dat die meeste jurisdiksies grootmaakkoste weier as vorm van skadevergoeding, het dit die redes vir die weiering as onindrukwekkend bestempel.²³⁷ Tog het dié hof voortgegaan en grootmaakkoste geweier.

In *McKernan v Aasheim*²³⁸ het die hof bevind dat die bestaan van grootmaakkoste net "te ver gaan" omdat 'n kind veel meer as 'n ekonomiese verpligting is - inteendeel, 'n kind verskaf aan die ouer "love, companionship, a sense of achievement ...".²³⁹ Die hof gee toe dat ingevolge die "benefit offset rule" die voordele van ouerskap opgeweeg word teen die grootmaakkoste maar dui twee redes aan waarom dit nie in die staat Washington toegepas word nie.²⁴⁰ Skadevergoeding is te spekulatief van aard in terme van die

²³³ *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 293 296-297 (Wyo 1982).

²³⁴ *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 293-297 (Wyo 1982).

²³⁵ 102 Wash 2d 411 687 P 2d 850 (1984).

²³⁶ 102 Wash 2d 411 687 P 2d 850 (1984).

²³⁷ *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 418 687 P 2d 850 854 (1984).

²³⁸ 102 Wash 2d 411 419 687 P 2d 850 854 (1984).

²³⁹ *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 419 687 P 2d 850 854 (1984).

²⁴⁰ *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 419-420 687 P 2d 850 855 (1984).

"benefit offset rule" omdat die emosionele voordele van ouerskap nie met redelike sekerheid bereken kan word nie. Emosionele voordele kan varieer afhangende of die kind "turns out to be loving, obedient and attentive, or hostile, unruly or callous" en of die kind opgegroe het "to be the President of the United States, or to be an infamous criminal".²⁴¹ Ouers word tweedens ook in die moeilike posisie geplaas sou die "benefit offset rule" toegepas word deur van hulle te verg om aan te dui dat die kind se waarde vir hulle nie so groot was nie ten einde die maksimum grootmaakkoste te verhaal.²⁴² 'n Verdere grond waarop grootmaakkoste geweier is, was die emosionele nadeel wat die kind sou ly wanneer hy of sy sou verneem dat hy of sy onbepland of ongewens was en 'n vreemde vir sy of haar onderhoud moet betaal.²⁴³ Deur grootmaakkoste toe te staan sou dit indruis teen die openbare beleid, naamlik

... it is a question which meddles with the concept of life and the stability of the family unit ... [and] will undermine society's need for a strong and healthy family relationship.²⁴⁴

Die hof staan wel skadevergoeding in die vorm van uitgawes verbonde aan die mislukte sterilisasie, swangerskap en geboorte, asook kompensasie vir pyn en lyding en verlies aan *consortium* wat met die mislukte sterilisasie, swangerskap en geboorte gepaard gegaan het, toe.²⁴⁵

Burke²⁴⁶ is van mening dat dié minderheidsiensing wel nog 'n meerderheidsiensing kan word.²⁴⁷ Te oordeel aan die uitsprake in die negentigs en met die draai van die eeu, het die Amerikaanse howe nog lank nie klaar met die

²⁴¹ *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 419-420 687 P 2d 850 855 (1984).

²⁴² *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 419-420 687 P 2d 850 855 (1984).

²⁴³ *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 418-421 687 P 2d 850 855-856 (1984).

²⁴⁴ *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 418-421 687 P 2d 850 856 (1984); *Wilbur v Kerr* 628 SW 2d 568 571 (Ark 1982).

²⁴⁵ *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 421 687 P 2d 850 855 (1984).

²⁴⁶ Burke 1988 *Pace Law Review* 329.

²⁴⁷ Sien ook *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 (DC 1984).

sogenaamde koste verbonde aan die grootmaak van 'n onbeplande kind gehandel nie.²⁴⁸

3.2.17 **Burke v Rivo**²⁴⁹

In die *Burke*-saak²⁵⁰ is die Burke-egpaar deur dr Rivo verseker dat me Burke nie na die uitvoering van 'n sterilisasie weer swanger sou word nie. Vanweë finansiële probleme²⁵¹ wou die Burke's geen verdere kinders hê nie²⁵² en wou me Burke weer begin werk. Dr Rivo het die sterilisasie gedoen.²⁵³ 'n Vierde gesonde kind word gebore na 'n mislukte sterilisasie as gevolg van rekanalisasie van die linker Fallopiusbuis.²⁵⁴ Die Burke's het beweer dat dr Rivo nagelaat het om die risiko van rekanalisasie, hoe gering ookal, uit te wys, waarop me Burke 'n ander meer betroubare sterilisasieprosedure sou kies.²⁵⁵

Die Burke's het skadevergoeding geëis wat direk uit die ongewenste geboorte spruit, genoegdoening vir die emosionele verleentheid as gevolg van die ongewenste swangerskap en vergoeding van die koste verbonde aan die grootmaak van die kind.²⁵⁶ Die verhoorhof²⁵⁷ het die berekening van skadevergoeding aan die *State Appeal Court* oorgelaat wat die kwessie weer

²⁴⁸ "Childrearing expenses" *Burke v Rivo* 406 Mass 764 551 NE 2d 1 (1990).

²⁴⁹ 406 Mass 764 551 NE 2d 1 (1990).

²⁵⁰ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 551 NE 2d 1 (1990).

²⁵¹ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 551 NE 2d 1 2 (1990).

²⁵² Binne ses jaar het me Burke drie kinders en 'n miskraam gehad.

²⁵³ Laparoskopie bilaterale buisafbinding deur middel van bipolarêre kouterisering – die Fallopiusbuis word afgebind en deurgebrand, waarna dit hard word. *Burke v Rivo* 406 Mass 764 765-766 551 NE 2d 1 2 (1990).

²⁵⁴ Rekanalisasie is die spontane heropening of herhegting van die Fallopiusbuis waarvan 1 tot 3 uit 'n 1000 plaasvind. *Hartke v McKeiway* 707 F 2d 1544 1547 (DC Cir 1983) *cert denied* 464 US 983 (1983).

²⁵⁵ Na die geboorte van die vierde onbeplande kind het me Burke 'n tweede operasie ondergaan waartydens die baarmoeder verwyder is ("bilateral salpingectomy").

²⁵⁶ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 551 NE 2d 1 (1990).

²⁵⁷ Massachusetts Middlesex Superior Court.

na die Massachusetts *Supreme Judicial Court* verwys het.²⁵⁸ Die regspraak was:

What is the measure of damages in an action claiming (a) breach of a guarantee that a surgical procedure would forever prevent pregnancy; and (b) negligence in performing that procedure, where the child born as a result of the pregnancy was in every way normal and healthy?"²⁵⁹

Die hof het beslis dat 'n geneesheer aanspreeklik kan wees vir skadevergoeding as gevolg van die nalatige uitvoer van 'n sterilisasie of verbreking van 'n waarborg ten opsigte van so 'n prosedure.²⁶⁰

Indien die *Burke's* nalatige optrede kon bewys, wat inderdaad die geval was, kon hulle die grootmaak- en opvoedingskoste eis. Die hof het bevind dat die grootmaakkoste redelik voorsienbaar is en 'n natuurlike en moontlike gevolg²⁶¹ van die nalatige optrede van die geneesheer is. Volgens die hof het daar ook nie openbare beleidsoorwegings bestaan wat sodanige koste sou uitsluit of verminder nie.²⁶² Die meerderheidsbeslissing het bevind dat skadevergoeding en genoegdoening die grootmaakkoste en die emosionele verleenheid verbonde aan die onbeplande kind, insluit.²⁶³ Tog bevind die hof dat die vraag of grootmaakkoste toegestaan moet word deur die jurie beslis moet word en dié word versoek om die nadelige gevolge (insluitende die

²⁵⁸ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 765 551 NE 2d 1 2 (1990). Die verhoorregter het op twee aspekte gedui by die berekening van skadevergoeding, naamlik (1) die beweerde nalatigheid van die geneesheer in die uitvoering van die sterilisasie en (2) die geneesheer se beweerde waarborg dat die sterilisasie swangerskappe sal uitskakel.

²⁵⁹ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 n2 551 NE 2d 1 2 n2 (1990).

²⁶⁰ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 765 551 NE 2d 1 2 n2 (1990).

²⁶¹ Die nadelige gevolg (swangerskap) spreek vanself vir die nalatige optrede van die geneesheer.

²⁶² *Burke v Rivo* 406 Mass 764 769 551 NE 2d 1 4 (1990).

²⁶³ Die volgende skadevergoeding is toegestaan: vir verlies aan verdienvermoë, mediese uitgawes van die bevalling en versorging na die geboorte, koste verbonde aan die versorging van die ander kinders terwyl die vrou nie in staat was om by te dra tot die versorging nie, koste vir die tweede sterilisasie-operasie en enige uitgawes verbonde aan die operasie, die man se verlies aan *consortium*, die vrou se pyn en lyding in verband met die swangerskap en geboorte en die tweede sterilisasieprosedure en vir die emosionele ontwrigting as gevolg van die ongewenste swangerskap. *Burke v Rivo* 406 Mass 764 767-768 551 NE 2d 1 3-4 (1990).

grootmaakkoste) wat ingetree het as gevolg van die geneesheer se nalatige optrede op te weeg teen die huidige en toekomstige voordele verbonde aan die vreugde van 'n kind vir die Burke's.²⁶⁴

Die hof het bevind dat alle skade of nadeel direk verbonde aan die geboorte van 'n onbeplande kind geëis kan word.²⁶⁵ Die hof se verdere bevinding was dat die koste verbonde aan die grootmaak van die kind ook verhaal kan word.²⁶⁶ Die beslissing was egter beperk tot sterilisasies wat uit hoofde van ekonomiese oorwegings plaasvind.²⁶⁷

Die minderheidsbeslissing het die meerderheid van vorige beslissings ondersteun waarin die koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind om openbare redes geweier is.²⁶⁸

Die hof wat die *Burke*-beslissing gegee het, was op daardie stadium onbewus van die meer liberale uitspraak in *Marciniak v Lundborg*²⁶⁹ en het die destydse Wisconsin-presedent *Rieck v Medical Protective Co*²⁷⁰ nagevolg.

Ondanks die feit dat me Paula Marciniak in 1981 'n sterilisasie-operasie ondergaan het, skenk sy geboorte aan 'n gesonde kind in 1983. Me Marciniak het tydens die hofgeding teen die geneesheer aangevoer dat sy nie verder orale kontraseptiewe middels wou gebruik nie en dat sy nie nog 'n kind

²⁶⁴ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 772 551 NE 2d 1 6 (1990); *Hartke v McKelway* 707 F 2d 1544 1551-1552 (DC Cir 1983); *cert denied* 464 US 983 (1983); *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 667 P 2d 1294 1298 (Ariz 1983); *Ochs v Borrelli* 445 A 2d 883 884 (Conn 1982); *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 175 (Minn 1977).

²⁶⁵ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 551 NE 2d 1 3 (1990). Dit sluit ook genoegdoening vir emosionele verleentheid in. Die meerderheid van jurisdiksies in die VSA huldig dié uitspraak.

²⁶⁶ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 551 NE 2d 1 3 (1990). Hierdie uitspraak word deur die minderheid van jurisdiksies gehandhaaf.

²⁶⁷ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 769 772 551 NE 2d 1 4-6 (1990). Die kansse lyk skraal om in geval van eugenetiese en terapeutiese sterilisasies grootmaakkoste te verhaal.

²⁶⁸ Die openbare beleid verseg om 'n kind se lewe as nadeel te beskou en is ook die mening toegedaan dat grootmaakkoste 'n potensiële negatiewe effek op die gesin en kind het. *Burke v Rivo* 406 Mass 764 775 551 NE 2d 1 7 (1990).

²⁶⁹ 153 Wis 2d 59 450 NW 2d 243 (Wis 1990).

²⁷⁰ 219 NW 2d 242 (Wis 1974).

beplan het nie. Sy het egter weens godsdienstige oortuiging nie haar weg oopgesien om die kind te laat aborteer of op te gee vir aanneming nie.²⁷¹

Die verhoorhof het in die guns van die Marciniaks beslis en wel die grootmaakkoste van 'n onbeplande kind toegestaan, welke koste die hof beslis het, afgeweg moet word teen enige voordele wat die ouers uit so 'n onbeplande kind kry. Die Wisconsin *Court of Appeal*²⁷² het die beslissing tersyde gestel op grond van openbare oorwegings. Geen grootmaakkoste is toegestaan nie.

Die Wisconsin *Supreme Court* het 'n hersiening toegestaan waarop beslis moes word of grootmaakkoste verhaalbaar is of nie en of die koste afgeweg moet word teen die voordele verbonde aan so 'n kind vir sy ouers.²⁷³

Die Wisconsin *Supreme Court* het die appèlhof se beslissing tersyde gestel²⁷⁴ en die eisers toegelaat om al die koste betrokke by die grootmaak van 'n kind tot meerderjarige ouderdom te verhaal. Dié koste moes ook nie afgeweg word teen die voordele vir die ouers nie. Die Wisconsin *Supreme Court* het in die uitspraak basiese deliktuele beginsels toegepas deur die delikspleger deliktueel aanspreeklik te hou vir die goedmaak van die skade voortspruitend uit sy nalatige optrede.

3.2.18 Marciniak v Lundborg²⁷⁵

Met die *Marciniak*-beslissing is die presedent in *Rieck v Medical Protective Co*²⁷⁶ nie nagevolg nie en die voordeelafweging-reël²⁷⁷ is die nekslag toegedien met dié uitspraak:

²⁷¹ *Marciniak v Lundborg* 153 Wis 2d 59 450 NW 2d 243 244 (1990).

²⁷² *Marciniak v Lundborg* 153 Wis 2d 59 450 NW 2d 243 244 (1990).

²⁷³ *Marciniak v Lundborg* 153 Wis 2d 59 450 NW 2d 243 245-246 (1990).

²⁷⁴ *Marciniak v Lundborg* 153 Wis 2d 59 450 NW 2d 243 245-248 (1990). *MA v United States* 951 P 2d 851 (Alaska 1998).

²⁷⁵ 153 Wis 2d 59 450 NW 2d 243 244 (1990).

²⁷⁶ 219 NW 2d 242 (Wis 1974).

²⁷⁷ "Benefit offset rule" *Marciniak v Lundborg* 153 Wis 2d 59 450 NW 2d 243 249 (1990).

[a]ny 'benefits' that were conferred upon them as a result of having a new child in their lives were not asked for and were sought to be avoided ... When parents make the decision to forego this opportunity for emotional enrichment, it hardly seems equitable to not only force this benefit upon them but to tell them they must pay for it as well by offsetting it against their proven emotional damages.

Die korrekte aanwending van die voordeelafweging-reël volgens die hof beteken dat dieselfde belang se voor- en nadeel teen mekaar opgeweeg word. Indien die finansiële las (nadeel) verbonde aan die grootmaak van 'n onbeplande kind vergoed word, moet die finansiële voordeel verbonde aan die grootmaak van dié kind en nie die emosionele voordeel verbonde daaraan, daarteen opgeweeg word. Die letterlike toepassing van die *Restatement (Second) of Torts*²⁷⁸ skakel meteen die moeilike berekening van emosionele voordeel na waarde en opweging uit.

3.2.19 **Lovelace Medical Center v Mendez**²⁷⁹

In 1991 is *Lovelace Medical Center v Mendez*²⁸⁰ beslis en het die New Mexico *Supreme Court* bevind dat grootmaakkoste verhaal kan word sonder om dit op te weeg teen die emosionele voordele²⁸¹ verbonde aan die geboorte van 'n kind. Die hof het ook nie die verhalings van skadevergoeding beperk tot sterilisasies vir ekonomiese redes nie.²⁸²

Die nadeel wat die partye getref het was tweeledig van aard,²⁸³ naamlik (1) ondanks haar keuse tot sterilisasie is die vrou nie gesteriliseer nie en (2) ongeag die rede vir die sterilisasie, is die ouers benadeel ten aansien van die ekonomiese stabiliteit van hulle gesin.

²⁷⁸ 920 (1979).

²⁷⁹ 805 P 2d 603 (NM 1991).

²⁸⁰ 805 P 2d 603 (NM 1991).

²⁸¹ *Lovelace Medical Center v Mendez* 805 P 2d 603 612 (NM 1991).

²⁸² *Lovelace Medical Center v Mendez* 805 P 2d 603 612 (NM 1991).

²⁸³ *Lovelace Medical Center v Mendez* 805 P 2d 603 610 (NM 1991).

Die hof het bevind dat:

The undesired costs of raising another child to adulthood – costs which they had striven to avoid and had engaged ... [the physician] to help them avert – were suddenly thrust upon them. This was a detriment to their pecuniary advantage – i.e. harm.²⁸⁴

Verder bevind die hof:

The question is not whether the birth of the baby is a legal harm, or an injury; it is whether the damages that may be awarded for the harm that indisputably was inflicted on extend to the reasonable costs of raising the baby to adulthood.²⁸⁵

'n Ekonomiese belang is volgens die hof 'n beskermde regsbelang en inbreukmaking daarop regverdig skadevergoeding. Koste verbonde aan die grootmaak en opvoeding van die kind word toegelaat.²⁸⁶

Hierdie beslissing in die *Lovelace*-saak was te verwelkom en het geensins die gemeenskapsopvatting oor "sanctity of life" aangetas nie, maar eerder erkenning verleen aan die finansiële behoeftes van gesinne en hulle keuse om konsepsie te verhoed.²⁸⁷

Kort na die *Lovelace*-beslissing het die Missouri *Court of Appeal* in *Girdley v Coats*²⁸⁸ die grootmaakkoste vir 'n onbeplande kind toegestaan op dieselfde basis²⁸⁹ as in die voorafgaande twee beslissings.²⁹⁰ Die skadevergoedingsbe-

²⁸⁴ *Lovelace Medical Center v Mendez* 805 P 2d 603 610 (NM 1991).

²⁸⁵ *Lovelace Medical Center v Mendez* 805 P 2d 603 608 (NM 1991).

²⁸⁶ *Lovelace Medical Center v Mendez* 805 P 2d 603 611 (NM 1991).

²⁸⁷ *Lovelace Medical Center v Mendez* 805 P 2d 603 619 (NM 1991). "We will not, in the name of the sanctity of human life, adopt a policy that increases the financial burdens on parents who have chosen to avoid the additional expense of raising a child. To do so would only further weaken the family as institution."

²⁸⁸ No 17117 1991 WL 116734 (Mo Ct App July 3 1991). Sien ook *Cruzan v Harmon* 760 SW 2d 408 (1990).

²⁸⁹ "Full recovery rule".

²⁹⁰ *Marciniak v Lundborg* 153 Wis 2d 59 450 NW 2d 243 249 (1990); *Lovelace Medical Center v Mendez* 805 P 2d 603 (NM 1991).

drag sou volgens die hof nie 'n onredelike las op die verweerder-geneesheer plaas nie.

3.2.20 *Girdley v Coats*²⁹¹

In *Girdley v Coats*²⁹² was die hof nie so oortuig dat die staat se "pro life" en "sanctity of life"²⁹³ relevant was nie en het skadevergoeding toegestaan omdat die hof van mening was dat die miskenning van 'n verhaalsreg ten opsigte van skadevergoeding dalk 'n aborsie van die onbeplande kind kan meebring.²⁹⁴ Die uitspraak is egter in die *Missouri Supreme Court* tersyde gestel en 'n beperkte skadevergoeding is toegestaan.²⁹⁵

In *Girdley v Coats*²⁹⁶ het die ouers 'n aksie vir mediese wanpraktyk teen die geneesheer wat 'n sterilisasie nalatig uitgevoer het, ingestel. Die ouers het skadevergoeding geëis vir die redelike grootmaakkoste van 'n gesonde kind. Die *Missouri Supreme Court* het die delik²⁹⁷ "wrongful conception" erken maar beslis dat die ouers nie grootmaakkoste kan verhaal nie. Skadevergoeding wat wel verhaal mag word is voor- en nageboortelike mediese uitgawes, pyn en lyding gedurende die swangerskap en bevalling, verlies aan *consortium*, koste van 'n tweede sterilisasieprosedure, emosionele ongerief, verlies aan verdienste, pyn en lyding gepaardgaande met die tweede korrektiewe prosedure en enige permanente benadeling veroorsaak deur die swangerskap, bevalling of tweede korrektiewe prosedure.

²⁹¹ No 17117 1991 WL 116734 (Mo Ct App July 3 1991).

²⁹² No 17117 1991 WL 116734 (Mo Ct App July 3 1991).

²⁹³ No 17117 1991 WL 116734 (Mo Ct App July 3 1991). Vanweë 'n "pro life" beleid het die Staat van Missouri wetgewing uitgevaardig wat die aksies "wrongful birth" en "wrongful life" verbied. Mo Rev Stat § 1.205 (1986); *Webster v Reproductive Health Services* 492 US 490 506 (1989).

²⁹⁴ No 17117 1991 WL 116734 (Mo Ct App July 3 1991).

²⁹⁵ *Girdley v Coats* 825 SW 2d 295 (Mo 1992). Sien ook *Byrd v Wesley Medical Center* 699 P 2d 459 468 (Kan 1985); *Wilbur v Kerr* 628 SW 2d 568 571 (Ark 1982); *Cockrum v Baumgartner* 447 NE 2d 385 389 (Ill 1983).

²⁹⁶ 825 SW 2d 295 (Mo 1992); *Hinshaw en Culbertson* 1992 *Hinshaw Reports* : Torts 32.

²⁹⁷ "Tort".

3.2.21 Emerson v Magendantz²⁹⁸

In *Emerson v Magendantz*²⁹⁹ dagvaar die ouers van 'n onbeplande gestremde kind die geneesheer, wat 'n mislukte sterilisasie uitgevoer het, vir skadevergoeding. Die Rhode Island *Supreme Court* het bevind dat die ouers 'n deliksaksie het³⁰⁰ waar 'n geneesheer 'n nalatige sterilisasie uitgevoer het en 'n onbeplande kind gevolglik gebore word. Die hof het voorts bevind dat indien die onbeplande kind gesond is, die ouers vir verskeie uitgawes en verliese kan eis,³⁰¹ maar nie vir emosionele nadeel nie en indien die kind

²⁹⁸ 689 A 2d 409 (1997).

²⁹⁹ 689 A 2d 409 (1997).

³⁰⁰ Slegs een staat naamlik Nevada, erken nie die eisoorzaak nie. *Szekeres v Robinson* 102 Nev 93 715 P 2d 1076 (1986). Hoewel daar nie in Nevada deliktueel ageer kan word nie, kan daar wel op grond van kontrakbreuk ageer word. *Szekeres v Robinson* 102 Nev 93 715 P 2d 1076 1079 (1986). In die *Emerson*-saak verwys die hof na die volgende gesag ter erkenning van die aksie: *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 136 Ariz 597 667 P 2d 1294 (1983); *Ochs v Borelli* 187 Conn 253 445 A 2d 883 (1982); *Jones v Malinowski* 299 Md 257 473 A 2d 429 (1984); *Burke v Rivo* 406 Mass 764 551 NE 2d 1 (1990); *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn 1977); *Marciniak v Lundborg* 153 Wis 2d 59 450 NW 2d 243 (1990).

³⁰¹ *Emerson v Magendantz* 689 A 2d 409 (1997). 'n Eis vir mediese uitgawes voortspruitend uit die onsuksesvolle sterilisasie, mediese en hospitaalkoste van die swangerskap, koste aangegaan vir die daaropvolgende sterilisasie, verlies aan inkomste, verlies aan *consortium*, mediese uitgawes vir voorgeboortelike sorg, die bevalling en nageboortelike sorg. Die hof het die "limited recovery rule" toegepas en het na die volgende beslissings verwys: *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 (Ala 1982); *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 628 SW 2d 568 (1982); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 (Del 1975) gedeeltelik gewysig deur *Garrison v Medical Center of Delaware Inc* 581 A 2d 288 (Del 1990); *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 (DC App 1984); *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 (Fla Dist Ct App 1980); *Fulton-DeKalb Hospital Authority v Graves* 252 Ga 441 314 SE 2d 653 (1984); *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 69 Ill Dec 168 447 NE 2d 385 *cert denied*, 464 US 846 104 S Ct 149 78 L Ed 2d 139 (1983); *Garrison v Foy* 486 NE 2d 5 (Ind Ct App 1985); *Nanke v Napier* 346 NW 2d 520 (Iowa 1984); *Byrd v Wesley Medical Center* 237 Kan 215 699 P 2d 459 (1985); *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 (Ky 1983); *Pitre v Opelousas General Hospital* 530 So 2d 1151 (La 1988); *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 (Me 1986); *Rinard v Biczak* 177 Mich App 412 287 NW 2d 441 (1989); *Girdley v Coats* 825 SW 2d 295 (Mo banc 1992); *Kingsbury v Smith* 122 NH 237 442 A 2d 1003 (1982); *Hitzemann v Adam* 246 Neb 201 518 NW 2d 102 (1994); *P v Portadin* 179 NJ Super 465 432 A 2d 556 (1981); *O'Toole v Greenberg* 64 NY 2d 427 488 NY S 2d 143 477 NE 2d 445 (1985); *Jackson v Bumgardner* 318 NC 172 347 SE 2d 743 (1986); *Johnson v University Hospital of Cleveland* 44 Ohio St 3d 49 540 NE 2d 1370 (1989); *Morris v Sanchez* 746 P 2d 184 (Okla 1987); *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 453 A 2d 974 (Pa 1982); *Smith v Gore* 728 SW 2d 738 (Tenn 1987); *Crawford v Kirk* 929 SW 2d 633 (Tex App 1996); *CS v Nielson* 767 P 2d 504 (Utah 1988); *Miller v Johnson* 231 Va 177 343 SE 2d 301 (1986); *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 687 P 2d 850 (1984) (*en banc*); *James G v*

gestremde gebore word mag die ouers afgesien van die gewone grootmaak-koste, ook eis vir spesiale mediese en opvoedkundige uitgawes sowel as vir emosionele nadeel.

3.2.22 Burns v Hanson³⁰²

In 1999 word *Burns v Hanson*³⁰³ beslis. Die wanpraktyksaksie is gebaseer op nalatigheid en is ingestel deur 'n erg gestremde³⁰⁴ vrou wat geboorte geskenk het aan 'n gesonde kind. Daar is deur die eiseres aangevoer dat die geneesheer in verskeie opsigte nalatige mediese behandeling aan haar verskaf het. Die geneesheer was bewus van haar gestremde toestand en dat dit medies gesproke ongewens sou wees dat sy swanger raak; die geneesheer het die eiseres adviseer dat sy steriel was en versuim om haar vroeg in die tweede trimester oor haar swangerskap in te lig. Aanvanklik het die eiseres geëis vir fisiese besering, insluitende 'n volle swangerskap, geboorte en verslegting van haar sklerose; sy het ook vir pyn en emosionele ongerief geëis vir haar onvermoë om die kind te versorg asook koste vir die versorging van die kind.³⁰⁵ Op appèl het die eiseres aangevoer dat die uitspraak ter syde gestel

Caserta 175 W Va 406 332 SE 2d 872 (1985); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 (Wyo 1982). Die minderheidsuitspraak ten gunste van volle skadevergoeding ("full recovery rule") bevredig baie meer in dié geval. "I believe in the old adage that liability breeds responsibility and in medical malpractice litigation stemming from a physician's negligence, it has been and should be the rule that a victim of negligence ought to be compensated fully by the negligent tortfeasor. Judicially created exceptions to that rule serve only to inject confusion into it and render it not only difficult for litigants to identify but also to rely upon." *Emerson v Magendantz* 689 A 2d 409 421 (1997). Sien die belang van die minderheidsuitspraak in die bespreking van 3.3.2. Die problematiek rakende die berekening van skadevergoeding met besondere verwysing na koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind: "full recovery rule".

³⁰² - A 2d - 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999).

³⁰³ - A 2d - 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999).

³⁰⁴ Veelvuldige sklerose.

³⁰⁵ Die verhoorhof het die eis vir die versorgingskoste van 'n gesonde kind gekrap en ondanks die feit dat die verweerder erken het dat hy versuim het om die eiseres se swangerskap te diagnoseer, het die verhoorhof in sy guns bevind.

moet word omdat die verhoorhof³⁰⁶ (1) nie 'n eis vir grootmaakkoste van 'n gesonde kind wou erken nie; (2) die geboorte van 'n gesonde kind nie as 'n kompenseerbare nadeel beskou het nie; (3) die verklaring van die eiseres oor of sy haar swangerskap sou beëindig het op 14 weke as spekulatief beskou het; (4) geag het dat eiseres 'n plig het om haar skade te beperk; (5) voordele verbonde aan 'n gesonde kind opgeweeg het teen die nadele om die kind groot te maak; (6) geweier het om getuienis toe te laat rakende ekonomiese nadeel vir die periode tussen die kind se geboorte en die verhoordatum.

Die hof het geen onderskeid getref tussen nalatige sterilisasie en nalatige advies rakende die steriliteit en swangerskap van die eiseres nie en die hof het ook nie onderskeid getref tussen 'n kind gebore met gebreke en 'n gesonde kind (*in casu*) nie. Bogenoemde onderskeid sou volgens die hof nie die toepaslikheid van die *Ochs*-saak³⁰⁷ ondermyn nie.³⁰⁸

Die verweerder het aangevoer dat die eiseres nie weens ekonomiese redes nie kinders wou hê nie, maar om gesondheidsredes en daarom is die eiseres nie geregtig om koste te verhaal vir die grootmaak van die kind nie. Volgens die hof strook dit hoegenaamd nie met die beginsel dat dit die plig van 'n delikspleger is om aanspreeklikheid te dra vir alle skade wat hy veroorsaak het nie.³⁰⁹ Die hof het ook erkenning verleen aan die fundamentele reg om kontraseptiewe middels te gebruik ten einde die geboorte van 'n onbeplande en ongewenste kind te voorkom.³¹⁰

Die eiseres se eis gebaseer op nalatigheid/wanpraktyk strek oor die duur van haar behandeling deur die geneesheer insluitende die beweerde nalatige advies oor haar steriliteit, gevolg deur die beweerde nalatige diagnose van

³⁰⁶ *Burns v Hanson* - A 2d - 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999) 5.

³⁰⁷ *Ochs v Borrelli* 187 Conn 253 258 445 A 2d 883 (1982).

³⁰⁸ *Burns v Hanson* - A 2d - 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999) 5 6.

³⁰⁹ *Burns v Hanson* - A 2d - 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999) 5 7.

³¹⁰ *Burns v Hanson* - A 2d - 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999) 5 7.

haar swangerskap, 'n swangerskap waarteen die geneesheer vanweë die pasiënt se sklerose haar voortdurend gewaarsku het.³¹¹

Die eiseres, so het die hof beslis,³¹² sal nie geregtig wees om skadevergoeding te verhaal nie mits sy vir die eis gebaseer op mediese wanpraktyk die volgende kon bewys: (1) die bestaan van 'n geneesheer-pasiëntverhouding ten tye van die gewraakte doen of late; (2) die standaard van sorg wat deur die geneesheer aan die dag gelê moet word; (3) die feit dat die geneesheer afgewyk het van die vereiste standaard en (4) die afwyking die direkte oorsaak van die eiser se nadeel was. Eiseres kon dit bewys.

Die verhoorhof het deur sy beslissing dit onmoontlik vir die eiseres gemaak om haar saak te stel met die oog op skadevergoeding. Die verhoorhof het haar nie toegelaat om te getuig oor wat sy sou doen as sy behoorlik en tydig te wete gekom het van haar swangerskap nie. Die verhoorhof het ook die reëling gemaak dat die eiseres die bewyslas dra om aan te toon dat sy haar swangerskap sou beëindig het as dit nie vir die vertraagde diagnose was nie.³¹³

Hierop laat die hof van appèl hom soos volg uit.³¹⁴

We are not persuaded that an offer of proof was required in this case, because there was no such gap in the plaintiff's case. It is clear from the record what the plaintiff's answer would have been. The contention that the plaintiff had missed an opportunity to exercise her right to terminate her pregnancy was fundamental to the plaintiff's legal theory that the defendant's negligence had caused her harm. The plaintiff's fifth amended complaint (which ultimately went to the jury) alleges: 'As a proximate result and direct consequence as hereinabove described, [the plaintiff] suffered and will

³¹¹ *Burns v Hanson* - A 2d - 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999) 5 8.

³¹² *Burns v Hanson* - A 2d - 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999) 5 8.

³¹³ *Burns v Hanson* - A 2d - 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999) 5 9.

³¹⁴ *Burns v Hanson* - A 2d - 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999) 5 10-11.

continue to suffer severe physical injuries, including but not limited to: carrying a pregnancy to term [and] giving birth to a child ...' Implicit in that claim is the allegation that the plaintiff would not have carried her pregnancy to term had she learned of her condition in April, 1993. The trial court's jury instruction recognized that this allegation was at the core of the plaintiff's complaint against the defendant.

It is, therefore, clear to us, as it was to the parties and the trial court, that the plaintiff was prepared to answer that she would have aborted her pregnancy in April, 1993. In light of the present record, a specific offer of proof of what the plaintiff's answer would have been is not necessary for us to review the evidentiary ruling or its harmfulness.

Die eiseres se weergawe van wat sy sou doen as sy tydlig en volledig ingelig was oor die swangerskap is ook nie spekulatief nie. Haar keuse is lankal in oorleg met haar man gedoen by die aanhoor van die feit dat sy veelvuldige sklerose het, 'n keuse van geen verdere kinders nie.³¹⁵ Die eiseres se weergawe sou die jurie gehelp het om haar eis na behore te evalueer. Dit was 'n misbruik van diskresie deur die verhoorhof om hierdie weergawe uit te sluit.³¹⁶ Eiseres is geregtig op 'n nuwe verhoor en word toegelaat om getuienis aan te voer rakende die geneesheer se aanspreeklikheid asook getuienis rakende die koste om 'n gesonde kind groot te maak.³¹⁷

3.2.23 *Simmerer v Dabbas*³¹⁸

In 2000 word *Simmerer v Dabbas*³¹⁹ beslis. Vyftien maande na die geboorte van 'n onbeplande kind, sterf die kind aan 'n hartsiekte. Hy was die derde kind van die *Simmerer*-egpaar en is gebore nadat dr *Dabbas* 'n nalatige en onsuksesvolle sterilisasie uitgevoer het. Skadevergoeding wat geëis is sluit

³¹⁵ *Burns v Hanson* - A 2d - 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999) 5 12.

³¹⁶ *Burns v Hanson* - A 2d - 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999) 5 13.

³¹⁷ *Burns v Hanson* - A 2d - 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999) 5 14.

³¹⁸ (2000) 89 Ohio St 3d 586 Ohio Lawyers Weekly www.ohiolawyersweekly.com.

³¹⁹ (2000) 89 Ohio St 3d 586 Ohio Lawyers Weekly www.ohiolawyersweekly.com.

in swangerskapverwante koste, pyn en lyding, verlies aan inkomste gedurende die swangerskap en bevalling, die kind se mediese uitgawes en emosionele ongerief om só 'n kind te versorg. Ten opsigte van die swangerskapverwante koste, is die saak buite die hof geskik. Eise vir emosionele ongerief en die mediese rekeninge van die kind word in dispuut geplaas (nie-swangerskapverwante koste).

Die *Simmerers* kon nie daarin slaag om te bewys dat Dabbas se nalatigheid die oorsaak was van die mediese uitgawes van die kind en die emosionele ongerief wat met die kind se hartsiekte gepaard gegaan het nie³²⁰ en gevolglik word mediese uitgawes en genoegdoening vir emosionele ongerief geweier.

Die hof³²¹ verwys na die vier algemene teorieë³²² ten opsigte van die verhalings en berekening van skadevergoeding, naamlik die "full recovery, limited damages, benefits offset" en "no recovery". In navolging van die *Johnson*-saak³²³ het die hof die "limited damages"-reël aanvaar en skadevergoeding wat toegestaan is, is mediese onkoste rakende die swangerskap en bevalling, skadevergoeding vir emosionele ongerief as gevolg van die swangerskap,

³²⁰ Die hof het 'n duidelike onderskeid getref tussen die "action for wrongful conception/pregnancy" enersyds en die "action for wrongful birth" andersyds. In eersgenoemde geval word die aksie deur een of beide ouers van 'n onbeplande kind ingestel na 'n onsuksesvolle sterilisasie. Die eisoorsaak is die nalatige versuim om suksesvol te steriliseer. Die feit dat die kind *in casu* met 'n gebrek gebore word verander nie die aksie in 'n "action for wrongful birth" nie aangesien daar geen rede vir die geneesheer was om redelikerwys te voorsien dat die kind met 'n hartdefek gebore sou word nie. Nóg 'n verkeerde diagnose nóg 'n versuim om die nodige toetse te laat doen, het plaasgevind. Sien 'n volledige terminologiese bespreking van die onderskeie aksies in 2. *Simmerer v Dabbas* 2000 *Ohio Lawyers Weekly* www.ohio-lawyersweekly.com 2. Sien ook *Johnson v University Hospital of Cleveland* 44 Ohio St 3d 49 51 540 NE 2d 1370 1372 (1989); *Flanagan v Williams* 87 Ohio App 3d 768 623 NE 2d 185 (1993). Die "action for wrongful birth" word ingestel deur die ouers van 'n kind wat met 'n gebrek gebore word nadat verkeerde genetiese advies nalatig gegee is of waar daar nalatiglik versuim is om 'n fetale gebrek of siekte te diagnoseer en die ouers voer aan dat hulle onregmatiglik die geleentheid ontsê is om die swangerskap te verhoed of te termineer ten einde te verhoed dat die kind met die gebrek gebore word.

³²¹ *Simmerer v Dabbas* 89 Ohio St 3d 586 2000 *Ohio Lawyers Weekly* www.ohio-lawyers-weekly.com 2.

³²² Sien 'n volledige bespreking van elk in 3.3.1 – 3.3.4. Sien ook *Johnson v University Hospital of Cleveland* 44 Ohio St 3d 49 51-57 540 NE 2d 1370 1372-1377 (1989), *Simmons* 1995 *Willamette Law Review* 121 127-135.

³²³ *Johnson v University Hospital of Cleveland* 44 Ohio St 3d 49 58-59 540 NE 2d 1370 (1989) 1378 fn 8.

skadevergoeding vir emosionele ongerief as gevolg van die swangerskap, verlies aan verdienste as gevolg van die swangerskap, verlies aan *consortium* gedurende swangerskap en vergoeding vir die pyn en lyding van die moeder tydens swangerskap en die bevalling.

3.2.24 *Fassoulas v Ramey*³²⁴

In *Fassoulas v Ramey*³²⁵ is buitengewone skadevergoeding toegestaan vir die grootmaakkoste van 'n wangeskape kind in 'n "action for wrongful pregnancy". Dié uitspraak is nagevolg in *Emerson v Magendantz*.³²⁶ Dit blyk dat die regsverteenwoordigers vir die Simmerers die gewysde van *Bowman v Davis*³²⁷ verkeerd geïnterpreteer het. Die regsvraag op appèl het gehandel oor die openbare beleidsoortuigings en of 'n "action for wrongful pregnancy" erken moet word of nie en nie of die buitengewone skadevergoeding toegestaan moet word vir een van die tweeling wat in daardie geval met 'n gebrek gebore is nie. Dit is ook so bevestig in die *Hester v Dwivedi*-saak.³²⁸

Die hof het die verweerder wat hom op *Simmons v Hertzman*³²⁹ beroep het, gelyk gegee. Die nalatige sterilisasie het nie die kind se abnormaliteit veroorsaak nie,³³⁰ maar hoogstens sy geboorte en daarom kan die nalatige geneesheer nie aanspreeklik gehou word vir die koste verbonde aan die gebrek nie.³³¹

³²⁴ 450 So 2d 822 (Fla 1984).

³²⁵ 450 So 2d 822 (Fla 1984).

³²⁶ 689 A 2d 409 414 (RI 1997).

³²⁷ 48 Ohio St 2d 41 356 NE 2d 496 (Ohio 1976).

³²⁸ 89 Ohio St 3d 575 579 NE 2d (2000).

³²⁹ 99 Ohio App 3d 453 651 NE 2d 13 (1994).

³³⁰ *Simmons v Hertzman* 99 Ohio App 3d 453 651 NE 2d 13 (1994).

³³¹ *Williams v University of Chicago Hospitals* 179 Ill 2d 80 227 Ill Dec 793 688 NE 2d 130 (1997); *Williams v Van Biber* 886 SW 2d 10 (Mo App 1994); *Pitre v Opelousas General Hospital* 530 So 2d 1151 1158 (La 1988); *Garrison v Foy* 486 NE 2d 5 10 (Ind Ct App 1985); *La Point v Shirley* 409 F Supp 118 (WD Tex 1976).

[I]f the result is one that an ordinarily prudent person would have foreseen as likely to occur, then the party will be held responsible, even if the precise injury which resulted is not foreseen.³³²

In casu was die hartdefek nie 'n redelike voorsienbare gevolg van dr Dabbas se nalatigheid nie.

3.2.25 Hernandez v Cirmo³³³

Die mees onlange gerapporteerde beslissing van dié tipe aksies is in die Connecticut *Appellate Court* gedoen in die saak van *Hernandez v Cirmo*.³³⁴ Die eiseres het beweer dat die verweerder op 'n nalatige wyse 'n sterilisasie op haar uitgevoer het (Maart 1995) waarna sy swanger geraak het en 'n kind gebore is (September 1998). Eiseres het beweer dat die vroegste datum waarop sy redelikerwys haar swangerskap kon vasstel, Februarie 1998 was. Sy beweer dat die geneesheer in meer as een opsig in die uitvoering van die sterilisasie nalatig was en dat hy nalatiglik versuim het om haar te waarsku en/of haar in te lig oor die moontlikhede van 'n onsuksesvolle sterilisasie. As gevolg van die geneesheer se nalatige optrede moes sy addisionele mediese uitgawes en toekomstige uitgawes vir die grootmaak, opvoeding en versorging van die kind aangaan. Dr Cirmo het nalatigheid ontken en 'n spesiale pleit van verjaring geliasseer.³³⁵

Die eiseres het nie ontken dat die aksie meer as drie jaar na die sterilisasiedatum ingestel is nie maar het aangevoer dat die beperkingswetgewing wat die tydperk vir eise tot drie jaar beperk, wel getemper kan word deur die kontinuerende behandeling-leerstuk of die kontinuerende eisoorzaak-

³³² *Scott and Fetzer Co v Montgomery Ward and Co* 112 Ill 2d 378 98 Ill Dec 1 493 NE 2d 1022 (1986).

³³³ AC 21138 (8 Januarie 2002).

³³⁴ AC 21138 (8 Januarie 2002).

³³⁵ *General Statutes* § 52-584-3. 'n Aksie wat meer as 3 jaar na die onregmatige handeling ingestel is, het verjaar.

leerstuk.³³⁶ 'n Party wat hom suksesvol op een van die gemelde leerstukke wil beroep moet bewys dat daar 'n verbreking van 'n regsplig was wat bestaan het nadat die oorspronklike onregmatige daad begaan is. Die regsplig moes nie beëindig gewees het voor die aanvang van die periode wat toegelaat is vir die instel van die aksie op grond van die onregmatige daad nie.

In die *Hernandez*-saak moes daar vasgestel word of 'n wesenlike feitedispuut bestaan rakende (1) of 'n onregmatige daad teenoor die eiseres gepleeg is, (2) of daar 'n kontinuerende regsplig teenoor die eiseres bestaan het, en (3) of daar 'n kontinuerende verbreking van die regsplig was.

Ten opsigte van die pleeg van 'n onregmatige daad teenoor die eiseres blyk dit duidelik uit die mediese deskundige getuienis dat die sterilisasie nalatig uitgevoer is en dat die geneesheer nalatiglik versuim het om die eiseres te waarsku oor die risiko dat die sterilisasie kon faal en dat die verweerder versuim het om opvolgtoetse te laat doen om die effektiwiteit van die mediese prosedure vas te stel. Hoewel verweerder die bewerings van die eiseres ontken het, kon hy dit nie met behulp van getuienis weerlê nie.

Ten opsigte van die vraag of daar 'n wesenlike feitedispuut is oor die vraag of die verweerder 'n bestaande regsplig teenoor die eiseres gehad het, selfs na of die sterilisasiedatum en die regsplig verbreek is, het die hof soos volg beslis:

Die eiseres kon nie die verweerder se weergawe dat hy (die verweerder) glad nie bewus was van 'n risiko, weerlê nie, dit wil sê die eiseres kon nie getuienis aanvoer dat die verweerder wel bewus was van die risiko verbonde aan die betrokke sterilisasie nie.³³⁷ Die hof konkludeer met:

³³⁶ "Continuous treatment"/"continuing course of conduct doctrine" *Blanchette v Barrett* 229 Conn 256 265 640 A 2d 74 (1994).

³³⁷ Myns insiens het die hof 'n fout begaan in dié bevinding. Uit die operatiewe verslag sowel as uit die verweerder se beëdigde verklaring het dit duidelik geblyk dat daar 'n onreëlmatigheid op die Fallopiusbuise van die eiseres was ("presence of scar tissue on ..."). Die onreëlmatigheid het binne sy wete geval en as geneesheer moes hy geweet het dat daar 'n verhoogde risiko in die sterilisasieprosedure is, 'n aspek wat hy

... to expect [the defendant] to provide follow-up treatment or to instruct [the plaintiff] on follow-up care after a negative diagnosis when there is no awareness that the diagnosis is wrong and there is no ongoing relationship is beyond the expectation of public policy.³³⁸

Die eiseres kon nie aantoon dat die verweerder bewus was van 'n verhoogde risiko of verkeerde diagnose nie. Hoewel die plig om 'n pasiënt te monitor, selfs na 'n negatiewe diagnose of klaarblyklike suksesvolle mediese prosedure mag bevind word, spruit dit normaalweg uit 'n kontinuerende geneesheer-pasiëntverhouding voort, wat *in casu* ontbreek het.³³⁹

3.3 Die problematiek rakende die berekening van skadevergoeding met besondere verwysing na koste verbonde aan die grootmaak van 'n onbeplande (ongewenste) kind³⁴⁰

Die kernprobleem wat ondervind word met die aksies baseer op ongewenste swangerskap en geboorte, lê nie opgesluit in die eisorsaak nie maar wel duidelik in die behoorlike berekening van skadevergoeding. Volgens tradisionele teorieë met betrekking tot skadevergoeding op grond van die deliktereg, is 'n deliktspleger wat op 'n onregmatige wyse inbreuk gemaak het op die regte van 'n benadeelde en welke inbreukmaking skade veroorsaak het, aanspreeklik vir skadevergoeding. Aspekte wat deur die howe in berekening gebring word by die verhaal van skadevergoeding is oorwegend openbare beleidsoorwegings. Daarbenewens word die spekulatiewe skadevergoedingsteorie asook die mitigasieplig deur die howe onder die soeklig

aan die eiseres moes meegedeel het en wat hy nie gedoen het nie. Die mediese deskundige wat vir eiseres getuig het, het die regsplig om die eiseres in te lig en opvolgtoetse te laat doen, baie duidelik bevestig. Indien die verweerder kennis gedra het van die risiko, bestaan daar 'n kontinuerende plig om te waarsku wat die basis vorm van die "continuing course of conduct doctrine". *Witt v St Vincent's Medical Center* 252 Conn 363 370 746 A 2d 753 (2000).

³³⁸ *Hernandez v Cirimo* AC 21138 (2002) 4 in navolging van *Golden v Johnson Memorial Hospital Inc* 66 Conn App 518 529 A 2d (2001).

³³⁹ *Hernandez v Cirimo* AC 21138 (2002) 4.

³⁴⁰ "Childrearing expences/damages".

geplaas wanneer oor skadevergoeding in die vorm van grootmaakkoste verbonde aan 'n onbeplande kind besin word.

Die oorgrote meerderheid van Amerikaanse howe erken die aksie vir onregmatige konsepsie maar daar bestaan geen konsensus oor die tipe skadevergoeding wat verhaal kan word nie. Vier benaderings ten opsigte van die verhaal van skadevergoeding, en dan meer bepaald die grootmaak en versorging van 'n normale maar onbeplande kind, kan in die Amerikaanse reg geïdentifiseer word:

- 3.3.1 Die ouers mag slegs daardie skadevergoeding verhaal vir skade wat normaalweg voortspruit uit swangerskap en geboorte van 'n onbeplande kind en mag nie koste verhaal vir die grootmaak van die kind nie.³⁴¹ Daar word na dié benadering verwys as die "limited recovery rule".
- 3.3.2 Die tweede benadering laat die ouers wel toe om vergoeding vir alle skade wat voortspruit uit die swangerskap en geboorte van 'n onbeplande kind, te eis. Dit sluit ook die koste vir die grootmaak van die kind in. Na hierdie standpunt word verwys as die "full recovery rule".³⁴²
- 3.3.3 Die derde benadering, die sogenaamde "benefit offset rule",³⁴³ laat die verhaal van alle vorme van skade toe³⁴⁴ maar vereis dat die skade (nadeel) opgeweeg moet word teen die voordele verbonde aan 'n nor-

³⁴¹ Burke 1988 *Pace Law Review* 321. *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 (Ala 1982).

³⁴² Burke 1988 *Pace Law Review* 321. *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967). *Lovelace Medical Center v Mendez* 111 NM 336 805 P 2d 603 (1991).

³⁴³ Burke 1988 *Pace Law Review* 321. Collins 1984 *Journal of Family Law* 700. *Troppe v Scarf* 31 Mich App 240 187 NW 2d 511 (1971). *Burke v Rivo* 406 Mass 764 551 NE 2d 1 (1990).

³⁴⁴ Insluitende die koste van die swangerskap en die koste om 'n kind groot te maak. Die koste om 'n kind groot te maak verwys na die gewone uitgawes van grootmaak en opvoed van 'n gesonde of wangeskape kind wat minderjarig is volgens Collins 1984 *Journal of Family Law* 677 697. Myns insiens behoort minderjarigheid gekwalifiseer te word met 'n verdere vereiste van "selfonderhoudend" welke situasie ookal eerste plaasvind. In geval van wanskapenheid behoort minderjarigheid of meerderjarigheid geen beletsel te plaas op die wangeskape persoon se versorgingskoste nie.

male kind wat die ouers toeval.³⁴⁵ Hierdie benadering is baseer op die *Restatement (Second) of Torts*³⁴⁶ wat bepaal dat nadeel of skade ten opsigte van 'n spesifieke belang van die eiser verminder sal word tot die mate wat **dieselfde belang** van die eiser baat gevind het (bevoordeel is) deur die verweerder se delik.³⁴⁷

3.3.4 Die "no recovery"-benadering.³⁴⁸ Aanvanklik het die Amerikaanse hofe geen verhaling van skadevergoeding toegelaat waar 'n gesonde maar onbeplande kind gebore is na 'n mislukte sterilisasie nie. Die geboorte van 'n kind is as "blessed event"³⁴⁹ beskou:

[i]nstead of losing his wife, the plaintiff has been blessed with the fatherhood of another child.³⁵⁰

Vervolgens 'n kort bespreking van elke standpunt:

³⁴⁵ *Byrd v Wesley Medical Center* 237 Kan 215 216 699 P 2d 459 461 (1985). *Burke* 1988 *Pace Law Review* 321. *Troppi v Scarf* 31 Mich App 240 187 NW 2d 511 (1971). Par 920 *Restatement (Second) of Torts* (1977). Die hofe het gepoog om die sogenaamde "unduly burdensome damage awards" te verminder.

³⁴⁶ Par 920 (1977).

³⁴⁷ "When the defendant's tortious conduct has caused harm to the plaintiff or to his property and in doing so has conferred a special benefit to the interest of the plaintiff that was harmed, the value of the benefit conferred is considered in mitigation of damages, to the extent that this is equitable. Damages resulting from an invasion of one's interest are not diminished by showing that another interest has been benefited. Thus one who has harmed another's reputation by defamatory statements cannot show in mitigation of damages that the other has been financially benefited from their publication ... unless damages are claimed for harm to pecuniary interests ... Damages for pain and suffering are not diminished by showing that the earning capacity of the plaintiff has been increased by the defendant's act ... Damages to a husband for loss of consortium are not diminished by the fact that the husband is no longer under the expense of supporting the wife." *Restatement (Second) of Torts* § 920 (1977) *Limitation to same interest*.

³⁴⁸ *Christensen v Thornby* 192 Minn 123 255 NW 620 (Minn 1934); *Shaheen v Knight* 11 Pa D & C 2d 41 (1957). Sien ook die bespreking van 3.3.1 (a) Die "oorheersende voordeel"-teorie.

³⁴⁹ *Christensen v Thornby* 192 Minn 123 255 NW 620 (Minn 1934); *Shaheen v Knight* 11 Pa D & C 2d 41 (1957). Sien ook die bespreking van 3.3.1 (a) Die "oorheersende voordeel"-teorie.

³⁵⁰ *Christensen v Thornby* 192 Minn 123 255 NW 620 621 (Minn 1934).

3.3.1 "Limited recovery rule"³⁵¹

Wat die beperkte verhaal van skadevergoeding aanbetref, mag ouers slegs daardie skadevergoeding verhaal vir skade voortspruitend uit die ongewenste/onbeplande swangerskap³⁵² en daaropvolgende geboorte.³⁵³ Koste

³⁵¹ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 (Ala 1982); *McNeal v United States* 689 F 2d 1200 (4th Cir 1982); *White v United States* 510 F Supp 146 (D Kan 1981); *Wilbur v Kerr* 628 SW 2d 568 (Ark 1982); *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 (Fla Dist Ct App 1980); *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 447 NE 2d 385 (Ill 1983); *Schorck v Huber* 648 SW 2d 861 (Ky 1983); *Kingsbury v Smith* 122 NH 237 442 A 2d 1003 (1982); *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 484 453 A 2d 974 (Pa 1982); *Hickman v Myers* 632 SW 2d 869 (Tex App 1982); *Sutkin v Beck* 629 SW 2d 131 (Tex App 1982); *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 (Tex Civ App 1973); *cert denied* 415 US 927 (1974); *Rieck v Medical Protective Co* 64 Wis 2d 514 219 NW 2d 242 (1974); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 (Wyo 1982); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 12 (Del 1975); *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 722 (Ala 1982); *Fassoulas v Ramey* 450 So 2d 822 823 (Fla 1984); *Garwood v Locke* 552 SW 2d 892 895 (Tex Civ App 1977); *Wilczynski v Goodman* 73 Ill App 2d 51 63 391 NE 2d 479 488 (1979); *Sala v Tomlinson* 73 AD 2d 724 725 422 NY 2d 506 509 (1979); *Maggard v McKelway* 627 SW 2d 44 48 (Ky App 1981); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 (Del 1975), gedeeltelik gewysig deur *Garrison v Medical Center of Delaware Inc* 581 A 2d 288 (Del 1990); *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 (DC App 1984); *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 (Fla Dist Ct App 1980); *Fulton-DeKalb Hospital Authority v Graves* 252 Ga 441 314 SE 2d 653 (1984); *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 69 Ill Dec 168 447 NE 2d 385 *cert denied*, 464 US 846 104 S Ct 149 78 L Ed 2d 139 (1983); *Garrison v Foy* 486 NE 2d 5 (Ind Ct App 1985); *Nanke v Napier* 346 NW 2d 520 (Iowa 1984); *Byrd v Wesley Medical Center* 237 Kan 215 699 P 2d 459 (1985); *Schorck v Huber* 648 SW 2d 861 (Ky 1983); *Pitre v Opelousas General Hospital* 530 So 2d 1151 (La 1988); *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 (Me 1986); *Rinard v Biczak* 177 Mich App 412 287 NW 2d 441 (1989); *Girdley v Coats* 825 SW 2d 295 (Mo banc 1992); *Hitzemann v Adam* 246 Neb 201 518 NW 2d 102 (1994); *P v Portadin* 179 NJ Super 465 432 A 2d 556 (1981); *O'Toole v Greenberg* 64 NY 2d 427 488 NY S 2d 143 477 NE 2d 445 (1985); *Jackson v Bumgardner* 318 NC 172 347 SE 2d 743 (1986); *Johnson v University Hospitals of Cleveland* 44 Ohio St 3d 540 NE 2d 1370 (1989); *Morris v Sanchez* 746 P 2d 184 (Okla 1987); *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 453 A 2d 974 (Pa 1982); *Smith v Gore* 728 SW 2d 738 (Tenn 1987); *Crawford v Kirk* 929 SW 2d 633 (Tex App 1996); *CS v Nielson* 767 P 2d 504 (Utah 1988); *Miller v Johnson* 231 Va 177 343 SE 2d 301 (1986); *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 687 P 2d 850 (1984) (*en banc*); *James G v Caserta* 175 W Va 406 332 SE 2d 872 (1985); *Emerson v Magendantz* 689 A 2d 409 (1997); *Johnson v University Hospitals of Cleveland* 44 Ohio St 3d 49 540 NE 2d 1370 1377 (1989); *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 447 NE 2d 385 390 *cert denied* 464 US 846 (1983).

³⁵² Bv koste vir die mislukte sterilisasie, swangerskap asook daaropvolgende regstellende sterilisasie kan verhaal word – mediese en hospitaaluitgawes - *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 723 (Ala 1982); *Wilbur v Kerr* 628 SW 2d 568 571 (Ark 1982); *Wilczynski v Goodman* 73 Ill App 2d 51 63 391 NE 2d 479 488 (1979); *Sala v Tomlinson* 73 App Div 2d 724 725 422 NY 2d 506 509 (1979); *Garwood v Locke* 522 SW 2d 892 895 (Tex Civ App 1977); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 292 (Wyo 1982); verlies aan verdienste, verlies aan consortium *Maggard v McKelway* 627 SW 2d 44 48 (Ky Ct App 1981); *Garwood v Locke* 522 SW 2d 892 895 (Tex Civ App 1977); *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 722 (Ala 1982); pyn en lyding; *Wilbur v Kerr* 628 SW 2d 568 (Ark 1982); *Garwood v Locke* 522 SW 2d 892 895 (Tex Civ App

verbonde aan die grootmaak en opvoeding van die onbeplande kind mag nie verhaal word nie.³⁵⁴

Uit hoofde van gemeenskapsopvatting³⁵⁵ volg die meeste howe hierdie benadering en weier om die koste verbonde aan die grootmaak en versorging van 'n kind toe te staan, omrede:

- 'n kind 'n seën is en nie 'n nadeel nie en ouers geensins benadeel word deur die geboorte van 'n gesonde kind nie;³⁵⁶

1977); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 292 (Wyo 1982); emosionele spanning voortspruitend uit die ongewenste swangerskap en geboorte van 'n gesonde kind is geweier in *Emerson v Magendantz* 689 A 2d 409 (RI 1997). Grootmaakkoste word geweier onder die "limited recovery rule".

³⁵³ Bv koste verbonde aan die geboorte – mediese en hospitaaluitgawes, verlies aan verdienste, verlies aan *consortium*, pyn en lyding en emosionele spanning voortspruitend uit die ongewenste swangerskap en geboorte van 'n gesonde kind is geweier in *Emerson v Magendantz* 689 A 2d 409 (1997). Grootmaakkoste word geweier onder die "limited recovery rule".

³⁵⁴ Burke 1988 *Pace Law Review* 321. *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 732 (Ala 1982); *Fassoulas v Ramey* 450 So 2d 822 823-824 (Fla 1984) - 'n tweeling waarvan een kind wangeskape was, is na 'n mislukte vasektomie gebore. Grootmaakkoste vir die normale kind is geweier maar vir die wangeskape kind toegestaan – "the financial and emotional drain associated with raising such a child is often overwhelming to the affected parents". *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 243 628 SW 2d 568 571 (1982); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 12 (Del 1975); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 292 (Wyo 1982); *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 863 (Ky 1983); *Kingsbury v Smith* 122 NH 237 243 442 A 2d 1003 1006 (1982).

³⁵⁵ *Johnson v University Hospital of Cleveland* 44 Ohio St 3d 49 540 NE 2d 1370 1377 (1989) – "the legal limitation of the scope of liability is associated with policy – with our more or less inadequately expressed ideas of what justice demands". *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 1086 (Fla Dist Ct App 1980); *Fassoulas v Ramey* 450 So 2d 822 823 (Fla 1984); *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 722 (Ala 1982); *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 243 628 SW 2d 568 571 (1982); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 12 (Del 1975); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 292 (Wyo 1982); *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 863 (Ky 1983); *Kingsbury v Smith* 122 NH 237 243 442 A 2d 1003 1006 (1982).

³⁵⁶ *Fassoulas v Ramey* 450 So 2d 822 823 (Fla 1984); *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 243 628 SW 2d 568 571 (1982); *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 1085-1086 (Fla App 1980); *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 447 NE 2d 385 (1983); *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 453 A 2d 974 (1982); *Hickman v Myers* 632 SW 2d 869 (Tex Civ App 1982); *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 (Tex Civ App 1973) *cert denied* 415 US 927 (1974).

- die kind emosioneel skade sal opdoen indien hy/sy sou uitvind dat hy/sy grootgemaak is met behulp van eksterne fondse en dat sy/haar ouers hom/haar nie wou hê nie;³⁵⁷
- die staat nie moet inmeng met die integriteit van 'n gesinseenheid nie;³⁵⁸
- grootmaakkoste te spekulatief en onseker is en 'n groot bewyslas meebring;³⁵⁹
- die toekenning van skadevergoeding teen die geneesheer onregverdig en buite verhouding tot sy nalatigheid is;³⁶⁰
- dit die deur ooplaat vir bedrieglike eise;³⁶¹
- die eisoorzaak slegs betrekking het op swangerskap;³⁶²
- die vraagstuk rondom grootmaakkoste deur die wetgewer aangespreek moet word en nie deur die howe nie;³⁶³
- die howe baie traag is om versagende beginsels toe te pas veral waar aborsie of aanneming oorweeg word.³⁶⁴

³⁵⁷ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 722 723 (Ala 1982) – die kind as "emotional bastard".

³⁵⁸ *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 243 628 SW 2d 568 571 (1982).

³⁵⁹ *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 12 (Del 1975); *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 (Ala 1982); *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 863 (Ky 1983); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 292 (Wyo 1982).

³⁶⁰ *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 292 (Wyo 1982); *White v United States* 510 F Supp 146 149 (D Kan 1981) (*appl Georgia law*); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 12 (Del 1975); *Rieck v Medical Protective Co* 64 Wis 2d 514 219 NW 2d 242 (1974).

³⁶¹ *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 292 (Wyo 1982); *Rieck v Medical Protective Co* 64 Wis 2d 514 519 219 NW 2d 242 245 (1974).

³⁶² *Coleman v Garrison* 327 A 2d 757 761 (Del Super Ct 1974). Ongelukkig gee Burke 1988 *Pace Law Review* 323 nie 'n verduideliking van die standpunt wat hy inneem nie.

³⁶³ *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 863 (Ky 1983); *Clegg v Chase* 89 Misc 2d 810 391 NY S 2d 966 968 (Sup Ct 1977).

³⁶⁴ *Kingsbury v Smith* 122 NH 237 243 442 A 2d 1003 1006 (1982); *Rieck v Medical Protective Co* 64 Wis 2d 514 519 219 NW 2d 242 245 (1974); *Beardsley v Wierdsma*

In *Boone v Mullendore*³⁶⁵ het die ouers van 'n onbeplande, gesonde kind 'n aksie teen die geneesheer ingestel op grond van sy nalatige wanvoorstelling wat hy teenoor die ouers gedoen het, naamlik dat me Boone steriel was nadat hy haar Fallopiusbuise gedurende sterilisasie verwyder het.

Die Boone-ouers het skadevergoeding geëis vir mediese onkoste en koste vir die grootmaak van die kind.³⁶⁶ Die Alabama Supreme Court het beslis dat skade voortspruitend uit die swangerskap, insluitende emosionele nadeel van die moeder, verlies aan *consortium* en mediese uitgawes geëis kan word.³⁶⁷

Die hof het egter weens gemeenskapsoortuigings geweier om die koste verbonde aan die grootmaak van 'n normale gesonde kind toe te staan aangesien dit geen kompenseerbare nadeel is nie.³⁶⁸ Die hof het ook voorts gesê dat skadevergoeding in so 'n geval te spekulatief van aard is en die toekenning daarvan 'n nadelige invloed sal hê op die stabiliteit van die gesinseenheid sal hê.³⁶⁹ Deur skadevergoeding toe te staan aan die ouers sou die hof te onredelik teenoor die geneesheer wees.³⁷⁰

To permit the parents to keep their child and shift the entire cost of its upbringing to a physician who failed to determine or inform them of the fact of pregnancy would be to create a new category of surrogate parent. Every child's smile, every bond of love and affection, every reason for parental pride in a child's achievements, every contribution by the child to the welfare and well-being of the family and parents, is to remain with the mother and father ... We hold that such result would be wholly out of proportion to the culpability involved, and that the allowance of recovery would place too

650 P 2d 288 292 (Wyo 1982); *Ziamba v Sternberg* 45 AD 2d 230 234 357 NY S 2d 265 270 (1974); *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 1085-1086 (Fla Dist Ct App 1980); *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 198 447 NE 2d 385 388 (1983).

³⁶⁵ 416 So 2d 718 (Ala 1982) – die toonaangewende saak in die toepassing van die "beperkte skadevergoeding" benadering. Talle sake is op die *Boone*-beslissing geskoei.

³⁶⁶ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 719 (Ala 1982).

³⁶⁷ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 723 (Ala 1982).

³⁶⁸ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 721 (Ala 1982) – die geboorte van 'n normale gesonde kind is "a blessed event".

³⁶⁹ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 721 (Ala 1982).

³⁷⁰ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 721-722 (Ala 1982).

unreasonable a burden upon physicians, under the facts and circumstances alleged.

In *Smith v Gore*³⁷¹ het die hof skadevergoeding toegestaan vir die koste verbonde aan die swangerskap en geboorte van 'n gesonde maar onbeplande kind asook kompensasie vir pyn en lyding en verlies aan inkomste.³⁷² *In casu* is die koste verbonde aan die grootmaak van die kind geweier omrede dit uitsluitlik die verantwoordelikheid van ouers is om die kind groot te maak.³⁷³

In *Coleman v Garrison*³⁷⁴ het die Delaware Supreme Court die mening gehuldig dat die berekening van skadevergoeding (grootmaakkoste) "an exercise in prophecy" is en dat die berekeningsproses eers aan die einde van die lewe en nie aan die begin daarvan gedoen moet word nie, 'n taak wat nie binne die spesialiteitsveld van "feitebevinders" val nie.³⁷⁵

Die volgende aspekte behoef spesiale aandag by die toepassing van die "limited recovery"-reël, naamlik:

- Openbare beleid³⁷⁶
 - (a) Oorheersende voordeel
 - (b) Ongunstige effek op kind
- Spekulatiewe skadevergoedingsteorie

³⁷¹ 728 SW 2d 738 (Tenn 1987).

³⁷² *Smith v Gore* 728 SW 2d 738 750-751 (Tenn 1987).

³⁷³ *Smith v Gore* 728 SW 2d 738 750-751 (Tenn 1987).

³⁷⁴ 349 A 2d 8 12 (Del 1975).

³⁷⁵ *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 12 (Del 1975).

³⁷⁶ Gemeenskapsopvatting.

• Openbare beleid³⁷⁷

We cannot on balance accept the plaintiff's contention too that we should rigidly and unemotionally, as they put it, apply the tort concept that a tortfeasor should be liable for all of the costs he has brought upon the plaintiffs. It has been perceptively observed, by distinguished authority [Justice Holmes], that the life of the law is not logic but experience. Reasonableness is an indispensable quality in the administration of justice. The reasons given for denying so-called rearing costs are more convincing than the reasons for abstractly applying a rule not suited for the circumstances in this character of case.³⁷⁸

In die debat wat oor openbare beleid gevoer word, kom daar oorwegend twee teorieë waarom koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind nie toegestaan behoort te word nie, na vore. Hierdie teorieë het een gemeenskaplike basis, naamlik die heersende openbare beleid.³⁷⁹ Dit is juis openbare beleidsoorwegings wat die tradisionele skadevergoeding vir skade of nadeel wat redelik voorsienbaar is en/of natuurlike en moontlike gevolge van 'n arts se nalatige optrede is, kan beperk of ontsê.³⁸⁰

Die twee teorieë ingevolge waarvan uitgawes vir die grootmaak en versorging van 'n gesonde maar onbeplande kind in die meeste gevalle nie in Amerika toegelaat word nie, is:

(a) Die "oorheersende voordeel"-teorie³⁸¹

³⁷⁷ *Fulton-Dekalb Hospital Authority v Graves* 252 Ga 441 314 SE 2d 653 (1984); *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 447 NE 2d 385 cert denied 464 US 846 (1983); *Garrison v Foy* 486 NE 2d 5 (Ind Ct App 1985); *Nanke v Napier* 346 NW 2d 520 (Iowa 1984); *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 (Me 1986); *Kingsbury v Smith* 122 NH 237 243 442 A 2d 1003 1006 (1982); *Miller v Rivard* 585 NY S 2d 523 180 AD 2d 331 (1992); *Butler v Rolling Hill Hospital* 400 Pa Super 141 582 A 2d 1384 (1990); *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 687 P 2d 850 (1984) (en banc); *Fassoulas v Ramey* 450 So 2d 822 823 (Fla 1984); *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 722 (Ala 1982); *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 243 628 SW 2d 568 571 (1982); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 12 (Del 1975); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 292 (Wyo 1982); *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 863 (Ky 1983).

³⁷⁸ *Cockrum v Baumgartner* 69 Ill Dec 173 447 NE 2d 390.

³⁷⁹ *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 245 (Wis 1990).

³⁸⁰ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 769 551 NE 2d 1 4 (1990).

³⁸¹ "Overriding benefit theory".

(b) Die "ongunstige effek op die kind"-teorie³⁸²

Vervolgens 'n bondige bespreking van elke teorie:

(a) Die "oorheersende voordeel"-teorie³⁸³

Die oorspronklike benadering was een van "no recovery – blessed event". Geen skadevergoeding is aanvanklik deur die Amerikaanse howe aan die ouers van 'n gesonde maar onbeplande kind toegestaan nie.³⁸⁴ Die geboorte

³⁸² "Adverse effect on the child theory".

³⁸³ "Overriding benefit theory" ook genoem "no recovery – blessed event". *Fassoulas v Ramey* 450 So 2d 822 (Fla 1984); *Fulton-Dekalb Hosp Auth v Graves* 314 SE 2d 653 655-656 (Ga 1984); *Maggard v McKelway* 627 SW 2d 976 (1982); *Weintraub v Brown* 98 AD 2d 339 348-349 470 NY S 2d 634 641 (1983); *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 173 (Minn 1977); *Ball v Mudge* 64 Wash 2d 247 249-250 391 P 2d 201 203-204 (1964) – "blessing of a cherished child"; *Christensen v Thornby* 255 NW 620 621 (Minn 1934) – "instead of losing his wife, the plaintiff has been blessed with the fatherhood of another child". *O'Toole v Greenberg* 477 NE 2d 445 448 (NY 1985); *Byrd v Wesley Medical Center* 699 P 2d 459 468 (Kan 1985); *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 813 (Me 1986); *Morris v Sanchez* 726 P 2d 184 187-188 (Okla 1987). Hampton 1986 *Family Law Quarterly* 45-60. *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 1085 (Fla Dist Ct App 1980); *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 447 NE 2d 385 388 (1983); *Shaheen v Knight* 6 Lycoming R 19 11 Pa D & D 2d 41 (1957); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 290-291 (Wyo 1982); *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 (Ky 1983); *James G v Caserta* 332 SE 2d 872 (W Va 1985); *Garrison v Foy* 486 NE 2d 5 (Ind Ct App 1985); *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 687 P 2d 850 (1984) (en banc); *McNeal v United States* 689 F 2d 1200 (4th Cir 1982) (*dicta applying Virginia law*); *Rieck v Medical Protective Co* 64 Wis 2d 514 219 NW 2d 242 (1974); *Kingsbury v Smith* 122 NH 237 442 A 2d 1003 (1982); *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 453 A 2d 974 (1982); *Nanke v Napier* 346 NW 2d 520 (Iowa 1984); *Sorkin v Lee* 78 AD 2d 180 434 NY S 2d 300 (1980); *Raja v Michael Reese Hospital and Medical Center* 464 US 846 (1983); *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 721 (Ala 1982) – die geboorte van 'n kind is "a blessed event"; *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 DC 1984); *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 628 SW 2d 568 (1982); *Coleman v Garrison* 327 A 2d 757 (Del Super Ct 1974) *aff'd* 349 A 2d 8 (Del 1975); *Sala v Tomlinson* 73 AD 2d 724 422 NY S 2d 506 (1979); *Hickman v Myers* 632 SW 2d 869 (Tex App – Fort Worth 1982 *writ ref'd nre*); *White v United States* 510 F Supp 146 (D Kan 1981) (*appl Georgia law*).

³⁸⁴ *Christensen v Thornby* 192 Minn 123 255 NW 620 (1934); *Shaheen v Knight* 11 Pa D & C 2d 41 (1957).

van 'n kind is altyd as "a blessed event"³⁸⁵ beskou.

The birth of a healthy child and the joy and pride in rearing that child are benefits in which no price tag can be placed. This joy far outweighs any economic loss that might be suffered by the parents.

Die voordeel wat die geboorte van 'n kind vir sy ouers inhou weeg altyd swaarder as die skade of nadeel wat sy ongewenste of onbeplande geboorte en grootmaak teweeg gebring het.³⁸⁶ 'n Kind is 'n seën en nie 'n nadeel nie en ouers word geensins benadeel deur die geboorte van 'n gesonde kind nie.³⁸⁷

(i) Die geboorte van 'n gesonde kind is nie 'n nadeel nie, maar 'n seën (voordeel)

Die geboorte van 'n gesonde kind word volgens die meerderheid van die uitsprake nie as 'n nadeel in die Amerikaanse "law of tort" beskou nie.³⁸⁸ Die

³⁸⁵ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 722 (Ala 1982); *Christensen v Thornby* 192 Minn 123 255 NW 620 (1934); *Shaheen v Knight* 11 Pa D & C 2d 41 (1957); *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 813 (Me 1986).

³⁸⁶ *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 813 (Me 1986); *Christensen v Thornby* 255 NW 620 (Minn 1934); *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 722 (Ala 1982).

³⁸⁷ Sommige howe het 'n kwalifiserende voordeel gestel in plaas van 'n allesoorheersende voordeel ("overriding/benefit"), deur te vereis dat die kind ten minste normaal en gesond moet wees vir 'n suksesvolle beroep op dié teorie/verweer. *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 722-723 (Ala 1982); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 13-14 (Del Super Ct 1975); *Wilczynski v Goodman* 73 Ill App 2d 51 62 391 NE 2d 479 487 (1979); *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 862 (Ky 1983); *Christensen v Thornby* 193 Minn 123 126 255 NW 620 622 (1934); *Berman v Allen* 80 NJ 421 432 404 A 2d 8 14 (1979); *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 128 (Tex Civ App 1973) *cert denied* 415 US 927 (1974).

³⁸⁸ "Overriding benefit" - *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 173 (Minn 1977); *Ball v Mudge* 64 Wash 2d 247 249-250 391 P 2d 201 203-204 (1964) - "blessing of a cherished child"; *Christensen v Thornby* 255 NW 620 621 (Minn 1934) - "instead of losing his wife, the plaintiff has been blessed with the fatherhood of another child". *Fassoulas v Ramey* 450 So 2d 822 823 (Fla 1984); *O'Toole v Greenberg* 477 NE 2d 445 448 (NY 1985); *Byrd v Wesley Medical Center* 699 P 2d 459 468 (Kan 1985); *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 813 (Me 1986); *Morris v Sanchez* 726 P 2d 184 187-188 (Okla 1987). Hampton 1986 *Family Law Quarterly* 45-60. *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 1085 (Fla App 1980); *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 447 NE 2d 385 388 (1983); *Shaheen v Knight* 6 Lycoming R 19 11 Pa D & D 2d 41 (1957); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 290-291 (Wyo 1982). *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 (Ky 1983); *Kingsbury v Smith* 442 A 2d 1003 (NH 1982); *James G v Caserta* 332 SE 2d 872 (W Va 1985); *Byrd v Wesley Medical Center* 237 Kan 215 699 P 2d 459 (1985); *Garrison v Foy* 486 NE 2d 5 (Ind Ct App 1985);

openbare beleid plaas baie klem op die heiligheid of waarde van lewe en die toekoms van die menslike ras.³⁸⁹

In a proper hierarchy of values the benefit of life should not be outweighed by the expense of supporting it.³⁹⁰

Namate die siening oor die huwelik en die doel van die huwelik verander het, het die klem verskuif van voortplanting na geboortebepערking om terapeutiese, eugenetiese en finansiële redes. Die aanvanklike siening was een van "procreation (rather than) comfort and convenience of the immediate parties" as primêre rede vir 'n huweliksverhouding.³⁹¹ 'n Veranderde siening sou ook meebring dat die howe begin het om die ekstreme situasie verbonde aan die prokreasieteorie ingevolge waarvan geen skadevergoeding van enige aard verhaalbaar was in 'n aksie vir onregmatige konsepsie nie,³⁹² anders te benader.

Fulton-DeKalb Hospital Authorities v Graves 252 Ga 441 314 SE 2d 653 (1984); *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 687 P 2d 850 (1984) (*en banc*); *McNeal v United States* 689 F 2d 1200 (4th Cir 1982) (*dicta applying Virginia law*); *Rieck v Medical Protective Co* 64 Wis 2d 514 219 NW 2d 242 (1974); *Kingsbury v Smith* 122 NH 237 442 A 2d 1003 (1982); *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 (Fla Dist Ct App 1980); *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 453 A 2d 974 (1982); *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 (Ky 1983); *Nanke v Napier* 346 NW 2d 520 (Iowa 1984); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 (Wyo 1982); *Sorkin v Lee* 78 AD 2d 180 434 NY S 2d 300 (1980); *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 193 447 NE 2d 385 *cert denied sub nom*; *Raja v Michael Reese Hospital and Medical Center* 464 US 846 (1983); *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 (Ala 1982); *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 (DC 1984); *Fassoulas v Ramey* 450 So 2d 822 (Fla 1984); *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 628 SW 2d 568 (1982); *Coleman v Garrison* 327 A 2d 757 (Del Super Ct 1974) *aff'd* 349 A 2d 8 (Del 1975); *Sala v Tomlinson* 73 AD 2d 724 422 NY S 2d 506 (1979); *Hickman v Myers* 632 SW 2d 869 (Tex App – Fort Worth 1982 *writ ref'd nre*); *White v United States* 510 F Supp 146 (D Kan 1981) (*applying Georgia law*).

³⁸⁹ *Shaheen v Knight* 6 Lycoming R 19 23 11 Pa D & C 2d 41 45 (1957); *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 862 (Ky 1983); *Rouse v Wesley* 494 NW 2d 7 10 (Mich Ct App 1992).

³⁹⁰ *Cockrum v Baumgartner* 447 NE 2d 385 389 (Ill 1983). Die Amerikaanse howe was ook die mening toegedaan dat deur 'n kind as 'n nadeel te sien, inbreuk gemaak word op die fundamentele konsep van 'n nuwe lewe wat baie waardevol is. *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 862 (Ky 1983); *Rouse v Wesley* 494 NW 2d 7 10 (Mich Ct App 1992).

³⁹¹ *Shaheen v Knight* 6 Lycoming R 19 23 11 Pa D & C 2d 41 45 (1957); *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 862 (Ky 1983); *Rouse v Wesley* 494 NW 2d 7 10 (Mich Ct App 1992).

³⁹² Comment 1976 *Colorado Law Review* 1187 1197. "No recovery rule".

Een van die eerste sake wat die "overriding benefit"-teorie geïllustreer het en vir meer as dertig jaar die toonaangewende saak was, is *Christensen v Thornby*.³⁹³ In 1934 het die Amerikaanse hof in hierdie saak³⁹⁴ beslis dat ooreenkomstig die gemeenskapsopvatting en waardes:³⁹⁵

... the simple proposition [is] that a parent cannot be said to have been damaged by the birth and rearing of a normal, healthy child.³⁹⁶

Die voordele verbonde aan 'n gesonde kind is geag swaarder te weeg as die nadele wat die onbeplande geboorte vir sy/haar ouers inhou:

[T]he benefits of joy, companionship and affection which a normal, healthy child can provide must be deemed as a matter of law to outweigh the costs of raising that child.³⁹⁷

Sommige howe wou geen skadevergoeding toestaan nie,³⁹⁸ ander howe het wel 'n beperkte skadevergoeding³⁹⁹ toegestaan, maar volle skadevergoeding (insluitende grootmaakkoste) sou neerkom op "recasting the immutable,

³⁹³ 192 Minn 123 255 NW 620 (1934). Hierna sou volg *Shaheen v Knight* 6 Lycoming R 19 23 24 11 Pa D & C 2d 41 45 (1957); *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 125 (1973); *Sherlock v Stillwater* 260 NW 2d 169 (Minn 1977); *Fulton De-Kalb Hospital Authority v Graves* 314 SE 2d 653 655 (1984).

³⁹⁴ 192 Minn 123 255 NW 620 (1934). Sien ook *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 453 A 2d 974 976 (1982); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 295 (Wyo 1982); *Fassoulas v Ramey* 450 So 2d 822 823 (Fla 1984).

³⁹⁵ *Rivera v State* 94 Misc 2d 157 404 NY S 2d 950 (1978).

³⁹⁶ In *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 1085 (1980) waar 'n aborsie gedoen moes word ter wille van die moeder en/of die ongebore kind se gesondheid en die aborsie misluk het en dit gebyk het dat nóg die moeder nóg die kind se gesondheid daardeur benadeel is, mag geen skadevergoeding verhaal word nie. Sien ook *Christensen v Thornby* 255 NW 620 621 fn 3 622 (Miam 1934) en *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 130 (1973).

³⁹⁷ Sien hierna die nouerwante bespreking in (a) (ii) Die voordele verbonde aan die geboorte van 'n kind weeg altyd swaarder as die skade of nadeel verbonde aan die ongewenste of onbeplande geboorte. *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 453 A 2d 974 976 (1982).

³⁹⁸ *Shaheen v Knight* 6 Lycoming R 19 23 24 11 Pa D & C 2d 41 45 (1957); *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 125 (1973); *Sherlock v Stillwater* 260 NW 2d 169 (Minn 1977); *Fulton De-Kalb Hospital Authority v Graves* 314 SE 2d 653 655 (1984).

³⁹⁹ Hospitaal- en mediese uitgawes vir die sterilisasie en swangerskap, pyn en lyding verbonde aan die swangerskap en verlies aan inkomste van die moeder gedurende dié periode.

intrinsic value of human life according to the financial burden thus imposed upon the parents".⁴⁰⁰

In *Macomber v Dillman*⁴⁰¹ het die Maine Supreme Court hom soos volg uitgelaat:

A parent cannot be said to have been damaged or injured by the birth and rearing of a healthy, normal child. Accordingly, we limit the recovery of damages, where applicable, to the hospital and medical expenses incurred for the sterilisation operation procedures and pregnancy, the pain and suffering connected with the pregnancy and the loss of earnings by the mother during that time.⁴⁰²

Dit is baie vreemd dat die hof op sterkte van dieselfde nalatige optrede sekere tipes skadevergoeding toelaat as skade of nadeel voortvloeiend uit die bepaalde optrede, maar ten opsigte van ander skade of nadeel, soos byvoorbeeld die koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind, nie skadevergoedingseise toelaat nie.⁴⁰³

In *Custodia v Bauer*⁴⁰⁴ het die hof die gemeenskapsopvatting wat in vroeëre sake beklemtoon is, verwerp met die argument "the birth of a child may be something less than (a) blessed event".⁴⁰⁵ Selfs al sou 'n mens argumentshalwe toegee dat die koste aangegaan tog voordele inhou, is daar geen rede om aan te voer dat die voordele in elke saak noodwendig die koste oorskry nie.⁴⁰⁶ Volgens die *Burke*-saak dui mense wat mediese kontraseptiewe hulp

⁴⁰⁰ *O'Toole v Greenberg* 477 NE 2d 445 (NY 1985).

⁴⁰¹ 585 A 2d 810 (Me 1986).

⁴⁰² 505 A 2d 810 813 (Me 1986).

⁴⁰³ *Fassoulas v Ramey* 450 So 2d 822 823 (Fla 1984); *Kingsbury v Smith* 122 NH 237 244 442 A 2d 1003 1006 (1982) - in laasgenoemde hofsaak is uitdruklik erken dat "child rearing damages" 'n direkte uitvloeisel van 'n delik is, maar nogtans is dit nie toegelaat nie: "The elements of damages that may be recovered are those that are a direct and probable result of the defendant's negligence, except that recovery for the cost of raising the child are not permitted."

⁴⁰⁴ 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967).

⁴⁰⁵ *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967).

⁴⁰⁶ *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 175 (Minn 1977). 'n Groot gesin of 'n gesin met 'n benarde finansiële posisie of 'n egpaar wat reeds oud is of emosioneel

kry egter oorwoë aan dat hulle nie kinders wil hê nie en die voordele van ouerskap sal nie vir hulle swaarder weeg as die koste verbonde aan 'n onbeplande kind nie. Die voordeelteorie volgens die *Burke*-saak "simply lacks verisimilitude"⁴⁰⁷ en is onrealisties.⁴⁰⁸

Die Amerikaanse howe was ook die mening toegedaan dat om 'n kind as nadeel te sien, inbreuk maak op die fundamentele konsep van 'n nuwe lewe wat baie waardevol is.⁴⁰⁹ Die gebruik van kontraseptiewe middels of metodes om watter rede⁴¹⁰ ookal, maak 'n lewe nie minder waardevol wanneer dit wel ontstaan nie. Sou so 'n middel of metode misluk, eis ouers juis uit hoofde van die fundamentele konsep van 'n waardevolle menselewe skadevergoeding om dié onbeplande kind na behore te versorg.

Tog moet die gebruik van kontraseptiewe middels of metodes deur miljoene mense die openbare beleid beïnvloed. Deur skadevergoeding aan die gebruiker van 'n kontraseptiewe middel of metode wat gefaal het te ontsê op sterkte van die openbare beleid, beteken dat die openbare beleid die gebruik van kontraseptiewe middels of metodes deur miljoene mense ignoreer. Die gemeenskapsopptrede en -houding is pro-kontraseptief, iets wat tot die openbare beleid moet spreek.⁴¹¹

Grootmaakkoste moet uit die konteks van 'n vergelyking met 'n kostevoordeel gehaal word want deur die geboorte van 'n onbeplande kind as gevolg van die geneesheer se nalatige optrede, het die ouers 'n direkte finansiële nadeel

onstabil is, mag die geboorte van nog 'n kind (of 'n eerste kind in sekere gevalle) as 'n ramspoedige gebeure bestempel. *Sorkin v Lee* 78 AD 2d 180 188 434 NY S 2d 300 308 (1980) (*dissent*).

⁴⁰⁷ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 769 551 NE 2d 1 4 (1990).

⁴⁰⁸ *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 175 (Minn 1977); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 (Wyo 1982); *Sorkin v Lee* 78 AD 2d 180 434 NY S 2d 300 (1980) (*dissent*); *Tropi v Scarf* 31 Mich App 240 187 NW 2d 511 (1971).

⁴⁰⁹ *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 862 (Ky 1983); *Rouse v Wesley* 494 NW 2d 7 10 (Mich Ct App 1992).

⁴¹⁰ Ekonomies, terapeuties of eugeneties.

⁴¹¹ *Tropi v Scarf* 31 Mich App 240 253 187 NW 2d 511 517 "[t]o say that for reasons of public policy contraceptive failure can result in no damage as a matter of law ignores

gely.⁴¹² Die delikspleger moet die benadeelde persoon neem soos hy hom vind⁴¹³ en aanspreeklik gehou word vir die skade of nadeel wat sy nalatige optrede veroorsaak het. Soos later⁴¹⁴ geargumenteer sal word behoort 'n aborsie of aanneming nie ter vermindering van skadevergoeding in ag geneem word nie.

Hierdie verweer is gebaseer op openbare sentiment⁴¹⁵ en is nie juridies fundeer nie. Die invalshoek is vanuit die perspektief van normale ouers in plaas van die eiser-ouers wat ouerskap wou voorkom. Die Amerikaanse howe behoort regsbeginsels in plaas van twyfelagtige emosionele oorwegings toe te pas.⁴¹⁶ In plaas van die nie-toekenning van grootmaakkoste omrede "(it) meddles with the concept of life and the stability of the family unit"⁴¹⁷ en verder "(a child is not an) economic liability"⁴¹⁸ kon die howe aan die hand van tradisionele delikteregbeginsels insake vergoeding en beperking van skade 'n aanvaarbare beslissing maak. Dit dien geen doel om 'n reg op prokreasie te hê maar geen remedie ter beskerming en afdwinging van dié reg bestaan nie.

Dit is nie die hof se plig om voor te skryf wat die openbare beleid met betrekking tot die geboorte van 'n onbeplande maar gesonde kind moet wees nie. 'n Hof se plig is om die reg te interpreteer en die formulering van die

the fact that tens of millions of persons use contraceptives daily to avoid the very result which the defendant would have us say is always a benefit, never a detriment."

⁴¹² *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn 1977).

⁴¹³ *Fassoulas v Ramey* 450 SO 2d 822 829 (Fla 1984). Sien ook *Bruneau v Quick* 447 A 2d 742 750 (Conn 1982).

⁴¹⁴ Sien die bespreking in 3.4 Beperking van skade.

⁴¹⁵ "... cause for celebration and not compensation ..." Reichman 1985 *Sydney Law Review* 568 574 en verder "... the courts are afraid that the plaintiff will be twice blessed; that he will touse the hair of a well-loved child with one hand while he cashes support checks from the doctor with the other". Note 1982 *Virginia Law Review* 1311 1316. Sien ook Symmons 1987 *The Modern Law Review* 284.

⁴¹⁶ *Roe v Wade* 410 US 113 116 (1973). Besluite betreffende kontrasepsie moet "free of emotion [and] predilection" gedoen word.

⁴¹⁷ *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 421 687 P 2d 850 856 (1984); *Wilbur v Kerr* 628 SW 2d 568 571 (Ark 1982).

⁴¹⁸ *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 419 687 P 2d 850 854 (1984).

openbare beleid⁴¹⁹ is 'n funksie van die wetgewer. Die howe hoef slegs die tradisionele gemeenregtelike delikteregbeginsels insake skadevergoeding toe te pas.⁴²⁰

(ii) Die voordele verbonde aan die geboorte van 'n kind weeg altyd swaarder as die skade of nadeel verbonde aan die ongewenste of onbeplande geboorte⁴²¹

Die Amerikaanse howe het hierdie veralgemeende stelling as korrek aanvaar vanweë die groot hoeveelheid mense, getroud of ongetroud, wat graag kinders wil hê.⁴²² Wat die howe egter nie in ag geneem het nie, is die feit dat sommige mense juis voorsorgmaatreëls neem om nie kinders te hê nie en dat die teendeel van die veralgemeende stelling ook waar is. So 'n stelling kom neer op 'n direkte inbreukmaking op 'n persoon se reg op prokreasie.⁴²³

⁴¹⁹ *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 815-816 (Me 1986) - "[I]t is the duty of this Court to follow public policy, not to formulate it, absent a clear expression of public opinion"; *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 1086 (Fla Dist Ct App 1980) - "judges are more to be trusted as interpreters of the law than as expounders of what is called public policy".

⁴²⁰ "The decision not to have children or to limit the size of a family is the lawful prerogative of any couple and of any mother. Our charge is not to weigh the moral values in making that choice. It is not for us to decide whether a couple errs when they elect to have no children. It is not for us to say whether a couple with three children makes a wise choice when they decide to have no more children in order to concentrate their resources on adequate support for the existing children ...to inject the unmeasurable value of a human life (the baby) into the argument is to charge the issues with misdirected emotion". *Johnson v University Hospitals* 44 Ohio St 3d 49 59-60 540 NE 2d 1370 1378 1380 (1989). Regter Brown se minderheidsuitspraak.

⁴²¹ *Christensen v Thornby* 255 NW 620 (Minn 1934); *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 453 A 2d 974 976 (1982) - "... the benefits of joy, companionship and affection which a normal, healthy child can provide must be deemed as a matter of law to outweigh the costs of raising a child"; *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 (Wyo 1982); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 13-14 (Del 1975); *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 453 A 2d 974 976 (Pa 1982); *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 128 (Tex 1973) *cert denied* 415 US 927 (1974).

⁴²² *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 (Fla App 1980); *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 447 NE 2d 385 (1983); *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 499 Pa 484 453 A 2d 974 (1982); *Hickman v Myers* 632 SW 2d W 869 (Tex Civ App 1982); *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 (Tex Civ App 1973) *cert denied* 415 US 927 (1974).

⁴²³ *Griswold v Connecticut* 381 US 479 (1965); *Troppi v Scarf* 31 Mich App 240 253 187 NW 2d 511 517 (1971). "Contraceptives are used to prevent the birth of healthy children. To say that for reasons of public policy contraceptive failure can result in no damage as a matter of law ignores the fact that tens of millions of persons use contraceptives daily to avoid the very result which the defendant would have us say is

Burke⁴²⁴ sien hierdie standpunt as baie nou verwant aan die standpunt dat die geboorte van 'n gesonde kind nie 'n nadeel is nie. Voorstanders van hierdie standpunt baseer hul siening daarop dat die koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind verhaal kan word mits daar 'n afweging teenoor die voordele van ouerskap plaasvind. Die howe tas duidelik mis met die toepassing van artikel 920 van die *Restatement (Second) of Torts*.⁴²⁵ In plaas daarvan om dieselfde belange teenoor mekaar op te weeg, word onewe belange foutiewelik teenoor mekaar opgeweeg.⁴²⁶

Voorts voer Burke ook aan dat selfs die sterkste teenstand teen dié tipe koste moet toegee dat die voordele verbonde aan die geboorte van 'n kind nie altyd meer is as die koste verbonde aan die geboorte van sodanige kind nie.⁴²⁷

(b) Die "ongunstige effek op die kind"-teorie

Deur die koste verbonde aan die grootmaak van 'n onbeplande kind toe te staan, so word aangevoer in die Amerikaanse howe, sal dié kind emosioneel geknou word.⁴²⁸

always a benefit, never a detriment. Those tens of millions of persons, by their conduct, express the sense of the community". *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 175 (Minn 1977).

⁴²⁴ Burke 1988 *Pace Law Review* 331.

⁴²⁵ 1979.

⁴²⁶ Sien 3.3.3 "Benefit offset rule" wat hierna volledig bespreek word. Die korrekte interpretasie sou wees om emosionele belange en emosionele nadele met mekaar te vergelyk en eweneens finansiële belange en finansiële nadele met mekaar te vergelyk. Tog is voorstanders van hierdie benadering huiwerig om hierdie moontlikheid aan die jurie voor te hou, 'n stap wat volgens Burke niks anders as 'n mosie van wantroue in die juriestelsel is nie. Met die oog op regsekerheid sal dit beter wees om die jurie 'n besluit te laat neem soos in enige ander deliktuele aksie. Burke 1988 *Pace Law Review* 331. *Nanke v Napier* 346 N.W. 2d 520, 524 (Iowa 1984): "Traditional principles of tort law are adequate to the task of instructing a jury on how to reach a fair verdict on the damage issue here presented ...".

⁴²⁷ *McKernan v Aasheim* 102 Wash. 2d 411, 418, 687 P. 2d 850, 854 (1984): "If such were the case, presumably no sterilisation operations would be performed." Sien ook *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967).

⁴²⁸ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 770 551 NE 2d 1 4; *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 722 (Ala 1982); *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 136 Ariz 579 592 667 P 2d 1294 1302 (1983) (en banc); *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 244 628 SW 2d 568 571 (1982); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 14 (Del 1975); *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 417 687 P 2d 850 855 (1984).

(i) **Die emosionele nadeel vir of ontwrigting van die kind**

Die howe is van mening dat die kind emosioneel benadeel sal word wanneer hy/sy ontdek dat hy/sy ongewens of onbeplan was en grootgemaak is deur 'n ander se fondse.⁴²⁹ Na die ongewenste kind word verwys as die "emotional bastard".⁴³⁰ Myns insiens is daar geen basis om die beswaar van emosionele nadeel of ontwrigting te regverdig nie. Daar is eweneens ook die teenkant van die argument, naamlik dat die kind emosioneel sowel as materieel kan baat by die toestaan van grootmaakkoste. In *Custodio v Bauer*⁴³¹ is opgemerk dat die kind meer behorende tot en meer bemind sal voel "if he brings with him the wherewithal to make it possible".⁴³² Die emosionele nadeel vir die kind sal nie groter wees indien die grootmaakkoste wel toegestaan word nie. Burke⁴³³ is van mening dat die meeste howe een of ander vorm van skadevergoeding in dié verband toelaat en dat dit moeilik is om te begryp hoe die toestaan van sodanige skadevergoeding 'n kind dan nou minder emosioneel sal benadeel as juis die verhaling van koste vir die grootmaak van die kind. Die standpunt wat Burke dus onderskryf is, ongeag of minder of meer of volle skadevergoeding toegelaat word, dat daar nie ingesien kan word hoe die kind emosioneel daardeur benadeel sal word nie.⁴³⁴ Selfs al word slegs die gewone skadevergoedingseise⁴³⁵ ingestel

⁴²⁹ *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 722 (Ala 1982); *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 1076 (DC 1984); *Rieck v Medical Protection Co* 219 NW 2d 242 245 "... the child might some day read this decision as to who is to pay for his support and upbringing".

⁴³⁰ *Wilbur v Kerr* 628 SW 2d 568 571 (Ark 1982).

⁴³¹ 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967).

⁴³² 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 477 (1967). "Relieving the family of the economic costs of raising the child may well add to the emotional wellbeing of the entire family, including [the unplanned] child, rather than bring damage to it". *Marciniak v Lundborg* 243 153 Wis 2d 59 67 450 NW 2d 243 246 (1990).

⁴³³ Burke 1988 *Pace Law Review* 331. Sien ook *Burke v Rivo* 406 Mass 764 770 551 NE 2d 1 4 (1990).

⁴³⁴ Burke 1988 *Pace Law Review* 331; *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 724-725 (Ala 1982). Dit sal myns insiens moeilik wees om die emosionele effek op die kind te bepaal in geval van 'n volle verhaling ("full recovery") teenoor slegs 'n beperkte of gedeeltelike verhaling ("limited recovery"). In *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 130 (Tex Ct App 1973) *cert denied* 415 US 927 (1974) wys regter Cadena in sy minderheidsuitspraak die inkonsekwentheid van beperkte skadevergoeding uit: "If,

verbonde aan 'n ongewenste swangerskap, moet die eisers nog steeds aantoon dat die kind ongewens was, dat die eisers hulle reg op nie-prokreasie wou uitoefen en 'n verdere swangerskap wou voorkom deur sterilisasie en dat die nalatige optrede van die geneesheer dié reg aangetas het. Wat ookal die tipe skadevergoeding wat geëis word, bly die kind ongewens, dit vorm die basis van die aksie en dit moet in elke geval bewys word. Of die koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind geëis word aldan nie, bestaan die moontlikheid deurgaans dat 'n kind kan uitvind dat hy/sy ongewens of onbeplan was. Die ontsegging van grootmaakkoste mag die kind laat voel dat hy/sy minder aanvaarbaar is en sy/haar ouers die onkoste eventueel moet dra wat hulle ten alle koste wou verhoed het. Die ouers eis omdat hulle finansiële steun wil hê en nie weens die ongewenste "las" nie.⁴³⁶

Die emosionele nadeel-argument word hoofsaaklik in jurisdiksies aangevoer waar die "benefit offset rule" toegepas word en nie in jurisdiksies waar die "full recovery rule" toegepas word nie. Deur die volle verhaling van skadevergoeding toe te laat sal ouers nie nodig hê om hulle kind bloot te stel aan emosionele nadeel nie en word slegs die finansiële nadeel beklemtoon.⁴³⁷ Word die *Restatement of Torts*⁴³⁸ korrek toegepas en vind afweging van dieselfde belang plaas, sal 'n kind nie emosioneel benadeel voel en sal die koste wat dit eventueel verg om hom/haar groot te maak aansienlik meer wees as die koste wat hy/sy kan bydra tot die gesin se finansies.

indeed, the satisfaction which normal parents derive from raising a child outweighs, as a matter of law, the considerable expense of raising a child, it would follow that such joy and satisfaction would outweigh the relatively insignificant medical costs of the pregnancy and delivery... There is no discernible reason for allowing recovery for these relatively minor 'damages' and denying recovery for the substantial costs of raising and educating a child". Ook wys regter Brown in *Johnson v University Hospitals* 44 Ohio St 3d 49 61 540 NE 2d 1370 1380 (1989) op dié inkonsekwentheid: "[t]here is no rational difference between the damages caused by 'the [wrongful] pregnancy itself' and the child-rearing expenses. The cost of pregnancy can no more be balanced against 'the value ... [of] a smile' than can the child-rearing expenses".

⁴³⁵ Skade direk verwant aan die ongewenste swangerskap. In *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 687 p 850 856 (1984) is die mening uitgespreek dat die tipe skadevergoeding die kind nie emosioneel kan benadeel nie.

⁴³⁶ *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 246 (Wis 1990).

⁴³⁷ *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 420 687 P 2d 850 855 (1984).

⁴³⁸ Art 920 (1979).

Ongelukkig is die Amerikaanse howe nie konsekwent ten opsigte van die potensiële emosionele nadeel nie. Dit blyk dat dié howe slegs in geval van normale en gesonde kinders bekommerd is oor die emosionele beskerming wat aan sulke kinders verleen behoort te word.⁴³⁹

Na die *McKernan*-uitspraak⁴⁴⁰ het dit duidelik geblyk dat die Washington *Supreme Court* slegs in gevalle van onregmatige swangerskap die toestaan van grootmaakkoste as potensiële nadeel vir die kind beskou. In hofsake rakende betwiste swangerskap word emosionele nadeel vir die kind buite die eg gebore, nie eens oorweeg nie.⁴⁴¹ In die aksie vir onregmatige geboorte bestaan dieselfde moontlikheid dat die kind kan ontdek dat sy of haar ouers skadevergoeding vir die buitengewone uitgawes gepaardgaande met 'n fisies of psigiese defek, geëis het. Ten einde suksesvol te kan eis moet die ouers aanvoer dat hulle die swangerskap sou voorkom het of beëindig het indien hulle geweet het dat die kind wangeskape gebore sou word.⁴⁴² In sekere tipe aksies⁴⁴³ waarin skadevergoeding in totaliteit toegestaan word, behoort die misplaaste standpunt van emosionele nadeel dan ook deur die howe gestand gedoen te word, wat nie die geval is nie.

Baie kinders wat gebore is voor algemene sosiale aanvaarbare gesinsbeplanning posgevat het, is totaal onbewus of skaars bewus van die feit dat hulle "ongelukkies" was. Volgens Burke het dit nie 'n nadelige gevolg op hulle psige gehad nie.⁴⁴⁴ Indien skadevergoeding ten volle toegestaan word, sal

⁴³⁹ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 770 551 NE 2d 1 4; *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 722 (Ala 1982); *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 136 Ariz 579 592 667 P 2d 1294 1302 (1983) (*en banc*); *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 244 628 SW 2d 568 571 (1982); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 14 (Del 1975); *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 417 687 P 2d 850 855 (1984).

⁴⁴⁰ *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 420 687 P 2d 850 855 (1984).

⁴⁴¹ *Linda D v Fritz C* 38 Wash App 288 687 P 2d 223 (1984).

⁴⁴² *Harbeson v Parke-Davis Inc* 98 Wash 2d 460 656 P 2d 483 (1983).

⁴⁴³ Byvoorbeeld "wrongful birth", "wrongful life", "wrongful adoption".

⁴⁴⁴ *Burke* 1988 *Pace Law Review* 331.

die finansiële druk op die gesin veroorsaak deur die onverwagte en onbeplande geboorte verlig word en dra dit by tot 'n hegte gesinseenheid en gesinsliefde eerder as 'n onenigheid in gesinsgeledere.⁴⁴⁵ Burke doen verder aan die hand dat die probleem van emosionele knouing grotendeels onder-
vang kan word deur die eiser se voorletters in die hofverslag weg te laat of deur 'n ander metode te bedink om anonimiteit te verseker.⁴⁴⁶

'n Kind sal emosioneel minder benadeel word deur te hore te kom van die aksie vir onregmatige konsepsie as om in 'n gesin gebore te word wat nie genoegsame fondse beskikbaar het om voorsiening te maak vir die kind se opvoeding en onderhoud nie.⁴⁴⁷

Die feit dat die kind onbeplan is beteken nie dat die ouers die kind nie lief het, nie wil hê of wil versorg nie, maar dat daar geldelike bystand daarvoor benodig word:

The court noted, however, that "the love, affection and emotional support they are prepared to give do not bring with them the economic means that are also necessary to feed, clothe, educate, and otherwise raise the child."⁴⁴⁸

Many, perhaps most persons living today are conceptional accidents in the sense that their parents did not desire that a child result from the particular intercourse in which the person was conceived.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ Burke 1988 *Pace Law Review* 331; *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 725 (Ala 1982); *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967) - die Kaliforniese appêlhof (court of appeal) het beslis dat die tiende kind in die Custodio familie dalk net meer bemind sou word "if he brings with him the wherewithal to make it possible".

⁴⁴⁶ Burke 1988 *Pace Law Review* 332; *James G v Caserta* 332 SE 2d 872 874 n 1 (WVa. 1985); *Anonymous v Hospital* 33 Conn Supp 126 366 Azd 204 (1976); *P v Portadin* 179 NJ Super 465 432 A 2d 556 (1981); *Wilbur v Kerr* 628 SW 2d 568 570.

⁴⁴⁷ Cheslik 1985 *Federation of Insurance Counsel Quarterly* 289-309 306.

⁴⁴⁸ *Marciniak v Lundborg* 153 Wis 2d 67 450 NW 2d 246. Sien ook *Johnson v University Hospitals* 44 Ohio St 3d 49 60 540 NE 2d 1370 1379-1380 (1989) die minderheidsuitspraak by monde van regter Brown: "Now that the child is born she will do her best, within her resources, to raise and love the child. The mother has accepted the inevitable, and loves and wishes to raise her child. This does not erase the fact of injury and resulting damages."

⁴⁴⁹ *Troppi v Scarf* 31 Mich App 240 187 NW 2d 511 519 (1977).

In 1978 het veertig persent van alle swangerskappe in Amerika geblyk onbepland te wees. Beteken dit nou om die "emotional bastard"-beswaar tot op die been te sny dat veertig persent onbeplande Amerikaners "emotional bastards" is omdat hulle onbepland is?⁴⁵⁰

(ii) Die Staat meng in met die integriteit van die gesinseenheid

'n Verdere argument teen die toestaan van grootmaakkoste is juis dat deur beregting van hierdie tipe aksies, die staat met die integriteit en stabiliteit van die gesinseenheid inmeng.⁴⁵¹

Hoewel in *Wilbur v Kerr*⁴⁵² die aksie vir ongewenste swangerskap/geboorte beskou is as "[it] would undermine society's need for a strong and healthy family relationship" en dat die verhaal van skadevergoeding geag word met die konsep van lewe en stabiliteit van die gesinseenheid in te meng, het die minderheidsuitspraak⁴⁵³ gewys op die gevaar wat nie-toestaan van skadevergoeding kan meebring in dié verband. Deur skadevergoeding in die vorm van grootmaakkoste vir 'n onbeplande kind te weier, word aborsie of aanneming aangemoedig, 'n aspek wat des te meer die gesinstabiliteit 'n knou kan toedien.

Die weiering van skadevergoeding beteken voorts dat 'n familiefonds vir die onbeplande kind se gesin ontsê word. Die ouers se eis vir grootmaakkoste impliseer dus hoegenaamd nie die verwerping van die kind nie, aangesien dié negatiewe implikasie die ouer-kindverhouding erg sou benadeel.

⁴⁵⁰ Cheslik 1985 *Federation of Insurance Counsel Quarterly* 289-309 306.

⁴⁵¹ *Wilbur v Kerr* 275 Ark 239 243-244 628 SW 2d 568 571 (1982). "We are ... convinced that the damage to the child will be significant; that being an unwanted or 'emotional bastard' who will some day learn that its parents did not want it and, in fact, went to court to force someone else to pay for its raising, will be harmful to the child. It will undermine society's need for a strong and healthy family relationship. We have not become so sophisticated a society to dismiss that emotional trauma as nonsense". *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 721 (Ala 1982).

⁴⁵² 628 S568 570-571 (Ark 198).

⁴⁵³ *Wilbur v Kerr* 275 Ark 628 SW 568 572 (Ark 1982).

Die "emotional bastard"-argument is in *Custodio v Bauer*⁴⁵⁴ en *Sherlock v Stillwater Clinic*⁴⁵⁵ verwerp en daar is beslis dat die toestaan van skadevergoeding nie emosionele nadeel aan die kind kan veroorsaak nie aangesien beplande ouerskap nie altyd die bloudruk gevolg het nie.

In *Hartke v McKelway*⁴⁵⁶ is dit gestel dat daar geen besliste aanduiding is dat die effek noodwendig in elke geval nadelig sal wees nie. Dit is ook nie te sê dat 'n potensiële nadelige effek sal realiseer nie. Dit sal kortsigtig en onregverdig wees om 'n spesifieke effek aan die grootmaakkoste te koppel, aangesien die effek van geval tot geval kan wissel.

In die *Burke*-saak word daarop gewys dat dit 'n verkeerde aanname is om 'n kind as skade of nadeel te sien. Die toestaan van koste vir die grootmaak van 'n kind is nie 'n aantasting van die waarde van 'n kind se lewe nie, maar 'n erkenning van die ouers se reg op prokreasie waarop inbreuk gemaak is.⁴⁵⁷ Die skade of nadeel lê nie in die kind self nie, maar in die koste⁴⁵⁸ verbonde aan die grootmaak van die onbeplande kind.

Aansluitend by voorafgaande teorieë⁴⁵⁹ wat op openbare beleid geskoei is, volg nou 'n bespreking van 'n ander teorie, naamlik die "spekulatiewe skadevergoedingsteorie" wat 'n groot invloed op die Amerikaanse howe se weiering om die grootmaakkoste vir die onbeplande kind toe te staan, het.

⁴⁵⁴ 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 477 (Ct App 1967).

⁴⁵⁵ 260 NW 2d 169 170 (Minn 1977).

⁴⁵⁶ 707 F 2d 1544 1552 n 8 (DC Cir 1983) *cert denied* 464 US 983 (1982). Sien ook *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 136 Ariz 579 585 667 P 2d 1294 1300 (1983); *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 176-177 (Minn 1977).

⁴⁵⁷ *Cockrum v Baumgartner* 99 Ill App 3d 271 273 425 NE 2d 968 970 (1981) *rev'd* 95 Ill 2d 193 447 NE 2d 385 (1983) *cert denied sub nom*; *Raja v Michael Reese Hospital and Medical Center* 464 US 846 (1983); *Rivera v New York* 94 Misc 2d 157 162 404 NY S 2d 950 953 (Ct Cl 1978).

⁴⁵⁸ Die koste is redelike voorsienbare skade of nadeel wat uit die nalatige handeling van die geneesheer spruit.

⁴⁵⁹ Die "oorheersende voordeel"-teorie en "ongunstige effek op die kind"-teorie.

• Die "spekulatiewe skadevergoedingsteorie"⁴⁶⁰

(a) Koste verbonde aan die grootmaak van 'n onbeplande kind is te spekulatief en onseker van aard

'n Rede wat dikwels aangevoer word vir die weiering van koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind, is dat dit te spekulatief van aard is. In *Sorkin v Lee*⁴⁶¹ is bevind dat skadevergoeding vir die koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind "speculative beyond realistic measurement" is. Burke⁴⁶² haal verskeie sake aan waarin aangedui word dat die berekening tog nie só spekulatief van aard is soos beweer word nie, maar eintlik net 'n roetine-aangeleentheid is. Hierdie sake verteenwoordig egter die minderheidstandpunt. Basiese riglyne is wel neergelê in *Jones v Malinowski*⁴⁶³ deur die Maryland Court of Appeals, naamlik dat die bepaling gebaseer is op voorsienbare faktore met betrekking tot onderhoud en opvoedkundige uitgawes wat die ouers moet aangaan totdat die kind meerderjarige ouderdom bereik.⁴⁶⁴ Die hof het die verdienvermoë van die ouers, die aard van hulle werk, uitgawes, inflasie, verbruikersprysindeks en ander ekonomiese kriteria oorweeg.⁴⁶⁵ Die berekeninge gedoen deur aktuarisse, boedelbeplanners en versekeringsmaatskappye asook die berekeninge in die geval van gewone wanpraktykseise, kan in hierdie geval wel 'n groot rol speel by die bepaling

⁴⁶⁰ "Speculative damages theory". *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 245 (Wis 1990); *Restatement (Second) of Torts* § 912 (1979); *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 (Ala 1982); *Coleman v Garrison* 349 A 2d 8 (Del 1975); *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 687 P 2d 850 (1984) (en banc); *Sorkin v Lee* 78 AD 2d 180 181 434 NY S 2d 301 (1980); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 (Wyo 1982).

⁴⁶¹ 78 AD 2d 180 181 434 NY S 2d 300 301.

⁴⁶² Burke 1988 *Pace Law Review* 332-333. *Ochs v Borrelli* 445 A 2d 883 886 (Conn 1982) – die koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind is nie meer spekulatief as koste in geval van 'n onregmatige daad en verlies aan consortium nie. *Burke v Rivo* 551 NE 2d 1 5 (Mass 1990). Die berekening van die verwagte grootmaakkoste is nie meer gekompliseerd as baie van die berekenings van skadevergoeding vir toekomstige verlies nie. *Troppi v Scarf* 31 Mich App 240 261 187 NW 2d 511 520-521.

⁴⁶³ 299 Md 257 473 A 2d 429 (1984).

⁴⁶⁴ *Jones v Malinowski* 299 Md 257 264 272 473 A 2d 429 436 (1984); *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 246 (Wis 1990).

⁴⁶⁵ *Jones v Malinowski* 299 Md 257 473 A 2d 429 436 (1984).

van grootmaakkoste.⁴⁶⁶ Burke⁴⁶⁷ gee toe dat die berekenings soms moeilik is veral waar 'n mens met die afweging van belange en afweging van voordele teenoor nadele te doen het, maar voer aan dat sodanige berekenings nie onmoontlik nie is mits die voordele alleenlik opgeweeg word teen skade of nadele van dieselfde belang wat aangetas is.⁴⁶⁸ Die onsekerheid bestaan juis vanweë die foutiewe vereiste dat emosionele belange opgeweeg moet word teen finansiële belange. 'n Onbeplande kind is nie altyd 'n vreugde nie en die verweerder moet die ouers as benadeelde neem soos hy hulle vind.⁴⁶⁹

In die *Burke*-saak het die Massachusettshof die standpunt teen die toekenning van skadevergoeding synde as té spekulatief, verwerp met:

... the determination of the anticipated costs of child-rearing is no more complicated or fanciful than many calculations of future losses made every day in tort cases.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ *Jones v Malinowski* 299 Md 257 264 272 473 A 2d 429 436 (1984); *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 246 (Wis 1990).

⁴⁶⁷ Burke 1988 *Pace Law Review* 333 maak die interressante opmerking dat die gemiddelde jurielid wel 'n berekening kan maak rakende die koste vir die grootmaak van 'n kind en dat dit soms moeiliker is om die verlies van 'n hand te kwantifiseer as om eersgenoemde koste te bereken. Die berekening van pyn, lyding en geestelike ontwrigting word wel toegelaat in die "action for wrongful conception", berekeninge wat veel moeiliker is as die berekening van die sogenaamde "child rearing damages".

⁴⁶⁸ Burke 1988 *Pace Law Review* 333 verwys na die "action for wrongful death" waar daar ook 'n opweging is van nadeel of skade soos byvoorbeeld die verlies aan gemeenskap, kameraadskap, aandag, leiding en ouerlike sorg; *Jones v Malinowski* 299 Md 257 272 473 A 2d 429 437 (1984).

⁴⁶⁹ *Terrell v Garcia* 490 SW 2d 124 127 130 fn 87 (1973) (minderheidsuitspraak Regter Cadena).

⁴⁷⁰ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 771 551 NE 2d 1 5 (1990). Die berekening van dié tipe skadevergoeding is geredelik haalbaar aangesien die berekeninge van die grootmaakkoste van kinders gedoen kan word en beskikbaar is. *Marciniak v Lundborg* 153 Wis 2d 59 66 450 NW 2d 243 246 (1990); *Troppi v Scarf* 31 Mich App 240 261 187 NW 2d 511 520-521 (1971) 385 Mich 753 (1971) waar verlof tot appèl geweier is. Die berekening van grootmaakkoste is 'n roetineberekening wat in baie sake gedoen word. In Nebraska word gekompliseerde skadevergoedingsberekeninge gedoen in die gedinge "action for wrongful death" *Garvin v Coover* 202 Neb 582 586-587 276 NW 2d 225 227-228 (1979); *Caradori v Fitch* 200 Neb 186 194 263 NW 2d 649 655 (1978); *Crewdson v Burlington NRR Co* 234 Neb 631 643-645 452 NW 2d 270 (1990). In laasgenoemde saak met die dood van 'n meerderjarige kind, is verlies aan bydrae van so 'n kind en verlies aan bemoediging, kameraadskap ens. toegelaat. In *Hartke v McKelway* 707 F 2d 1544 1552-8 (DC Cir 1983) *cert denied* 464 US 983 (1983) en *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 176 (Minn 1977) is analogieë getrek tussen die "action for wrongful pregnancy" en die "action for wrongful death".

In *Tropi v Scarf*⁴⁷¹ was die hof se uitgangspunt dat die probleem om skadevergoeding te bepaal:

... [should not] justify throwing up our hands and denying recovery altogether.

Onderhoud, opvoedkundige uitgawes en finansiële steun is voorsienbare uitgawes wat normaalweg bereken word vir bevolkingstudies,⁴⁷² vir skikkings in geval van die aksie vir onregmatige veroorsaking van dood,⁴⁷³ vir versekeringspeilings en beramings vir kinderondersteuning,⁴⁷⁴ gedoen deur demografiste, aktuarisse en statistici.⁴⁷⁵ Daar word daagliks soortgelyke berekenings in baie wanpraktyksaksies gemaak wat hierdie tipe van wanpraktyksaksie nie 'n uitsondering behoort te maak nie.⁴⁷⁶

Die enigste skadevergoedingsberekening wat moontlik⁴⁷⁷ spekulatief kan wees is die geval waar die "benefit offset" reël toegepas word, naamlik vermindering in die totale koste wat korreleer met die waarde wat die ouers toeval. Die waarde van voordele soos liefde, bystand, kameraadskap is moeilik kwantifiseerbaar maar dit maak nie die waarde onbepaalbaar nie.⁴⁷⁸

⁴⁷¹ 31 Mich App 240 261 187 NW 2d 511 521 (1971). Sien ook *Betancourt v Gaylor* 344 A 2d 336 340 (1976).

⁴⁷² *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 245-246 (Wis 1990).

⁴⁷³ "Action for wrongful death".

⁴⁷⁴ Die faktore wat in berekening gebring word vir die grootmaak van 'n kind in die VSA is ras, die aantal kinders, sosio-ekonomiese status, beroep van die ouers, geografiese verblyf ens *Jones v Malinowski* 473 A 2d 429 436 (Md 1984).

⁴⁷⁵ Ongelukkig verval sommige howe weer na dié voorstel in 'n sirkelredenasie naamlik dat die emosionele voordele swaarder weeg as die grootmaakkoste, laasgenoemde onmoontlik is om te bepaal en dat die bepaling daarvan in elke geval irrelevant is. Sien *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 687 P 2d 850 (1984) (*en banc*).

⁴⁷⁶ *Tropi v Scarf* 31 Mich App 240 187 NW 2d 511 (Ct App 1971).

⁴⁷⁷ Die "benefit offset" reël werk in elke geval in die guns van die verweerder en verminder eerder as vermeerder die aanspreeklikheid van die verweerder.

⁴⁷⁸ *Tropi v Scarf* 31 Mich App 240 249 187 NW 2d 511 521 (1971). In die "action for wrongful death" is dié voordele redelik kwantifiseerbaar. *Terrell v Garcia* 499 SW 2d 124 127 (1973).

(b) Skadevergoedingstoekennings is nie in verhouding met die nalatige optrede van die geneesheer nie⁴⁷⁹

Hierdie is 'n verdere argument wat teen die toestaan van grootmaakkoste aangevoer word, hoewel koste vir die grootmaak van 'n kind wat geëis of toegestaan is aan die eisers, getuig van bedrae wat nie naastenby vergelyk kan word met skadevergoedingsbedrae vir ander ernstige delikte nie.⁴⁸⁰

Die howe is ook van mening dat die verhaal van grootmaakkoste 'n potensieel onredelike las op die geneesheer plaas deur van hulle te verwag om versekering uit te neem teen die moontlike risiko om so 'n bevel op die lyf te loop. Hoe meer risiko's daar bestaan waarteen verseker moet word, hoe hoër is die premies wat eventueel van die verbruiker-pasiënt verhaal word.⁴⁸¹

In sommige van die howe is ook kommer uitgespreek oor die geneesheer se posisie as sogenaamde "surrogaat ouer":

⁴⁷⁹ "It is not our place to deny recovery of certain damages merely in order to insulate health care providers from the shock of big tort judgements" - *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 418 687 P 2d 850 854 (1984); *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 863 867 (Ky 1983). Die effek van regter Leibsen se uitspraak is dat die delikspleger nie beskerm moet word teen redelik voorsienbare skades soos byvoorbeeld "child rearing damages" bloot omdat dit omvangryk is nie. Indien die delikspleger beskerm word teen redelike voorsienbare skade sal so 'n uitspraak skadevergoeding beperk tot 'n onbenullige gedeelte van die totale uitgawes, nadeel of skade wat uit 'n nalatige daad vloei. *James G v Caserta* 322 SW 2d 872 878 (W Va 1985); *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 721 (Ala 1982); *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 127 (Tex Civ App 1973); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 292 (Wyo 1982); *Rieck v Medical Protective Co* 46 Wis 2d 514 519 219 NW 2d 242 245 (1974). *McKernan v Aasheim* 687 P 2d 850 852 (1984). Sien ook Harrison 1983 *Northern Kentucky Law Review* 341-353 346-347.

⁴⁸⁰ Burke 1988 *Pace Law Review* 334. In die volgende sake is die onderskeie skadevergoedingsbedrae daarnaas gemeld, toegeken: *Morris v Freudenfeld* 135 Cal App 3d 23 185 Cal Rptr 76 (1982) \$90 000; *Ochs v Borrelli* 187 Conn 253 445 A 2d 883 (1982) - \$56 375; *Hartke v McKelway* 526 F Supp 91 (DC Dist Ct 1981) - \$200 000; *Jones v Malinowski* 299 Md 257 473 A 2d 429 (1984) - \$70 000; *Clapham v Yanga* 102 Mich App 47 300 NW 2d 727 (1980) - \$57 000; *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn 1977) - \$19 500 is toegeken waarby grootmaakkoste ingesluit was. Daarteenoor het 'n studie in 1985 aangetoon dat daar sedert 1978 'n gemiddelde toekenning van meer as \$349 000 gemaak is vir ernstige beserings. Danzon 1985 *Medical Malpractice* 152.

⁴⁸¹ *Kingsbury v Smith* 422 A 2d 1003 1006 (NH 1982); *Rieck v Medical Protective Co* 46 Wis 2d 514 517 219 NW 2d 242 244 (1974); *Sorkin v Lee* 78 AD 2d 180 183 434 NY S 2d 300 303 (1980); Sien ook Hampton 1986 *Family Law Quarterly* 51.

[t]o permit the parents to keep their child and shift the entire cost of its [upbringing] to a physician who failed to determine or inform them of the fact [of the] pregnancy would be to create a new category of surrogate parent. Every child's smile, every bond of love and affection, every reason for parental pride in a child's achievement, every contribution by the child to the welfare and well-being of the family and parents, is to remain with the mother and father. For the most part, these are intangible benefits, but they are nonetheless real. On the other hand, every financial cost or detriment – what the complaint terms 'hard money damages' – including the cost of food, clothing and education, would be shifted to the physician who allegedly failed to timely diagnose the fact of pregnancy. We hold that such result would be wholly out of proportion to the culpability involved, and that the allowance of recovery would place too unreasonable a burden upon physicians, under the facts and circumstances here alleged.⁴⁸²

In *Maggard v McKelvey*⁴⁸³ het die hof beslis dat die betaling van grootmaakkoste buite die kader van die geneesheer se sorgsaamheidsplig teenoor die pasiënt val.

Skadevergoeding wat in dié tipe aksies geëis word is vir die direkte, voorsienbare en natuurlike gevolge van die geneesheer se nalatige optrede, die intrede waarvan die ouers juis wou voorkom het deur middel van 'n kontraseptiewe metode of middel.⁴⁸⁴ Grootmaakkoste is die direkte, natuurlike en voorsienbare gevolg van die geneesheer se nalatige uitvoering van die sterilisasie-operasie.⁴⁸⁵ 'n Delikspleger is aanspreeklik vir die skade wat hy veroorsaak. Daar is geen rede om 'n nalatige sterilisasie te onderskei van enige ander nalatige mediese prosedure nie.⁴⁸⁶ Tradisionele delikteregbeginsels word toegepas:

⁴⁸² *Rieck v Medical Protective Co* 64 Wis 2d 514 219 NW 2d 242 (1974).

⁴⁸³ 627 SW 2d 44 48 (Ky Ct App 1981).

⁴⁸⁴ *Jones v Malinowski* 299 Md 257 263-264 473 A 2d 429 435-436 (1984).

⁴⁸⁵ *Jones v Malinowski* 299 Md 257 266 473 A 2d 429 438 (1984).

⁴⁸⁶ Die toestaan van grootmaakkoste in geval van mislukte sterilisasies kan dien ter voorkoming van nalatige uitgevoerde sterilisasies. *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 1087 (Fla App 1980).

[W]e do no more today than apply traditional negligence and damage principles.⁴⁸⁷

(c) Skadevergoedingstoekennings sal bedrieglike of fiktiewe eise aanmoedig⁴⁸⁸

'n Verdere argument wat aangevoer word teen die toestaan van grootmaakkoste is dat die erkenning/toestaan van skadevergoedingseise bedrieglike eise in die hand sal werk.⁴⁸⁹ In *Rieck v Medical Protective Co*⁴⁹⁰ is dié motief van die ouers ernstiglik deur die hof bevraagteken. Die ouers het 'n aksie teen 'n mediese kliniek ingestel vir die nalatige versuim van 'n ginekoloog om vas te stel dat me Rieck swanger was. Die versuim het haar die geleentheid ontsê om 'n aborsie te ondergaan. Die grootmaakkoste wat geëis is, was nie redelik nie en die hof het gesuggereer dat hierdie 'n situasie was wat veral vatbaar is vir bedrieglike eise deur ouers wat *contra* hulle oorspronklike bedoeling optree:

[I]f the door were opened to recovery under such allegation and such subjective testimony as to state of mind or intention, the temptation would be

⁴⁸⁷ *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 1087 (Fla App 1980); *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 136 Ariz 579 667 P 2d 1294 (1983) (*en banc*); *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 174 (Minn 1977); *Fulton v De-Kalb Hospital Authority v Graves* 314 SE 653 655 (1984).

⁴⁸⁸ Die vrees is uitgespreek dat 'n stortvloed van aksies waaronder die "action for wrongful life" die Amerikaanse howe kan tref. Van die uitgesproke vrees het egter niks gekom nie aangesien die eis vir onregmatige lewe grotendeels nie erken word nie. Wat die eise vir onregmatige swangerskap en geboorte aanbetref, is die vrees ongegrond. Solank die scenario een is van ouers as eisers, behoort die vrees nie stand te hou nie, maar indien naasbestaandes dié tipe eise teen die nalatige genees- here en hospitale instel, kan 'n mens probleme te wagte wees. Naasbestaandes kan byvoorbeeld eis vir verlies aan ouerlike versorging, liefde, finansiële sorg en opvoeding, 'n verlies wat hulle nie sou gely het as dit nie vir die ongewenste geboorte van die toevoeging tot die gesin was nie. *White v United States* 510 F Supp 146 148 (1981); *Cox v Stretton* 77 Misc 2d 155 (1977). In *Zepeda v Zepeda* 190 NE 2d 849 (1963) het 'n buite-egtelike kind sy vader onsuksesvol gedagvaar op grond van die nalatige veroorsaking van sy buite-egtelike status.

⁴⁸⁹ *Beardsley v Wierdsma* 650 2d 288 292 (Wyo 1982); *Rieck v Medical Protective Co* 64 Wis 2d 514 219 NW 2d 242 (1974).

⁴⁹⁰ 64 Wis 2d 514 517 219 NW 2d 242 244 (1974).

great for parents, where a diagnosis of pregnancy was not timely made, if not to invent an intent to prevent pregnancy, at least to deny any possibility of change of mind or attitude before the action contemplated was taken ... [T]o hold that the allegations of this complaint constitute a cause of action for recoverable damages would open the way for fraudulent claims and would enter a field that has no sensible or just stopping point.⁴⁹¹

Aan die wortel van die sogenaamde bedrieglike of fiktiewe⁴⁹² eise lê die beweerde veroordeelde subjektiewe beëdigde verklaring van die ouers wat, ten einde suksesvol te kan wees met die ongewenste swangerskap of geboorte-aksie, moet aandui dat hulle nie 'n kind wou hê nie of indien hulle betyds ingelig was of korrek ingelig was oor die gebrek van die kind, hulle die swangerskap betyds sou laat beëindig het. Wat betref die berekening van skadevergoeding moet ouers ook daarteen waak om toe te gee dat die kind 'n welkome toevoeging tot die gesin is, wat sou beteken dat die toepassing van die belange-afwegingsteorie hulle finansieel erg nadelig kan knou.⁴⁹³

Ander howe het dié vrees afgemaak met:

We shall not presume that the courts are so ineffectual and the jury system is so imperfect that fraudulent claims cannot be distinguished from the legitimate.⁴⁹⁴

Volgens Burke het baie min sulke eise hulle voorgedoen en weerspieël die argument van moontlike bedrieglike eise, 'n gebrek aan vertroue in die

⁴⁹¹ *Rieck v Medical Protective Co* 46 Wis 2d 514 517 219 NW 2d 242 244 (1974).

⁴⁹² "Gold-digging".

⁴⁹³ *Wilbur v Kerr* 628 SW 568 571 (1982) "... parents in the position of going before a jury and demonstrating that they do not want the child, in order to get a greater reward" en verder "... the child is a welcome addition ... they may get nothing". Ten einde die skadevergoedingsbedrag te vermeerder speel ouers 'n spel voor die hof. *West v Shephard* [1963] 2 All ER 625 645 soos aangehaal in Symmons 1987 *The Modern Law Review* 289 vn 53.

⁴⁹⁴ *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 418 687 P 2d 850 854 (1984) (*en banc*); *Fulton De-Kalb Hospital v Graves* 314 SE 2d 653 654 (1984); *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 292 (Wyo 1982).

doeltreffendheid van die Amerikaanse howe en behoort dit geen invloed op voornemende eisers te hê nie.⁴⁹⁵

[T]he hue and cry in many tort cases, and in essence is no more than the fear that some cases will be decided badly ... undoubtedly, the system will not decide each case correctly in this field, just as it does not in any field, but here, as in other areas of tort law, we think it better to adopt a rule which will enable courts to strive for justice in all cases rather than to rely upon one which will ensure injustice in many.⁴⁹⁶

(d) Die wetgewer en nie die howe nie behoort uitsluitel te gee

Die wetgewer en nie die howe behoort oor die aangeleentheid rakende skadevergoeding vir die grootmaak van 'n kind te besluit of ten minste daarvoor uitsluitel te gee.⁴⁹⁷

Burke⁴⁹⁸ is van mening dat die standpunt, naamlik dat skadevergoeding hanteer word as 'n gewone item op die algehele agenda vir mediese wanpraktykshervorming, wel mag stand hou en meen dat daar geen rede is waarom dié tipe skadevergoeding uitgesonder moet word in afwagting vir wetgewinghervorming nie. Hy vra voorts die vraag (soos ook gestel in *Flowers v District of Columbia*⁴⁹⁹), waarom hierdie tipe wanpraktyksaksie anders as enige ander wanpraktyksaksie hanteer moet word.

Sekere uitgawes kan wel geregverdig word. Dit is voorsienbaar dat 'n nalatig uitgevoerde sterilisasie tot 'n kind se geboorte aanleiding kan gee en dat uitgawes vir die ouers sal ooploop om 'n kind groot te maak en op te voed.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ Burke 1988 *Pace Law Review* 334-335.

⁴⁹⁶ *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 136 Ariz 579 583 667 P 2d 1294 1298 (1983) (*en banc*).

⁴⁹⁷ *Schork v Huber* 648 SW 2d 861 863 (Ky 1983).

⁴⁹⁸ 1988 *Pace Law Review* 335.

⁴⁹⁹ 478 A 2d 1073 1082-1083 (DC 1984); Burke 1988 *Pace Law Review* 335.

⁵⁰⁰ *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 207 447 NE 2d 385 393 (1983).

Daar is geen rede waarom hierdie eisoorzaak uitgesonder moet word van die gemeneregreël wat aanspreeklikheid van die delikspleger daarstel vir skade wat die voorsienbare resultaat van sy nalatigheid is.⁵⁰¹ Burke is van mening dat op die sogenaamde "due care" (sorgsaamheidsplig) gesteun kan word en volle kompensasie vir nalatigheid deur die geneeshere aan die eisers toelaat.⁵⁰² In *Beardsley v Wierdsma*⁵⁰³ is gesê:

... full damages are necessary to discourage all forms of negligently performed surgical procedures.

3.3.2 "Full recovery rule"⁵⁰⁴

Kritiek gelewer op die "limited rule" bied terselfdertyd steun vir die "full recovery rule". Skadevergoeding in terme van hierdie reël is gemik op die vergoeding van die finansiële verpligtinge verbonde aan die grootmaak van die kind en nie vir die kind se geboorte as "nadeel" nie.⁵⁰⁵

It is not the birth of the child that is the harm; it is ... the invasion of the parents' interest in the financial security of their family ...⁵⁰⁶

Amerikaanse howe wou nie voor 1967 volle skadevergoeding in hierdie tipe

⁵⁰¹ *Macomber v Dillman* 505 A 2d 810 814 (Me 1986).

⁵⁰² *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 1082-1083 (DC 1984); Burke 1988 *Pace Law Review* 336.

⁵⁰³ *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 295 (Wyo 1982).

⁵⁰⁴ *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (Ct App 1967); *Bowman v Davis* 48 Ohio St 2d 41 356 NE 2d 496 (1976); *Lovelace Medical Center v Mendez* 111 NM 336 805 P 2d 603 (1991); sien ook *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 245-246 (Wis 1990).

⁵⁰⁵ *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (Ct App 1967).

⁵⁰⁶ *Lovelace Medical Center v Mendez* 111 NM 336 805 P 2d 603 (1991); sien ook *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 245-246 (Wis 1990). "The suit is for the costs of raising the child, not to rid themselves of an unwanted child".

aksie toestaan nie.⁵⁰⁷ In die *Christensen*-saak⁵⁰⁸ is bevind dat die doel van die vasektomie was om die vrou se gesondheid te beskerm en nie om uitgawes in verband met swangerskap te bekamp nie⁵⁰⁹ en in die *Shaheen*-saak⁵¹⁰ is bevind dat skadevergoeding vir die geboorte van 'n normale kind teen die openbare beleid is.⁵¹¹

*Custodio v Bauer*⁵¹² was die eerste ongewenste swangerskapsaak waarin die "full recovery"-reël toegepas is. Die California Court of Appeal het bevind dat die ekonomiese realiteite dikwels die plesier wat ouers ondervind met 'n kind, oortref. Die nadeel lê nie in die onbeplande kind as sodanig nie, maar in die finansiële verpligtinge verbonde aan dié kind.⁵¹³ Die skadevergoeding wat die hof toestaan waar 'n tiende gesonde kind gebore word na 'n onsuksesvolle sterilisasie, is koste vir die onsuksesvolle sterilisasie, koste vir fisiese komplikasies verbonde aan die swangerskap, psigiese pyn en lyding, ekonomiese verlies en verandering van status.⁵¹⁴ Skadevergoeding is die bedrag wat vir skade of verlies voortspruitend uit die nalatige optrede van die geneesheer betaal moet word, welke bedrag die grootmaakkoste moet insluit.⁵¹⁵ Die doel van skadevergoeding in dié verband is:

⁵⁰⁷ *Christensen v Thornby* 192 Minn 123 255 NW 620 (1934); *Shaheen v Knight* 11 Pa D & C 2d 41 (CP) Lycoming County (1957). Sien die voorafgaande bespreking van die "no recovery"-reël en die "limited recovery"-reël.

⁵⁰⁸ 192 Minn 123 255 NW 620 (1934).

⁵⁰⁹ *Christensen v Thornby* 192 Minn 123 255 NW 620 (1934). Howe wat die "full recovery" reël toepas het dit nie nodig geag om die rede vir sterilisasie te oorweeg nie omdat die aanvanklike rede nie konklusief bepaal of die ouer se ekonomiese belang aangetas is nie. In *Lovelace Medical Center v Mendez* 111 NM 336 805 P 2d 603 612 (1991) is die voorbeeld gegee van die professionele vrou wat 'n sterilisasie vir nie-ekonomiese redes wou ondergaan maar na die geboorte van 'n onbeplande baba gevind het dat haar finansiële situasie en langtermyn vooruitsigte baie verander het na die geboorte van die kind.

⁵¹⁰ 11 Pa D & C 2d 41 (CP) Lycoming County (1957).

⁵¹¹ *Shaheen v Knight* 11 Pa D & C 2d 41 (CP) Lycoming County (1957).

⁵¹² 251 Cal App 2d 363 59 Cal Rptr 463 (Ct App 1967). Sien ook *Coleman v Garrison* 281 A 2d 616 619 (Del Super Ct 1971); *Bowman v Davis* 48 Ohio St 2d 41 356 NE 2d 496 (1976) – 'n tweeling is gebore na 'n onsuksesvolle sterilisasie en volledige grootmaakkoste is toegestaan vir die normale sowel as die abnormale kind.

⁵¹³ *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 363 59 Cal Rptr 463 476 (Ct App 1967).

⁵¹⁴ *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 363 59 Cal Rptr 463 475-476 (Ct App 1967).

⁵¹⁵ *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 363 59 Cal Rptr 463 476-477 (Ct App 1967).

[to] replenish the family exchequer so that the new arrival will not deprive the other members of the family of what was planned as their just share of the family income.⁵¹⁶

Hoewel die howe wat hierdie reël toepas ver in die minderheid is, word dit veral in die meer resente uitsprake van die negentigs aangetref.⁵¹⁷

In *Lovelace Medical Center v Mendez*⁵¹⁸ het die *New Mexico Supreme Court* 'n volledige verhalings van skadevergoeding toegestaan aan die ouers van 'n onbeplande normale, gesonde kind:

The question is not whether the birth of the baby is a legal harm, or an injury; it is whether the damages that may be awarded for the harm that indisputably was inflicted on [the parents] extend to the reasonable costs of raising the baby to adulthood.⁵¹⁹

Die hof het met die argumente teen die "full recovery rule", naamlik die gemeenskapsopvatting rakende die waarde van 'n menslike lewe, gehandel. Die hof het *in casu* juis die waarde van 'n mens se lewe erken deur te wys op die regsgeldigheid en regverdiging van finansiële oorwegings vir die familie.⁵²⁰

We will not, in the name of the sanctity of human life, adopt a policy that increases the financial burdens on parents who have chosen to avoid the additional expense of raising a child. To do so would only further weaken the family as an institution.⁵²¹

Word dié reël vir volle skadevergoeding toegelaat, is daar nie ruimte vir belange-afweging ingevolge artikel 920 van die *Restatement (Second) of*

⁵¹⁶ *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 363 59 Cal Rptr 463 476 (Ct App 1967); *Lovelace Medical Center v Mendez* 111 NM 336 805 P 2d 603 609 (1991).

⁵¹⁷ *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 245-246 (Wis 1990); *Lovelace Medical Center v Mendez* 111 NM 336 805 P 2d 603 609 (1991).

⁵¹⁸ 111 NM 336 805 P 2d 603 (1991).

⁵¹⁹ *Lovelace Medical Center v Mendez* 111 NM 336 805 P 2d 603 608 (1991).

⁵²⁰ *Lovelace Medical Center v Mendez* 111 NM 336 805 P 2d 603 619 (1991).

⁵²¹ *Lovelace Medical Center v Mendez* 111 NM 336 805 P 2d 603 619 (1991).

*Torts*⁵²² nie, aangesien partye juis met 'n sterilisasie wil voorkom dat ekonomiese of emosionele belange benadeel word.

Die grondslag vir die volle verhaal van skadevergoeding kan soos volg saamgevat word:

I believe in the old adage that liability breeds responsibility and in medical malpractice litigation stemming from a physician's negligence, it has been and should be the rule that a victim of negligence ought to be compensated fully by the negligent tortfeasor. Judicially created exceptions to that rule serve only to inject confusion into it and render it not only difficult for litigants to identify but also to rely upon.⁵²³

Die regsbeginsel waarvolgens gewerk moet word is volgens die regter dat die grootmaakkoste verhaal kan word indien dit redelik voorsienbaar is en as 'n natuurlike en waarskynlike gevolg van die delikspleger se nalatige handeling voortspruit. Daar behoort vasgestel te word of daar enige openbare opvatting is wat kan meebring dat die skade verminder kan word. Sommige howe is oortuig dat daar nie 'n vermindering van skade behoort te wees waar ouers om ekonomiese redes sterilisasie verkies het nie.⁵²⁴

In *Emerson v Magendantz*⁵²⁵ waarsku die regter in sy minderheidsuitspraak teen die diskriminasie teenoor en benadeling van 'n sekere groep eisers en

⁵²² 1977 Vergestaltung van die "benefit offset rule" *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 245-246 (Wis 1990).

⁵²³ *Emerson v Magendantz* 689 A 2d 409 411 (RI 1997). In die minderheidsuitspraak van regter Bourcier steun hy op die meerderheidsuitspraak van *Burke v Rivo* 406 Mass 764 551 NE 2d 1 (1990).

⁵²⁴ *Burke v Rivo* 406 Mass 764 551 NE 2d 1 (1990); *Hartke v McKelway* 526 F Supp 91 (DC Dist Ct 1981); *Jones v Malinowski* 299 Md 257 270-271 473 A 2d 429 (1984); *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 136 Ariz 579 585 667 P 2d 1294 (1983) waar ouers om eugenetiese redes (ter voorkoming van 'n genetiese defek) of om terapeutiese redes (ter beskerming van die moeder se gesondheid) 'n sterilisasie laat uitvoer het en 'n gesonde kind gebore word vanweë 'n onsuksesvolle operasie, word die eis vir grootmaakkoste as minder gefundeerd beskou as in die geval waar die sterilisasie om ekonomiese redes gedoen is.

⁵²⁵ 689 A 2d 409 411 (RI 1997).

die bevoordeling van 'n groep medici ten koste van ander medici in sekere mediese wanpraktykseise.⁵²⁶

"Full recovery" word geweier vanweë ongefundeerde emosionele oorwegings en 'n "pro life" ondertoon, asook vanweë 'n wanopvatting oor die afweging van belange⁵²⁷ en die misplaaste sogenaamde emosionele nadeel vir die kind en die spekulatiewe aard van die berekening van skadevergoeding.

'n Reg sonder 'n remedie ter afdwinging en beskerming daarvan, is waarde-loos. Grondwetlik bestaan daar reproduksieregte⁵²⁸ en gepaardgaande verpligtinge van gesondheidsorgverskaffers om behoorlike sorg aan die dag te lê. Die reg op reproduksie is 'n fundamentele reg wat beskerming moet geniet. Die weiering van grootmaakkoste kan nie vereenselwig word met die fundamentele reproduksieregte nie. Grootmaakkoste is 'n noodsaaklike deliksremedie om die fundamentele reproduksieregte ten volle af te dwing.

3.3.3 "Benefit offset rule"⁵²⁹

Die "benefit offset rule" dien as middeweg tussen die "full recovery" en die "limited recovery" benadering. Die reël vind sy grondslag in die gelykheidsbeginsel wat onregverdigte verryking teenstaan.

Artikel 920 van die *Restatement (Second) of Torts* (1977) bepaal:

When the defendant's tortious conduct has caused harm to the plaintiff or to his property and in so doing has conferred a special benefit to the interest of

⁵²⁶ "Action for wrongful pregnancy/conception".

⁵²⁷ Ingevolge die *Restatement of (Second) Torts* § 920. *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 418 687 P 2d 850 854 (1984) is foutiewelik beslis.

⁵²⁸ *Eisenstadt v Baird* 405 US 438 92 S Ct 1029 31 L Ed 2d 349 (1972); *Griswold v Connecticut* 381 US 479 85 S Ct 1678 14 L Ed 2d 510 (1965); *Roe v Wade* 410 US 113 93 S Ct 705 35 L Ed 2d 147 (1973).

⁵²⁹ Belange afweging - *Restatement (Second) of Torts* § 920 (1977); *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 (Fla Dist Ct App 1980); *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 (Tex Ct App 1973) *cert denied* 415 US 927 (1974); *Cockrum v Baumgartner* 447 NE 2d 385 390 (Ill 1983) *cert denied*; *Rouse v Wesley* 494 NW 2d 7 (Mich Ct App 1992); *O'Toole v Greenberg* 477 NE 2d 445 (NY 1985); *Jones v Malinowski* 299 Md 257 473 A 2d 429 (1984); *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of*

*the plaintiff that was harmed, the value of the benefit conferred is considered in mitigation of damages, to the extent that it is equitable.*⁵³⁰

Die knelpunt lê in die berekening van onderskeidelik die omvang van die nalatige geneesheer se aanspreeklikheid vir die grootmaakkoste en die aard en omvang van die voordele voortspruitend uit ouerskap vir die ouers, waar die nadeel teen die voordeel opgeweeg word en die totale skadevergoedingsbedrag gevolglik verminder word. Die knelpunt het hoofsaaklik ontstaan as gevolg van verskillende uitlegte wat aan die "benefit offset"-reël gegee word soos vervat in artikel 920.⁵³¹

Sommige howe vereis dat by die berekening van skadevergoeding die finansiële grootmaakkoste afgeweg moet word teen die emosionele voordele verbonde aan die grootmaak van so 'n onbeplande kind. So byvoorbeeld is in *Ochs v Borelli*⁵³² "dieselfde belang" toets geïgnoreer en 'n wye uitleg is aan artikel 920 gegee. Die hof het *in casu* 'n balanseringstoets toegepas op 'n *ad hoc*-basis en bevind dat die voordele soos vreugde, satisfaksie, kameraadskap ensomeer swaarder weeg as die nadeel wat die verweerder die eiser aangedoen het.

Met die geboorte van hulle agtste kind wat voorkom kon gewees het indien die apteker die regte voorskrif opgemaak het, eis die Troppi's in *Troppi v Scarf*⁵³³ vir mediese en hospitaaluitgawes, pyn en lyding gepaardgaande met die swangerskap en geboorte asook me Troppi se verlies aan verdienste en ekonomiese koste om die kind groot te maak. Die hof het bevind dat al die geëiste skadevergoeding verhaal kan word in afweging van al die voordele verbonde aan die geboorte van die kind. Die hof pas 'n breë uitleg van

Arizona County of Maricopa 136 Ariz 579 667 P 2d 1294 (1983); *Ochs v Borelli* 187 Conn 253 445 A 2d 883 (1982); *Burke v Rivo* 406 Mass 764 551 NE 2d 1 (1990).

⁵³⁰ Eie kursivering.

⁵³¹ *Restatement (Second) of Torts* (1977).

⁵³² 187 Conn 253 445 A 2d (1982).

⁵³³ 31 Mich App 240 187 NW 2d 511 512-518 (Ct App 1971).

"dieselfde belang"-toets toe en bevind dat die voordele opgeweeg moet word teen al die nadele (skade):

Since pregnancy and its attendant anxiety, incapacity, pain and suffering are inextricably related to childbearing, we do not think it would be sound to attempt to separate those segments of damage from the economic costs of an unplanned child in applying the "same interest" rule.

En verder:

... it would be unfair and would result in unjust enrichment to strictly apply the 'same interest limitation' since the financial and emotional stress of raising a child are interrelated, and thus essentially of the same interest.⁵³⁴

Van die Amerikaanse howe⁵³⁵ wou 'n breë interpretasie gee aan die belange betrokke in hierdie aksie en voer aan dat die emosionele voordele van ouerskap opgeweeg moet word teen die geldelike skadevergoeding. Finansiële laste en emosionele voordele word as deel van dieselfde gesins/familiebelange⁵³⁶ beskou. Faktore soos inkomste, ouderdom van die ouers en familie-grootte word onder meer in aanmerking geneem om te bepaal of 'n kind wel voordelig vir sy ouers is.⁵³⁷ In die algemeen is die Amerikaanse howe se houding ongenaakbaar teenoor eisders wat grootmaakkoste as skadevergoeding betref omdat die emosionele voordele van ouerskap baie hoog aangeslaan word. Ander howe gee 'n streng dog korrekte uitleg aan artikel 920, deur slegs 'n afweging van dieselfde belange te doen.⁵³⁸

⁵³⁴ *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 176 (Minn 1977); *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 726 (Ala 1982).

⁵³⁵ *Troppi v Scarf* 31 Mich App 240 256-257 187 NW 2d 511 518-519 (1971).

⁵³⁶ "Family interest". Die *Restatement* se "same interest" beperking is geïgnoreer en geldelike verlies is teen nie-ekonomiese voordele afgeweeg. *Ochs v Borrelli* 187 Conn 253 260 445 A 2d 883 886 (1982) waarin daar gesê is: "We recognise that this balancing test requires the jury to mitigate economic damages by weighing them against non-economic factors ...".

⁵³⁷ *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn 1977); *Troppi v Scarf* 31 Mich App 240, 256-257 187 NW 2d 511 518-519 (1971).

⁵³⁸ *Lovelace Medical Center v Mendez* 111 NM 336 805 P 2d 603 (1991); *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 245-246 (Wis 1990) – dit sou onvanpas wees om voordele aan ouers toe te laat wat hulle in elke geval beoog het om met sterilisasie uit te skakel. *Girdley v Coats No 17 117 1991 Mo App Lexis 1065* (Mo Ct App July 3 1991)

In *Custodio v Bauer*⁵³⁹ het die hof onomwonde volle skadevergoeding toegestaan omdat die nadeel wat gely word nie die kind as sodanig is nie, maar die finansiële verpligtinge wat met die kind gepaardgaan. Die hof het opgemerk dat emosionele voordele alleenlik opgeweeg word teen emosionele nadele. Indien *Comment B Restatement (Second) of Torts* (1977) paragraaf 920 op die keper beskou word, blyk dit volgens die hof dat die fisiese, emosionele en ekonomiese nadele, nadele ten aansien van verskillende belange was. Die emosionele belang wat aangetas is, naamlik die vreugde om 'n kind groot te maak, moet apart van die finansiële belang wat aangetas is beoordeel word, naamlik die uitgawes om 'n kind groot te maak, beoordeel word. Die voordeel moet nie bereken word teen die skade en sodoende die skade verminder nie.⁵⁴⁰

Die Amerikaanse howe wou deur die breë interpretasie van die belangafwegingsreël 'n buitengewone aanwending van die skadevergoedingsreël⁵⁴¹ in geval van delikte skep in 'n poging om die beswarende uitwerking van

rev'd 825 SW 2d 295 (Mo 1992) (en *banc*) – spekulasie oor emosionele voordele word so uitgeskakel.

⁵³⁹ 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 466 476-477 (Ct App 1967). Sien daarteenoor *Johnson v University Hospitals of Cleveland* 540 NE 2d 1374; *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 136 Ariz 579 6667 P 2d 1294 (1983).

⁵⁴⁰ Burke 1988 *Pace Law Review* 322 "A proper application of the 'same interest requirement' in a wrongful pregnancy case would require that pecuniary harm of raising the child be offset only by corresponding pecuniary benefit and emotional benefits of the parent-child relationship be applied as an offset only to corresponding emotional harm." Sien daarteenoor *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 136 Ariz 579 589 6667 P 2d 1294 1304 (1983). Burke meen dat die *Custodio* weergawe van artikel 920 nie as 'n streng interpretasie beskou moet word nie, dit is eerder 'n normale interpretasie en enigiets anders as die normale interpretasie sal lei tot onregverdigte verryking van die delikspleger.

⁵⁴¹ Met die toekenning van skadevergoeding aan die benadeelde word beoog om die benadeelde in die posisie te plaas waarin hy/sy sou wees indien die benadeling nie plaasgevind het nie. Alle redelike skade wat voortspruit uit en 'n natuurlike voorsienbare gevolg is van die onregmatige daad moet vergoed word. *Steitz v Gifford* 19 NE 2d 661 (NY 1939). In die Amerikaanse reg is dit die funksie van die jurie om skadevergoeding te bepaal. Skadevergoeding word toegestaan op grond van die volgende redes: (1) om vergoeding te verskaf om toekomstige nadeel te verhoed en (2) om die benadeelde ("slagoffer") so "heel" as moontlik te laat met behulp van geldelike vergoeding. *Aker Verdal A/S v Neil F Lampson Inc* 65 Wash App 177 183 828 P 2d 610 613 (1992); *Seattle First National Bank v Shoreline Concrete Co* 91 Wash 2d 230 234 588 P 2d 1308.

skadevergoedingstoekennings te temper. Die howe⁵⁴² gee gevolglik 'n breë interpretasie aan die betrokke belange in hierdie aksie deur emosionele voordele⁵⁴³ van ouerskap af te weeg teen die geldelike onderhoudsverpligtinge wat onbeplan en ongewens is weens 'n mislukte kontraseptiewe metode deur 'n geneesheer toegepas. Finansiële en emosionele belange word as deel van dieselfde gesins- of familiebelange bestempel.⁵⁴⁴ Howe wat die "offset rule" in terme van artikel 920 ten opsigte van verskillende belange toepas, fouteer in twee opsigte, naamlik (1) voordele en nadele verbonde aan *verskillende* belange word teen mekaar afgeweg en (2) die "offset rule" se billike beperking word geïgnoreer.⁵⁴⁵

Uit *Comment B Restatement (Second) of Torts* (1977) artikel 920 blyk dit duidelik dat die wetgewers bedoel het om aan te dui dat fisiese, emosionele en ekonomiese nadele, nadele tot verskillende belange was. Die enigste toepaslike afweging ten opsigte van grootmaakkoste is die verwagte finansiële voordeel ten aansien van die kind. Indien 'n hof nie die grootmaakkoste toelaat omdat die emosionele voordeel groter is as dié koste nie, word die "offset"-reël verkeerd aangewend.⁵⁴⁶ Sommige howe het só 'n stap al

⁵⁴² *Troppi v Scarf* 31 Mich App 240 256-257 187 NW 2d 511 518-519 (1971).

⁵⁴³ Verskeie faktore soos inkomste, ouderdom van die ouers, familie grootte ensomeer word in aanmerking geneem om te bepaal of 'n kind wel voordelig is vir sy ouers.

⁵⁴⁴ Note 1982 *Virginia Law Review* 1311 1324-1325. "Family interest". Die *Restatement* se "same interest" beperking is geïgnoreer en geldelike verlies is teen nie-ekonomiese voordele afgeweg. *Ochs v Borrelli* 187 Conn 253 260 445 A 2d 883 886 (1982) waarin daar gesê is: "We recognise that this balancing test requires the jury to mitigate economic damages by weighing them against non-economic factors ...". Vanweë 'n foutiewe uitleg van die "offset rule" word ekonomiese belange afgeweg teen emosionele voordele wat die berekening van skadevergoeding onseker en spekulatief maak.

⁵⁴⁵ Note 1982 *Virginia Law Review* 1311 1324-1325. Hoewel die howe die regsbeginsel erken dat die eisers geregtig is om skadevergoeding te verhaal, word die jurie toegelaat om feitlik te bevind dat alle koste vir die ouers afgeweg word. Die reël moet toegepas word tot die mate wat dit billik is. Dit is byvoorbeeld onbillik om grootmaakkoste met die voordele verbonde aan kindgrootmaak af te weeg en so doende die ouers te penaliseer vir hulle liefde en sorg. Om die verweerder toe te laat om 'n voordeel op die eiser teen sy wil te forseer strook nie met die doel van die "offset" reël nie. Die verhaal van grootmaakkoste behoort toegestaan te word sonder enige afweging ("offset") soos in die mees resente hofsake *Lovelace Medical Center v Mendez* 805 P 2d 603 618-620 (NM 1991); *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 245 249 (Wis 1990).

⁵⁴⁶ *Kingsbury v Smith* 442 A 2d 1003 1006 (NH 1982).

bestempel as "an illogical extension of an otherwise sound legal principle" en toepassing van die "offset"-reël as "nothing more nor less than the application of an offset to reduce the magnitude of verdicts and lessen the monetary shock to the medical tortfeasor ..."⁵⁴⁷

Waar die howe van Connecticut,⁵⁴⁸ Washington⁵⁴⁹ en Kalifornië⁵⁵⁰ die "benefit-offset rule" ten volle toepas, dit wil sê die voordele verbonde aan 'n kind opweeg teen die skade of nadeel wat veroorsaak word deur die delikspleger, laat die howe in Michigan⁵⁵¹ en Pennsylvanië⁵⁵² 'n gemodifiseerde "benefit offset rule" toe ingevolge waarvan die koste om 'n kind groot te maak opgeveeg word, maar nie die koste wat toegeskryf kan word aan swangerskap of 'n kind se wanskapenheid nie.

Collins⁵⁵³ is van mening dat die "benefit offset rule" gebaseer is op publieke oortuigings en eerder 'n openbare leerstuk as 'n skadevergoedingsreël is. Volgens Collins het die howe in Amerika 'n *ad hoc*-sisteem uitgewerk waarvolgens skadevergoeding bereken moet word. Daar is verskeie omstandighede waarbinne 'n onbeplande baba gebore word en daar is velerlei openbare oortuigings daaroor. Amerikaanse howe het gevolglik in die berekening van skadevergoeding, wanneer dit die "benefit-offset rule" toepas, 'n baie groot diskresie. Die groot verskeidenheid van omstandighede waarbinne 'n onbeplande baba gebore word, kan juis die diskresie in so 'n mate beïnvloed en uitbrei dat 'n arbitrêre beslissing deur die hof geneem kan word.

⁵⁴⁷ *Kingsbury v Smith* 442 A 2d 1003 1006 (NH 1982).

⁵⁴⁸ *Ochs v Borelli* 187 Conn 253 445 A 2d 883 (1982).

⁵⁴⁹ *Ball v Mudge* 64 Wash 2d 247 391 P 2d 201 (1964).

⁵⁵⁰ *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967).

⁵⁵¹ *Eisbrenner v Stanley* 106 Mich App 351 308 NW 2d (1981); *Bushman v Burns Clinic Medical Center* 83 Mich App 453 268 NW 2d 683 (1978).

⁵⁵² *Speck v Finegold* 268 Super 342 408 A 2d (Pa 1979) mod 497 Pa 77 439 A 2d 110 (1981). In *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn 1977) en *Hartke v McKelway* 707 F 2d 1544 (DC Cir 1983) *cert denied* 464 US 983 (1983) het die howe in Minnesota wel die gemodifiseerde "benefit offset rule" toegepas en nie die koste van swangerskap toegelaat nie maar geen aandag is geskenk aan die vraagstuk rondom 'n wangeskape kind nie.

⁵⁵³ Collins 1984 *Journal of Family Law* 697.

Hoewel die howe 'n individu se reg op prokreasie erken, beperk die "benefit-offset rule" tog die individu se verhaalreg wanneer die betrokke reg aangetas word. Boonop plaas die "benefit-offset rule" ouers in die ongemaklike posisie om te bewys dat die kind wat gebore is, nóg gewens nóg 'n voordeel vir hulle is - 'n bewyslas wat opsigself moeilik en boonop emosioneel nadelig vir die kind kan wees.⁵⁵⁴

3.4 *Beperking van skade*⁵⁵⁵

Skade kan beperk word deur redelike stappe te neem om die skadelike of nadelige gevolg te beperk. 'n Benadeelde se potensiële verhaling van skadevergoeding is onderworpe aan 'n vermindering van die bedrag. Die hof moet vasstel of die eiser deur middel van redelike stappe na die pleeg van die delik verdere skade of nadeel kon vermy of beperk het.

Artikel 918(1) en (2) van die *Restatement (Second) of Torts* 1977 maak vir die volgende voorsiening:

"Avoidance of Consequences"

- (1) Except as stated in subsection 2, one injured by the tort of another is not entitled to recover damages for any harm that he could have avoided by the use of reasonable effort or expenditure after the commission of the tort.
- (2) One is not prevented from recovering damages for a particular harm resulting from a tort if the tortfeasor intended the harm or was aware of it and was recklessly disregarding of it, unless the injured person with knowledge of the danger of the harm intentionally or heedlessly failed to protect his own interests.

⁵⁵⁴ Sien hieroor (b) Die "ongunstige effek op die kind" teorie.

⁵⁵⁵ *Restatement (Second) of Torts* § 918 (1) (1977); "Avoidance of consequences" of "avoidable consequences doctrine" Keeton Prosser and Keeton on Torts § 4 25 (1984); *Cockram Baumgartner* 447 NE 2d 385 (Ill 1983); *Girdley v Coats* 825 SW 2d 295 (Mo 1992); *Sorkin v Lee* 434 NY S 2 d 300 (App Div 1980); *Kingsbury v Smith* 442 A 2d 1003 (NH 1982).

Die vraag is dikwels al gestel of die skade of nadeel in aksies vir onregmatige konsepsie/swangerskap nie beperk of voorkom kon word deur vroegtydig die fetus te laat aborteer of die kind aan te bied vir aanneming nie?⁵⁵⁶ Artikel 918 veronderstel dat 'n vermindering van skade alleen bereik kan word deur 'n redelike poging van die benadeelde party. Sommige howe voer aan dat dit onredelik is om van 'n eiser te verwag om in 'n emosionele situasie so 'n gewigtige keuse tot aborsie of aanneming te doen, 'n keuse wat weer 'n ander tipe nadeel meebring.⁵⁵⁷ In *Burke v Rivo*⁵⁵⁸ het die hof nie uitdruklik die "avoidable consequences doctrine" verwerp nie maar uit die volgende kan so 'n afleiding geregverdig word:

[w]e also firmly reject any suggestion that the availability of abortion or of adoption furnishes a basis for limiting damages payable by a physician but for whose negligence the child would not have been conceived ...

⁵⁵⁶ *Kingsbury v Smith* 122 N.H. 237, 243, 442A. 2d 1003, 1006 (1982); *Public Health Trust v Brown* 388 So 2d 1084 (Dist Ct App 1980) *petition denied* 399 So 2d 1140 (Fla App 1981); *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 417 687 P 2d 850 854 (1984).

⁵⁵⁷ *Cockrum v Baumgartner* 95 Ill 2d 193 207 447 NW 2d 385 392 (1983). Ouers behoort nie gedwing te word om hulle skade te beperk deur aborsie of aanneming te kies nie. Hulle aanvanklike keuse was om nie 'n kind te hê nie. Dit is geheel en al 'n ander situasie om van die egpaar te verwag om na konsepsie te aborteer of die kind te laat aanneem nie. Daar moet versigtig te werk gegaan word om nie 'n afleiding te maak dat indien hulle nie een van die twee wou doen nie, hulle nou volle aanspreeklikheid vir enige en/of alle koste van die kind aanvaar nie. Ouers behoort nie verhoed te word om skadevergoeding te verhaal bloot omdat hulle die mees aanvaarbare keuse uitgeoefen het nie, bv deur nie 'n kind te laat aborteer of te laat aanneem nie. Sien ook *Troppi v Scarf* 31 Mich App 240 256-257 187 NW 2d 511 519-520 (1971) waar die hof beslis het dat daar nie van enige moeder redelikerwys verwag kan word om haar onbeplande kind te aborteer of aan te bied vir aanneming aan te bied nie. *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 176 (Minn 1977); *Clapham v Yanga* 102 Mich App 47 300 NW 2d 727 (Ct App 1980) *appeal dismissed* 335 NW 2d 1 (Mich 1982); *Rivera v New York* 404 NY S 2d 950 954 (Ct Cl 1978) – die beperking van skade bring 'n inbreukmaking op privaatheid mee "of the grossest and most pernicious kind". *Marciniak v Lundborg* 153 Wis 2d 59 450 NW 2d 243 247 (Wis 1990) – dit is volgens die *Supreme Court* in Wisconsin onredelik om van ouers te verwag om tussen hulle kind en 'n regsaksie te kies. "That would truly be a 'Hobson's Choice'. Sien ook *McKernan v Aasheim* 102 Wash 2d 411 417-418 687 P 2d 854 (1984). Die teenoorgestelde standpunt word gehuldig in *Flowers v District of Columbia* 478 A 2d 1073 1077 (DC 1984).

⁵⁵⁸ 406 Mass 764 770 551 NE 2d 1 4 (1990).

Verskeie howe het aborsie of aanneming nie as faktore in ag geneem by die evaluering van die eiser se skade of nadeel nie,⁵⁵⁹ terwyl ander howe die "avoidable consequences doctrine" toegepas het.⁵⁶⁰

Die vasstelling van redelikheid binne die Amerikaanse howe is uitsluitlik die rol van die feitebevinder. Die toets is of 'n redelike persoon onder dieselfde omstandighede by die vasstelling van swangerskap, 'n aborsie of aanneming sou kies. Die hof en die jurie behoort faktore soos die ouers se geloofsoortuiging, die moeder se gesondheid en die trimester-stadium waarin swangerskap ontdek is, in gedagte te hou wanneer die redelikheid van die leerstuktoepassing bepaal word.⁵⁶¹ Die howe behoort gevalle individueel te beoordeel.⁵⁶² Alhoewel die neiging in die "action for wrongful pregnancy"-gevalle tans die teenoorgestelde is, behoort logika en die nakoming van die fundamentele deliktebeginsels 'n swaai te bewerkstellig. Tot dusver het eise by die "action for wrongful birth" geslaag waar fisies en geestelik gebrekkige kinders se ouers wel vergoed is vir die grootmaak van sodanige kinders. Burke kom dan met die voorstel dat die "action for wrongful pregnancy" op die selfde basis as ander wanpraktyksaak hanteer moet word.⁵⁶³ Skadevergoe-

⁵⁵⁹ *Morris v Freudenfeld* 135 Cal App 3d 23 31 185 Cal Rptr 76 80 (1982); *Tropi v Scarf* 31 Mich App 240 260 187 NW 2d 511 520 (1971) 385 Mich 753 (1971); *Rivera v New York* 94 Mich 2d 157 162-163 404 NY S 2d 950 954 (Ct Cl 1978); *Smith v Gore* 728 SW 2d 738 751-752 (Tenn 1987); *Marciniak v Lundborg* 153 Wis 2d 59 69 450 NW 2d 243 247-248 (Wis 1990); *Jones v Malinowski* 299 Md 257 274 473 A 2d 429 437-438 (1984); *Sherlock v Stillwater Clinic* 260 NW 2d 169 176 (Minn 1977); *Mason v Western Pennsylvania Hospital* 286 Pa Super 354 370 428 A 2d 1366 1376 (1981) 499 Pa 484 453 A 2d 974 (1982); *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa* 136 Ariz 579 586 n 5 667 P 2d 1294 1301 n 5 91983).

⁵⁶⁰ *Ziamba v Steenberg* 45 AD 2d 230 234 357 NY S 2d 265 270 (1974); *Coleman v Garrison* 327 A 2d 757 761 (Del Super Ct 1974) 349 A 2d 8 (Del 1975); *Boone v Mullendore* 416 So 2d 718 728 (Ala 1982).

⁵⁶¹ Burke 1988 *Pace Law Review* 338. Sien ook *Tropi v Scarf* 31 Mich App 240 260 187 NW 2d 511 520 (1971). Block 1985 *Fordham Law Review* 1112-21. Kelley 1979 *Washington University Law Quarterly* 949-950.

⁵⁶² Die argument ten gunste van aborsie of aanneming kan heelwaarskynlik geldig wees byvoorbeeld in gevalle waar ouers in die verlede hulle tot aborsie of aanneming gewend het.

⁵⁶³ Burke 1988 *Pace Law Review* 338.

ding moet toegestaan word vir alle voorsienbare gevolge van die nalatige optrede, insluitende "child rearing expences".

Die howe behoort ook die redes vir sterilisasie in ag te neem ten aansien waarvan die volgende aangemerkt kan word:

- Om 'n fisiese besering van die moeder of kind te voorkom en indien die fisiese besering nie intree nie, behoort skadevergoeding nie toegelaat te word nie.
- Aan die ander kant wou die ouers die finansiële implikasies van die addisionele kind aanvanklik verhoed en sou die ongewenste geboorte intree as gevolg van die dokter se nalatige optrede, moet die skade as voorsienbare gevolg van die delikspleger se nalatige optrede aangemerkt word.

Die Amerikaanse gemeenskap⁵⁶⁴ het inderdaad in die verlede sterk klem gelê op die eerbiediging van 'n mens se lewe en die bevordering van tradisionele waardes en opvattinge van ouerlike verantwoordelikheid en aanspreeklikheid vir die versorging van kinders wat hulle in die wêreld gebring het. Die Amerikaanse gemeenskap plaas 'n hoë premie op die kwaliteit van die menslike bestaan en die keuse van elke individu tot prokreasie of nie en die daarmee gepaardgaande reg op mediese sorg en aanspreeklikheid van deliksplegers vir skade of nadeel wat uit hulle nalatige optrede voortspruit. Konsentreer 'n mens egter op die prokreasieregte van 'n individu, is dit uiters noodsaaklik om die omvang van die grootmaakkoste verbonde aan 'n onbeplande kind te bepaal wat nou vanaf die ouer na die delikspleger afgewentel word. Al is die delikspleger nie die biologiese ouer nie en ondanks die feit dat die gemeenskap tradisioneel die kind as die ouer se verantwoordelikheid beskou, moet die kwaliteit van 'n kind se lewe wat onbepland die wêreld ingekom het, daarteenoor opgeweeg word. Normaalweg word die finansiële las in geval van kinderverwaarlosing, kinderverwerping, kindermishandeling,

⁵⁶⁴ Collins 1984 *Journal of Family Law* 695.

aanneming of pleegsorg vierkantig op die skouers van die Staat geplaas vir die rekening van die belastingbetaler:

The economic benefits of the addition of the "child to the family, rarer in an urban society than was the case when "children perform agricultural tasks, would be offset against the economic damages occasioned by child rearing. The emotional benefits of parenthood should be offset against any emotional damages claimed by the parents. Similarly, the physical benefits to the parents of parenthood should be offset against physical injury occasioned by the pregnancy and birth. The jury should be allowed to determine whether the plaintiffs should have mitigated their damages by opting for adoption or abortion, taking into account their deliberation on the reasonableness of such options any factors that might specifically relate to the parents or the situation in question.⁵⁶⁵

4 SLOT

Namate sterilisasies in die mediese praktyk toegeneem het, het die aantal aksies vir onregmatige konsepsie ook toegeneem.

Daar bestaan vier stadia in 'n sterilisasieproses waarin 'n geneesheer moontlik aanspreeklikheid kan opdoen, naamlik die pre-operatiewe stadium, operatiewe stadium, post-operatiewe stadium van toetsing en post-operatiewe stadium van konsultasie.

Vanweë nie-eenvormige en soms foutiewe interpretasie deur die Amerikaanse howe van waarborgbreuk, is dit vir 'n pasiënt beter om 'n aksie vir onregmatige konsepsie eerder deliktueel as kontraktueel in te stel.

Alle direkte en voorsienbare koste, insluitende grootmaakkoste vir 'n onbeplande kind behoort met die aksie vir onregmatige konsepsie verhaalbaar te wees. Benaderings wat die verhaal van volle skadevergoeding teenstaan of selfs die aksie vir onregmatige konsepsie weier, wyk van die tradisionele " law of tort "-beginsels af.

⁵⁶⁵

Burke 1988 *Pace Law Review* 339.

'n Aksie gebaseer op 'n nalatig uitgevoerde sterilisasie is 'n mediese wanpraktykseis waar die verbreking van 'n regsplig deur die geneesheer teenoor die pasiënt, nadelige gevolge vir die pasiënt inhou. Ingevolge die beginsels van die deliktereg moet die benadeelde eiser in dieselfde posisie geplaas word waarin hy of sy was voor die plaasvind van die mislukte sterilisasie. Alle nalatige verweerder-geneeshere moet aanspreeklik gestel word vir die voorsienbare nadelige gevolge van hulle nalatige optrede.

In die algemeen word geneeshere deliktueel aanspreeklik gehou vir al die voorsienbare gevolge van nalatige uitgevoerde operasies. Voorsienbare gevolge van 'n sterilisasie-operasie spesifiek die grootmaakkoste verbonde aan 'n onbeplande kind is egter die uitsondering. Dit is hierdie inkonsekwentheid in die reg wat geneeshere gerus stel en aanleiding gee tot die versuim om genoegsame versigtigheid aan die dag te lê om te voldoen aan die redelike standaard van sorg.

Die oorgrote meerderheid van Amerikaanse howe laat die "limited damages"-reël toe wat die verhaal van grootmaakkoste verbied omdat dit in stryd is met die gemeenskapsbeleid rakende die waarde van 'n menselewe en die stabiliteit van gesinslewe en omdat 'n onbeplande kind nie 'n kompenseerbare nadeel is nie. Die wete dat daar skadevergoeding in die vorm van grootmaakkoste deur 'n buitestaander betaal is, kan die kind emosioneel knou. Die berekening van skadevergoeding is boonop volgens die "limited damages"-reël baie spekulatief van aard.

Die "benefit offset"-reël word deur die minderheid Amerikaanse howe toegepas word as 'n middeweg tussen die benadeelde se behoefte aan vergoeding en die waarde van 'n kind (bepland/onbepland) se lewe. Van die Amerikaanse howe het met hierdie reël klei getrap. In plaas daarvan om dieselfde belange se voor- en nadeel teenoor mekaar op te weeg, word verskillende belange se voor- en nadele teenoor mekaar opgeweeg. Die "benefit offset"-reël word egter nie baie deur die howe toegepas nie.

Die weiering van die Amerikaanse howe om die "full damage recovery"-reël toe te pas, wat die grootmaakkoste van 'n kind insluit, behels baie meer as

net 'n blote weiering van 'n addisionele uitgawe. Die gemeenskapsopvatting wat die volledige verhaling van skadevergoeding en grootmaakkoste in die besonder weier, is gebaseer op emosionele oorwegings met 'n "pro-life" ondertoon. Dit is betreuenswaardig dat die meerderheid van die Amerikaanse howe in dié slagyster trap en nie regsbeslissings ooreenkomstig gevestigde regsbeginsels maak nie. Die beslissing om grootmaakkoste te weier kan nie vereenselwig word met die fundamentele aard van prokreasie-regte nie.

Die Amerikaanse gemeenskap onderskryf die waarde van 'n menselewe. Die howe se uitgangspunt in die weiering van grootmaakkoste, is dat die geboorte van 'n kind nie 'n nadeel is nie. Indien die howe egter die korrekte nadeel kan vasstel, sal die nimmereindigende retoriek van "die kind as nadeel" ook beëindig word. Die nadeel waarna verwys word in die aksie vir onregmatige konsepsie lê nie in die geboorte van die kind nie, maar in die versorging van die kind wat verwek en gebore is as gevolg van die nalatige optrede van die verweerder-geneesheer. Deur grootmaakkoste toe te staan word die kind nie verwerp nie, maar word bloot met die kind se behoeftes rekening gehou.

Kontrasepsie veronderstel tog seker 'n lewe wat beplan, welkom en voorsienbaar is. Gesinsbeplanning en kontrasepsie word wyd en syd in die Verenigde State van Amerika toegepas en gebruik, met bewustheid dat die verantwoordelikheid teenoor 'n kind nie by geboorte eindig nie, maar inderdaad daar begin. Kontraseptiewe middels en -metodes word juis gebruik om te verhoed dat 'n onbeplande kind blootgestel word aan armoede en ontbering vanweë die feit dat ouers nie finansieel in staat is om 'n verdere kind te onderhou nie.

Die weiering van grootmaakkoste bots ook met die doel waarvoor skadevergoeding geëis word, naamlik om die nadeel wat ouers juis wou voorkom het maar hulle nogtans ingetree het as gevolg van die mislukte sterilisasie, te vergoed. Die toestaan van grootmaakkoste is 'n noodsaaklike deliksremedie om die benadeelde ten volle te vergoed vir die inbreukmaking op die prokreasieregte van 'n party deur die nalatige optrede van 'n geneesheer.

Van die howe in Amerika het die sogenaamde "avoidable consequences" reël

in terme van artikel 918 *Restatement (Second) of Torts* (1979) verkeerdelik uitgelê. Daar word nie van die benadeelde verwag om die onbeplande kind vir aanneming aan te bied of vroegtydig tydens die eerste trimester te laat aborteer nie. Al wat wel van die benadeelde verwag word, is om redelike stappe te neem om skade te beperk.

'n Reg is slegs soveel werd as die remedie om uitvoering en erkenning aan die reg te gee. Die Amerikaanse howe moet eenvormige regsremedies vir 'n pasiënt toepas wat die geneesheer aanspreeklik stel vir die nadelige gevolge wat voortspruit uit 'n nalatige steriliasie, 'n regsremedie wat die reg op prokreasie fundeer.

Regter Pearson het in sy minderheidsuitspraak in *Public Health Trust v Brown*⁵⁶⁶ tereg opgemerk:

I firmly believe that the result reached by the majority in the name of humaneness is, unwittingly, inhumane. I see nothing humane in denying a parent the wherewithal which might save a child from deprivation or, in many cases, abject poverty. I see nothing humane in a rule of law that could enhance the already dire need of parents and existing siblings. I see nothing humane in a decision which effectively immunizes physicians from their negligence and victimizes a mother who sought to relieve herself and her family from the additional burden of another child.

⁵⁶⁶ 388 So 2d 1084 1087 (Fla Dist Ct App 1980).

HOOFSTUK 3

DIE REGSPOSISIE IN SUID-AFRIKA TEN OPSIGTE VAN ONREGMATIGE (ONGEWENSTE) KONSEPSIE (SWANGERSKAP)

1 INLEIDING

'n Geneesheer kan deliktueel sowel as kontraktueel aanspreeklik wees vir 'n mediese wanpraktyk.¹ Ingevolge 'n ooreenkoms² gee die pasiënt die geneesheer 'n mandaat om die pasiënt te ondersoek, 'n diagnose te maak en te behandel. Die pasiënt kan die geneesheer ook 'n addisionele mandaat gee om byvoorbeeld 'n operasie uit te voer.

Die geneesheer onderneem normaalweg om in die uitvoering van sy mandaat met dieselfde nodige sorg en vaardigheid op te tree as wat redelikerwys van 'n geneesheer in dieselfde afdeling van die mediese professie, verwag word.³ Waar die geneesheer hierdie onderneming nie uitvoer nie, of afwyk van die

¹ 'n Betrokke handeling mag aanleiding gee tot kontrakbreuk maar kan ook aanleiding gee tot deliktuele aanspreeklikheid. Die keuse tussen 'n aksie *ex contractu* en 'n aksie *ex delicto* is om verskeie redes belangrik. Claassen en Verschoor *Medical Negligence in South Africa* haal Potgieter 127 vn 120 aan wat van die vernaamste oorwegings uitlig:

- (1) Die verjaringstermyne verskil.
- (2) Die berekening van skadevergoeding verskil.
- (3) 'n Nalatige eiser kan met 'n deliktuele eis aan bande gelê word deur die *Wet op Berekening van Skadevergoeding* 34 van 1956, terwyl 'n kontraktuele eis nie deur die party se skuld proporsioneel verminder word nie.

² Normaalweg vind 'n mondelinge ooreenkoms sonder regsformaliteite tussen die pasiënt en die geneesheer plaas. Skriftelike ooreenkomste word in die vooruitsig gestel, veral in gevalle waar daar vir geskilbeslegtingswyses voorsiening gemaak gaan word, bv arbitrasieklausules vervat in dié ooreenkomste. Sien Hoofstuk 6. 'n Mondelinge afspraak bevestig gewoonlik die mondelinge ooreenkoms. Claassen en Verschoor *Medical Negligence in South Africa* 115. Giesen en Fahrenhorst 1984 *International Legal Practitioner* 80-85 81.

³ *Strauss Doctor Patient and the Law* 37. Sien ook *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438 en *Buls and Another v Tsatsarolakis* 1976 2 SA 891 (T). Waar 'n geneesheer uit eie vrye wil waarborg dat hy 'n pasiënt sal genees en die gewaarborgde resultaat tree nie in nie, kan skadevergoeding van die geneesheer op grond van kontrakbreuk geëis word. Dit sal egter dwaas wees van 'n geneesheer om resultate te waarborg. Sien Jackson en Powell *Professional Negligence* 288 soos aangehaal in Claassen en Verschoor *Medical Negligence in South Africa* 115; *Blyth v Van den Heever* 1980 1 SA 191 (A);

pasiënt se mandaat, of nie die ooreengekome behandeling uitvoer nie, is die geneesheer aanspreeklik vir kontrakbreuk en betaling van skadevergoeding⁴ en is hy nie geregtig om sy fooie van die pasiënt te eis nie.⁵ Of die Suid-Afrikaanse howe egter 'n bevel tot spesifieke nakoming vir die verrigting van mediese dienste sal gelas, is vanweë die persoonlike en vertroulike aard van die dienste te betwyfel.⁶ Die ooreenkoms tussen geneesheer en pasiënt word beëindig wanneer die behandeling afgehandel is en die geneesheer nie langer verplig is om na die pasiënt om te sien nie.⁷

Van 'n geneesheer word verwag om die nodige sorg en vaardigheid aan die dag te lê wat van 'n redelike geneesheer in dié afdeling van die mediese professie verwag word⁸ wanneer mediese dienste verrig word. Indien 'n geneesheer nie die redelike sorg en vaardigheid toegepas het nie, tree hy nie soos 'n redelike geneesheer op nie, dit wil sê nalatig en stel die geneesheer bloot aan deliktuele aanspreeklikheid. Die geneesheer het 'n regsplig teenoor die pasiënt wat voortspruit uit die vertrouensverhouding tussen geneesheer en pasiënt.⁹

Mitchell v Dixon 1914 AD 519; *Richter and Another v Estate Hamman* 1976 3 SA 226 (K).

⁴ Die skadevergoedingsbedrag kan die addisionele koste om die dienste van 'n ander geneesheer te bekom, insluit. Claassen en Verschoor *Medical Negligence in South Africa* 117-118. Strauss en Strydom *Die SA Geneeskundige Reg* 114.

⁵ Claassen en Verschoor *Medical Negligence in South Africa* 116 asook die sake aangehaal in vn 10. *Recsei's Estate v Meine* 1943 EDL 277; *Hewat v Rendal* 1925 TPD 679. Benewens die kontraktuele aanspreeklikheid, kan die geneesheer ook deliktueel aangespreek word. Strauss en Strydom *Die Suid-Afrikaanse Geneeskundige Reg* 107.

⁶ Claassen en Verschoor *Medical Negligence in South Africa* 118; *Meyers v Abramson* 1951 3 SA 438 (K); 1952 3 SA 121 (K).

⁷ Claassen en Verschoor *Medical Negligence in South Africa* 117.

⁸ Claassen en Verschoor *Medical Negligence in South Africa* 117-118.

⁹ Claassen en Verschoor *Medical Negligence in South Africa* 117-118; Strauss *Doctor Patient and the Law* 243-295; *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438; *Esterhuizen v Administrator, Transvaal* 1957 3 SA 710 (T); *Castell v De Greef* 1993 3 SA 501 (K); *Lymberry v Jeffries* 1925 AD 236; *St Augustine's Hospital (Pty) Ltd v Le Breton* 1975 2 SA 530 (D); *Pringle v Administrator, Transvaal* 1990 2 SA 379 (W).

Claassen¹⁰ verwys na die "duty of care"-beginsel in dié verband en trap in die slagyster deur te vervolg "Non-compliance by the practitioner with this standard of reasonable skill and care will amount to unlawfulness and will expose him to delictual liability". Daar moet egter met Neethling¹¹ saamgestem word dat uit 'n regshistoriese oogpunt die "duty of care" vreemd is aan die Romeins-Hollandse reg wat die basis van die Suid-Afrikaanse deliktereg vorm. Daar word van 'n omslagtige metode gebruik gemaak om te bepaal wat die redelike man-toets in elke geval bepaal, naamlik of skade/nadeel deur die redelike man voorsien en voorkom sou word. 'n Verwarring kan ook ontstaan tussen die onregmatigheidstoets (verbreking van die regsplig) en die toets vir nalatigheid. Neethling stel tereg voor dat in geval van onregmatigheid 'n "legal duty" eerder as 'n "duty of care" gebruik moet word en dat dit onnodig is om "duty of care" te gebruik in die vasstelling van nalatigheid waar die "redelike man"-toets die klinkklare oplossing bied.

Skade/nadeel kan deliktueel by wyse van die *actio legis Aquiliae*, die *actio iniuriarum* en die aksie vir pyn en lyding verhaal word.

Skadevergoeding of kompensasie in geldvorm word vir gelede¹² en toekomstige¹³ vermoënskade¹⁴ verhaal. Nalatigheid is die vereiste skuldvorm. Voorbeelde van dié tipe skade is die volgende:

¹⁰ Claassen en Verschoor *Medical Negligence in South Africa* 117-118. Soos aangedui (Hoofstuk 2) is die "duty of care"-beginsel eie aan die Amerikaanse reg.

¹¹ *Deliktereg* 145 ev.

¹² *Damnum emergens*/terugwerkend. Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 145. *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A); *Knop v Johannesburg City Council* 1995 2 SA 1 (A); *Kruger v Coetzee* 1996 2 SA 428 (A); *Coronation Brick (Pty) Ltd v Strachan Construction Co (Pty) Ltd* 1982 4 SA 371 (D); *Compass Motors Industries (Pty) Ltd v Callguard (Pty) Ltd* 1990 2 SA 520 (W); *Leon Bekaert Southern Africa (Pty) Ltd v Rauties Transport (Pty) Ltd* 1984 1 SA 814 (W).

¹³ *Lucrum cessans*. Claassen en Verschoor *Medical Negligence in South Africa* 117-118.

¹⁴ "Patrimonial loss"/*damnum*.

1.1 Mediese koste

Mediese koste waar 'n pasiënt as gevolg van die geneesheer se wanpraktyk verdere mediese koste moet aangaan om die nadeel te herstel en/of die pasiënt 'n verlies aan inkomste het as gevolg van die geneesheer se nalatige handeling. 'n Eis vir skadevergoeding word ingestel waar die eiser hom of haar in 'n swakker posisie bevind na die delik as waarin hy of sy voorheen was. Die eiser moet egter sy of haar skade beperk deur alle redelike stappe te doen ter beperking van skade. Die verweerder-geneesheer sal nie aanspreeklik wees vir skade wat verhoed kon gewees het nie. Waar 'n operasie nalatiglik op 'n pasiënt uitgevoer is, kan die pasiënt se toestand verbeter of herstel word deur 'n verdere operasie. Weier en/of versuim die pasiënt om die korrektiewe operasie te ondergaan, benadeel die pasiënt sy eie skadevergoedingseis.¹⁵

Skadevergoeding vir liggaamlike beserings word toegestaan waar 'n persoon liggaamlike beserings en ook psigiese nadele deur emosionele skok veroorsaak, opgedoen het. Die skadevergoeding word toegestaan vir alle mediese uitgawes wat redelikerwys reeds aangegaan is ter behandeling van die liggaamlike besering en die gevolge daarvan, sowel as alle uitgawes wat redelikerwys in die toekoms aangegaan moet word.¹⁶ Die hof neem nie die mediese koste ten tye van die delikspleging nie maar let op die styging tot met verhoor en neem kennis van toekomstige mediese koste wanneer dit aangegaan moet word. Skadevergoeding kan ook toegestaan word vir suiwer ekonomiese verlies as gevolg van nalatige wanvoorstelling as 'n uitgebreide geval onder die *actio legis Aquiliae*.¹⁷

¹⁵ Claassen en Verschoor *Medical Negligence in South Africa* 121-122. Strauss en Strydom *Die SA Geneeskundige Reg* 328.

¹⁶ *Van Oudtshoorn v Northern Assurance Co Ltd* 1963 2 SA 642 (A) 650-651; *Ngubane v South African Transport Services* 1991 1 SA 765 (A) 783.

¹⁷ Sien die bespreking van 2.6 *Mukheiber v Raath* en 2.6.3 (a) Nalatige wanvoorstelling met suiwer ekonomiese verlies – *Aquiliese aanspreeklikheid*.

1.2 Verlies aan verdienste

Indien die pasiënt weens die deliktuele benadeling vir 'n tyd inkomste of wins verloor het, word skadevergoeding bereken as die inkomste wat sy kon verdien het (as dit nie vir die delik was nie) minus enige inkomste wat sy werklik verdien het of redelikerwys behoort te verdien het. Die skadevergoeding word bereken van datum van delik tot datum van verhoor.¹⁸

1.3 Verlies aan verdienvermoë

Waar 'n pasiënt tydens swangerskap of tydens die bevalling of tydens die na-geboortestadium of tydens die regstellende sterilisasie-operasie liggaamlike beserings opgedoen het voortspruitende uit die nalatige optrede (mislukte sterilisasie) van die geneesheer kan 'n saak uitgemaak word vir verlies aan verdienvermoë indien die pasiënt nie in die toekoms (na die datum van die verhoor) 'n inkomste kan verdien wat sy sou kon verdien het as dit nie was vir die voortspruitende liggaamlike besering nie. Die berekening van skadevergoeding kan problematies wees.¹⁹

[It] is for the judge to make a round estimate of an amount which seems to him to be fair and reasonable. That is entirely a matter of guesswork, a blind plunge into the unknown ... to try to make an assessment, by way of mathematical calculations, on the basis of assumptions resting on evidence. The validity of this approach depends of course upon the soundness of the assumptions, and these may vary from the strongly probable to the speculative.

Genoegdoening word betaal vir nie-vermoënskade.²⁰ Opset is die vereiste skuldvorm vir die aantasting van die persoonlikheidsreg (*iniuria*). Persoonlikheidsnadeel kan nie werklik vergoed word nie en genoegdoening is daarop

¹⁸ *Sandler v Wholesale Coal Suppliers Ltd* 1941 AD 194; *General Accident Insurance Co SA Ltd v Summers* 1987 3 SA 577 (A).

¹⁹ *Southern Insurance Association Ltd v Bailey* 1984 1 SA 98 (A) 113. Berekening geskied op óf 'n billike wyse óf op 'n matematiese wyse en by wyse van aktuariële getuienis gedoen met sekere aannames.

²⁰ "Non patrimonial loss".

gemik om die onreg wat die benadeelde aangedoen is, te vergeld deur sy of haar regsgevoel te bevredig.

Kompensasie word betaal vir persoonlikheidsnadeel of nie-vermoënskade.²¹ Voorbeelde²² van persoonlikheidsnadeel in verband met fisies-psigiese belange is pyn en lyding, skok, misvorming, verlies aan lewensgenietinge, verkorte lewensverwagtinge, persoonlikheidsverandering en bewusteloosheid. Nalatigheid is die vereiste skuldvorm. Dit sluit in alle pyn, liggaamlike en geestelike lyding en ongerief as gevolg van 'n liggaamlike besering, behandeling wat deur die besering genoodsaak word asook emosionele skok. Pyn en lyding is dit wat die benadeelde subjektief ervaar,²³ ongeag of sy minder of meer sensitief is vir pyn as die gemiddelde persoon. Dit is ook irrelevant of 'n vrou die pyn wat sy met die bevalling ervaar het, later vergeet het.

'n Emosionele skok kan ook angsneurose, depressie, slaaploosheid, geestelike of fisiese siektetoestande veroorsaak waarvoor die benadeelde kompenseer kan word. So byvoorbeeld kan die tyding van 'n ongewenste/onbeplande swangerskap te midde van 'n gesinskrisis of finansiële nood 'n skok meebring. Skok wat egter van korte duur is en nie 'n invloed op die fisiese of psigiese gesondheid van 'n mens het nie, is irrelevant. Waar 'n liggaamlike besering (byvoorbeeld nierstuipe, hartstilstand, beroerte, hoë bloeddruk) met die swangerskap en/of bevalling gepaard gegaan het, kan die vrou verlies aan lewensgenietinge en verkorte lewensverwagtinge ondervind. Verlies aan lewensgenietinge omvat byvoorbeeld verlies van seksuele vermoë, verlies van huweliksvooruitsigte, verlies van algemene gesondheid, persoonlikheidsverandering, bemoeiliking van iemand se werk/professie en slaaploosheid:²⁴

²¹ "Non patrimonial loss" / "general damages".

²² Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 236-252.

²³ *Botha v Minister of Transport* 1956 4 SA 375 (W) 379-380; *Blyth v Van den Heever* 1980 1 SA 191 (A); *Sandler v Wholesale Suppliers Ltd* 1941 AD 194; *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk* 1973 1 SA 769 (A).

²⁴ *Administrator-General SWA v Kriel* 1988 3 SA 275 (A) 288. Hierdie tipe nadeel kom gereeld voor in mediese wanpraktykseise.

The amenities of life may further be described ... as those satisfactions in one's everyday existence which flow from the blessings of an unclouded mind, a healthy body, and sound limbs. The amenities of life derive from such simple but vital functions and faculties such as the ability to walk and run; the ability to sit and stand unaided; the ability to read and write unaided; the ability to bath, dress and feed oneself unaided; the ability to exercise control over one's bladder and bowels. Upon all such powers individual human self-sufficiency, happiness and dignity are undoubtedly highly dependent ... It seems ... that whatever renders the uncomfortable and deprived existence of an accident victim less intolerable or more endurable must inevitably have the tendency to restore to the victim of an accident at least some of the pleasure in living once enjoyed by such victim; and likewise to serve as some measure of compensation for the loss of amenities of life.

Met die voorafgaande inleiding as basis word vervolgens op die Suid-Afrikaanse regspraak gekonsentreer.

In 1988 en 1989 geniet die aksie vir onregmatige konsepisie vir die eerste keer aandag in die Suid-Afrikaanse howe in die sake van *Behrmann and Another v Klugman*,²⁵ *Edouard v Administrator, Natal*²⁶ en *Administrator, Natal v Edouard*²⁷ onderskeidelik.

2 REGSPRAAK

2.1 *Behrmann v Klugman*²⁸

2.1.1 Feite

Die feite van die *Behrmann*-saak is kortliks die volgende: Die egpaar

²⁵ 1988 (W) ongerapporteer. *Strauss Doctor Patient and the Law* 176 ev; *Strauss 1988 SA Practice Management* 6-7.

²⁶ 1989 2 SA 368 (D).

²⁷ 1990 3 SA 581 (A).

²⁸ *Behrmann v Klugman* 1988 (W) ongerapporteer.

Behrmann het dr Klugman ('n chirurg) na die geboorte van 'n normale kind as gevolg van 'n mislukte vasektomie, gedagvaar vir die bedrag van R299 609 aan skadevergoeding. Die eisers het beweer dat uitdruklik of stilswyend ooreengekom is dat die geneesheer die vasektomie op mnr Behrmann deeglik en met die vereiste professionele vaardigheid sou uitvoer en dat die vasektomie hom permanent steriel sou laat sonder enige rekanalisasie van die vas deferens. Volgens die eisers het dr Klugman nalatiglik versuim om mnr Behrmann in te lig om 'n spermteeling te laat doen voordat geslagsgemeenskap sonder kontraseptiewe beskerming hervat kon word. Dr Klugman het beide die eise gebaseer op beweerde kontrakbreuk en nalatigheid (in die alternatief) ontken.

Twee verskillende weergawes oor die vereiste spermteeling is deur die onderskeie partye gegee: Die eisers het beweer dat volgens dr Klugman se mededelings hulle onder die indruk gelaat is dat die operasie onomkeerbaar was en dat mnr Behrmann na tien weke steriel sou wees. Volgens dr Klugman handhaaf hy die praktyk om sy pasiënte te waarsku dat dit tot nege maande kan duur om twee negatiewe spermteelings te bekom en dat hy vooraf eers die manlike pasiënt steriel moet verklaar voordat geslagsgemeenskap sonder kontraseptiewe beskerming hervat kan word.

2.1.2 Uitspraak

Regter Melamet het in die guns van die verweerder beslis. Die feit dat die egpaar Behrmann 16 – 20 weke gewag het om geslagsgemeenskap te hervat, volgens hulle weergawe, dui op hulle eie onsekerheid oor die 10 weke wagtydperk, waarna geslagsgemeenskap onbeskermd hervat kon word. Die eisers kon ook nie daarin slaag om te bewys dat die kontrak tussen hulle en dr Klugman 'n uitdruklike of stilswyende bepaling bevat het wat permanente sukses waarborg nie. Met verwysing na *Eyre v Measday*²⁹ dui die regter

²⁹ [1986] 1 All ER 488 (CA).

daarop dat by die afwesigheid van 'n uitdruklike waarborg naamlik, dat 'n dokter 'n ongekwalifiseerde waarborg gegee het ten opsigte van die resultate van 'n voorgenome operasie, die howe nie geneë is om so 'n waarborg stilswyend in te begryp nie.

Volgens Strauss³⁰ is die vraag of dié tipe siviele aksie *contra bonos mores* is, oopgelaat vir beslissing. Die regter het egter met verwysing na die houdbaarheid van die aksie vir soverre dit die *boni mores* betref, terloops daarop gewys dat, hoewel die hof nie hieroor beslis nie,³¹ in Engeland³² so 'n aksie nie teen die gemeenskapsopvatting is nie.

2.2 *Edouard v Administrator, Natal*³³

2.2.1 Feite

In die *Edouard*-saak het Edouard as beheerder van die gesamentlike boedel 'n aksie vir skadevergoeding teen die Administrateur van Natal, as verteenwoordiger van die Natalse Provinsiale Administrasie (NPA) ingestel. Die aksie was gebaseer op kontrakbreuk gepleeg deur die Natalse Provinsiale Administrasie teenoor me Edouard. Die kontrakbreuk het die vorm aange neem van 'n versuim deur 'n geneesheer verbonde aan die Natalse Provinsiale Administrasie om 'n sterilisasie-operasie op me Edouard uit te voer. As gevolg van die versuim om die sterilisasie uit te voer tydens me Edouard se keisersnee met haar derde kind, word sy weer swanger en 'n vierde, gesonde kind word bykans 'n jaar nadat die sterilisasie-operasie uitgevoer moes gewees het, gebore.³⁴

³⁰ *Doctor Patient and the Law* 177.

³¹ Verweerder-geneesheer het aanvaar dat die aksie toelaatbaar was en wou nie enige verwere in die verband opper nie. Strauss *Doctor Patient and the Law* 177. Die vraag na die *boni mores* het by die regter opgekom in die lig van die feit dat die kind in die eg en boonop nog gesond gebore is.

³² *Eyre v Measday* [1986] 1 All ER 488 (CA).

³³ 1989 2 SA 368 (D).

³⁴ Met dié keisersnee word 'n effektiewe sterilisasie eventueel suksesvol op me Edouard uitgevoer.

Beide partye het die toestemmingsvorm tot sterilisasie onderteken en was dit eens dat die oogmerk met die sterilisasie juis was om verdere swangerskappe te verhoed vanweë die feit dat die Edouards nie nog 'n kind of kinders kon bekostig nie. Me Edouard het redelikerwys onder die indruk verkeer dat die sterilisasie uitgevoer was en het geen kontraseptiewe maatreëls toegepas nie.

Die regter verwys foutiewelik na die tipe aksies as "action for wrongful birth", in plaas van na "action for wrongful pregnancy" of "action for wrongful conception". Die kind hier ter sprake is nie gestremd gebore nie, in welke geval die "action for wrongful birth" dan van toepassing sou wees.

In casu moes die hof moes oor die volgende twee eise beslis:

- Eis nommer een: Onderhoudskoste van die kind vanaf geboorte tot 18-jarige ouderdom.
- Eis nommer twee: Nie-vermoënskade vir ongerief, pyn en lyding en verlies van lewensgenieting gelyk deur me Edouard as gevolg van die swangerskap en gevolglike geboorte van die kind.

Partye het ooreengekom dat indien die hof enige eis sou toestaan, 'n bedrag van R22 500 onder die eerste eis en R2 500 onder die tweede eis deur die eiser aanvaar sou word. Dit is buite geskil geplaas dat die swangerskap en die gevolge daarvan 'n direkte en natuurlike gevolg van die kontrakbreuk was.

Die eise vir skadevergoeding is gebaseer op die verweerder se kontrakbreuk, naamlik die versuim om me Edouard te steriliseer ooreenkomstig die kontrak. Die Edouards was genoodsaak om kontraktueel en nie deliktueel teen die verweerder te ageer vanweë hulle versuim om te voldoen aan die wetsvoorskrifte rakende die kennisgewing van voorneme om skadevergoeding te eis teen 'n owerheidsliggaam.³⁵

³⁵ *Wet op Beperking van Regsgedinge (Provinsiale en Plaaslike Besture)* Wet 94 van 1970. Dié toedrag van sake bring ongelukkig mee dat die tweede eis vir nie-geldelike

Die belangrikste vraag was of die hof skadevergoeding soos geëis kon toeken.

2.2.2 Eis nommer een: Onderhoudskoste van die kind vanaf geboorte tot en met die ouderdom van 18 jaar

Ten opsigte van eis nommer een het die eiser skadevergoeding (onderhoudskoste) geëis gebaseer op die verweerder se kontrakbreuk, naamlik sy versuim om die kontrakverpligting (sterilisasië) uit te voer.

2.2.3 Verweer: Onderhoudseis is *contra bonos mores*

Die verweerder het toegegee dat die kontrak vir sterilisasië geldig en afdwingbaar was, maar aangevoer dat dit teen openbare belang was om onderhoudskoste, selfs al het dit uit kontrakbreuk voortgespruit, teen die verweerder toe te staan.³⁶ Namens die verweerder is betoog dat hoewel 'n kontrak geldig en afdwingbaar mag wees, die skadevergoeding van 'n spesifieke aard op grond van openbare beleid, nie verhaal mag word op grond van kontrakbreuk nie, selfs al het die verlies ten opsigte waarvan skadevergoeding geëis word uit die kontrakbreuk voortgespruit en selfs al is die verlies nie te verwyderd of gering nie.³⁷ Die verweerder het aangevoer dat dit teen die openbare belang is om die ouers van 'n gesonde en normale, maar onbeplande kind toe te laat om van 'n verweerder skadevergoeding te verhaal in die vorm van koste om die onbeplande kind te onderhou en groot te maak en die ouers boonop weier om die kind vir aanneming af te gee.

Die verweerder se regsverteenvoerder het hom op *Weintraub v Brown* beroep.³⁸

verlies (nie-vermoënskade) nie verhaalbaar is met 'n kontrakaksie nie, maar slegs met 'n deliksaksie.

³⁶ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 372H-J.

³⁷ "Too remote" *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 372H-J 373A.

³⁸ NY App Div (2nd Dept) (12/30/1983) 10 FLR 1193; *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 372-373.

As a matter of public policy we are unable to hold that the birth of an unwanted but otherwise healthy and normal child constitutes an injury to the child's parents and is therefore compensable in a medical malpractice action. Such a holding would be incompatible with contemporary views concerning one of life's most precious gifts – the birth of a normal and healthy child. We are loathe to adopt a rule, the primary effect of which is to encourage, indeed reward, the parents' disparagement or outward denial of the value of their child's life. While we attempt not to adjudicate cases which come before us on the basis of emotion, sentiment or personal preferences, a proper respect for the value of life – a cornerstone of our legal system – does not run counter to this principle.

Deur 'n geldwaarde op die lewe van 'n normale en gesonde kind te plaas en boonop onderhoudskoste van 'n kind as skade of nadeel te beskou, druis die eiser se eis, volgens die verweerder in teen die openbare belang wat 'n hoë premie op die lewe van 'n mens en die verskillende fasette van ouerskap plaas.³⁹

... that Pandora's box of joy, expectation, disillusionment, worry, expense and resignation and hopefully, in old age, reward.

2.2.4 Die hof ten opsigte van *boni mores*

(a) Wat is die *boni mores*?⁴⁰

Gemeenskapswaardes en moraliteitsopvattinge is nie onveranderlik nie, maar dit word geensins ontken dat dit 'n definitiewe rol in die reg speel nie:

Whether public policy be likened to Hobart CJ's unruly horse or to Balaam's donkey that would carry its rider nowhere (*Winfield Public Policy in the English Common Law*), it is undoubtedly employed by Courts as justification for derogating from or modifying accepted rules of law and for creating new rules.⁴¹

³⁹ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 373D.

⁴⁰ Openbare beleid of openbare belang.

⁴¹ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 376H.

Die regter verwys na Digesta 2.14.27.4,⁴² Digesta 28.7.15,⁴³ Digesta 45.1.26,⁴⁴ Grotius⁴⁵ 3.1.42 en 3.1.43, Voet 2.14.16⁴⁶ asook na *Robinson v Randfontein Estates GM Co Ltd*⁴⁷ en dui daarop dat die begrip openbare beleid of openbare belang nie omskryf word in dié bronne nie, hoewel al die bronne tog eenparig is dat kontrakte wat indruis teen die goeie sedes, kontrakte teen die openbare belang is en gevolglik ongeldig is.⁴⁸

Regter Thirion gaan voort deur die kwessie van openbare beleid of openbare belang só te beantwoord:

How then is the Court to determine the content of public policy on any particular matter? Cheshire, Fifoot and Furmston's *Law of Contract* 11th ed at 346 says that it is done, 'apart from reliance on precedents, by *a priori* deduction from broad general principles'. Certain moral values and policy considerations have become generally accepted in the community and some of these have in their turn hardened into rules of law. By reasoning from settled principles in related fields and by striking a balance between competing considerations the Court tries to arrive at a result which will be fair to the individual and the community. In the process the Court must consider what interests legitimately require to be protected for the sake of the collective welfare and it must evaluate the probable consequences of adopting a public policy rule. The Court will only apply community attitudes and values in deciding cases if such attitudes and values have gained general acceptance in the community and are clear and if their application is necessary in the interests of sound social policy and the welfare of the community. Any other approach would put legal principle at the mercy of the idiosyncrasies of individual Judges.⁴⁹

⁴² *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 376J.

⁴³ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 377B.

⁴⁴ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 377C.

⁴⁵ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 377D.

⁴⁶ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 377E-F.

⁴⁷ 1925 AD 173; *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 377H.

⁴⁸ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 377I. "... they have in mind those deep-seated convictions held generally by the community in the interest of the welfare of the community".

⁴⁹ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 379D-F.

(b) *Boni mores* ten opsigte van sterilisasie

Die hof het die gemeenskapsopvatting ten opsigte van sterilisasie in oënskou geneem en tot die gevolgtrekking gekom dat 'n ooreenkoms ter sterilisering van 'n getroude vrou (met haar man se toestemming), omrede hulle nie in staat is om 'n verdere kind te kan onderhou nie, geldig is⁵⁰ en dat sterilisasie 'n aanvaarde vorm van kontrasepsie onder getroude pare is.

Die Staat loods gesinsbeplanningsveldtogte in belang van die gemeenskap met die doel om die bevolkingsgroei te beperk en sodoende 'n redelike lewenstandaard in die gemeenskap te bevorder en te handhaaf. Die hof is van mening dat geen sosiale stigma aan sterilisasie ter bevordering van bevolkings- en gesinsbeplanning kleef nie.⁵¹

(c) Openbare beleidsoorwegings by die toekenning van skadevergoeding

Die hof het hieropvolgend met die vraag na openbare beleidsoorwegings by die toekenning van skadevergoeding in geval van aksies baseer op "wrongful birth",⁵² gehandel en verwys na 'n aantal regstydskrifartikels⁵³ oor dié onderwerp.

Word daar gehandel met die verweerder se standpunt dat dit teen die openbare beleid is om met die aksie vir "onregmatige geboorte" skadevergoeding

⁵⁰ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 374I-375I.

⁵¹ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 376A-B.

⁵² Die aksie vir onregmatige swangerskap of geboorte is foutiewelik deur regter Thirion as die "action for wrongful birth" aangedui. Die kind wat *in casu* gebore is, is normaal en gesond, dit is fisiese eienskappe wat ontbreek by die "action for wrongful birth".

⁵³ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 380C. Die tydskrifartikels aangehaal is Cooper 1972-1973 *Journal of Family Law* 12; Mark 1976 *Columbia Law Review*; Reichmann 1985 *Sydney Law Review* 568-590; Symmons 1987 *The Modern Law Review*. Dit blyk egter dat die hof "wrongful birth" en "wrongful conception" verwar het. In *casu* was "wrongful birth" glad nie *ter sprake* nie, aangesien die kind sonder gebreke gebore is en aangesien die partye juis nie 'n kind wou verwek nie. In die "action for wrongful birth" wil partye nie die swangerskap (konsepsie) voorkom nie, maar slegs die geboorte van 'n gestremde kind.

te eis in die vorm van onderhoudskoste vir die kind, moet 'n mens vooraf na die algemene beginsel by die berekening van skadevergoeding gekyk word.

In *Hadley v Baxendale*⁵⁴ en in *Victoria Falls and Transvaal Power Co Ltd v Consolidated Langlaagte Mines Ltd*⁵⁵ was dit volgens die geldende openbare beleidsoorweging onregverdig om die party wat skuld het aan die kontrakbreuk met al die skade of verlies wat daaruit voortspruit, te laat. In die *Hadley*-saak is die beginsel neergelê dat die onskuldige party in die gewone gang van sake by kontrakbreuk geregtig is om skadevergoeding te verhaal soveel as wat billik is of vir soveel skade as wat redelikerwys verwag word ten tye van die sluiting van die kontrak. Die benadeelde party wat die verlies ly is geregtig om in dieselfde posisie geplaas te word as sou die kontrak behoorlik uitgevoer gewees het.⁵⁶

Die hof dui op twee kategorieë van openbare beleidsoorwegings, naamlik openbare moraliteitsoorwegings en doelmatigheidsoorwegings. Vanweë die feit dat die openbare beleidsoorwegings soos dit voorkom in die verweerderse saak, so gewild is in dié tipe aksies, het ek dit wenslik geag om na die sogenaamde openbare beleidsoorwegings en standpunte te kyk.

(i) Openbare moraliteitsoorwegings

Verweerder het aangevoer dat 'n aksie baseer op ongewenste swangerskap teen die morele en sosiale oortuigings van die gemeenskap indruis en wel om die volgende redes:⁵⁷

- Mense is in die gewone gang van sake ten gunste van voortplanting, die gesin is van groot belang in die gemeenskapsopset en figureer normaalweg binne die huwelik.

⁵⁴ (1854) 9 EX 341.

⁵⁵ 1915 AD 1.

⁵⁶ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 379G-380B.

⁵⁷ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 380E-381C.

- Die toestaan van skadevergoeding vir die geboorte van 'n gesonde, normale kind strook nie met die universele sentiment van die gemeenskap nie.
- In die waardesisteme wat binne 'n gemeenskap geld, mag die voordeel van lewe nie minder weeg as die uitgawes om die lewe te onderhou nie.
- Ouers, so word aangevoer volgens gemeenskapsopvatting, wat 'n kind kry na 'n mislukte sterilisasie, is in bykans dieselfde posisie as ouers wat nie 'n kind beplan het nie en verras word met 'n "glips".
- Die nalatige geneesheer is nie 'n surrogaatvader wat die kind, gebore na 'n mislukte sterilisasie-operasie, moet onderhou nie. Ouers put in elke geval vreugde uit 'n normale, gesonde kind so lui die standpunt en die verpligting om hulle kind te onderhou en groot te maak is en bly die ouers s'n.
- Dit is moreel verkeerd om 'n normale, gesonde lewe die basis te laat vorm van 'n nadeel wat vergoed moet word.
- Die geboorte van 'n kind is 'n seën, dit is 'n rede vir feesviering en nie 'n nadelige gevolg wat kompenseer moet word nie.
- 'n Aksie vir die onregmatige swangerskap of geboorte kan die gesinsverband ontwig.
- Geen geldelike vergoeding, so word aangevoer, kan die psigologiese en emosionele skade en letsels wat litigasie oor 'n onbeplande, ongewenste kind se geboorte en bestaan meebring, herstel nie. Die voordeel om 'n kind te hê, weeg altyd swaarder as die uitgawes om die kind groot te maak.

(ii) Doelmatigheidsoorwegings

Om doelmatigheidsredes,⁵⁸ so het die verweerder verder aangevoer, behoort die ouers van 'n onbeplande kind wat na 'n sterilisasie-operasie gebore is, nie 'n aksie baseer op "wrongful birth" in te stel nie.

- Daar word gevrees dat aanspreeklikheid vir skadevergoeding onbeheerbare afmetings gaan aanneem. Broers en susters mag dalk eise instel vanweë verminderde onderhoud en aandag wat hulle aanvanklik uitsluitlik toegeval het, moet nou gedeel word met die nuweling.
- Daar word ook gevrees dat nie net medici nie, maar ook aptekers en vervaardigers van voorbehoedmiddels aanspreeklikheid mag opdoen vir die opmaak van 'n verkeerde voorskrif, vervaardiging van 'n defektiewe middel of aanbring van foutiewe etikette of verbruikersinligting onderskeidelik.
- Daar bestaan 'n risiko van bedrieglike en fiktiewe eise wat nie werklik geverifieer kan word nie. Die skadevergoedingseis berus heelwaarskynlik slegs op die ouers se weergawe dat hulle nie 'n verdere kind wou gehad het nie – 'n weergawe wat nie werklik na behore geverifieer kan word nie. Niks verhoed die ouer in elk geval om na vergoeding die kind vir aanneming te bied nie.
- 'n Bevel wat 'n geneesheer verplig om die skade te betaal mag lei tot bedrae skadevergoeding wat buite verhouding is in vergelyking tot die morele aanspreeklikheid of skuld van die geneesheer waar die professionele standarde te kort skiet. Geneeshere mag voel dit is beter om vir pasiënte aborsies aan te beveel uit vrees vir die gevolge van 'n verkeerde prognose en/of behandeling. Geneeshere wat bereid sal wees om sterilisasies uit te voer, mag dalk al hoe minder word.

⁵⁸ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 383G-385G.

Die meerderheid Amerikaanse howe⁵⁹ het bevind dat skadevergoeding in die vorm van onderhoudskoste vir 'n gesonde, onbeplande kind nie verhaal mag word nie aangesien dit spekulatief is en onrealistiese afmetings aanneem.

Knelpunte⁶⁰ wat met dié tipe aksies ondervind kan word, is die volgende:

- Dit is problematies om die gewone beginsels vir die bepaling van skadevergoeding toe te pas;
- Hoe word skade beperk?
- Hoe vind restitusie plaas?
- Dit is moeilik om skadevergoeding te bepaal waar die aksie onregmatige swangerskap gebaseer is op kontrakbreuk.
- Dit is moeilik om die eiser in 'n posisie te plaas waarin hy of sy sou wees as die kontrak uitgevoer is.
- Dit is problematies om die voordele van ouerskap te bepaal.
- Dit is bykans onmoontlik om die waarde van 'n kind vir sy ouers in emosionele en ekonomiese terme te bepaal.

Regter Thirion is van mening dat dié tipe eise min voorkom en dat die eise net kontrakterende partye raak, waarvan die omvang van die eis bepaal word deur die onderneming self asook beginsels van toepassing op verwyderdheid ("remoteness") van skade en berekening van skadevergoeding. Die regter besweer ook die vrees dat hierdie tipe aksies hulle kan leen tot bedrieglike en fiktiewe eise.⁶¹

⁵⁹ Sien 'n volledige bespreking van die Amerikaanse reg in Hoofstuk 2. Die meerderheid van Amerikaanse howe volg die "limited recovery rule".

⁶⁰ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 383G-I.

⁶¹ *H West and Son Ltd and Another v Shephard* 1964 AC 326 (HL) ([1963] 2 All ER 625) 345 (631 in All ER); *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 383E-F.

I think that the answer to these objections is well expressed in the words of Lord Atkin in *Fender v St John Mildmay* (*supra* at 13):

'All kinds of contracts provide for improper actions. ... To avoid a contract it is not enough that it affords a motive to do wrong: it must surely be shown that such a contract generally affords a motive and that it is likely to be effective.'

And at 18:

'If the public policy of enforcing contracts to do lawful acts is to be maintained, it must be defeated only where there is a practical danger of injury to the public by enforcing particular classes of contracts. There must be a general tendency to harm.'

I think that these remarks are particularly relevant in the present case. I am unable to discern such a general tendency if wrongful birth actions were to be recognised.

Die regter gee toe dat veral die beperking van skade 'n probleem kan veroorsaak. Geen hof sal van 'n mens verwag om sy of haar verlies te beperk of te vermy deur 'n kind vir aanneming te bied nie. Van 'n persoon word verwag om sy of haar skade redelikerwys te beperk en dit sou onredelik wees om van ouers te verwag om hulle kind te laat aanneem.

Al is die berekening van skade moeilik, is die probleem nie onoorkomelik nie en is dit onnodig vir howe om 'n *non possumus* houding te hê.⁶²

The words 'so far as money can compensate' point to the impossibility of equating money with human suffering or personal deprivations. ... All that Judges and Courts can do is to award sums which must be regarded as giving reasonable compensation. In the process there must be the endeavour to secure some uniformity in the general method of approach. By common assent awards must be reasonable and must be assessed with moderation. Furthermore it is eminently desirable that so far as possible comparable injuries should be compensated by comparable awards. When

⁶² *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 384F.

all this is said it still must be that amounts which are awarded are to a considerable extent conventional.

Vrese vir onbeperkte aanspreeklikheid en toename in dié tipe eise het nie die howe in Engeland daarvan weerhou om die eise te erken nie.⁶³ Die beginsels met betrekking tot verwyderdheid van skade en die bepaling van skadevergoeding is voldoende beperking op die *quantum* skadevergoeding verhaalbaar in geval van die aksie vir onregmatige swangerskap of geboorte.

Dit is 'n algemene beginsel in die kontrakreg, naamlik dat indien die soort verlies wat normaalweg veroorsaak word deur kontrakbreuk binne die redelike oorweging of bespiegeling van die partye was toe die kontrak aangegaan is en gevolglik nie te verwyderd is nie, dit nie weselik is dat die omvang van die skade sodanig is dat dit nie binne die redelike oorweging van die partye geval het nie.⁶⁴ Die *quantum* van skadevergoeding in geval van kontrakbreuk word nie bepaal deur na die graad van skuld te kyk nie. Hoekom moet daar dan in hierdie opsig 'n uitsondering in die geval van die "action for wrongful birth" gemaak word?⁶⁵

Regter Thirion meen ook dat dit 'n "maak-pas" argument is om te wil beweer dat daar 'n negatiewe of dalende effek op die standarde van die mediese professie gaan kom of dat sommige geneeshere onwillig gaan raak om sterilisasies uit te voer.⁶⁶

Die regter is ook van mening dat die sterilisasie-operasie 'n eenvoudige prosedure is en dat dit eenvoudig vir 'n geneesheer is om aan die pasiënt te verduidelik dat daar nog steeds 'n moontlikheid bestaan om swanger te raak.

⁶³ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 384I-385E; *Thake and Another v Maurice* [1986] 2 WLR 337 (CA) ([1986] 1 All ER 497); *Emeh v Kensington, Chelsea and Fulham Health Authority* [1984] 3 All ER 1044 (CA).

⁶⁴ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 385B-C en gesag daarin aangehaal; *Wroth and Another v Tyler* [1973] 1 All ER 897 (CL) 922; *Botes v Van Deventer* 1966 3 SA 182 (A) sit die situasie ten opsigte van 'n delik uiteen.

⁶⁵ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 385D.

⁶⁶ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 385D.

Vir die geneesheer sal dit maklik wees om uit aanspreeklikheid te kontrakkeer.⁶⁷

Die hof konkludeer eventueel dat dié tipe eis nie teen die openbare beleid is nie.⁶⁸ Die hof staan die eisers se eis ten opsigte van onderhoudskoste betaalbaar deur die verweerder toe.

2.2.5 Eis nommer twee: Nie-vermoënskade vir ongerief, pyn en lyding en verlies aan lewensgenietinge

Eiser het aangevoer dat me Edouard ongerief, pyn en lyding en verlies aan lewensgenieting gelyk het as gevolg van die swangerskap en gevolglike geboorte van die onbeplande kind.

2.2.6 Verweer: Eis vir nie-vermoënskade op grond van kontrakbreuk is nie kontraktueel van aard nie

Ten opsigte van eis nommer twee het die verweerder aangevoer dat 'n eis vir nie-vermoënskade voortspruitende uit kontrakbreuk nie haalbaar is in 'n kontrakaksie nie.

2.2.7 Die hof ten opsigte van nie-vermoënskade

Die hof het na deeglike navorsing van die relevante gesag ten opsigte van eis nommer twee, in ag genome die persoonlike aard van die eis vir liggaamlike nadeel en die feit dat vergoeding as 'n *solatium* vir pyn en lyding van die benadeelde party moet dien, nogtans bevind dat dit onvanpas sal wees om dié tipe eis by die kontraktereg in te voeg. Die hof was die mening toegedaan dat dié tipe eis tuishoort by die deliktereg waar die konsepte onregmatigheid,

⁶⁷ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 385E. Ongelukkig het die hof nie hierop uitgebrei nie. Hierdie is egter 'n stelling wat onbedag gemaak is aangesien kontraktering uit aanspreeklikheid gekwalifiseer moet word. Sien Hoofstuk 1 waar ek aangevoer het dat 'n geneesheer nie sy aanspreeklikheid kan ontduik vir nalatige/opsetlike optrede wat 'n pasiënt benadeel nie.

⁶⁸ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 380B-385G.

skuld en die nodige verwere toegepas kan word⁶⁹ en gevolglik word die kader van regshulp uitgestip.

Vergoeding/kompensasie vir me *Edouard* se pyn en lyding voortspruitende uit die geneesheer se kontrakbreuk, is nie haalbaar ongeag of dié tipe nadeel binne die partye se oorweging was ten tye van die sluit van die kontrak as 'n moontlike gevolg van kontrakbreuk.

Regter Thirion gebruik die terminologie pyn en lyding as omvattende term vir fisiese pyn, skok, ongerief, ontsiering en verlies van lewensgenietinge, alles voortspruitende uit liggaamlike nadeel, synde nie-vermoënskade.⁷⁰

Die regter gee 'n bondige uiteensetting⁷¹ van die tipe skade wat uit 'n kontrak en/of delik kan voortspruit. Die aksie vir skadevergoeding in geval van kontrakbreuk beoog om die krediteur sover moontlik in dieselfde posisie te plaas as waarin hy sou wees indien die kontrak na behore nagekom is. Die vermoënskade word vergoed met 'n skadevergoedingsbedrag (geld) wat in opweging met mekaar moet wees.⁷² Teenoor vermoënskade, synde skade wat mens slegs aan jou vermoë kan ly, staan genoegdoening wat geëis kan word vir krenking van die menslike liggaam en gevoel (wat nie deel van die mens se vermoë uitmaak nie) en waarvoor skadevergoeding nie geëis kan word nie.⁷³ Genoegehoening kan in die ware sin geldsgewys nie na behore kompenseer word nie en dit dien hoogstens as *solatium* (troosprys) vir die beraamde nadeel.

⁶⁹ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 386D, 395D-E, 369B, F.

⁷⁰ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 385J-386B.

⁷¹ Vergelyk die uiteensetting van verskillende soorte skade/nadeel in Hoofstuk 3 1 Inleiding.

⁷² "*Interesse nihil aliud est quam ipsa jactura*" *molinaeus tract de eo quod interest* 3; *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 386C; *Jockie v Meyer* 1945 AD 354, 366; *Bull v Taylor* 1965 4 SA 29 (A) 36.

⁷³ De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 202; *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 386E-G.

De Wet en Yeats⁷⁴ asook Wessels⁷⁵ beantwoord die vraag na genoegdoening weens kontrakbreuk vir gekweste gevoelens en liggaamskending onomwonde volgens die regter, naamlik dat die Suid-Afrikaanse reg nie so 'n vordering weens kontrakbreuk toelaat nie en dat die basis van so 'n eis deliktueel van aard is.

3197. Although these actions by passengers are couched in contract, they contain an element of tort as soon as the bodily sufferings of the passenger come into play. The true *damnum* in contract is a compensation for a patrimonial loss (vermogens verlies) (Voet 39.2.1; cf *Bayat v Bombay Steamship Navigation Co* (1905) 26 NLR 107), and when other losses are considered, it is because an element of *injuria* has crept into the award. This is what Street calls the parasitic element of damage found in the field of contract (*Foundations of Legal Liability* vol 1 at 462 *et seq*).⁷⁶

Regter Thirion wys op 'n reeks van hofsake waarin skadevergoeding toegeken is sonder bewys van gelede skade as gevolg van ongerief.⁷⁷ Christie⁷⁸ is 'n voorstander ter kwalifisering van die algemene reël sodat benewens die algemene reël dat skadevergoeding geëis kan word vir vermoënskade as gevolg van kontrakbreuk, skadevergoeding ook geëis behoort te word vir ongerief en verlies aan tyd. Hoewel Christie *Jockie v Meyer*⁷⁹ gebruik as dié saak waarin goedkeuring verleen is aan die

⁷⁴ *Kontraktereg en Handelsreg* 202; *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 386E-F.

⁷⁵ *Law of Contract* Vol II par 3196 en 3197.

⁷⁶ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 386F.

⁷⁷ *Burton v Pinkerton* 1867 LR 2 EX 340; *Smith and Watermeyer v Union Steamship Co* (1867) 5 SEARLE 311; *Ward v Gardner* (1905) 16 EDC 73; *Reed v Eddles* 1920 OPD 69; *Bester v Smit* 1976 4 SA 751 (K) 1977 3 SA 818 (K); *Commissioner of Public Works v Dreyer* 1910 EDL 325; *Bennett v Shaw* (1902) 19 SC 248.

⁷⁸ *The Law of Contract in South Africa* 523-524. Christie steun in sy argument op die hofsake aangehaal in vn 77. Kerr *The Principles of the Law of Contract* 437 ev vra die vraag na uitsonderings op die algemene reël (naamlik dat skadevergoeding nie verhaal kan word baseer op 'n kontrak, waar daar geestelike en liggaamlike lyding vloei uit kontrakbreuk nie).

⁷⁹ 1945 AD 354.

reeks hofsake⁸⁰ ter navolging van *Burton v Pinkerton*,⁸¹ verskil regter Thirion van dié skrywer en wys daarop dat die Appèlhof nooit versoek is om oor die geldigheid van die eis te beslis nie.⁸² Wessels ondervind probleme met die sake waarop Christie steun en dui aan dat dit te betwyfel is of die skadevergoeding wat toegestaan is vir ongerief regtig gebaseer is op kontrak. Hy is van mening dat die basis deliktueel van aard is.⁸³ Regter Thirion⁸⁴ dui daarop dat Wessels fouteer in sy redenasie, aangesien sake soos *Burton v Pinkerton*⁸⁵ en *Hobbs and Wife v London & South Western Railway Co*⁸⁶ op kontrak baseer is.

De Wet en Yeats⁸⁷ steun op Voet 45.1.9 om aan te dui dat die sake *Commissioner of Public Works v Dreyer*⁸⁸ en *Reed v Eddles*⁸⁹ verkeerd beslis is. Regter Thirion⁹⁰ is van mening dat Voet uitdruklik sou aandui dat skadevergoeding wel vir nie-vermoënsverlies ten opsigte van pyn en lyding baseer op 'n kontrak, geëis kan word. Die regter dui voorts op Voet 9.2.11 waarin uitdruklik aangedui word dat vergoeding vir pyn en lyding op delik baseer word.

⁸⁰ *Smith and Watermeyer v Union Steamship Co* (1867) 5 SEARLE 311; *Ward v Gardner* (1905) 16 EDC 73; *Reed v Eddles* 1920 OPD 69; *Bester v Smit* 1976 4 SA 751 (K) 1977 3 SA 818 (K); *Commissioner of Public Works v Dreyer* 1910 EDL 325; *Bennett v Shaw* (1902) 19 SC 248.

⁸¹ 1867 LR 2 EX 340.

⁸² *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 387A-C.

⁸³ Wessels *Law of Contract* par 3196 en 3197 asook die regspraak daarin aangehaal: *Smith and Watermeyer v Union Steamship Co* (1867) 5 SEARLE 311; *Commissioner of Public Works v Dreyer* 1910 EDL 325; *Hobbs v London and South Western Railway Co* 1875 LR 10 QB 111 (44 LJ QB 49; 32 LT 252); *McMahon v Field* (1881) 7 QBD 591 (50 LJ QB 552; 45 LT 381).

⁸⁴ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 387G.

⁸⁵ 1867 LR 2 EX 340 – skadevergoeding is toegestaan vir ongerief.

⁸⁶ 1875 LR 10 QB 111 – skadevergoeding is toegestaan vir persoonlike ongerief en uitputting wat die eiser ondervind het omdat hy 'n afstand moes loop.

⁸⁷ *Kontraktereg en Handelsreg* 202.

⁸⁸ 1920 EDL 325.

⁸⁹ 1920 OPD 69.

⁹⁰ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 388A.

Regter Thirion⁹¹ dui daarop dat hy geen hofbeslissings kon vind waar 'n eis vir skadevergoeding toegestaan is vir nie-vermoënskade wat uit kontrakbreuk spruit nie. Die regter is van mening dat die sake aangehaal, waar skadevergoeding toegeken is vir ongerief nie as gesag kan dien vir uitbreiding van die algemene reël in die Romeins-Hollandse reg en dat 'n eis vir skadevergoeding vir nie-vermoënsverlies (vir pyn en lyding) nie haalbaar is op grond van kontrak nie.

Die hof behandel vervolgens die vraag na of die Suid-Afrikaanse howe nie die voorbeeld behoort te volg van die Engelse howe en erkenning behoort te verleen aan die bestaan van skadevergoeding baseer op kontrakbreuk vir nie-vermoënskade ten opsigte van pyn en lyding nie.⁹²

Regter Thirion⁹³ verwys na die Engelse reg, spesifiek na McGregor:

Contract is primarily concerned with commercial matters and therefore protection afforded by the law of contract is primarily directed to commercial losses. Indeed it has been said that 'in an action founded on breach of contract the only kind of loss ... which is a subject for compensation is a financial loss' (*Sunley v Cunard White Star* [1939] 2 KB 791 at 799). But this is today too sweeping a statement ...⁹⁴

McGregor onderskei drie hoofde van skadevergoedingseise vir nie-vermoënsverlies as gevolg van kontrakbreuk:

- Fisiese ongerief⁹⁵

⁹¹ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 388B-C. Dit wil egter nie sê dat daar nie sake voorgekom het waar partye pyn en lyding ondervind het voortspruitende uit kontrakbreuk nie. *Esterhuizen v Administrator, Transvaal* 1957 3 SA 710 (T); *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438.

⁹² *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 388D.

⁹³ Soos aangehaal in *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 388E-389A; McGregor *Damages* 14de uitg par 65.

⁹⁴ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 388F.

⁹⁵ "Physical inconvenience and discomfort". *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 386G-388A; *Burton v Pinkerton* 1867 LR 2 EX 340; *Smith and Watermeyer v Union Steamship Co* (1867) 5 SEARLE 311.

- Pyn en lyding, verlies aan lewensgenieting en lewensverwagting⁹⁶
- Angs/kommer⁹⁷

Hoewel die *House of Lords* in *Addis v Gramophone Co Ltd*⁹⁸ beslis het dat skadevergoeding vir onregmatige ontslag van 'n werker nie kompensasië vir sy of haar gekrenkte gevoelens insluit nie, (al het dit op 'n harde en vernederende wyse geskied), het daar tog sekere afwykings in dié verband op die *Addis*-beslissing gevolg.⁹⁹

Regter Thirion waarsku teen 'n kasuïstiese en stuksgewyse benadering wanneer verandering in die Suid-Afrikaanse reg in dié verband voorgestaan word. Daar bestaan 'n remedie in die deliktereg vir nie-vermoënsverlies en die vraag moet nou beantwoord word na die behoefte aan skadevergoedings-aanspreeklikheid gebaseer op kontrak vir nie-vermoënsverlies. Die regter het die geskiedenis van deliktuele remedies kortliks saamgevat en die wysheid om na Engelse beslissings¹⁰⁰ te verwys, bevraagteken, aangesien die *actio legis Aquiliae* en die *actio iniuriarum* deliktueel vir die onderskeie tipes van verliese genoegsame remedies daarstel.

⁹⁶ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 388H. McGregor begryp onder lyding ook vrees ten tye van die besering, vrees vir toekomstige onbevoegdheid, vernedering, hartseer en skaamte oor skending van die liggaam.

⁹⁷ "Mental distress". *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 388J-389A.

⁹⁸ 1909 AC 488.

⁹⁹ Sien in dié verband *Diesen v Samson* SLT 49 (1971); *Jackson v Horizon Holidays* [1975] 1 WLR 1468 (CA) ([1975] 3 All ER 92); *Heywood v Wellers* 1976 QBD 446 (LA) ([1976] 1 All ER 300); *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 389A.

¹⁰⁰ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 389C-391D.

Ten slotte oorweeg¹⁰¹ regter Thirion sekere regsoorwegings by die vraag na die akkommodering van skadevergoeding vir 'n nie-vermoënsverlies onder kontrak. Die regter verwys na vergoeding wat betaal word as sogenaamde "satisfaction to the feelings" en wys tereg daarop dat die aksie wat onder *iniuria* tuisgebring word nie baseer kan word op *culpa* nie.¹⁰²

The distinction is an important one of principle, and cannot be disregarded. If in any instance the shock done to the feelings of a claimant were allowed to influence the award of damages in an action founded on negligence; it is difficult to see where the line could be drawn. A reference to the decisions in some of the American State Courts where this doctrine has been adopted will show the startling results to which its application has led. And we should be careful, in the words of Pollock CB (see *Street* vol 1, p 470), 'not to introduce a new element of damage, recollecting to what a large class of actions it would apply, and what a dangerous use might be made of it'.

Waar konkurrente aanspreeklikheid bestaan kan 'n deliktuele eis gevoeg word met 'n kontraktuele eis en bestaan daar geen rede volgens die regter om aanspreeklikheid kontraktueel uit te brei vir nie-vermoënsverlies.¹⁰³ Onder die *Aquiliense* aksie egter word vergoeding vir nie-vermoënsverlies beperk tot pyn en lyding.¹⁰⁴

Die regter verwys na Kerr¹⁰⁵ en dui verdere oorwegings aan waarom 'n uitbreiding van aanspreeklikheid vir skadevergoeding gebaseer op kontrak vir nie-vermoënsverlies ongewens is. Kerr verwys na die toelating deur die

¹⁰¹ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 392J-395E.

¹⁰² *Union Government v Warneke* 1911 AD 657; *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 393A-C.

¹⁰³ Wat die regter uit gedagte gelaat het is dat die deliktuele basis in die *Edouard*-saak reeds verval het as gevolg van 'n tydsbepaling op deliksaksies teen owerheidsinstansies van toepassing.

¹⁰⁴ In die *Warneke*-saak is 'n man se deliktuele eis vir verlies aan "comfort and society" van sy vrou van die hand gewys. *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 393D.

¹⁰⁵ *The Principles of the Law of Contract* 438; *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 393E-G.

Engelse howe van 'n eis waar 'n benadeelde party se rus versteur is, en dui verder daarop dat die Suid-Afrikaanse en Engelse reg in ooreenstemming met mekaar in die verlede altyd so 'n tipe eis geweier het. Kerr voer dan ook aan dat die nuwe neiging in die Engelse reg in dié verband nie nagevolg moet word nie. Om skadevergoedingseise gebaseer op 'n kontrak toe te laat vir mindere aangeleenthede soos teleurstelling of woede beteken om bykans vir elke kontrakbreuk 'n addisionele skadevergoeding toe te laat aangesien elke kontrakbreuk aanleiding gee tot teleurstelling.

Die regter dui ook op 'n verdere beswaar.¹⁰⁶ Ingevolge 'n kontrak is 'n party wat kontrakbreuk pleeg, afgesien van aanspreeklikheid vir verlies wat daadwerklik daaruit resulteer, ook aanspreeklik vir verlies wat redelik binne die verwagtinge van die partye lê. Volgens hierdie objektiewe toets is die fouterende party ook aanspreeklik vir skade of verlies wat nie daadwerklik veroorsaak is nie. Sou kontraktuele aanspreeklikheid nie-vermoënskade insluit en die eiser bewys dat pyn en lyding as 'n moontlike gevolg van kontrakbreuk binne die verwagting van die partye by kontraksluiting was, sal die fouterende party aanspreeklik wees vir pyn en lyding (ongegag die omvang of erns daarvan) wat uit kontrakbreuk spruit. Die regter waarsku:

The end result might be that the defaulting party might be held liable in damages for an amount which bears little or no resemblance to the value of the transaction itself.

Die regter wys daarop dat in die deliktereg daarenteen die tydstip van voorsienbaarheid van skade die tydstip van die pleeg van die onregmatige daad is. Die delikspleger, as die fouterende party, is in 'n beter posisie om die gevolge uit sy onregmatige daad te voorsien in geval van 'n delik.

Die aard van die remedie vir pyn en lyding (deliktueel) volgens die regter, dui ook 'n genoegsame rede aan waarom daar nie kontraktueel skadevergoeding vir nie-vermoënskade behoort toegelaat te word nie, maar wel deliktueel. Die eis vir pyn en lyding is gewoonlik gerieflikheidshalwe tuisgebring onder die

¹⁰⁶ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 393H-394C.

Aquiliese remedie, synde dan 'n uitbreiding daarvan. In *Government of the Republic of South Africa v Ngubane*¹⁰⁷ sowel as in *Evins v Shield Insurance Co Ltd*¹⁰⁸ is aangedui dat die eis vir pyn en lyding nie onder die sambreelterme *actio legis Aquiliae* of die *actio iniuriarum* val nie.¹⁰⁹ Regter Thirion konkludeer met:

Having regard to the personal nature of the claim for bodily injury and the fact that damages are awarded as a *solatium* for the pain and suffering of the injured party, it would be inappropriate to import it into the law of contract.

Dit sal baie moeilik volgens die regter wees, om skadevergoeding vir pyn en lyding asook ongerief wat uit kontrakbreuk spruit binne hanteerbare perke binne kontrakverband te bepaal. Om ongerief tot die ernstige aard van skade te beperk ten einde 'n toeloop van aksies te beperk, is onbevredigend. 'n Litigant wat verlies nie kan bewys nie het 'n agterdeur oop om op grond van ongerief skadevergoeding te bekom.¹¹⁰

Die deliktereg akkommodeer egter die eis vir pyn en lyding spruitende uit kontrakbreuk die beste.¹¹¹

Die hof *a quo* weier gevolglik die eis vir pyn en lyding, ongerief en verlies aan lewensgenieting gebaseer op 'n kontrak.¹¹² Met verlof van die hof *a quo* is appèl en teenappèl teen hierdie beslissing aangeteken.

¹⁰⁷ 1972 2 SA 601 (A).

¹⁰⁸ 1980 2 SA 814 (A).

¹⁰⁹ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 394D-H.

¹¹⁰ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 395B-C.

¹¹¹ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 395D. Die delikselemente onregmatigheid en skuld kom onder die loep.

¹¹² *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 395E.

2.3 *Administrator Natal v Edouard*¹¹³

2.3.1 Inleiding

In die Appèlsaak *Administrator Natal v Edouard* het Appellant (Administrateur Natal) appelleer teen die bevel ter betaling van onderhoudskoste aan die respondent en het Respondent (Edouard) kruis-appelleer teen die afwysing van die eis vir algemene skadevergoeding vir ongerief, pyn en lyding en verlies aan lewensgenietinge.¹¹⁴

Edouard was 'n unieke saak in die sin dat vir die eerste keer in die Suid-Afrikaanse regsgeskiedenis 'n saak rakende 'n ongewenste swangerskap/geboorte beslis moes word. Vanweë die agtergrond, moes die appèlregter beslis of 'n eis baseer op 'n ongewenste swangerskap/geboorte nie teenstrydig is met Suid-Afrikaanse regsbeginsele nie. Tweedens moes beslis word, indien sodanige tipe eis nie in botsing met die bestaande reg is nie, of sodanige eis nie in botsing met die openbare beleid is nie. Derdens moes die hof, indien bevind sou word dat die tipe eis nie in botsing met die openbare beleid is nie, 'n beslissing gee oor die onderskeie verwere wat geopper is.

Die Appèlhof wys daarop dat nog nooit vantevore in enige Suid-Afrikaanse hof die vraag na onderhoudskoste van 'n kind voortspruitende uit 'n ongewenste swangerskap/geboorte (gebaseer op delik of kontrak) gedien het nie. Of die eis baseer is op 'n versuim om die sterilisasie-operasie uit te voer en of dit 'n oneffektiewe chirurgiese ingreep is, doen geen afbreuk aan die eis nie.¹¹⁵

¹¹³ 1990 3 SA 581 (A).

¹¹⁴ Nie-vermoënskade.

¹¹⁵ Regter van Heerden dui daarop dat die versuim om hoegenaamd 'n sterilisasie uit te voer uniek is, aangesien die meeste sake tot op daardie stadium gehandel het met 'n mislukte sterilisasie (vasektomie), versuim om die pasiënt te waarsku dat die prosedure nie 'n 100% suksesvol mag wees nie of dat 'n verkeerde voorskrif resepteer is.

Die Appèlhof gee toe dat daar verskillende benaminge vir dié aksie bestaan, byvoorbeeld "action for wrongful birth, or wrongful conception, or wrongful pregnancy, or unplanned or unwanted birth".¹¹⁶ Die regter verkies om van 'n swangerskapeis¹¹⁷ te praat synde 'n eis vir die grootmaakkoste¹¹⁸ van 'n onbeplande kind.

In die Appèlhofsaak word na verskeie internasionale regspraak verwys, waarna die Appèlregter aandui dat volgens die heersende standpunt in Amerika (en Kanada) grootmaakkoste verbonde aan 'n onbeplande kind gebore as gevolg van 'n nalatige versuim deur 'n geneesheer, nie verhaalbaar is nie, in elke geval nie waar 'n vrou geboorte skenk aan 'n normale en gesonde kind nie.¹¹⁹ Volgens van die Amerikaanse howe is dit nie moreel regverdigbaar om die onderhoudspilig vanaf die ouers na die geneesheer te verplaas nie, terwyl die ouers die vreugde en voordele van ouerskap uit 'n baie besondere ouer-kindverhouding het.¹²⁰

Die respondent se eis is gebaseer op kontrakbreuk. Dit was gemene saak dat die respondent skade (in die vorm van grootmaakkoste verbonde aan 'n onbeplande kind) gely het as gevolg van kontrakbreuk, dat die skade 'n direkte en natuurlike gevolg van die kontrakbreuk was en dat die verlies beskou is deur die partye as 'n moontlike gevolg van versuim om die

¹¹⁶ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 585H-I en 585J-586A.

¹¹⁷ "Pregnancy claim".

¹¹⁸ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 586A. Ongelukkig tipeer die regter hierdie aksie as 'n eis vir die grootmaakkoste van 'n kind, hoewel hy net vantevore tereg opgemerk het dat verskeie eise uit hierdie tipe aksie kan voortspruit. Hierdie aksie is vatbaar vir meer as net 'n eis vir grootmaakkoste.

¹¹⁹ *Thake and Another v Maurice* [1985] 2 WLR 215 [1984] 2 All ER 513; *Emeh v Kensington, Chelsea and Fulham Area Health Authority* [1984] 3 All ER 1044 (CA); *Doiron v Orr* 86 DLR 3d 719 (Ontario High Court of Justice 1978); *Hartke v McKelway* 526 F Supp 91 104 (DDC 1981); *Wilbur v Kerr* 628 SW 2d 568 (1982); *White v United States* 510 F Supp 146 (1981); *O'Toole v Greenberg* 477 NE 2d 445 (1985). In Engeland (en Duitsland) daarenteen word die eis vir onderhoudskoste toegestaan. *Coleman v Garrison* 327 A 2d 757 (1974).

¹²⁰ Hierdie hoofargument is namens die Appellant aangevoer in *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A).

sterilisasië-operasie uit te voer, meer spesifiek omrede Appellant kennis gedra het dat Respondent en sy vrou nie verdere kinders kon onderhou nie. Aan al die regsvereistes vir die verhaal van skadevergoeding op grond van kontrakbreuk, is voldoen.

2.3.2 Appèl namens appellant en beslissing van hof

In die hof *a quo* is namens die appellant (verweerder) aangevoer dat die skadevergoedingseis van die hand gewys moet word op grond van heersende beleids- en gerieflikheidsoorwegings. In die Appèlhof het die appellant afstand gedoen van die argument om gerieflikheidsoorwegings, 'n stap wat deur die regter verwelkom is,¹²¹ omrede, soos regter Thirion in die hof *a quo*¹²² ook aangedui het, daar nie gesag bestaan vir die weiering van 'n eis vir kontraktuele skadevergoeding om gerieflikheidsoorwegings nie.

Namens Appellant is volhard met die argument dat die toestaan van die skadevergoedingseis teen die openbare beleid indruis. Hoewel die ooreenkoms tot sterilisasië geldig is, is die skadevergoedingseis teen die openbare beleid.¹²³ Die regsverteenvoerder se hoofargument met betrekking tot openbare beleid is nie in die hof *a quo* geopper nie. Die ander beleids-oorwegings wat in die hof *a quo* geopper is, geld nog steeds aangesien Appellant se regsverteenvoerder nie daarvan afstand gedoen het nie.¹²⁴

Die meerderheid van besware gebaseer op beleidsoorwegings is variasies op twee basiese temas. Vervolgens 'n bespreking van dié twee temas.

¹²¹ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 585H-I en 588F-G.

¹²² *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 382-383.

¹²³ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 588H.

¹²⁴ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 589E.

(a) Die geboorte van 'n normale en gesonde kind kan nie 'n nadeel vir sy/haar ouers wees nie

Wat die eerste tema aanbetref (naamlik dat die geboorte van 'n normale en gesonde kind nie in is nie), bestaan die onregmatigheid nie in die ongewenste geboorte van die kind nie, maar in die kontrakbreuk (of delik) wat vooraf plaasgevind het wat tot die geboorte van die kind en die gevolglike finansiële verlies gelei het.¹²⁵

Appèlregter Van Heerden het die Amerikaanse reg krities onder oë geneem:

Dit blyk dat volgens die meerderheidbeslissings¹²⁶ in die Amerikaanse howe, die swangerskapeis, vir soverre dit onderhoudskoste (grootmaakkoste) aanbetref, nie toegelaat word op grond van die heersende openbare beleid in Amerika nie. In sommige state¹²⁷ kan die onderhoudskoste ten volle verhaal word en in vyf ander state¹²⁸ word die "benefit rule" toegepas, naamlik die voordele verbonde aan die geboorte van 'n onbeplande kind vir die ouers word opgeweeg teen die koste verbonde aan die grootmaak/onderhoud van die kind.

In die Amerikaanse sake waarin die eis om onderhoudskoste geweier is, is die feit dat 'n gesonde en normale kind gebore is, deurgaans beklemtoon. Dit blyk dat 'n verskillende beslissing sal geld indien die kind siek of abnormaal

¹²⁵ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 590F-592A. Regter van Heerden wys op die Bundesgerichtshof se beskouing dat 'n ongewenste geboorte nie 'n verlies ("legal loss") is wat deur die reg erken word nie, maar dat die verpligting van die ouers om te onderhou, 'n verlies is waarvoor skadevergoeding geëis kan word (590F).

¹²⁶ In sowat 20 jurisdiksies (state) in die VSA – sien bv *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 587B-C; *Wilbur v Kerr* 628 SW 2d 568 (1982); *Coleman v Garrison* 327 A 2d 757 (1974); *White v United States* 510 F Supp 146 (1981); *O'Toole v Greenberg* 477 NE 2d 445 (1985).

¹²⁷ *Custodio v Bauer* 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967); *Smith v Gore* Tenn 728 SW 2d 738 (1987)

¹²⁸ *Ochs v Borrelli* 445 A 2d 883 (1982); *Troppi v Scarf* 187 NW 2d 511 (1971); *Jones v Malinowski* 473 A 2d 429 (1984).

gebore sou word.¹²⁹ Appèlregter Van Heerden plaas 'n vraagteken oor die feit dat onregmatigheid slegs in gevalle van 'n siek of abnormale kind bestaan, maar nie in geval van 'n gesonde en normale kind nie, aangesien die geneesheer, wat nalatiglik of in kontrakbreuk opgetree het,¹³⁰ te blameer is vir die geboorte van die ongewenste kind en nie vir die feit dat die kind gebore is met abnormaliteite nie. 'n Kind met abnormaliteite gebore mag groot plesier aan sy of haar ouers verskaf en is nie noodwendig 'n konstante ellende, verdriet of verlies vir sy of haar ouers nie.

Met dié toestaan van onderhoudskoste in geval van 'n abnormale of siek, onbeplande kind, ontstaan die vraag na die bepaling van skadevergoeding. Volgens 'n eerste berekening kan vasgestel word of volle onderhoudskoste betaal moet word en volgens 'n tweede berekening kan vasgestel word of slegs die addisionele koste verbonde aan die gebrek van die kind betaal moet word. Ook met hierdie berekeningswyses ondervind appèlregter Van Heerden probleme.¹³¹ Word die eerste berekeningswyse toegepas, moet die vraag afge vra word waarom die geboorte van 'n onbeplande kind as onregmatig beskou word ook met betrekking tot uitgawes wat die ouers sou gehad het as die kind 'n normale en gesonde kind was. Geld die tweede berekeningswyse, is dit onseker watter onregmatige handeling van die delikspleger (of die party wat kontrakbreuk gepleeg het) die oorsaak van die abnormaliteit was in teenstelling met die geboorte van die kind.

Appèlregter Van Heerden vind die argument dat 'n normale en gesonde kind 'n seën is en gevolglik geen 'n nadeel is nie, onaanvaarbaar. Hoewel 'n kind se geboorte vreugde meebring, bring dit ook 'n addisionele finansiële las (onderhoudslas) mee. Die daaropvolgende finansiële las en nie die geboorte van die kind, is ongewens.¹³² Daar is geen versekering dat die onbeplande,

¹²⁹ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 590G-I.

¹³⁰ 'n Onsuksesvolle of geen sterilisasie is uitgevoer (nie).

¹³¹ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 591I.

¹³² *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 591B-C.

dog gesonde en normale kind, wel 'n bron van vreugde vir sy ouers gaan wees nie.¹³³

(b) Die geboorte van 'n gesonde en normale kind is 'n seën – die ouerskaplas is nie te vergelyk met ouerskapsvoordele nie

Die tweede tema¹³⁴ wat geopper is, is dat die geboorte van 'n ongewenste kind so 'n seën is dat die voordele wat uit ouerskap spruit, swaarder weeg as die finansiële las daaraan verbonde of selfs die finansiële las kanselleer. Die Amerikaanse howe is nie altyd baie duidelik hieroor nie. Indien die Amerikaanse howe egter die standpunt toegedaan is dat die afweging ook geld vir die nie-vermoënsvoordele wat volg uit die geboorte van 'n gesonde kind, is daar slegs 'n graadverskil in standpunt tussen die howe en regters wie die "voordeel-reël"¹³⁵ toepas en dié wat bevind dat die voordele outomaties die finansiële verlies verbonde aan die onderhoud van 'n ongewenste kind kanselleer.

Die Amerikaanse howe laat nie-vermoënskade tot 'n baie groter mate toe as wat dit die geval hier te lande is. In Suid-Afrika word nie-vermoënskade toegestaan slegs in geval van 'n delik en dan afgesien van inbreukmaking op die persoonlikheidsregte ook net in geval van persoonlike liggaamlike nadeel.¹³⁶ Regter Van Heerden stel die nie-toelaatbaarheid ten opsigte van nie-vermoënskade voortvloeiende uit kontrakbreuk baie duidelik:

If patrimonial loss is claimed, the tangible benefits accruing as a result of a breach of contract or the commission of a delict (other than those excluded by an application of the *maxim res inter alios acta*) must obviously be brought

¹³³ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 591C-D. Dit is ook te betwyfel in hedendaagse omstandighede of 'n gesonde en normale kind altyd 'n seën is. Die regter verwys na die kind wat 'n dwelmverslaafde of gewelddadige psigopaat word wat gewis geen seën is nie.

¹³⁴ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 589H-590E.

¹³⁵ "Benefit offset rule".

¹³⁶ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 590A-B.

into account. In other words, the monetary value of those benefits must be set off against the gross loss. It has, however, never been suggested that benefits of a non-pecuniary nature must also be 'subtracted' from a patrimonial loss. Nor is there any foundation for such a suggestion in our law.¹³⁷

In short, in our law a plaintiff claiming patrimonial loss is not called upon to adjust such loss with reference to non-pecuniary benefits arising from *inter alia* a breach of contract.¹³⁸

Appèlregter Van Heerden vind steun¹³⁹ vir sy standpunt ten opsigte van dié twee temas in *Cockrum v Baumgartner*.¹⁴⁰

It is not all that human life or the state of parenthood are inherently injurious; rather it is an unplanned parenthood and an unwanted birth, the cause of which is directly attributable to a physician's negligence, for which the plaintiffs seek compensation.

Certainly there are positive aspects to child rearing and enduring benefits to parenthood, but that does not mean, to me, that parents who take measures to prevent the conception of a child should be burdened with all of the expenses that go along with raising that child – expenses that they would not have incurred had it not been for the negligence of another.

Die Appèlhof by monde van Appèlregter Van Heerden het ook 'n verdere beswaar besweer, naamlik dat dit ongewens vir 'n kind is om te wete te kom dat die hof aan sy ouers 'n skadevergoedingsbedrag toegestaan het omrede sy geboorte 'n fout was, dat hy ongewens was en dat sy ouers sy geboorte as 'n ramp beskou het.¹⁴¹ Sodra ouers besluit het om nie 'n kind vir aanneming te bied nie, maar wel te behou, is dié kind nie meer ongewens nie. Slegs die addisionele finansiële onderhoudslas deur die geboorte veroorsaak, bly oor.

¹³⁷ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 590B-C.

¹³⁸ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 590D-E.

¹³⁹ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 591E-F.

¹⁴⁰ 447 NE 2d 385 (1983); *Terrell v Garcia* 496 SW 2d 124 (1973); *Jones v Malinowski* 473 A 2d 429 (1984).

¹⁴¹ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 592B-E.

Dit is ook hoogs onwaarskynlik dat 'n kind in later jare te hore sal kom van 'n saak in sy kleuterjare. 'n Swangerskapseis wat goed gefundeerd is en 'n erkende eis is, sal heel waarskynlik nie in 'n geregshof terrolle geplaas word nie, maar eerder geskik word.

Namens die appellant is in hoof aangevoer,¹⁴² gebaseer op openbare beleid, die onderhoudspilig van 'n ouer ten opsigte van sy kind, synde onlosmaaklik deel van ouerskap. Deur 'n skadevergoedingseis teen die verweerder-geneesheer toe te staan, so is geargumenteer, word meegebring dat die geneesheer nou dié onderhoudspilig moet volvoer. Dit druis teen die openbare beleid in om op hierdie besonderheid van 'n ouer-kindverhouding inbreuk te maak. Appèlregter Van Heerden bespeur 'n leemte in dié argument aangesien die onderhoudsbedrag geensins die onderhoudspilig opgehef het nie, maar hoogstens bygedra het tot die verligting van die onderhoudspilig van die ouer jeens die kind. Die regter stem saam met die hof *a quo* beslissing en dui daarop dat die beslissing slegs geld vir sterilisasies wat om sosio-ekonomiese redes gedoen is; ander oorwegings mag geld waar sterilisasies om ander redes uitgevoer is.¹⁴³

2.3.3 Kruisappèl van die respondent en beslissing van die hof

Appèlregter Van Heerden gee soos volg aandag aan die respondent se kruisappèl ten opsigte van die skadevergoedingseis vir pyn, lyding, ongerief en verlies van lewensgenietinge:¹⁴⁴ Respondent het op verskeie gesag gesteun om die skadevergoedingseis vir pyn, lyding, ongerief en verlies van lewensgenietinge baseer op kontrakbreuk 'n werklikheid te maak.¹⁴⁵ Dié

¹⁴² *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 592F-593E; *Smith v Gore* 728 SW 2d 738 (1987) het die basis van Appellant se argument gevorm.

¹⁴³ Ongelukkig het nie een van die regters 'n verwysing na sodanige oorwegings of redes gedoen nie. *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 593E.

¹⁴⁴ Kortom na verwys as die eis vir pyn en lyding *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 593F-597G.

¹⁴⁵ *Smith and Watermeyer v Union Steamship Co* (1867) 5 SEARLE 311; *Bennett v Shaw* (1902) 19 SC 248; *Ward v Gardner* (1902) 16 EDC 73; *Commissioner of Public Works v Dreyer* 1910 EDL 325; *Reed v Eddles* 1920 OPD 69; *Silbereisen*

onderskeie howe het óf beslis óf was die mening toegedaan dat 'n eis op grond van kontrakbreuk toegestaan mag word vir psigiese ongerief.

Eerstens neem die Appèlhof die Suid-Afrikaanse presedentereg en daarna die gemenereg onder oë, en besin dan oor die voorgestelde uitbreiding van aanspreeklikheid in dié verband. Die Appèlhof is die mening toegedaan dat, met uitsondering moontlik van die *Dreyer*-beslissing,¹⁴⁶ dit nie blyk dat skade as gevolg van sodanige ongerief, by wyse van 'n kontraktuele eis verhaal kan word nie.¹⁴⁷ Dit het ook nie geblyk tot watter mate die howe beïnvloed was deur die Engelse reël dat nominale skadevergoeding toegelaat mag word in geval van kontrakbreuk nie.¹⁴⁸

In geeneen van die Suid-Afrikaanse beslissings is melding gemaak van die gemenereg as gesag nie. Die howe het ook nie gepoog om vas te stel of die tipe eis haalbaar is *ex contractu* of *ex delicto* nie. Respondent het dit onnodig geag om hierop in te gaan aangesien hy voldoende steun vir sy eis in *Jockie v Meyer*¹⁴⁹ gevind het. Die Appèlhof *in casu*¹⁵⁰ het uitgewys dat die hof in die *Jockie*-saak nie genader is met die vraag of 'n skadevergoedingseis ten opsigte van psigiese ongerief spruitende uit kontrakbreuk geëis mag word nie en gevolglik het die hof ook nie aandag daaraan geskenk nie.

Bros v Lamont 1927 TPD 382; *Jockie v Meyer* 1945 AD 354 en *Bester v Smit* 1976 4 SA 751 (K). *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 593I-J.

¹⁴⁶ *Commissioner of Public Works v Dreyer* 1910 EDL 325. In die *Dreyer*-saak is daar geen bewys van werklike skade nie en het die hof na die nominale skade-reël verwys. Tog het die hof ook op die saak van *Hobbs v London and South Western Railway Co* (1875) 10 QB 111 gesteun, 'n beslissing waarin skadevergoeding vir psigiese ongerief as gevolg van kontrakbreuk toegestaan is. Daar was geen gesag wat sodanige skadevergoeding uitgesluit het nie en dit was die eenvoudige rede vir die beslissing. Die eis vir psigiese ongerief is nie betwis nie vanweë die feit dat die verweerder aangeneem het dat die reël in *Hobbs* ook as 'n reël geld in die Suid-Afrikaanse reg.

¹⁴⁷ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 594A.

¹⁴⁸ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 594B.

¹⁴⁹ 1945 AD 354.

¹⁵⁰ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 594F-595C.

Die *Edouard*-saak was die eerste waarin die vraag na skadevergoeding vir nie-vermoënsverlies gebaseer op kontrakbreuk spesifiek ter sprake gekom het¹⁵¹ en die Appèlhof het na oorweging van die gemenereg bevind dat:

It follows that insofar as it was decided in the older cases relied upon by counsel for the respondent that a breach of contract may give rise to a claim for damages in respect of physical inconvenience, they are in conflict with the general principles of our law. Such damages may not even be recovered by the Aquilian action unless, of course, the physical inconvenience was brought about by a bodily injury.¹⁵²

Daar moet baie goeie gronde bestaan waarom die Appèlhof die gemenereg moet wysig of modifiseer. Die regsverteenwoordiger vir die respondent het 'n uitbreiding van aanspreeklikheid op grond van kontrakbreuk voorgestel as sou dit ook skadevergoeding vir nie-vermoënskade insluit.

Sedert die middel van die vorige eeu het die Engelse howe aan onskuldige partye skadevergoeding toegestaan waar so 'n party psigiese ongerief as gevolg van kontrakbreuk gely het.¹⁵³ Die Appèlhof is van mening dat daar nie voldoende beleidsoorwegings bestaan om kontraktuele aanspreeklikheid uit te brei nie:

In any event, in most instances the principles of our law relating to liability for breach of contract appear to be adequate to afford the innocent party sufficient satisfaction.¹⁵⁴

¹⁵¹ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 595D-596B.

¹⁵² *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 596B.

¹⁵³ Die bekende vakansie-sake kom hier ter sprake. Bv. 'n toeris bespreek deur middel van 'n reisagent 'n vakansie by 'n hotel, net om tot sy skade en spyt uit te vind dat die hotel nie op standaard is soos beloof nie. Benewens die gewone skadevergoeding wat verhaal kan word, kan ook geëis word vir "vaxation" en "mental distress". *Jarvis v Swan Tours Ltd* [1973] 1 All ER 71 (CA); *Jackson v Horizon Holidays Ltd* [1975] 1 WLR 1468 (CA) ([1975] 3 All ER 92); *Heywood v Wellers* [1976] 1 All ER 300 (CA); *Cook v Swinfen* [1967] 1 WLR 457 (CA). *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 596E-F.

¹⁵⁴ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 596G. Die appèlregter stel ook voor dat indien sodanige wysiging van die reg sal plaasvind, dit van die wetgewer en nie van die howe se kant moet kom (597H).

Ex delicto mag skadevergoeding geëis word indien die delikspleger opsetlik/nalatiglik gehandel het; skuld, daarenteen, is in geval van kontrakbreuk geen vereiste vir 'n skadevergoedingseis nie. Dit mag tot 'n anomalie lei dat 'n party skadevergoeding kontraktueel kan eis onder omstandighede waar deliktueel nie eens 'n aksie bestaan nie.¹⁵⁵ Appèlregter Van Heerden maak ook die opmerking dat hy nie oortuig is dat 'n deliktuele eis vir pyn en lyding deur die feite fundeer word nie. Nalatigheid is nie toegegee nie en dit is ook nie duidelik of nalatigheid wat tot konsepsie en geboorte gely het, gelyk gestel kan word aan liggaamlike nadeel nie.¹⁵⁶

Die eiser se tweede eis vir nie-vermoënskade wat voortspruit uit ongerief, pyn en lyding asook verlies aan lewensgenieting veroorsaak deur die swangerskap en gevolglike geboorte is geweier. Hierdie weiering soos Taitz dit stel, "leaves one with some sense of uneasiness",¹⁵⁷ toegegee egter dat gesag in die gemenereg en die presedentereg die standpunt dat nie-vermoënskade gebaseer op kontrakbreuk nie verhaalbaar is nie, steun. Taitz is egter van mening¹⁵⁸ dat die nie-vermoënskade baseer op kontrakbreuk in die oorweging van die partye by die sluiting van die kontrak was. Me Edouard se swangerskap, ongerief, pyn, lyding en verlies aan lewensgenieting, die kind se geboorte, die feit dat die Edouards die kind moet onderhou, is alles direkte en natuurlike gevolge wat voortspruit uit die kontrakbreuk en dit moes alles

¹⁵⁵ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 597E-F. 'n Kontraktuele aksie vir skadevergoeding is oordraagbaar maar 'n deliktuele eis vir pyn en lyding daarenteen, is nie. Om 'n eis vir nie-vermoënsverlies kontraktueel te akkommodeer, beteken dat 'n kontraktuele eis oordraagbaar sal wees by afsterwe van die benadeelde, maar dat 'n deliktuele eis by afsterwe van die benadeelde in die slag sal bly.

¹⁵⁶ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 597C-D. Dié opmerking is myns insiens misplaas. Dié feitelike situasie *in casu* kan nie veralgemeen word nie. As dit nie vir die geneesheer se nalatigheid was nie, het die ongewenste swangerskap nie gevolg nie. In gevalle waar sterilisasies juis versoek is om mediese gesondheidsredes, is dit moeilik te begryp hoe 'n swangerskapstoestand en die gevolglike geboorteproses nie 'n nadeel vir die vroulike liggaam inhou nie. Elke geval sal op meriete beoordeel moet word.

¹⁵⁷ Taitz 1991 *THRHR* 138-142.

¹⁵⁸ Taitz 1991 *THRHR* 142.

binne die oorweging van die partye by die sluiting van die kontrak as moontlike gevolge van kontrakbreuk gewees het.¹⁵⁹

Op versoek deur die applikant (in kruis-appèl) om die aanspreeklikheid in geval van kontrakbreuk uit te brei om ook dié tipe nie-vermoënskade in geval van kontrakbreuk in te sluit, het die Appèlhofuitspraak formele antieke regsbeginsels hoogty laat vier bo resente faktore wat oorweging behoort te geniet.

... there is no sufficient reason of policy or convenience for importing into our law such an extension of contractual liability.¹⁶⁰

Daar is myns insiens wel genoegsame redes waarom kontraktuele aanspreeklikheid ook na nie-vermoënskade uitgebrei moet word. Sou 'n deliksbasis ontbreek soos in die geval van die Edouards, val die benadeelde pasiënt die leemte in die gemenerereg ten prooi. Die huidige toedrag van sake laat die Suid-Afrikaanse reg armer daaraan toe. Die regsprekende gesag is veronderstel om die versteuring van die balans in die subjek-subjekverhouding reg te stel. Dit is haas ondenkbaar dat die Suid-Afrikaanse regstelsel wat alombekend is vir die soepel aard daarvan, eties gesproke regverdig is en berus op 'n stewige psigiese substraat,¹⁶¹ naamlik die regsgevoel van die gemeenskap, nie vir 'n gepaste remedie in dié verband voorsiening kan maak nie. Die kontrak is immers 'n definitiewe brondokument waarin onder andere regte en verpligtinge gestipuleer word. Indien 'n geneesheer nie sy kontraktuele verpligtinge nakom nie, ongeag of hy skuld daaraan het of nie, en die pasiënt vermoënskade en/of nie-vermoënskade ly, behoort die hof die benadeelde pasiënt ter wille te wees. Dit berus nog steeds by die howe wat uitstekend onderlê is in onder andere die kontraktereg om oewerlose aanspreeklik-

¹⁵⁹ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 584J-585A.

¹⁶⁰ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 596F. Die regter wys ook op ernstige besware teen sodanige uitbreiding.

¹⁶¹ Van der Vyver en Van Zyl *Inleiding tot die Reg* 235-238. Die Appèlhof het by geleentheid by monde van Appèlregter Joubert in *Braun v Blann and Botha NNO and Another* 1984 2 SA 850 (A) 866H die volgende standpunt gehuldig: "It is one of the functions of our law to keep pace with the requirements of changing conditions in our society."

heid en "kansvatters" in die kiem te smoor met billike en regverdige uitsprake. Daar bestaan wel genoegsame beleidsoorwegings om kontraktuele aanspreeklikheid uit te brei.¹⁶²

Die appèl sowel as die teenappèl word met koste van die hand gewys. Die hof *a quo* het heeltemal tereg die eis ten opsigte van onderhoud vir die kind toegestaan en die eis vir pyn en lyding, ongerief en verlies aan lewensgenieting van die hand gewys.

2.4 Chalk v Fassler¹⁶³

2.4.1 Feite

Me Chalk ('n ongetroude vrou) het dr Fassler ('n ginekoloog) vir skadevergoeding voortspruitende uit 'n mislukte aborsie gedagvaar. Eiseres het aangevoer dat dr Fassler met haar ooreengekom het om 'n wettige aborsie uit te voer maar dat hy versuim het om die aborsie uit te voer, alternatiewelik dat hy versuim het om die aborsie behoorlik uit te voer. Me Chalk het geboorte geskenk aan 'n normale, gesonde kind.

Me Chalk se getuienis voor die hof was soos volg:

Die eiseres was 23 jaar oud, ongetroud, het pas met 'n bemarkingsloopbaan begin en was nie in staat om haarself en 'n kind te onderhou nie. Eiseres het die aborsie om psigiatryse redes versoek. 'n Psigiater het gesertifiseer dat me Chalk 'n baie onseker en depressiewe persoon is, dat sy vroeër gehospitaliseer was vir bulimie, dat sy as kind mishandel was en dat sy boonop swanger geraak het in 'n hoogs onbevredigende en ongelukkige verhouding.

Me Chalk het aangevoer dat dr Fassler by twee geleenthede met haar gekon-

¹⁶² Ek spreek hoogstens my kritiek uit teen die leemte en dui op die wyse van en rede vir verandering. My volledige aanbevelings word in die Slot gedoen.

¹⁶³ *Chalk v Fassler* ongerapporteerde saak (in die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling) soos bespreek in Strauss 1995 *SAPM* 12-13 16.

sulbeer het, waartydens sy hom om 'n aborsie gevra het. Volgens me Chalk het dr Fassler haar verseker dat die aborsie 'n eenvoudige prosedure was. Dr Fassler het egter volgens me Chalk nóg die moontlikheid van mislukking uitgelig nóg die chirurgiese prosedure bespreek. Me Chalk het aangevoer dat sy wel bewus was dat die prosedure kon misluk, maar dr Fassler het haar na die operasie verseker dat alles pluis is. Dr Fassler het volgens me Chalk geen melding van 'n na-operatiewe ondersoek gemaak nie en het haar slegs ingelig dat ene dr K in sy plek sal instaan tydens sy weeklange verlof.

Vir bykans 2 maande het me Chalk geen komplikasies ondervind nie. Met 'n besoek aan haar huisdokter is vasgestel dat sy 14,5 weke swanger was. Sy het vir dr Fassler besoek wat die swangerskap bevestig het. Hierop is 'n konsultasie met dr K gereël wat bevestig het dat dit heeltemal te gevaarlik was om die "D and C" aborsiemetode uit te voer¹⁶⁴ en na bespreking is besluit om die swangerskap die hele duur te laat voltooi. By 'n latere geleentheid het sy dr Fassler besoek vir 'n skandering waarop hy haar meegedeel het dat hy haar sal bystaan met 'n eis teen haar versekeraars. Hierna is 'n gesonde normale baba gebore.

Dr Fassler se weergawe was soos volg:

Met 'n eerste konsultasie was me Chalk reeds verward, dog baie entoesiasies om die baba te hê en dat die baba nie sou inbreuk maak op haar werk nie. Vyf dae na die konsultasie het me Chalk weer opgedaag en 'n aborsie versoek. Die aborsie-operasie was volgens dr Fassler 'n eenvoudige prosedure. Hoewel dr Fassler nie kon onthou of hy me Chalk meegedeel het om hom daarna te kom sien nie, het hy getuig dat dit staande praktyk was om die pasiënt na chirurgiese prosedure te spreek. Dr Fassler het ook toegegee dat 'n opvolgkonsultasie baie belangrik was om vas te stel of die swangerskap beëindig is en indien onsuksesvol, dat dit eenvoudig was om dieselfde "D and C" aborsiemetode weer te gebruik. Dr Fassler het na twee afsprake in die

¹⁶⁴ "Dilation and curettage".

afspraakboek verwys wat me Chalk nie nagekom het nie. Dit is deur me Chalk ontken.

Dr Fassler het voorts getuig dat met sy terugkeer van verlof me Chalk hom getelefoneer en ingelig het oor 'n bloeding en naarheid wat ontstaan het, waarop hy 'n skandering voorgestel het wat sy nie laat doen het nie. Dr Fassler is daarna deur haar algemene praktisyn ingelig dat me Chalk 14 – 14,5 weke swanger was.

2.4.2 Eise¹⁶⁵

Me Chalk het skadevergoeding soos volg geëis:

Eis nommer een: Verlies aan verdienste vanweë die feit dat sy moes omsien na die kind.

Eis nommer twee: Koste aan onderhoud vir die kind totdat laasgenoemde meerderjarig word.

2.4.3 Verwere¹⁶⁶

Dr Fassler daarenteen het aangevoer dat dit 'n uitdruklike bepaling in die ooreenkoms met me Chalk was dat die chirurgiese prosedure nie noodwendig sal resulteer in die beëindiging van haar swangerskap nie. Sou die swangerskap nie beëindig word nie, moes me Chalk terugkeer na dr Fassler vir verdere konsultasie en ondersoek, met die oog op verdere mediese stappe om die swangerskap te beëindig.

Dr Fassler het voorts aangevoer dat hy nie versuim het om die aborsie behoorlik uit te voer nie. Kort na dié gebeure het me Chalk dr Fassler geskakel en gesê dat sy steeds naar was. Dr Fassler het aangevoer dat hy me Chalk meegedeel het dat die moontlikheid bestaan dat sy swanger mag

¹⁶⁵ *Chalk v Fassler* ongerapporteerde saak (in die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling) soos bespreek in Strauss 1995 *SAPM* 12-13 16.

¹⁶⁶ *Chalk v Fassler* ongerapporteerde saak (in die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling) soos bespreek in Strauss 1995 *SAPM* 12-13 16.

wees en dat sy hom moet kom spreek vir verdere toetse om haar presiese toestand vas te stel. Volgens dr Fassler het me Chalk verkies om met die swangerskap voort te gaan en het sy dié keuse uitgeoefen op 'n stadium toe dit medies en regtens nog moontlik was om die swangerskap te beëindig.

2.4.4 Uitspraak¹⁶⁷

Waarnemende regter Levy het bevind dat dr Fassler 'n eerlike getuie was en dat me Chalk oneerlik was in haar weergawe van die konsultasies met die geneesheer, dr Fassler en dr K. Me Chalk het valslik ontken dat sy dr K vertel het dat sy die baba wou hou en dr K se bystand verlang om die familiedruk rakende 'n aborsie teen te staan. Hoewel me Chalk se vader in die hof teenwoordig was, is hy nooit as getuie geroep nie, 'n toedrag van sake wat 'n afleiding regverdig dat sy getuienis heelwaarskynlik nie die eiseres se weergawe sou staaf nie.

Me Chalk se versuim om dr Fassler in te lig oor haar swangerskap het hom die geleentheid ontsê om enige verdere aanbevelings te doen of om haar te adviseer oor 'n beskikbare remedie. Sy het geweier om verdere behandeling van dr Fassler te ontvang. Me Chalk se eis is van die hand gewys.

Strauss lig twee aspekte van die Chalk-Fassler-uitspraak uit, waarvan die tweede aspek van belang is vir doeleindes van dié studie:¹⁶⁸

Die tweede vraag was of 'n onderneming om 'n aborsie uit te voer *per se* beteken dat dit 'n klousule van 'n kontrak tussen geneesheer en pasiënt uitmaak en waarborg dat die aborsie onomwonde suksesvol sal wees en dat die geneesheer aanspreeklik sal wees vir skadevergoeding op grond van kontrakbreuk vir 'n onsuksesvolle aborsie.¹⁶⁹ Die regter het gesê dat die risiko van mislukking verbonde aan so 'n tipe operasie so afdoende is dat 'n chirurg

¹⁶⁷ *Chalk v Fassler* ongerapporteerde saak (in die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling) soos bespreek in Strauss 1995 *SAPM* 12-13 16.

¹⁶⁸ Strauss 1995 *SAPM* 12-13 16 13.

¹⁶⁹ Die swangerskap is nie beëindig nie.

nie 'n waarborg van sukses sal gee nie. In reaksie op me Chalk se regsverteenvoer wat die analoog met 'n kontrak tussen 'n motoreienaar en 'n werktuigkundige getrek het, sê die regter:

There is no room for comparison of treatment of the human body with repairs to a motor car or similar object, and the known risk of failure would be sufficient to deter a surgeon from making such a guarantee.¹⁷⁰

'n Deskundige getuie het dit onomwonde gestel dat selfs al lê 'n geneesheer die vereiste graad van sorg en vaardigheid aan die dag, aborsies nogtans by geleenthede faal. Die regter bevind dat daar geen getuienis was wat op dr Fassler se nalatigheid dui nie.¹⁷¹

2.5 *Friedman v Glicksman*¹⁷²

2.5.1 Feite

In *Friedman v Glicksman*¹⁷³ het die eiseres (Friedman) aangevoer dat sy met haar geneesheer (Glicksman), 'n ginekoloog gekonsulteer¹⁷⁴ het ten einde advies in te win oor haar swangerskap en die vraag of daar 'n groter risiko as die normale bestaan dat sy miskien 'n potensieel abnormale en/of gestremde kind kan hê. Dié inligting sou haar in staat stel om 'n ingeligte besluit te kon neem oor moontlike beëindiging¹⁷⁵ van so 'n tipe swangerskap. Dr Glicksman het haar adviseer¹⁷⁶ dat daar nie 'n groter risiko as die normale bestaan het nie en dat dit veilig was om met die swangerskap voort te gaan. Dié advies was foutief en 'n gestremde kind is gebore.

¹⁷⁰ Strauss 1995 *SAPM* 12-13 16 13.

¹⁷¹ Strauss 1995 *SAPM* 12-13 16 13.

¹⁷² 1996 1 SA 1134 (W).

¹⁷³ 1996 1 SA 1134 (W).

¹⁷⁴ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1136G.

¹⁷⁵ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1136G.

¹⁷⁶ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1136J-1137A.

Eiseres het aangevoer dat die geneesheer nalatig¹⁷⁷ opgetree het deur haar met die verkeerde advies te bedien en dat sy nalatigheid 'n verbreking van 'n regsplig was¹⁷⁸ om die nodige sorg aan die dag te lê teenoor sy pasiënt. Sy het ook aangevoer dat daar 'n verbreking van 'n beweerde kontrak is¹⁷⁹ wat tussen haar en die geneesheer bestaan het. Ingevolge die kontrak moes die geneesheer haar adviseer oor die risiko's van abnormaliteit en gestremdheid ten einde haar in staat te stel om 'n ingeligte besluit te neem oor beëindiging of voltooiing van die swangerskap vir haar eie onthalwe en ook om haar ongebore kind se onthalwe.

2.5.2 Eise

Friedman het in haar persoonlike hoedanigheid die volgende geëis:¹⁸⁰

Eis nommer een: Uitgawes vir die onderhoud en grootmaak van die kind.

Eis nommer twee: Alle toekomstige uitgawes vir mediese en hospitaalbehandeling en ander spesiale uitgawes.

Friedman het in haar hoedanigheid as moeder en natuurlike voog ten behoewe van die kind die volgende geëis:¹⁸¹

Eis nommer een: Skadevergoeding;

Eis nommer twee: Toekomstige verlies aan verdienste.

2.5.3 Verwere

Glicksman het eksepieer omdat die besonderhede van vordering geen eisorsaak wat met die Suid-Afrikaanse reg strook, openbaar het nie. Voorts het die verweerder aangevoer dat dit teen die openbare beleid sou wees om sodanige kontrak af te dwing vanweë die feit dat aborsie aangemoedig word

¹⁷⁷ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1137B-C.

¹⁷⁸ "Duty of care" *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1136I-1137C.

¹⁷⁹ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1136H-1137C.

¹⁸⁰ "Action for wrongful birth" *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1137F.

¹⁸¹ "Action for wrongful life" *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1137D.

en reëlreg in stryd is met artikel 9 van die Grondwet¹⁸² wat die reg op lewe onderskryf asook in stryd is met die openbare beleid wat 'n baie hoë premie op lewe plaas en op die proses waardeur lewe bewerkstellig word.

2.5.4 Beslissing

Die eksepsie ten opsigte van eis nommer een is van die hand gewys. Feite soos uiteengesit in die besonderhede van vordering is voldoende om aan die vereistes van die Aquiliese aksie te voldoen. 'n Skuldoorsaak word gevolglik openbaar.¹⁸³

Die eksepsie is wel ten opsigte van eis nommer twee gehandhaaf. Feite deur die eiseres aangevoer ten behoeve van die kind het nie 'n skuldoorsaak kontraktueel of deliktueel openbaar nie.¹⁸⁴

Die hof het beslis¹⁸⁵ dat die kontrak tussen pasiënt en geneesheer nie *contra bonos mores* was nie, maar eerder verstandig, moreel en volgens mediese praktyk regverdigbaar is. Dit was 'n kontrak tussen 'n swanger vrou en haar ginekoloog om abnormaliteite tydens haar swangerskap op te spoor en 'n aborsie aan te beveel indien nodig. In terme van artikel 3(c) van die *Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie*¹⁸⁶ het die eiseres 'n reg om haar swangerskap te termineer as daar 'n risiko bestaan dat haar kind ernstig gestrem gebore sou word.¹⁸⁷

'n Foetus wat eventueel tot volle wasdom kom as 'n ernstige fisies en/of psigiese gestremde persoon hou groot finansiële en emosionele implikasies in vir diegene wat na so 'n persoon moet omsien in onderhoud en welstand.

¹⁸² Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993.

¹⁸³ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1140C.

¹⁸⁴ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1142H/I.

¹⁸⁵ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1138H-J; *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) – 'n "wrongful pregnancy" eis is nie *contra bonos mores* nie.

¹⁸⁶ Wet 2 van 1975 (herroep deur die *Wet op Sterilisasie* 44 van 1998).

¹⁸⁷ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1138E-F.

Die keuse tot aborsie bly egter nog dié van die moeder wat die morele en emosionele druk van so 'n besluit dra.

Regter Goldblatt het aandag aan twee soorte aksies van toepassing in die *Friedman*-saak gegee, naamlik die "action for wrongful birth"¹⁸⁸ en die "action for wrongful life".¹⁸⁹

Wat die aksie vir onregmatige geboorte aanbetref, is die vraag of dié aksie gebaseer word op kontrak of delik deur die hof beantwoord. Die verweerder se argument was dat die eiser nie 'n eisorsaak het nie omdat die kind se gebrekkige toestand nie veroorsaak is deur 'n handeling of versuim van die geneesheer (verweerder) nie, maar 'n kongenitale defek was wat ten tye van geboorte opgedoen is.¹⁹⁰

Hierdie argument is volgens die hof misplaas.¹⁹¹ Die eis is juis baseer op die feit dat as dit nie vir die verweerder se nalatige advies was nie, die eiseres haar swangerskap sou termineer het. Die verweerder is te blameer vir die geboorte van die kind en aanspreeklik vir uitgawes wat die eiseres in dié proses aangegaan het wat andersins nie nodig sou wees nie.¹⁹²

[T]he 'wrong' consists not of the unwanted birth as such, but of the prior breach of contract (or delict) which led to the birth of the child and the consequent financial loss. Put somewhat differently, ... although an unwanted birth as such cannot constitute a 'legal loss' (ie a loss recognised by law), the burden of a parents' obligation to maintain the child is indeed a legal loss for which damages may be recovered.¹⁹³

¹⁸⁸ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1139A-1140C aksie vir onregmatige geboorte.

¹⁸⁹ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 11340D-1143D aksie vir onregmatige lewe.

¹⁹⁰ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 11340D-1139B.

¹⁹¹ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 11340D-1139C.

¹⁹² *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 11340D-1139C en E.

¹⁹³ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 11340D-1139F.

Regter Goldblatt verwys na die Amerikaanse reg¹⁹⁴ en is die mening toegedaan dat die Amerikaanse regspraak in dié verband goed inpas binne die *Aquilliese* aksie. Die vereistes wat vir dié tipe aksie gestel word is 'n onregmatige handeling wat op 'n nalatige of opsetlike wyse verrig is en vir die eiser skade of nadeel veroorsaak het. 'n Geneesheer tree onregmatig op indien hy versuim om sy pasiënt in te lig of om sy pasiënt korrek in te lig sodat die pasiënt redelikerwys 'n ingeligte keuse kan maak of die swangerskap voltooi moet word of regtens beëindig moet word. Skuld lê opgesluit in die voorsienbaarheid van skade of nadeel, te midde van 'n dokter-pasiëntverhouding. Versuim van die geneesheer om die nodige of korrekte inligting te gee, ontnem die pasiënt die opsie om 'n keuse te maak ten opsigte van die voortsetting van swangerskap waarop 'n wangeskape kind gebore word. Hierdie nadeel is veroorsaak deur die nalatige handeling van die geneesheer.¹⁹⁵

Die hof staan die eiseres se eise, naamlik uitgawes vir die onderhoud en grootmaak van die kind en alle toekomstige uitgawes vir mediese en hospitaalbehandeling asook spesiale uitgawes in haar persoonlike hoedanigheid, toe.¹⁹⁶

Wat betref die tweede tipe aksie waarna die hof ondersoek instel, naamlik die "action for wrongful life", is dit 'n aksie waarmee die eiseres in haar hoedanigheid as moeder en natuurlike voog ten behoeve van die kind skadevergoeding en toekomstige verlies aan verdienste geëis het.

Wat die eis namens die wangeskape kind aanbetref, het die verweerder soos volg verweer:¹⁹⁷

¹⁹⁴ *Berman v Allan* 404 A 2d 8 (1979); *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1139G-1140A.

¹⁹⁵ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1140B.

¹⁹⁶ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1140C.

¹⁹⁷ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1140D-F.

- Die kind was nie 'n party tot die kontrak wat na bewering verbreek is nie en kan gevolglik nie geraak word deur die kontrakbreuk nie.
- Die verweerder het nie 'n sorgsaamheidsplig teenoor die kind wat tot die terminering van sy of haar bestaan moes lei nie.
- Die verweerder het nie onregmatig teenoor die kind opgetree nie.
- Daar bestaan geen regsbasis in Suid-Afrika vir die skadevergoeding wat namens die kind geëis word nie. Die hof is nie in staat om die waarde van nie-bestaan en die waarde van 'n gebrekkige bestaan met mekaar te vergelyk nie.
- Die aksie is *contra bonos mores* en teen openbare beleid.

Indien 'n geneesheer versuim om 'n swanger pasiënt in te lig dat daar 'n groter risiko as die normale is dat sy 'n gestremde of abnormale kind kan hê, of indien 'n geneesheer 'n swanger vrou foutiewelik inlig dat daar nie 'n groter risiko bestaan nie en die vrou het die inligting redelikerwys nodig om 'n ingeligte besluit te neem om die swangerskap te beëindig of nie, is 'n geneesheer deliktueel aanspreeklik vir skade of nadeel wat 'n vrou gely het deur geboorte te skenk aan 'n abnormale of gestremde kind. Die skuld-element is gesetel in die voorsienbaarheid van skade of nadeel deur die geneesheer¹⁹⁸ te midde van die geneesheer-pasiëntverhouding.

'n Vrou kan nie in haar hoedanigheid as moeder en natuurlike voog (van 'n abnormale of gestremde kind) skadevergoeding en verlies aan toekomstige verdienste van die geneesheer eis nie.¹⁹⁹ Kontraktueel kan sy nie eis nie omrede die kind se regspersoonlikheid eers ontstaan by geboorte en daar kan nie ten bate van 'n nie-bestaande persoon geëis word nie. Voorts kan die ooreenkoms ook nie 'n ooreenkoms ten behoeve van 'n derde gewees het nie omdat 'n derde alleen die voordeel wat *in casu* 'n aborsie sou wees, kan aanvaar.

¹⁹⁸ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1139I-1140C.

¹⁹⁹ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1140F-H 1142D-H I.

Wat die deliktuele eise aanbetref, het die regter na Amerikaanse en Engelse regspraak in dié verband verwys²⁰⁰ en tot die gevolgtrekking gekom dat in die "action for wrongful life" daar nie 'n eisoorzaak bestaan nie.²⁰¹ Die deur word volgens die regter oop gelos²⁰² vir 'n wangeskape kind om byvoorbeeld sy ouers te dagvaar vir die feit dat hy gebore is en sy ouers wel geweet het wat die risiko's van hulle besluit inhou en dat die berekening van skadevergoeding²⁰³ in stryd is met die deliktuele beginsels. Hoewel die verweerder nie aanspreeklik was vir die kind se gebreke nie, word hy tog aanspreeklik gehou om die skadevergoeding vir die gebreke te vergoed. Die enigste maatreël wat gebruik kan word om skadevergoeding te bepaal is die verskil in waarde tussen 'n toestand van nie-bestaan en 'n toestand van

²⁰⁰ *Speck v Finegold* 268 Super 342 (Pa 1979) 408 A 2d 496 508 [F]; *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1141E-1142A 1141E-I "... we find regardless of whether her claim is based on 'wrongful life' or otherwise, there is a failure to state a legally cognizable cause of action even though, admittedly, the defendants' actions of negligence were the proximate cause of her defective birth. Her claims to be whole have two fatal weaknesses. First, in appellate judicial pronouncements that hold a child has no fundamental right to be born as a whole, functional human being. Whether it is better to have never been born at all rather than to have been born with serious mental defects is a mystery more properly left to the philosophers and theologians, a mystery which would lead us into the realm of metaphysics, beyond the realm of our understanding or ability to solve. The law cannot assert a knowledge which can resolve this inscrutable and enigmatic issue. Second, it is not a matter of taking into consideration the various and convoluted degrees of the imperfection of life. It is rather the improbability of placing the child in a position she would have occupied if the defendants had not been negligent when to do so would make her non-existent. The remedy afforded an injured party in negligence is intended to place the injured party in the position he would have occupied but for the negligence of the defendant. Thus, a cause of action brought on behalf of an infant seeking recovery for a 'wrongful life' on grounds she should not have been born demands calculation of damages dependent on a comparison between Hobson's choice of life in an impaired state and non-existence. This the law is incapable of doing." In *Phillips v United States* 508 F Supp 537 (DSC 1981) – is die eis van die hand gewys want volgens gemeenskapsopvatting is lewe, met of sonder enstige fisiese gebreke, meer waardevol as geen lewe nie. *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1139I-1142B-C; *Curlender v Bio-Science Laboratories* 106 Cal App 3d 811 165 Cal Rptr 477 (1980) – die eis is toegestaan vir skadevergoeding op die basis dat elke nadeel remedieer moet word. Regter Goldblatt meen so 'n standpunt is onlogies en strydig met regsbeginne aangesien dit die belangrikste vraag of 'n onregmatige daad ("wrong") gepleeg is, ignoreer. *McKay and Another v Essex Area Health Authority and Another* [1982] 2 All ER 770 (CA) – geen eisoorzaak het bestaan nie.

²⁰¹ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1142H.

²⁰² *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1139I-1142J-1143A.

²⁰³ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1139I-1143B-C.

gebreklike bestaan. In geen regstelsel bestaan 'n kriteria om die verskil te bepaal of enigsins vas te stel of skade opgeloop het nie.²⁰⁴

Deliktueel²⁰⁵ kan daar ook nie 'n eis wees nie omdat die geneesheer geen plig teenoor die kind het om sy of haar moeder die geleentheid te gee om die swangerskap te beëindig nie.²⁰⁶ Deliktueel is so 'n eis onbestaanbaar vanweë die feit dat dit onmoontlik is om skadevergoeding te bereken, synde die verskil tussen 'n gestremde lewe en geen lewe.²⁰⁷

2.6 Mukheiber v Raath²⁰⁸

2.6.1 Inleiding

Die *Mukheiber*-saak was die eerste gerapporteerde saak in die Suid-Afrikaanse reg wat erkenning verleen het aan 'n deliktuele eis gebaseer op onregmatige konsepsie en daaropvolgende geboorte van 'n kind weens nalatige wanvoorstelling deur 'n geneesheer.²⁰⁹

Die hof fouteer deur 'n te eng omskrywing van die "action for wrongful conception" te gee en daarna te verwys as "an action for damages brought by the parents of a normal, healthy child born as a result of a failed sterilisation or abortion performed by a medical doctor"²¹⁰ en fouteer verder met "(t)he

²⁰⁴ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1139I-1141D. Die regsverteenvoerder vir die eiser het aangevoer dat die skadevergoeding bereken moet word volgens die maatstaf watter bedrag benodig word om die kind in sy wanskapenheid te laat leef en nie die verskil tussen bestaan in sodanige toestand en nie-bestaan nie. Myns insiens het die regsverteenvoerder die onderskeie aksies verwar en moes hy dié tipe berekening met die "action for wrongful birth" gedoen het.

²⁰⁵ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1140H.

²⁰⁶ Daar mag so 'n plig teenoor die moeder wees maar nie teenoor die kind nie. *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1142E-F; *McKay and Another v Essex Area Health Authority and Another* [1982] 1 All ER 770 (CA) 781e.

²⁰⁷ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1142F-G. *McKay and Another v Essex Area Health Authority and Another* [1982] 1 All ER 770 (CA) 787: "The undiscover'd country from whose bourn No traveller returns".

²⁰⁸ 1999 3 SA 1065 (HHA).

²⁰⁹ Neethling en Potgieter 2000 *THRHR* 162-168 162.

²¹⁰ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1068F.

appeal before us is a novel one. It does not fit neatly into the scheme described above".²¹¹ Indien die hof wel met 'n eng omskrywing wou volstaan, sou dit beter gewees het om die aksie vir onregmatige konsepsie (mislukte sterilisasie) en die aksie vir onregmatige swangerskap (mislukte aborsie) te onderskei. Die aksie kan egter ook ingestel word waar daar hoegenaamd nie 'n sterilisasie of aborsie uitgevoer is nie byvoorbeeld waar die vervaardiger 'n defektiewe kontraseptiewe middel vervaardig of waar die apteker 'n verkeerde middel resepteer en dit nie die uitwerking van 'n kontraseptiewe middel het nie.

Neethling²¹² fouteer deur aan te dui dat die aksie *in casu* te onderskei is van die *Edouard*-saak²¹³ omdat laasgenoemde 'n "action for wrongful conception" behels het,²¹⁴ 'n aksie om skadevergoeding deur die ouers van 'n normale kind wie se geboorte die gevolg van 'n mislukte sterilisasie deur 'n geneesheer was. In die *Edouard*-saak het die geneesheer (net soos in die *Mukheiber*-saak) ook versuim om 'n sterilisasie hoegenaamd uit te voer. Die enigste onderskeid myns insiens was die basis van die eis, naamlik in die *Edouard*-saak is die eis kontraktueel gebaseer en in die *Mukheiber*-saak is die eis deliktueel gebaseer.²¹⁵

2.6.2 Feite

In *Mukheiber v Raath and Another*²¹⁶ het die twee respondente, mnr en me Raath, gesteun op nalatige wanvoorstelling deur die appellant, dr Mukheiber ('n ginekoloog) wie voorgegee het dat 'n sterilisasie²¹⁷ op me Raath gedoen is,

²¹¹ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1065H. De Waal M fouteer ook in dié verband. Sien De Waal M "Hofbeslissings – Deliktereg 1999 *De Rebus* 58 60.

²¹² 2000 *THRHR* 162-168 162.

²¹³ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D).

²¹⁴ Die hof het by geleentehede foutiewelik verwys na "action for wrongful birth" en verwys na gesag in dié verband hoewel die kind gesond en normaal gebore is en by ander geleentehede is na "action for unwanted pregnancy" verwys.

²¹⁵ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1068G.

²¹⁶ 1999 3 SA 1065 (HHA).

²¹⁷ 'n Sterilisasie is nooit uitgevoer nie.

waarop die egpaar Raath nie verdere kontraseptiewe middels gebruik het nie en 'n ongewenste, onbeplande, maar gesonde kind gebore is.

Die respondente het vergoeding van die appellant onder twee hoofde geëis:

Eis nommer een: Suiwer ekonomiese verlies naamlik koste van die bevalling van die vrou.

Eis nommer twee: Onderhoudskoste vir die kind totdat die kind selfonderhoudend word.²¹⁸

Die Kaapse Hooggeregshof het op die feite beslis dat die Raaths (eisers in die saak) nie kon bewys dat die verweerder (dr Mukheiber) die beweerde wanvoorstelling gedoen het nie.²¹⁹ Absolusie van die instansie is beveel. Op appèl verkry die Raaths 'n volbankbeslissing in die Kaapse Hooggeregshof.²²⁰ Dr Mukheiber het met spesiale verlof tot appèl hom op die Hoogste Hof van Appèl beroep.

²¹⁸ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1068I.

²¹⁹ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1068J-1069A. Me Raath het tydens haar derde swangerskap aan dr Mukheiber 'n sterilisasie genoem. Geen finale besluit is in dié verband geneem nie aangesien me Raath 'n noodkeisersnee moes ondergaan. 'n Paar dae na die keisersnee tydens die uithaal van die steke het die egpaar Raath dr Mukheiber besoek. Dr Mukheiber het die egpaar meegedeel dat 'n sterilisasie tydens die keisersnee op me Raath gedoen is en dat sy nou 'n "sports model" is. Verdere gebruik van kontraseptiewe middels was onnodig. Dr Mukheiber het in die algemeen aanspreeklikheid ontken en ook in die besonder dat hy ooit gesê het dat me Raath gesteriliseer is. *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1070E-1073E.

²²⁰ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1069A-B. Dr Mukheiber was volgens dié beslissing wel aanspreeklik teenoor die Raaths. Die saak is na die verhoorhof terug verwys vir kwantifisering van 'n skadevergoedingsbedrag.

2.6.3 Uitspraak

(a) Nalatige wanvoorstelling met suiwer ekonomiese verlies – *Aquiliese aanspreeklikheid*

Die eis *in casu* vir nalatige wanvoorstelling²²¹ wat suiwer ekonomiese verlies veroorsaak het,²²² is gebaseer op 'n delik. Hierdie tipe eis is een van die uitgebreide gevalle onder die *actio legis Aquiliae*.²²³

Die hof van appèl dui die volgende vereistes aan vir Aquiliese aanspreeklikheid:²²⁴

- (i) die verweerder het 'n wanvoorstelling aan die eiser gemaak (*commissio* of *omissio*);
- (ii) deur die wanvoorstelling te maak het die verweerder onregmatig opgetree;
- (iii) die verweerder het nalatig opgetree;
- (iv) die eiser het verlies daardeur gely;
- (v) die skade is deur die wanvoorstelling veroorsaak;
- (vi) die skadevergoeding wat geëis word skadevergoeding vir sodanige verlies is.

²²¹ 'n Valse voorstelling deur die geneesheer aan die egpaar Raath gemaak dat hy me Raath gesteriliseer het hoewel dit nie die geval was nie. Op sterkte van dié wanvoorstelling het die egpaar versuim om enige kontraseptiewe middels te gebruik.

²²² "Negligent misrepresentation which causes pure economic loss".

²²³ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1069C-E; *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A) 831B-833C; *Siman and Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A) 904D-G; *Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers (SA) (Pty) Ltd* 1985 1 SA 475 (A) 498D-E; *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* 1991 4 SA 559 (A) 568B-D.

²²⁴ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1069G-I.

Die hof van appèl het voorts ook gewaarsku teen die altyd teenwoordigende gevaar van oewerlose aanspreeklikheid in dié tipe sake van nalatige wanvoorstelling:

... particularly where a medical practitioner runs the risk of having in effect to maintain the child of his patient without having any real control over the vicissitudes that attend the child's upbringing.²²⁵

(b) Delikselemente

Die hof van appèl gee voorts noukeurige aandag aan die delikselemente, vereistes vir Aquiliese aanspreeklikheid en openbare beleid:

In order to keep the cause of action within reasonable bounds, each and every element of the delict should be properly tested and applied. This includes, according to Corbett CJ in *Bayer* at 568D,

... the duty of the Court (a) to decide whether on the particular facts of the case there rested on the defendant a legal duty not to make a misstatement to the plaintiff (or, to put it the other way, whether the making of the statement was in breach of this duty and, therefore, unlawful) and whether the defendant in the light of all the circumstances exercised reasonable care to ascertain the correctness of his statement; and (b) to give proper attention to the nature of the misstatement and the interpretation thereof, and to the question of causation.²²⁶

(i) Handeling²²⁷

Die hof van appèl het beslis na deeglike oorweging van die feite van die saak²²⁸ dat op 'n oorwig van waarskynlikheid daar bewys is dat die appellant die beweerde valse wanvoorstelling gemaak het.²²⁹

²²⁵ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1069J-1070A.

²²⁶ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1070B.

²²⁷ *Commissio* (doen) of *omissio* (late); sinoniem optrede.

²²⁸ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1070E-1073E.

²²⁹ *Mukheiber v Raath* 1999 2 SA 1065 (HHA) 1075A/B-C.

(ii) Onregmatigheid

Naas die handelingselement, is die element van onregmatigheid onder die soeklig geplaas. Deliktuele aanspreeklikheid lê nie in die handeling op sigself nie, maar in die gevolge wat intree op die handeling.²³⁰ Onregmatigheid lê in die verbreking of aantasting van die regte van die benadeelde as gevolg van dié handeling of die verbreking of nie-uitvoering van 'n regsplig. Die vraag na die aantasting van 'n persoon se regte of die verbreking van 'n regsplig, hang af van 'n aantal oorwegings, waaronder die openbare beleid.²³¹ Die hof neem die volgende oorwegings wat op 'n regsplig mag dui in ag,²³² naamlik die besondere verhouding tussen die partye wat die verpligting vir die geneesheer inhou om met die nodige omsigtigheid en noukeurigheid teenoor die pasiënt op te tree; die pasiënt wat nou peil trek op wat 'n geneesheer hom of haar meegedeel het²³³ en medies-tegniese vaardigheid wat die professionele persoon bo die leek het.

Die deurslaggewende aspek bly die vraag of daar oorwegings van openbare beleid bestaan wat die Raaths 'n eis sou ontsê.²³⁴

²³⁰ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1075D-E. "Common to all approaches is the fundamental principle that tortious liability is founded not upon the *act* performed by the defendant, but upon the *consequences* of that act (Viscount Simonds in *Overseas Tankship (UK) Ltd v Morts Dock and Engineering Co Ltd* [1961] 1 All ER 404 (PC) (*Wagon Mound No 1*) at 415A: 'But there can be no liability until the damage has been done. It is not the *act* but the *consequences* on which tortious liability is founded. Just as (as it has been said) that there is no such thing as negligence in the air, so there is no such thing as liability in the air'."

²³¹ *Mukheiber v Raath* 1999 2 SA 1065 (HHA) 1075C-D, F-G; *Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie v O'Malley* 1977 3 SA 394 (A) 403A; *Schulz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 679A-F; *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 1 SA 102 (A) 121G-122F; *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 596G-597H.

²³² "Legal duty" Die regsplig wat hier op die geneesheer gerus het, lê in die neem van redelike stappe om te verseker dat die voorstelling wel korrek is. *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1076D-I.

²³³ Korrektheid is van kardinale belang.

²³⁴ Die vraag is onder kousaliteit deur die hof behandel. *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1077C 1079C-F.

(iii) Skuld - nalatigheid

Wat die nalatigheidselement aanbetref, pas die hof die klassieke nalatigheidstoets toe soos aangetref in *Kruger v Coetzee*.²³⁵ Die standaard optrede wat van elke lid van die gemeenskap verwag word, is dié van die *bonus paterfamilias*, die redelike man of vrou in die posisie van die verweerder. 'n Handeling wat te kort skiet aan hierdie standaard en skade of nadeel veroorsaak, is nalatig.

Die hof het die nalatigheidstoets gemodifiseer deur tred te hou met die ontwikkelinge sedert 1966 toe die *Kruger*-saak beslis is.²³⁶ In geval van 'n spesialis soos byvoorbeeld 'n chirurg, of 'n ginekoloog is die standaard van sorg en vaardigheid groter as dié van die gewone redelike man en moet die optrede van 'n spesialis beoordeel word teen die agtergrond van dié betrokke afdeling van die mediese professie.

Die hof pas die toets toe op die tersaaklike feite en bevind dat dr Mukheiber redelikerwys moes voorsien het dat sy voorstelling skade aan me Raath kon veroorsaak het en hy moes redelike stappe geneem het om dit te verhoed, wat hy versuim het om te doen.²³⁷

²³⁵ 1966 2 SA 428 (A); *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1077E-F: "The test for *culpa* can, in the light of the development of our law since *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) be stated as follows (see Boberg *The Law of Delict* at 390):

For the purposes of liability *culpa* arises if –

- (a) a reasonable person in the position of the defendant -
 - (i) would have foreseen harm of the general kind that actually occurred;
 - (ii) would have foreseen the general kind of causal sequence by which that harm occurred;
 - (iii) would have taken steps to guard against it, and
- (b) the defendant failed to take those steps."

²³⁶ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1077G; *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438 444.

²³⁷ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1077H-I.

(iv) Kousaliteit

Wat die kousaliteitselement²³⁸ betref, word die onderskeid bevestig tussen feitelike kousaliteit²³⁹ en juridiese kousaliteit.²⁴⁰

Indien feitelike kousaliteit vasgestel is, ontstaan die vraag na die beperking van die verweerder se aanspreeklikheid vir die feitelike gevolge van sy handeling. Daar word twee gedagteskole tipeer in dié verband. Volgens die relatiewe benadering²⁴¹ word wederregtelikheid volgens die kriterium objektiewe redelikheid *ex post facto* toegepas ten opsigte van die werklike nadeel en die wyse waarop dit ingetree het en aanspreeklikheid tree slegs in waar die verweerder in die spesifieke omstandighede bedoel het of nadeel redelikerwys moes voorsien en voorkom het.²⁴² Volgens die ander skool van juridiese kousaliteit²⁴³ tree beperking van aanspreeklikheid in deur 'n verdere aanspreeklikheidsvereiste te postuleer, naamlik dat die eiser se skade nie "too remote" moet wees nie.²⁴⁴

Hoewel feitelike kousaliteit nie in dispuut was nie, was die hof nogtans die mening toegedaan om wel ondersoek in te stel na die appellant se wanvoorstelling. As dit nie vir die wanvoorstelling was nie, sou die respondente wel voorsorg tot voorbehoeding geneem het en sou 'n kind waarskynlik nie gebore gewees het nie. Wat wel 'n dispuut was, is tot watter mate die openbare beleid die aanspreeklikheid van die appellant uitsluit of

²³⁸ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1077I-1079F.

²³⁹ "Factual causation" *conditio sine qua non*-toets word toegepas. Dit word ook genoem die "but for"-toets. *Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 34F-35G.

²⁴⁰ "Legal causation".

²⁴¹ "Relative approach".

²⁴² *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1078A-E.

²⁴³ "Legal causation".

²⁴⁴ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1078F-G 1079A-B; *Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 34F-35G; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 702; *Smit v Abrahams* 1994 4 SA 1 (A) 14A; *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 764I; *Groenewald v Groenewald* 1998 2 SA 1106 (A) 1113C-J.

beperk.²⁴⁵ Die hof het gewaarsku teen die gevaar van grenslose aanspreeklikheid.²⁴⁶ Openbare beleid speel 'n groot beslissende rol in die beperking van aanspreeklikheid.²⁴⁷

Die hof het die riglyne wat neergelê is in *Administrator, Natal v Edouard*²⁴⁸ nagevolg ten opsigte van die openbare beleid. Openbare beleid het nie in die weg gestaan van die eis in die *Edouard*-saak nie en ook nie *in casu* nie. Die Suid-Afrikaanse howe het beurtelings van beide kousaliteitstoetse gebruik gemaak. Vanweë die feit dat die openbare beleid in beide skole 'n deurslaggewende rol speel, verskil die toetse nie substansieel nie, word dieselfde resultaat bereik²⁴⁹ en blyk dit dat die howe 'n soepeler benadering volg.

Daar het volgens die appèlhof geen rede bestaan vir die beperking van aanspreeklikheid uitsluitlik vir die kategorie paartjies wat betrokke is, of waar die eggenoot sy toestemming gegee het of nadat die versoek deur die egpaar tot sterilisasie om sosio-ekonomiese redes gemaak is soos *in casu* nie.²⁵⁰

Daar word nie 'n te swaar las *in casu* op die dokter geplaas nie want wat van hom verwag word is om nie nalatig op te tree nie, byvoorbeeld deur ongeërgde wanvoorstellings te pleeg nie.²⁵¹

²⁴⁵ *Mukheiber v Raath* 1999 2 SA 1065 (HHA) 1079D-E.

²⁴⁶ *Mukheiber v Raath* 1999 2 SA 1065 (HHA) 1070C-C/D.

²⁴⁷ *Mukheiber v Raath* 1999 2 SA 1065 (HHA) 1078H-1079D.

²⁴⁸ 1989 2 SA 368 (D) 589F-G. Ten opsigte van beleidsoorwegings het die *Edouard*-saak die meerderheid van beleidsoorwegings in hierdie tipe sake tot twee beleidsoorwegings afgeskaal, naamlik die geboorte van 'n gesonde normale kind is geen nadeel vir sy ouers nie en voordele verbonde aan ouerskap weeg baie swaarder as die finansiële nadeel verbonde aan onderhoudskoste. Dieselfde beleidsoorwegings wat in die *Edouard*-saak gegeld het, is ook van toepassing in die *Mukheiber*-saak. *Mukheiber v Raath* 1999 2 SA 1065 (HHA) 1080D-G.

²⁴⁹ *Mukheiber v Raath* 1999 2 SA 1065 (HHA) 1078H-1079D. Dit is geen verweer vir dr Mukheiber om aan te voer dat dit *contra bonos mores* is vir die Raaths om nie meer kinders om sosio-ekonomiese en ander gesinsredes te wil hê nie. In die *Edouard*-saak was die aspek van sterilisasie beperk tot sosio-ekonomiese redes. Sien hieroor die kritiek in die Slot.

²⁵⁰ *Mukheiber v Raath* 1999 2 SA 1065 (HHA) 1081C-E.

²⁵¹ *Mukheiber v Raath* 1999 2 SA 1065 (HHA) 1081G. Volgens die hof kan dokter homself in die kontrak van aanspreeklikheid vrywaar. Dit is nie onmoontlik of *contra*

Openbare beleid het ook nie *in casu* die eis verhoed nie. Die hof van appèl bevestig die uitspraak van die Kaapse Provinsiale Afdeling (volbank) in *Raath and Another v Mukheiber*.²⁵² Die oorwegings van openbare beleid²⁵³ beperk nie die aanspreeklikheid van die appellant vir skadevergoeding aan die respondente vir die bevallingskoste en onderhoudskoste nie. Dit is koste wat redelikerwys voorsienbaar was. Die appellant se aanspreeklikheid vir die onderhoudskoste word beperk tot dié onderhoudskoste wat in die ouers setel ooreenkomstig hulle middele en stand en verstryk sodra die kind hom- of haarself redelikerwys kan onderhou.²⁵⁴

2.6.4 Kritiek

Neethling en Potgieter²⁵⁵ kritiseer die *Mukheiber*-uitspraak met spesifieke verwysing na die hantering deur regter Olivier van die elemente onregmatigheid, nalatigheid en juridiese kousaliteit, hoewel toegegee word dat die *Mukheiber*-saak die grense van aanspreeklikheid weens nalatige wanvoorstelling uitbrei om ook die besondere geval van konsepisie as gevolg van nalatige wanvoorstelling deur 'n geneesheer te omvat.

Die hof fouteer volgens gemelde skrywers deur eers nalatigheid te bevind voordat onregmatigheid vasstaan. Regter Olivier het die onregmatigheidskwessie uitgestel om eers aan die beleidsoorwegings aandag te gee. Dié werkswyse strook nie met wat die einste regter Olivier neergelê het in *Administrateur, Transvaal v Van der Merwe* nie.²⁵⁶

bonos mores om uit deliktuele aanspreeklikheid te kontrakteer nie. Sien egter die kritiek in Hoofstuk 1.

²⁵² *Mukheiber v Raath* 1999 2 SA 1065 (HHA) 1067D. Die saak word na die verhoorhof vir kwantifisering terug verwys.

²⁵³ *Mukheiber v Raath* 1999 2 SA 1065 (HHA) 1080C/D-G/H.

²⁵⁴ *Mukheiber v Raath* 1999 2 SA 1065 (HHA) 1081H-J.

²⁵⁵ 2000 *THRHR* 162-168 164.

²⁵⁶ 1994 4 SA 347 (A) 364; Neethling en Potgieter 2000 *THRHR* 164-165.

'n Bevinding dat appellant se late nie onregmatig was, bring mee dat daar geen sprake van nalatigheid kan wees nie. Nie alleen is dit dus ondoenlik om oor moontlike nalatigheid aan die kant van appellant te spekuleer nie, maar dit is trouens juridies onmoontlik. Die nalatigheidsvraag kan naamlik slegs beantwoord word as presies vasstaan welke regsplig op 'n verweerder gerus het en dat *daardie* regsplig verbreek is.

Tweedens fouteer die regter volgens Neethling om openbare beleid as toets vir die verweerder se aanspreeklikheid te gebruik sonder om aan te dui of dit oor juridiese kousaliteit of onregmatigheid gaan. Skrywers haal verskeie gesag aan waarin juridiese kousaliteit as selfstandige delikselement beter is en dui daarop dat die *Mukheiber*-saak terugval op die ou 1984-Bobergstandpunt waarin juridiese kousaliteit goedsmoeds ten gunste van die relatiewe benadering laat vaar word.²⁵⁷

Neethling en Potgieter se kritiek is egter een honderd persent in die kol:²⁵⁸

By juridiese kousaliteit gaan dit om die vraag vir welke van die skadelike gevolge wat feitelik deur 'n dader se onregmatige, skuldige handeling veroorsaak is, hy aanspreeklik gehou moet word; met ander woorde, watter gevolge hom toegerekend moet word. Die vraag na die aanspreeklikheid vir 'n verwyderde gevolg ("remote consequence") is 'n heeltemal ander vraag as die vraag of die dader se optrede volgens die regsopvatting van die gemeenskap onredelik en daarom ongeoorloof was (die onregmatigheidsvraag) en die vraag of die dader regtens verwyt moet word omdat benadeling met so 'n graad van waarskynlikheid voorsienbaar was dat die redelike man stappe sou gedoen het om die benadeling te vermy (die nalatigheidsvraag).

En verder

Dit is klaarblyklik nie sinvol om die redelike voorsien- en voorkombaarheids-toets vir nalatigheid by die vraag na die toerekenbaarheid van verwyderde gevolge toe te pas nie. Dit is trouens onlogies om, nadat bevind is dat 'n dader nalatig opgetree het (omdat hy in die lig van redelik voorsienbare gevolge anders moes opgetree het), met verwysing na *verdere* gevolge weer

²⁵⁷ Neethling en Potgieter 2000 *THRHR* 165; *Mukheiber v Raath* 1999 2 SA 1065 (HHA) 1079E-1082A.

²⁵⁸ 2000 *THRHR* 166.

te vra of die dader anders moes opgetree het. Daar is immers reeds besluit dat hy anders moes opgetree het.

Die skrywers dui ook op ander ongelukkighede wat hulle ondervind met die uitspraak soos byvoorbeeld die "but for"-toets vir feitelike kousaliteit wat lomp is en tot sirkelredenasies aanleiding gee en tipeer dit as 'n " 'n *ex post facto*-wyse om 'n voorafbepaalde kousale verband uit te druk".²⁵⁹ Skrywers²⁶⁰ doen aan die hand om op grond van die getuienis te bepaal of die swangerskap en gepaardgaande finansiële verlies, feitelik uit die wanvoorstelling gevolg het.

3 ONGERAPPORTEERDE BESLISSINGS

3.1 *Thomas v Kaaplandse Provinsiale Administrasie*²⁶¹

In 1993 dagvaar mnr Thomas, 'n skoonmaker van beroep, die Administrateur van Kaapland, nadat 'n sterilisasie-operasie in die Grootte Schuur Hospitaal op sy vrou misluk het.

Op 21 Desember 1984 het Eiser en sy vrou mondeling met die hospitaalowerheid ooreengekom dat me Thomas gesteriliseer sou word deur middel van 'n buisafbinding.²⁶² Op 29 Desember 1984 is die operasie uitgevoer deur dr Achmat Davids en bykans vyf jaar daarna op 1 Desember 1989 is 'n dogtertjie vir die egpaar gebore.

²⁵⁹ Neethling en Potgieter 2000 *THRHR* 168.

²⁶⁰ Neethling en Potgieter 2000 *THRHR* 168.

²⁶¹ Ongerapporteerde beslissing Hooggeregshofverslaggewer "Man eis oor vrou weer lewe skenk". *Die Burger* 17 Februarie 1993 8. Die finale uitspraak kon ongelukkig nie bekom word nie.

²⁶² 'n Filschie-klem is gebruik in die buisafbinding. Dit is 'n klem wat ontwerp is om die Fallopiusbuis van nie-verwagte vroue plat te druk. 'n Deskundige dr Craig het in die saak getuig dat die tegniek minder effektief en suksesvol is na 'n keisersnee aangesien 'n verwagte vrou se Fallopiusbuis heelwat groter is as 'n nie-verwagte vrou s'n en die buise in so 'n situasie nie bevredigend afgesluit kan word nie. Die kort tyd wat die sterilisasie in beslag geneem het, kan volgens dr Craig dalk dui op gebrek aan die nodige sorg. Voorts het dr Craig die geneesheer wat die sterilisasie uitgevoer het, gekritiseer vanweë sy versuim om 'n aantekening ten tye van die operasie te maak oor die pasiënt, wat 'n hipertensielyer is, se niere.

Die eiser het nalatigheid aan die kant van die verweerder beweer omrede die buisafbinding nie reg gedoen is nie, onvoldoende materiaal gebruik is en daar versuim is om die egpaar in te lig oor die moontlikheid van 'n mislukte operasie en dat die egpaar alternatiewe voorbehoedmiddels moet gebruik.

3.2 *Weldrick v Moller*

In die saak van *Weldrick v Moller*²⁶³ het me Weldrick in die Port Elizabeth Hooggeregshof 'n siviele eis van R500 000 aan skadevergoeding suksesvol ingestel teen dr Moller ('n ginekoloog) na 'n mislukte sterilisasie op haar uitgevoer is en sy swanger geraak het twee maande na die mislukte sterilisasie. Dr Moller het ook met appèl misluk.

3.3 *Van Loggerenberg v Pilcher*²⁶⁴

In 1996 dagvaar Claude van Loggerenberg se ouers hulle huisdokter, Dr Deon Pilcher suksesvol vir R423 471 aan skadevergoeding weens versuim om me Van Loggerenberg te steriliseer waarop Claude ('n vierde kind) gebore is. Dr Pilcher se appèl het ook misluk.

3.4 *Mattheus v Graubard*²⁶⁵

In *Mattheus v Graubard* het 'n Suid-Afrikaner, Mattheus, woonagtig in Kalifornië, R1,7m van dr Graubard ('n geneesheer-ginekoloog van Johannesburg) geëis vir 'n mislukte aborsie (7 Junie 1993) op me Heidi Mattheus ('n Amerikaanse burger) waarna 'n dogtertjie, Petra, gebore is (30 November

²⁶³ Ongerapporteerde beslissing. Hofkorrespondent "Mislukte sterilisasie: vrou wen siviele eis" *Die Volksblad* 13 Augustus 1996 3; "Saak teen PE arts uitgestel tot Julie" 5 Desember 1995 *Die Burger* 5; "PE arts verloor appèl in sterilisasieszaak" *Die Burger* 7 April 1997 3; "Vrou wen eis teen ginekoloog ná swangerskap" *Die Burger* 13 Augustus 1996 3.

²⁶⁴ Ongerapporteerde beslissing Van Heerden D " 'Ongewenste' kind bring ouers duisende in sak" *Rapport* 18 Julie 1997 6.

²⁶⁵ Ongerapporteerde beslissing *Jonker I* "R1,7m geëis van arts nadat aborsie misluk" *Beeld* 15 Mei 1997 5.

1993). Die bedrag vermeld is vir onderhoud van die kind totdat die kind die ouderdom van 18 jaar bereik.

Namens dr Graubard wat die eis teengestaan het in die Pretoria Hooggeregshof, is aangevoer dat aborsie in 1993 'n misdryf ingevolge die ou *Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie*²⁶⁶ was. Voorts is ook aangevoer dat nóg me Mattheus nóg die dogter enige emosionele of fisieke skade opgedoen het.

Waarnemende regter Naser het dr Graubard se beswaar gehandhaaf en Mattheus moes binne 10 *dies induciae* aandui dat hy 'n geldige regsaksie het anders verval sy eis. Dr Graubard het aangevoer dat dit *contra bonos mores* is om op dié wyse vrywaring van 'n onderhoudsplig te wil verkry. Mattheus op sy beurt het aangevoer dat die aborsie om psigiatriese en sosiaal-ekonomiese redes versoek is. Voorts het Mattheus ook aangevoer dat dr Graubard nalatig was om na die sogenaamde aborsie nie me Mattheus te ondersoek nie. Indien die dokter sy pasiënt sou ondersoek het soos hy onderneem het, sou hy op tekens van 'n foetus afgekom het. Dr Graubard het voorts ook onderneem om verdere stappe te doen sou dit aan die lig kom dat die aborsie nie suksesvol was nie. Ook dié onderneming het die dokter nie gestand gedoen nie.

Mattheus het beweer dat dr Graubard se nalatige optrede die Mattheus-egpaar erg finansieel geknou het, aangesien Petra chronies siek is en haar onderhoud jaarliks sowat R90 000 beloop.²⁶⁷

²⁶⁶ Wet 2 van 1975.

²⁶⁷ Ongelukkig kon die uitslag van die saak nie opgespoor word nie. *Beeld* het geen verdere beriggewing daarvoor gehad nie. Dié saak is vermoedelik geskik.

3.5 *Samahie v KwaZulu Natal Provincial Administration*²⁶⁸

Verslaggewing oor dié tipe aksies het die publiek se nuuskierigheid geprikkel, net om weer in die duister gelaat te word oor die uiteindelijke beslissing.²⁶⁹ So 'n beriggewing²⁷⁰ het gehandel oor Rajni Samahie van Stanger wie nie verdere kinders wou hê nie en 'n sterilisasie in 1980 ondergaan het. In 1981 het sy 'n buisswangerskap en 'n tweede operasie ter verwydering van die probleemarea en baarmoeder is aanbeveel, 'n operasie waartydens die swangerskap beëindig is. In 1989 is nog 'n kind met behulp van 'n keisersnee gebore en uiteindelik het me Samahie 'n histerektomie gehad. Rajni en Komal Samahie dagvaar die provinsiale administrasie vir ongeveer R100 000 skadevergoeding en baseer die eis op nalatigheid en onbevoegdheid van die mediese personeel in die hospitaal.

Die Samahies het aangevoer dat die nalatige, onbevoegde optrede van die mediese personeel veroorsaak het dat 'n addisionele kind gebore is, me Samahie gesondheidsprobleme daarna ondervind het asook fisiese littekens en depressie gekry het.

Namens KwaZulu Natal Provinsiale Administrasie is aangevoer dat die eis reeds verjaar het ingevolge die *Wet op Beperking van Regsgedinge (Provinsiale en Plaaslike Besture)*.²⁷¹ Namens die Samahie's is aangevoer dat dié bepaling waarop die Provinsiale Administrasie steun, ongrondwetlik is, aangesien 'n korter eisperiode teen die provinsiale en plaaslike

²⁶⁸ Daar word uit die berig in die *Sunday Times* 16 Junie 1996 2 afgelei dat dit die moontlike saakverwysing is, hoewel die berig deur Carmel Richard "Mom sues over botched ops" nie duidelik in dié verband is nie. Daar word nie oor die korrekte saakverwysing beskik nie en gevolglik word gebruik gemaak van 'n eie verwysing wat die partye reflekteer.

²⁶⁹ Hofsake word oor lang periodes uitgestel en die opvolg van die ongerapporteerde sake vind om sekere redes nie konsekwent plaas nie: dieselfde joernalis doen óf nie meer hofverslaggewing nie óf doen 'n ander, beter "scoop" omdat eersgenoemde saak nie meer so nuuswaardig is as vroeër nie óf partye het tot 'n skikking geraak in die betrokke aangeleentheid. Die beriggewing dui gewoonlik ook nie die aard van die eise of die aard van die regshulp toegestaan aan nie.

²⁷⁰ Rickard C "Mom sues over botched ops" *Sunday Times* 16 Junie 1996 2.

²⁷¹ Wet 94 van 1970 – 24 maande verjarings- of vervaltermyn.

owerheidsliggame toegelaat word en dit owerheidsliggame 'n voordeel gee bo lede van die publiek.

4 SAMEVATTING

Uit voorafgaande blyk die onderskeie aksies gebaseer op ongewenste swangerskap of geboorte 'n realiteit in Suid-Afrika te wees en anders as wat Van der Vyver²⁷² gehoop het "... (d)aardie onregmatige daade – wat Suid-Afrika gespaar sal bly ..." is dit ons nie "gespaar" nie. Van der Vyver se pessimisme is onverklaarbaar aangesien die Suid-Afrikaanse reg deliktueel en selfs kontraktueel gerat is vir dié tipe eise.

Daar moet egter bedenkinge uitgespreek word oor die howe se onwilligheid in die *Edouard*-sake om wel 'n eis vir nie-vermoënskade gebaseer op kontrakbreuk toe te laat en sodoende 'n nuwe kontraktuele eisoorzaak te skep waar 'n definitiewe leemte bestaan. In stede om byvoorbeeld na analogie van die Engelse beslissings²⁷³ in dié verband en in ooreenstemming met die heersende openbare beleid en bestaande kontraktuele beginsels nuwe reg te skep, het die regters bly vashou aan die formele dog verouderde kontraktereg wat geensins voorsiening vir dié tipe eis maak nie.

Dit kan nie betwis word nie dat nie-vermoënskade vir ongerief, pyn, lyding en verlies aan lewensgenieting baseer op kontrakbreuk tog 'n oorweging van die partye by kontraksluiting gewees het. Uitbreiding van kontraktuele aanspreeklikheid vir nie-vermoënskade gebaseer op kontrakbreuk sou die reg minder mank laat gaan het, dit sou die *Edouards* (en ander partye na hulle wat in dieselfde posisie moontlik gaan verkeer) meer bevredigend laat, want die regsprekende gesag, so heers die openbare mening, is juis gemik om die versteuring van die balans in subjek-subjek verhouding reg te stel deur 'n gepaste regsremedie.²⁷⁴

²⁷² Van der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg* 74.

²⁷³ *Burton v Pinkerton* 1867 LR 2 EX 340 en ander sake aangehaal in vn 77.

²⁷⁴ In Hoofstuk 3 se teks (2.2 en 2.3) het ek hoogstens kritiek uitgespreek teen die leemte in die kontraktereg en gedui op die wyse van en rede vir verandering. My volledige aanbevelings in dié verband word in die Slot gedoen.

Dit was veral in die *Edouard-sake*²⁷⁵ en in die *Mukheiber-saak*²⁷⁶ dat die Suid-Afrikaanse howe goed gefundeerde en grotendeels aanvaarbare beslissings gelewer het ten opsigte van dié tipe aksies wat onderskeidelik kontraktueel en deliktueel baseer was.

Dit blyk baie duidelik dat hier geen sprake is van openbare beleidsoorwegings teen die instel van dié tipe eise nie, ten spyte van die nou-geykte argumente dat 'n kind gebore 'n seën en nie 'n nadeel is nie en dat voordele verbonde aan ouerskap die finansiële nadele ver oortref. Die eis vir onregmatige swangerskap (konsepsie) of onregmatige geboorte is nie *contra bonos mores* nie.

Eise vir skadevergoeding wat toegestaan word is vir bevallingskoste en onderhoudskoste vir die onbeplande kind vanaf geboorte tot die kind 'n sekere ouderdom bereik of selfonderhoudend word. Sou die kind wangeskape wees, word alle toekomstige uitgawes vir mediese en hospitaalbehandeling asook spesiale uitgawes daarbenewens toegelaat.²⁷⁷

Ek is van mening dat die heersende Suid-Afrikaanse deliktereg wel voorsiening maak vir die verhaal van vermoënskade sowel as nie-vermoënskade. Daar is egter 'n probleemarea wat in die toekoms so spoedig doenlik aangespreek moet word rakende die moontlike ongrondwetlike toepassing in die *Wet op Beperking van Regsgedinge*²⁷⁸ waar die korter eisperiode teen staatsinstansies 'n onregverdige voordeel aan die owerheidsliggame bo the publiek gee en owerheidsliggame met nalatige en nadelige optrede skotvry laat.

²⁷⁵ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D); *Administrator Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A).

²⁷⁶ *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA). Die kritiek van Neethling en Potgieter 2000 *THRHR* 162-168 het akademiese meriete hoewel nie veel fout gevind kan word met die uiteindelijke uitspraak in dié verband nie.

²⁷⁷ sien die slot vir 'n kritiese samevatting en aanbeveling ten opsigte van die tipe mediese wanpraktykseise in die Suid-Afrikaanse reg.

²⁷⁸ *Wet 94 van 1970*.

HOOFSTUK 4

DIE HUIDIGE GESKILBESLEGTINGSPROBLEMATIEK IN GEVAL VAN MEDIESE WANPRAKTYKSGESKILLE¹

1 INLEIDING

Eise vir skadevergoeding en genoegdoening voortspruitend uit mediese wanpraktyke bied aan die regspraktisyne enersyds, van die grootste bewys- en prosesregtelike probleme terwyl medici andersyds as partye (meesal in hoedanigheid as verweerders) en as getuies, eweneens probleme in die huidige siviele litigasieproses ondervind.

Daar bestaan twee opvattinge rakende regseise voortspruitend uit mediese wanpraktyke. Die ouer opvatting is konserwatief van aard, naamlik dat die geneesheer as 'n sogenaamde "saint"-figuur verhewe bo die reg bestempel word. In Suid-Afrika word hierdie opvatting vergestalt in 'n traagheid en selfs 'n absolute weiering om teen 'n beweerde nalatige geneesheer (delikspleger) te ageer. Die nuwe verligte opvatting wat in Amerika aangetref word en dikwels na verwys word as die "unruly horse",² vanweë die steeds toeneemende, buitensporige hoeveelheid mediese wanpraktykseise wat onhanteerbaar raak in 'n veronderstelde gunstige litigasie-atmosfeer.

In hierdie hoofstuk word gefokus op die onderskeie standpunt in die Verenigde State van Amerika en Suid-Afrika ten aansien van mediese wanpraktykseise. Verskeie redes kan aangevoer word vir die haas onstuitbare vlag van wanpraktykseise in Amerika. Met 'n groter en meer intense bewuswording van menseregte in Suid-Afrika, koester die publiek groter verwagtinge rakende gesondheidsorg, behuising, voedsel, water en sosiale seker-

¹ Sien in die algemeen Crous 1996 *THRHR* 219-232.

² In 1960 het dit die Verenigde State van Amerika se mediese professie en versekeraars reeds \$45 miljoen aan mediese wanpraktykseise gekos (6 000 eise per jaar). In Kalifornië word een uit elke vier geneesheer vir mediese wanpraktyk gedagvaar. In

heid. Wanpraktikseise te midde van onvoldoende en soms swak mediese dienste in veral staatshospitale, gaan nie uitbly nie.

Ondanks geweldige mediese en tegnologiese ontwikkelings, is dit nog steeds menslik om soms te fouteer in die diagnostiese, prognostiese en behandelingsproses. Hoewel die pasiënt verbruikersbewus geword het en kwaliteit-diens verlang, is 'n individu se gesondheid en lewe nie verbruiksartikels wat maklik en goedkoop in die handel verkry word nie.

In hierdie hoofstuk word eerstens op die rol van die medies-deskundige getuie gewys, asook die probleme met bekombaarheid van 'n medies-deskundige getuie, hoofsaaklik as gevolg van die vreemde formele hofatmosfeer, vyandige kruisondervraging en lae getuiegelde. Voorts word die bestaande, toepaslike prosedures van die siviele prosesreg, waaronder assessore in die landdroshof, skeidsregters in die Hooggeregshof, opsommings van die medies-deskundige getuies en voorverhoorsamesprekings, behandel. In die daaropvolgende twee hoofstukke³ val die soeklig onderskeidelik op alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes, die aard en doel van die alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes asook die voor- en nadele daarvan in kritiese vergelyking met litigasie, die toepassingsgebied van alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes, asook die onderskeie alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes (waaronder die ombudspersoon, keuringspanele en arbitrasie van toepassing op mediese wanpraktikseise).

1.1 Die posisie in Amerika ten opsigte van mediese wanpraktikseise

Verskeie redes kan aangevoer word ter verklaring van die ontombare benadering ten opsigte van mediese wanpraktikseise in Amerika:

1983 is 16% van alle geneeshere in Amerika gedagvaar. Strauss *Doctor Patient and the Law* 293-294; Havard 1989 *The Law Society's Gazette* 4-5.

³ Hoofstukke 5 en 6.

(a) Aard van geneesheer-pasiëntverhouding

Die persoonlike verhouding tussen die geneesheer en die pasiënt het verander na 'n nie-persoonlike verhouding wat tiperend is van die geneesheer-pasiëntverhouding in groter sentra/stedelike gebiede. Hierdie klemverskuiwing kan grootliks toegeskryf word aan die dehumanisering van en spesialisering in die mediese wetenskap. Die resultate wat bereik word deur hoogs gespesialiseerde, bekwame spesialis-geneeshere te midde van fenomenale mediese tegnologiese ontwikkeling, word wêreldwyd gepubliseer en die publiek verwag niks anders as 'n gewaarborgde sukses nie.

Die Amerikaanse regstelsel plaas baie groot klem op die onaantasbaarheid van die pasiënt en weier om die geneesheer op 'n "troontjie" te plaas en te beskou as verhewe bo die reg en die gemeenskap wat hy/sy veronderstel is om te dien.⁴

(b) Persoonlike waarnemings, oortuigings, houdings en ingesteldhede

Persoonlike (soms subjektiewe) waarnemings, oortuigings, houdings en ingesteldhede van die verontregde, benadeelde pasiënt speel 'n rol in die toename van mediese wanpraktykseise, byvoorbeeld:

- (i) die groter vrymoedigheid van die pasiënt om teen 'n neutrale, onbekende geneesheer eerder as teen 'n persoonlike "vaderlik-bekende" geneesheer te ageer;
- (ii) die waningesteldheid van en oorsig aan die pasiënt se kant dat, te midde van fenomenale medies-tegnologiese ontwikkeling en hoogs gespesialiseerdheid van die mediese professie, die inherente risiko's groter is en die nie-gewenste resultate moeiliker aanvaarbaar word, bring mee dat daar 'n atmosfeer van nie-haalbare, onrealistiese

⁴ Strauss *Doctor Patient and the Law* 292-293.

verwagtinge ontstaan het, een van gewaarborgde gezondheid en lewe, soortgelyk aan 'n verbruiksartikel wat oor 'n toonbank bekom kan word;

- (iii) die inkonsekwentheid van 'n geneesheer in 'n gegewe situasie; en
- (iv) die weiering van die geneesheer om sy foute te erken, speel 'n groot rol in die waarnemings- en besluitnemingsproses van die verontregde pasiënt.

(c) Die versekerde "gesiglose" verweerder

Vir die benadeelde pasiënt is dit 'n meer aanvaarbare uitweg, emosioneel sowel as finansiële, om eerder 'n "gesiglose" verweerder, naamlik die vermoënde versekeringsmaatskappy, middellik deliktueel aan te spreek as die bekende geneesheer. Wat die lede van die publiek egter uit die oog verloor, is dat met die toename in mediese wanpraktykseise daar terselfdertyd 'n styging in versekeringspremies ten opsigte van die versekering teen mediese nalatigheid (wanpraktyk) is, wat die geneesheer dan weer op sy pasiënte afwentel deur mediese koste te verhoog.

(d) Koste-gewys 'n "lawyer's paradise"

Ten opsigte van mediese wanpraktykseise staan Amerika in die volksmond bekend as "a lawyer's paradise" vanweë die groot hoeveelheid mediese wanpraktyksgeskillen wat gelitigeer word.⁵ Elke party, wenner of verloorder in 'n siviele geding, betaal gewoonlik sy/haar eie koste. 'n Kostebevel ter delging van die opposisielkoste⁶ bestaan nie as 'n afskrikmiddel ten einde hierdie tipe eise te ontmoedig nie. Boonop kan die regsvertegenwoordiger in Amerika 'n persentasie van die toegestane bedrag aan skadevergoeding en genoegdoening as foelie beding.⁷

⁵ Strauss *Doctor Patient and the Law* 293.

⁶ Bekend as party-en-partykoste in Suid-Afrika.

⁷ *Pactum de quota litis* - 'n regspraktisyn maak hom skuldig aan onprofessionele gedrag in Suid-Afrika, indien hy koste op so 'n wyse beding.

(e) "Conspiracy of silence/silent medical treatment"

Regsgeleerdes in Amerika het medici die stryd aangesê vanweë die sogenaamde "conspiracy of silence" of te wel, die "silent medical treatment" wat regsgeleerdes kry van medici wat onwillig is om as medies-deskundige getuies op te tree in hofsake waarin mediese wanpraktykseise verhoor word.

Wat regsgeleerdes egter uit die oog verloor is dat medici mediese wanpraktykseise vrees, dat hulle al hoe minder hulself sal probeer blootstel aan dié tipe "heksejag" en dat mediese gemeenskapsdiens in die proses aan bande gelê sal word. Mediese prosedures en behandeling waaraan groter risiko's verbonde is (hoewel dikwels met groter resultate) as die normale risiko's, sal uit die aard hiervan eerder vermy of afgeskaal word as om 'n mediese wanpraktykseis van miljoene rande en 'n geskonde reputasie op die lyf te loop. Eventueel is dit die pasiënt, die persoon oor wie dit hoofsaaklik gaan, wat daardeur nadelig geraak word.⁸

Medici kan selfs oorversigtig wees en tyd- en geldrowende toetse vooraf op die pasiënt laat uitvoer, ten einde meer korrek en doeltreffend te wees in die diagnose, prognose en behandeling van die pasiënt.

1.2 Die posisie in Suid-Afrika ten opsigte van mediese wanpraktykseise

Binne die milieu van 'n groter bewuswording ten aansien van menseregte, is dit nie vreemd dat die publiek sekere verwagtinge koester en definitiewe eise stel rakende gesondheidsorg, voedsel, water en sosiale sekerheid nie.⁹ In die lig hiervan word verwag dat mediese wanpraktykseise heel waarskynlik sal

⁸ In Amerika het 28 state reeds wetgewing aangeneem, die sogenaamde "good Samaritan laws", waarin daar voorsiening gemaak word vir vryskelding van aanspreeklikheid waar 'n geneesheer te goeder trou opgetree het tydens die toediening van nood mediese behandeling aan onbekende mediese pasiënte. Strauss *Doctor Patient and the Law* 296.

⁹ A 27 Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 108 van 1996.

toeneem.¹⁰ Te midde van hierdie bewuswording van menseregte, dra swak mediese sorg en gemeenskapsdiens, veral in staatshospitale, eweneens by tot die litigasieklimaat.¹¹ Vanweë die feit dat pasiënte meer verbruikersbewus geword het, wil hulle waarde vir hulle geld hê, naamlik deur kwaliteit diens en kwaliteit produkte van 'n geneesheer of 'n mediese sorginstansie te verlang. Beantwoord die diagnose, prognose of behandeling nie aan die gewenste standaard en kwaliteit nie, sal 'n mediese wanpraktykseis volg.¹²

Met die etikettering deur die publiek van die geneesheer as super, alomwettend en onfeilbaar, het 'n versteuring in die redelike geneesheertoets ontstaan. Ten einde vas te stel of 'n persoon onversigtig, onagsaam, onorgvuldig, dit wil sê nalatig opgetree het, word sodanige persoon se gedrag of gesindheid gemeet aan dié van die *bonus paterfamilias*, die redelike man in dieselfde omstandighede.¹³ Blyk 'n persoon se optrede af te wyk van dié van die redelike man in die betrokke omstandighede, tree 'n persoon nalatig op. Die redelike man sou die benadeling van 'n ander met so 'n graad van waarskynlikheid voorsien het dat hy hom óf van die handeling sou weerhou het, óf die handeling op 'n ander manier sou verrig het óf verdere voorsorgmaatreëls sou getref het voordat hy gehandel het.¹⁴ Appèlregter Holmes se dictum in *Kruger v Coetzee*¹⁵ is die toonaangewende formulering van die toets vir nalatigheid en meteen ook dié van die redelike man:

For the purposes of liability *culpa* arises if –

(a) a *diligens paterfamilias* in the position of the defendant -

¹⁰ Simons 1978 *De Jure* 128. In 1968 het 1 uit 522 geneeshere regsbystand van die (destydse) Mediese Raad gevra teenoor 1 uit elke 108 geneeshere in 1976. Volgens Strauss *Doctor Patient and the Law* 243 was die syfers in 1986 1 uit elke 48 dokters en in 1988 1 uit elke 22 dokters wat regsbystand versoek het.

¹¹ Dit sal egter nodeloos wees om "a man of straw" aan te spreek waar die regerings-hospitale nie oor genoegsame fondse beskik om na siekes om te sien nie, laat staan nog om skadevergoedingseise tegemoet te kom.

¹² "Medical paternalism is giving way to patient autonomy" - Strauss *Doctor Patient and the Law* 244.

¹³ Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 122-136.

¹⁴ Van Rensburg *Normatiewe voorsienbaarheid* 23.

¹⁵ 1966 2 SA 428 (A) 430.

- (i) would foresee the reasonable possibility of his conduct injuring another in his person or property and causing him patrimonial loss; and
 - (ii) would take reasonable steps to guard against such occurrence; and
- (b) the defendant failed to take such steps.

Kortom kom die toets van die redelike man neer op redelike voorsienbaarheid en redelike voorkombaarheid van skade.¹⁶

Die feit dat die dader oor 'n eienskap van deskundigheid beskik het ten aansien van die beweerde nalatige optrede, beïnvloed die redelike man toets. Nalatigheid van 'n deskundige persoon¹⁷ soos byvoorbeeld 'n mediese dokter, word getoets aan die hand van die redelike man toets, aangevul deur 'n redelike mate van toepaslike (mediese) deskundigheid. Die standaard van kundigheid word as "redelik" beskryf;¹⁸ dit beteken dat daar nie met die hoogste mate van deskundigheid in die spesifieke professie gehandel word nie, maar dat slegs die algemene gemiddelde vlak van deskundigheid vereis word.¹⁹

Wat pasiënte uit die oog verloor is dat die mediese professie 'n hoë-risiko professie is.²⁰ 'n Individu se gesondheid en lewe is nie verbruiksartikels wat vrylik verkrygbaar in die handel is nie. Eweneens, hoe goed die mediese professie ook al tegnologie toegeer is en al het die geneesheer se aansien ook gestyg van "doodgewoon" na "super", is die geneesheer nie lewewend nie.

¹⁶ Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 130-136.

¹⁷ Professionele nalatigheid.

¹⁸ Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 129; *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438 444; *Pringle v Administrator Transvaal* 1990 2 SA 379 (W) en *Strauss Doctor Patient and the Law* 281-334.

¹⁹ Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 129; *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438 444.

²⁰ *Strauss Doctor Patient and the Law* 301.

Ten grondslag van die *medicina forensis* lê 'n bekrompe regsuitspraak, naamlik *Van Wyk v Lewis*²¹ waarin die mediese professie beskerm word. Strauss bestempel dié uitspraak as "the legal charter safeguarding the doctor against unduly stringent malpractice liability".²²

Ondanks omvangryke ontwikkeling en vooruitgang op die gebied van die mediese wetenskap en tegnologie, sal selfs die mees gesoute geneesheer toegee dat dit bloot menslik is om in die diagnostiese, prognostiese en behandelingsproses van 'n pasiënt te fouteer. Gesien vanuit die medici se oogpunt is voorkoming beter as genesing en die beste beskerming teen mediese wanpraktykseise is juis voorkoming. Voorkomende maatreëls word uit hoofde van professionalisme geneem wat terselfdertyd die hoeksteen van die dokter-pasiëntverhouding daarstel.²³ Dit is gerieflik om 'n leunstoel-kritikus te wees en by nabaat wys te wees. Die mediese wetenskap hou geweldige groot voordele vir die mens in; voordele wat tesame met die risiko's daaraan verbonde, geneem behoort te word.²⁴

2 LITIGASIEPROBLEME

2.1 *Deskundige getuienis*

Probleme wat ondervind word met die aanbod van medies-deskundige getuienis, onder andere die lae getuiegelde en vyandige kruisondervraging eerder as die konserwatiewe benadering teenoor medici in Suid-Afrika, kan

²¹ 1924 AD 438.

²² Strauss *Doctor Patient and the Law* 302.

²³ Carstens 1988 *De Rebus* 346 ev. Carstens doen sekere wenke aan die hand om die regslaggate in 'n mediese praktyk te voorkom. Hoewel Carstens meld dat daar geen kitsklare oplossings en vaste reëls ten opsigte van mediese wanpraktyk is nie, doen hy baie bruikbare wenke vir die geneesheer aan die hand ter voorkoming van wanpraktykseise.

²⁴ *Roe v Ministry of Health* 1954 2 All ER 131 137: "It is easy to be wise after the event and to condemn as negligence that which was only a misadventure. We ought always to be on our guard against it, especially in cases against hospitals and doctors. Medical science has conferred great benefits on mankind, but these benefits are attended by considerable risks. We cannot take the benefits without taking the risks. Doctors like the rest of us have to learn by experience and experience often teaches in a hard way."

as rede aangevoer word vir die relatief min mediese wanpraktykseise wat uiteindelik gelitigeer word. 'n Engelse regsgeleerde is so pessimisties oor die kanse op sukses²⁵ dat hy byvoorbeeld dit prontuit stel dat, tensy die saak so opvallend spreek van 'n wanpraktyk (byvoorbeeld 'n pasiënt verlaat die operasietafel sonder 'n ledemaat in plaas van 'n appendiks of met 'n skalpel vergete in sy liggaam), die eiser-pasiënt deurgaans probleme sal ondervind om 'n saak ter bevrediging van die verhoorregter uit te maak.

(a) Noodsaaklikheid van mediese deskundige getuienis

Die vraag of van 'n getuie gebruik gemaak moet word in 'n saak, moet beoordeel word aan die hand van die kriterium of 'n getuie se getuienis essensieel en noodsaaklik is.²⁶

Die eiser-pasiënt sal die hof op 'n oorwig van waarskynlikheid moet oortuig dat die verweerder-geneesheer afgewyk het van die sorg en vaardigheid wat in die betrokke omstandighede van 'n redelike geneesheer in die betrokke praktyksveld, verwag word. 'n Geneesheer tree nalatig op indien die redelike geneesheer in die betrokke omstandighede die waarskynlikheid van nadeel redelikerwys sou voorsien en voorkom het.²⁷

Die graad van vaardigheid en sorg wat redelikerwys te wagte kan wees, is grootliks 'n vraag wat deur getuienis bewys moet word. Vanweë die feit dat die hof in staat is om sy eie opinie in die lig van die beskikbare getuienis te kan vorm, is die opinie van 'n getuie ingevolge die gemenerereg ontoelaat-

²⁵ Lewis 1983 *The Law Society's Gazette* 1647.

²⁶ *Hofmeyr v Clear* (1881) 1 SC 232; *Raner v Mutzenbach* (1902) 19 SC 341; *Policanssky Bros v Hermann and Canard* 1911 TPD 319; *Hannons Detective Agency (Pty) Ltd v Wannenburg* 1956 3 SA 459 (T); *Van Reenen v Ocean Accident and Guarantee Corp Ltd* 1962 4 SA 232 (K); *Kruger v Secretary for Inland Revenue* 1972 1 SA 749 (K) 752H; *Sacks v Taljaard* 1912 CPD 472 477-478; *Gouws v Montesse Township and Investment Corp (Pty) Ltd (2)* 1964 3 SA 609 (T); *Du Toit v Green and Fitzgerald* (1895) 6 EDC 128; *A v B and C* 1976 4 SA 31 (SR); *Ferreira v Ferreira* 1977 4 SA 618 (O) 619E-620B.

²⁷ *Mitchell v Dixon* 1914 AD 519; *Buls and Another v Tsatsarolakis* 1976 2 SA 891 (T); *Esterhuizen v Administrator Transvaal* 1957 3 SA 710 (T); *Blyth v Van den Heever* 1980 1 SA 191 (A).

baar.²⁸ Tog is 'n deskundige, vanweë sy besondere kennis en vaardigheid oor 'n onderwerp, beter daartoe in staat om gevolgtrekkings te maak en 'n opinie te vorm op die basis van die feitestel of ondersoek as die hof en daarom is die opiniegetuïenis toelaatbaar.²⁹

Wanneer 'n mediese dokter byvoorbeeld versoek word om mediese getuïenis af te lê in 'n hof, word hy as 'n deskundige in die mediese veld beskou. Voor dat die hof bereid sal wees om sy mediese getuïenis aan te hoor, sal die geneesheer die hof moet oortuig dat hy 'n deskundige is.³⁰ Die mediese dokter moet die hof as deskundige getuie inlig wat sy bevinding is en die feite waarop hy sy opinie baseer, asook die redes (gronde) vir sy opinie aandui.³¹

Die vraag ontstaan nou hoe die hof deskundige getuïenis moet benader?

²⁸ *R v Vilbro* 1957 3 SA 223 (A) 228-229.

²⁹ *Coopers SA (Pty) Ltd v Deutsche Gesellschaft für Schädlungsbekämpfung mbH* 1976 3 SA 352 (A) 370; Hoffman *South African Law of Evidence* 97; Schmidt *Bewysreg* 429.

³⁰ 'n Deskundige moet homself as 'n deskundige kwalifiseer: sy ondervinding, sy kwalifikasies en sy vermoë om 'n opinie te vorm moet uitdruklik gestel word. *Menday v Protea Insurance* 1976 1 SA 565 (OK). Die mediese dokter se kwalifikasies, die universiteit waar en wanneer die kwalifikasies verwerf is en die aantal jare in die mediese veld moet vermeld word.

³¹ *S v Gouws* 1967 4 SA 527 (OK); *S v Adams* 1983 2 SA 577 (A) 586; *S v Januarie* 1980 2 SA 598 (K); Hoffman *South African Law of Evidence* 79-88; *R v Basson* 1946 CPD 479; *S v Harris* 1965 2 SA 340 (A). Die deskundige getuie lewer sy eie getuïenis en mag daarna uit mediese handboeke, tydskrifartikels, proefskrifte, ens aanhaal om sy standpunt te ondersteun. Daar bestaan geen algemene reël dat die deskundige getuie kennis van die saak waaroor hy getuïenis lewer, moet hê uit hoofde van persoonlike ervaring eerder as dié van die lees van data verskaf deur andere nie. Opinies oor wetenskaplike aangeleenthede is normaalweg gebaseer op inligting verskaf deur ander in handboeke, tydskrifartikels, proefskrifte, ens. Waar 'n deskundige na boeke of artikels verwys om sy standpunte te ondersteun, vir sover hy dit as getuïenis aangeneem het, met of sonder kommentaar daarop, vorm dit deel van sy getuïenis. Die hof mag nie gebruik maak van aanhalings waarna die deskundige getuie nie verwys het nie, of aanhalings wat nie aan hom in kruisondervraging gestel is nie. In *R v Mofokeng* 1928 AD 132 is 'n skuldigbevinding ter syde gestel omdat die voorsittende beamppte 'n aanhaling aan die jurie voorgehou het uit 'n werk wat oor mediese reg gehandel het, welke aanhaling teenstrydig was met die getuïenis wat die deskundige getuie afgelê het, maar nie aan hom gestel is in die loop van sy getuïenisaflegging nie. 'n Getuie se opinie sal waardeloos wees tensy daar bewys is van die aanvaarde feite waarop die opinie gebaseer is. Eweneens mag die getuie die hof nie mislei deur 'n opinie op 'n valse premisse te baseer nie. Hierdie is 'n aspek wat in kruisondervraging sal uitkom.

Expert evidence presents peculiar difficulties in the assessment of its probative value. The court does not usually have any means by which it can verify the witnesses' conclusions, and if there is a conflict of expert testimony it may be thrown back upon doubtful factors such as the rival witnesses' reputations and experience. A court which relies upon an expert's opinion is therefore, to greater or lesser extent, taking a step in the dark - something which should be done only *with considerable caution*.³²

Die primêre funksie van 'n deskundige is om aan die hof leiding te gee ten einde 'n korrekte beslissing te kan maak ten opsigte van vrae wat binne sy gespesialiseerde veld ontstaan, met sy persoonlike bevinding wat nie 'n plaasvervanging is vir die bevinding van die hof wat tot 'n beslissing moet kom oor die aangeleentheid wat voor hom dien nie.³³

(b) Getuiegelde

Om as 'n deskundige getuie op te tree in 'n siviele of strafsak kan vanuit 'n finansiële oogpunt vir die geneesheer, uiters nadelig wees. In siviele sake word vereis dat die getuie *viva voce* getuienis aflê.³⁴ Benewens die ondersoek van 'n pasiënt, die bestudeer van mediese verslae, die in-diepte studie van medies-wetenskaplike en medies-tegnologiese literatuur, asook deeglike konsultasies met die regsverteenwoordigers voor die verhoor,³⁵ neem die

³² Eie kursivering. Hoffman *South African Law of Evidence* 81; *Keeton v R* 1906 EDC 56.

³³ *Maritime and General Insurance Company v Skyunit Engineering (Pty) Ltd* 1989 1 SA 867 (T) 876I-877H: "The duty of experts is to furnish the judge or jury with the necessary scientific criteria for testing the accuracy of their conclusions, so as to enable the judge or jury to form their own independent judgement while application of those criteria to the facts proved in evidence". *Abdo NO v Senator Insurance Company Ltd and Another* 1983 4 SA 721 (OK) 725F-726E; *William Grant and Sons Ltd v Cape Wine Distillers Ltd* 1990 3 SA 897 (K) 912F; *Reyneke v Mutual and Federal Insurance Company Ltd* 1991 3 SA 412 (W).

³⁴ In uitsonderlike omstandighede word wel toegelaat dat getuienis by wyse van 'n beëdigde verklaring afgelê kan word, mits die ander party nie die deskundige getuie wil kruisondervra nie. Wat strafsake aanbetref word getuienis normaalweg in 'n verklaring afgelê - *R v Manda* 1951 3 SA 158 (A) en *R v Qwabe* (A) 1939 PH H15. Waar die aanklag moord is, is dit verkieslik dat deskundige getuienis persoonlik afgelê word.

³⁵ Baie tyd word in beslag geneem om aan die regsverteenwoordigers geduldig en met omsigtigheid die fyner punte van gespesialiseerde mediese kennis, tegnologie en vaardigheid te verduidelik. Strauss *Doctor Patient and the Law* 433.

verhoor self, vanweë die adversatiewe stelsel in Suid-Afrika, baie tyd in beslag.³⁶

Die Appèlhofbeslissing in *Van Aswegen v Lombard*³⁷ het dit boonop vir medici bemoeilik om vergoeding vir medies deskundige dienste en voorbereiding, vergoeding vir verlies aan inkomste en tyd asook vergoeding vir die daadwerklike optrede as 'n deskundige getuie, te eis.³⁸ 'n Ooreenkoms tussen 'n gedingsparty en 'n getuie ingevolge waarvan die getuie vergoeding ontvang vir die lewering van getuienis of selfs vergoeding ontvang wat die maksimum van getuiegelde oorskry, is *contra bonos mores* en gevolglik nietig.³⁹

Die getuie-tariewe hou nie werklik tred met daadwerklike uitgawes nie. Dit blyk dat die bedoeling van die wetgewer nie was om die getuie te vergoed vir dienste gelewer nie, maar om 'n verpligting teenoor die staat en gemeenskap na te kom.

Rightly or wrongly, it regarded the duty, if subpoenaed, to testify in a court of law, as an obligation which the citizen owed to the community and the state. Today its discharge may embarrass and encumber him; tomorrow it may be his right and safeguard to demand such sacrifices from his fellow-citizens in the interest of justice.⁴⁰

Getuiegelde is laag en hou hoegenaamd nie tred met die mark waarin 'n dokter werksaam is nie.⁴¹ Die tarief betaalbaar aan getuies is beslis onvol-

³⁶ Dit is veral kruisondervraging oor mediese kwessies wat baie tyd in beslag neem.

³⁷ 1965 3 SA 613 (A).

³⁸ *Strauss Doctor Patient and the Law* 482.

³⁹ *Knox v Koch* (1883) 2 SC 382; *Marais v Pilkington* 1905 TS 650; *Van Aswegen v Lombard* 1965 3 SA 613 (A); *Federated Insurance Co Ltd v Britz* 1981 4 SA 74 (T).

⁴⁰ *Kruger v De Bruyn* 1943 OPD 38 45-46; *Van Aswegen v Lombard* 1965 3 SA 613 (A) 619H-620A; Erasmus, Breitenbach en Van Loggerenberg *Superior Court Practice* E1-4.

⁴¹ Aanhangsel A: Tarief van toelaes ingevolge a 42 van die *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959 en a 51*bis* van die *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944. Die tarief van toelaes betaalbaar aan getuies in sivele sake is vervat in GK R2597 Staatskoerant 13604 van 1 November 1991 wat op dieselfde datum in werking getree het. Erasmus,

doende om die gemiddelde getuie vir tyd en moeite in die uitvoering van sy plig teenoor 'n medeburger wat die getuie se bystand benodig te vergoed en is geensins 'n getroue weergawe van die aard en waarde van mediese dienste wat gelewer word nie.⁴²

Breitenbach en Van Loggerenberg E1-4. Volgens Erasmus ea ontmoedig die lae tariewe persone om as deskundige getuies op te tree E1-4.

⁴² Vir elke 24 uur of 'n gedeelte daarvan wat 'n persoon 'n siviele saak as getuie bywoon en vir dié doeleindes afwesig is van sy woonplek, is hy as deskundige getuie geregtig op R50 en die redelike werklike uitgawe aangegaan vir huisvesting vir 'n nag. Aanhangsel A Bylae Tarief van Toelaes par 1(1)(a)(i)-(ii). 'n Gewone getuie wat meer as 8 kilometer van die hof waar hy verskyn, woon, is geregtig op R10, tensy die regterlike beampte of griffier of takseermeester van die Hooggeregshof oortuig is dat die getuie uitgawes moes aangaan wat R10 te bowe gaan; dan word die redelike werklike uitgawes aan sodanige getuie betaal. Aanhangsel A Bylae Tarief van Toelaes par 1(1)(b)(i). Indien sodanige getuie wel genoodsaak is om huisvesting vir die nag te bekom word redelike werklike uitgawes aan hom betaal. Aanhangsel A Bylae Tarief van Toelaes par 1(1)(b)(ii). Waar 'n getuie 8 kilometer of minder van die hof waar hy verskyn, woon, en indien die regterlike beampte, griffier of takseermeester van die Hooggeregshof oortuig is dat die getuie uitgawes ten opsigte van die bywoning moes aangaan, dan is die getuie geregtig op sy redelike werklike uitgawes. Aanhangsel A Bylae Tarief van Toelaes par 1(1)(c). 'n Getuie kwalifiseer vir bogemelde toelae vir die volle tydperk wat hy vir bywoningsdoeleindes van sy woonplek afwesig is. 'n Getuie wat inkomste verbeur as gevolg van bywoning van 'n siviele saak, is benewens die voorafgaande toelae ook geregtig op 'n toelae gelyk aan die werklike bedrag van inkomste verbeur tot 'n maksimum van R1 000 per dag. Aanhangsel A Bylae Tarief van Toelaes par 2. 'n Getuie wat van openbare vervoer gebruik maak ter bywoning van 'n siviele saak, is geregtig op die werklike koste vir die heen-en-weer-reis langs die kortste geskikte roete met die goedkoopste openbare vervoermiddel. Aanhangsel A Bylae Tarief van Toelaes par 3(1). Indien openbare vervoer nie beskikbaar is nie en 'n getuie van eie of gehuurde vervoer gebruik maak, word reisegeld van 50c per kilometer ten opsigte van 'n motorvoertuig, toegelaat vir die heen-en-weer-reis op die kortste geskikte roete. Aanhangsel A Bylae Tarief van Toelaes par 3(2). Wanneer geskikte openbare vervoer wel beskikbaar is en 'n getuie tog van sy eie of gehuurde vervoer wil gebruik maak, word die reisegeld beperk tot hoogstens 300 kilometer vir 'n heen-en-weer-reis. Aanhangsel A Bylae Tarief van Toelaes par 3(3). Die regterlike amptenaar, griffier of takseermeester van die Hooggeregshof het wel 'n diskresie in dié verband as wat sodanige persoon in die omstandighede billik ag. Hy mag dit ook ingevolge par 4 geregverdig ag om lugvervoer toe te laat vir 'n getuie in bepaalde omstandighede. Wanneer die reisegeld van 'n getuie voedsel en slaapperiewe insluit, word geen toelae betaal ingevolge paragraaf 1 nie. Aanhangsel A Bylae Tarief van Toelaes par 5. 'n Regterlike beampte, griffier of takseermeester van die Hooggeregshof wat meen dat die betaling van toelaes vir 'n getuie ontbering meebring, kan betaling van 'n hoër tarief gelas en sou daar uit enige ander bron voorsiening gemaak word vir 'n getuie se uitgawes, word geen toelae ingevolge Aanhangsel A *Tarief van Toelaes* betaal nie. Aanhangsel A Bylae Tarief van Toelaes par 6. In die landdroshof het slegs die landdros en nie 'n takseermeester die bevoegdheid om aan die tariewe te wysig. Dit is aan te beveel om die landdros te versoek om sodanige magtiging in sy kostebevel in elke geval te vervat. Aanhangsel A Bylae Tarief van Toelaes par 7. *Reef Lefebre (Pty) Ltd v SA Railways and Harbours* 1978 4 SA 961 (W).

In *Van der Westhuizen v Coetzee*⁴³ het regter Van Zijl die volgende gesê:

We have indeed the extraordinary position that the tariff has been allowed to become so out of date that a witness offered his fees in terms of such a tariff would, in all justification, be able to say that the fees do not cover his reasonable expenses. This is, in my opinion, an extraordinary or exceptional case where the application of the tariff would operate as a hardship. In these circumstances the taxing officer should have exercised his discretion and have allowed a fee in excess of that allowed in the tariff.

Daar word gevrees dat getuies wat toegelaat word om meer vergoeding by wyse van ooreenkoms te beding, in die versoeking kan kom om getuienis van watter aard ook al, te versin.⁴⁴

'n Geneesheer is wel geregtig om 'n pasiënt die gebruikelike fooi vir 'n mediese ondersoek en die samestelling van 'n verslag te vra, mits die fooi redelik is.⁴⁵ Dit is ook toelaatbaar vir 'n geneesheer om 'n sogenaamde kwalifiserende fooi van die litigant te vra en daarvoor te beding by wyse van ooreenkoms. Die fooi is dié van 'n professionele persoon van wie gevra word om deskundige getuienis te lewer.

Ingevolge die prosedure waarvolgens 'n deskundige getuie geroep word as getuie, word daar deur middel van 'n voorafgaande kennisgewing en 'n opsomming van die opinie en redes, die moontlikheid dat die teenkant on- verhoeds betrap word en die mediese deskundige getuie as "uitgelewerde" voel weens vyandige kruisondervraging, grootliks uitgeskakel. Die teenkant kry die geleentheid om aangeleenthede rakende mediese aspekte, byvoorbeeld mediese terminologie en ingewikkelde mediese begrippe, uit te

⁴³ 1968 1 SA 249 (K) 251F-H.

⁴⁴ Gordon, Turner en Price *Medical Jurisprudence* 316.

⁴⁵ Die pasiënt mag beswaar aanteken by die Mediese Raad vir 'n beslissing in terme van a 53 van die *Wet op Geneeshere, Tandartse en Aanvullende Gesondheidsdiensberoepe* 56 van 1974. Sedert Mei 2000 staan die liggaam bekend as die *Gesondheidsdiensberoepe Raad van Suid-Afrika*.

klaar en redes uit te werk waarom daar verskil word van die opposisie se deskundige getuies.⁴⁶

(c) Kruisondervraging

'n Groot struikelblok vir die medies-deskundige getuie is kruisondervraging van die deskundige, 'n essensiële faset van die adversatiewe stelsel. Die deskundigheid van die deskundige getuie, die voorbereiding van deskundige getuienis en die aanbieding daarvan met noukeurigheid en objektiwiteit, asook die emosionele persepsie van die hofatmosfeer en hofpraktyk, bied heelwat ruimte vir indringende kruisondervraging.

Van die deskundige getuie word verwag om hom streng te hou by sy deskundigheids-gebied en nie na ander terreine te dwaal waar hy deskundigheids-gewys hom in 'n niemandsland gaan bevind en die teiken van die opposisie regsverteenvoorder gaan word nie. Dit is die taak van die hof om gevolgtrekkings uit die feite wat die deskundige voor die hof geplaas het, te maak. 'n Regsgeskilpunt moet nie deur die deskundige beslis word nie.⁴⁷

Die aanbieding van deskundige getuienis verg noukeurigheid, objektiwiteit en onafhanklikheid te midde van 'n hofatmosfeer en hofpraktyk wat die deskundige getuie emosioneel as "vyandig" kan ervaar en waarin sy kennis, insig, kundigheid, ervaring en integriteit onder kruisondervraging deeglik beproef en getoets word.⁴⁸ Van die deskundige getuie word verwag om op sodanige wyse sy deskundige getuienis te lewer dat sy deskundigheid, kennis, insig en ervaring tot die beskikking van al die partye en veral tot beskikking van die hof sal dien, sodat geregtigheid kan seëvier. Dit is nie noodwendig die party wat die geneesheer as deskundige getuie roep wie se saak ondersteun en

⁴⁶ R 36(9) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959; R 24(9) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

⁴⁷ Strauss 1987 *SA Practice Management* 27.

⁴⁸ Strauss 1987 *SA Practice Management* 27.

bevorder moet word nie, maar die getuie moet oor die algeheel onverskrokke, objektief en onafhanklik kan getuig.⁴⁹

Nie alleen geskied die aanbod van getuienis met objektiwiteit nie, maar ook met noukeurigheid. Getuienis moet op sodanige wyse aangebied word dat dit enersyds vir die leek eenvoudig en verstaanbaar is en andersyds vir bewysdoeleindes gefundeerd is. Die deskundige getuie moet eers 'n grondslag lê vir sy deskundige getuienis lê deur sy eie mening oor 'n kwessie te verskaf en mag daarna na mediese wetenskapsliteratuur verwys.⁵⁰

Hoewel die geloofwaardigheid van 'n getuie wel deur die opposisie aangeval mag word, het die hof 'n wye diskresie om irrelevantheid of misbruik daarvan, te verbied. Dit is die plig van die voorsittende beampte om 'n getuie in te lig dat dit nie verpligtend is om 'n inkriminerende of 'n vernederende vraag te beantwoord nie. Die getuie het die reg om te protesteer teen die beantwoording van só 'n vraag te probeer en kan die hof vra of hy verplig is om die vraag te beantwoord al dan nie. Indien die getuie uitdruklik versoek word om die vraag te beantwoord en hy dan sou weier, doen hy dit op eie risiko en kan dit op minagting van die hof neerkom. Voor getuienislewering kan die geneesheer weier om inligting oor sy pasiënt te verskaf aangesien dit professioneel oneties sou wees, maar in 'n getuiebank kan hy verplig word om die vraag te beantwoord, in welke geval hy dit dan moet doen.⁵¹

Kruisondervraging is al bestempel as "the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth."⁵² Wanneer 'n regspraktisyn met sy kruisondervraging begin, is die hoofdoel daarmee om getuienis aan die lig te bring wat sy party se saak steun en die juistheid van die teenkant se getuienis aan die twyfel trek en ten tweede het hy voor oë om die teenkant se getuie se geloofwaardigheid te toets. Kruisondervraging is dus gerig op die vraag na 'n

⁴⁹ Strauss 1987 *SA Practice Management* 27.

⁵⁰ Strauss 1987 *SA Practice Management* 30.

⁵¹ *Parkes v Parkes* 1916 CPD 702.

⁵² Wigmore *Evidence* soos aangehaal deur Hoffman *South African Law of Evidence* 321 vn 3 5 par 1367.

getuie se geloofwaardigheid en op feite relevant tot die regspraak.⁵³ Die regspraktisyn sal op sy hoede wees vir die sogenaamde "partisaan"-getuie, 'n aanhanger of voorstander van 'n betrokke party se saak, gewoonlik die party waarvoor hy/sy as deskundige getuie optree.⁵⁴

The nature of the witness oath should be ever present before him: he is not there to take sides, but to tell the truth, the whole truth, and nothing but the truth.⁵⁵

Kruisondervraging bring soms 'n vyandigheid by die medies-deskundige getuie vanweë professionele en persoonlike integriteit wat aangeval word, na vore.⁵⁶ Vanweë die soeke na sekerheid word konstante druk op medies-deskundige getuies uitgeoefen om sonder aarseling, gefundeerde en juiste getuienis af te lê. Vir medici beteken dit om op 'n vreemde wyse tot 'n wetenskaplike gevolgtrekking te kom, 'n wyse waaraan hulle totaal en al ongewoond is en wat ook nie binne hulle alledaagse werkswyse val nie:

A court of law may be the workroom for the attorney but it is the torture chamber for the doctor.⁵⁷

Vir die geneesheer om met 'n vooraf uitgewerkte, vooropgestelde teorie as deskundige getuie in die hof te staan, beteken dat hy die gevaar loop om onder kruisondervraging aan die kaak gestel te word. Hoewel die howe in die verlede altyd grootskaalse vryheid ten opsigte van kruisondervraging⁵⁸ toege-

⁵³ Hoffman *South African Law of Evidence* 322.

⁵⁴ Geneeshere wat normaalweg as deskundige getuies vir sekere partye optree, bv. versekeringsmaatskappye, of die distriksgeneesheer vir die staat, se getuienis moet met versigtigheid hanteer word. Daar kan 'n geneigdheid of versoeking wees om, uit die mag van die gewoonte of uit misplaaste lojaliteit, sy eie saak partydig te steun of bevooroordeel teenoor die teenkant te wees, sonder om objektiewe medies-wetenskaplik deskundige getuienis te lewer.

⁵⁵ Gordon *Medical Jurisprudence* 331.

⁵⁶ *S v Booij* 1964 1 SA 224 (OK); *S v Makaula* 1964 2 SA 575 (OK); *Mechanical and General Inventions Company and Lehweess v Austin and the Austin Motor Company* (1935) AC 346 360; (1935) All ER 22 27 28; Hoffman *South African Law of Evidence* 323.

⁵⁷ Lombardi *Medical Malpractice Insurance* 21.

⁵⁸ *Chester v Oldman* 1914 TPD 67; *S v Cele* 1965 1 SA 82 (A).

laat het en dit so min as moontlik onderbreek het,⁵⁹ sal die howe tog ingryp waar 'n getuie of kruisondervraer sy humeur verloor of in 'n argument betrokke raak of woorde in die mond van 'n teenstander wil plaas.

Nie alleen is kruisondervraging medici se nemesis nie, maar ook die onderlinge onenigheid wat tussen deskundiges bestaan.

The spectacle of such disagreement is often very unedifying, and tends to bring the profession concerned, particularly medicine, into disrepute. In accident cases, for example, it can often be seen how the medical evidence is coloured according to the 'side' the witness is on. In such a case, evidence given by a hospital practitioner is often the most impartial. It is easy to see how the same symptoms and complaints by a patient may tend to take on rather different characteristics, according to whether the examining physician is the patient's own doctor, or is the medical advisor to an insurance company. It is possible to allow oneself to take an optimistic view or a pessimistic one, to be sympathetic or unsympathetic. Difficult as it may be in practice, the practitioner who is to give evidence must endeavour to steer a middlecourse between all these extremes.⁶⁰

(d) Adversatiewe stelsel

Die adversatiewe stelsel in Suid-Afrika skep 'n minder gunstige hofatmosfeer vir die geneesheer, hetsy in sy hoedanigheid as party of as 'n deskundige getuie. Die adversatiewe stelsel⁶¹ vertoon sekere wesenskenmerke waaronder die reg van 'n party om te bepaal watter getuienis ingesamel en watter getuienis voorgelê sal word ter bewys van sy saak voor 'n onafhanklike en onpartydige hof.⁶² Die adversatiewe stelsel bied ruimte vir verskillende

⁵⁹ *R v Amod* 1958 2 SA 658 (N) 661; *Jones v National Coal Board* (1957) 2 QB 55; (1957) 2 All ER 155; (1957) 2 WLR 760; 101 Sol Jo 319, CA; Digest Cont Vol A 518.

⁶⁰ *Gordon Medical Jurisprudence* 331.

⁶¹ Van Loggerenberg 1987 *THRHR* 201. "Dit beteken dat die proses uit 'n geskil tussen twee teenoorstaande, gedingvoerende partye voortspruit en daarop gemik is om die geskil tussen dié twee partye te besleg."

⁶² Van Loggerenberg 1987 *THRHR* 201.

hofmodelle. Tiperend van die Suid-Afrikaanse hofmodel is die passiewe rol wat die voorsittende beampte speel.⁶³

Hoewel Van Loggerenberg se waarskuwing dat 'n litigasiemodel nie óf as adversatief óf inkwisatories getipeer moet word nie, geensins ligtelik opgeneem moet word nie,⁶⁴ is dit tog aan te beveel om weer oor die adversatiewe model van hofbeheer te besin. Soos aangedui sal word,⁶⁵ is baie van die alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes geskoei op so 'n stelsel van hofbeheer.

So negatief is Havard oor byvoorbeeld die adversatiewe stelsel in Engeland weens die nadeel wat dié stelsel inhou, dat hy op die eindelose wagbeurte op die hofrolle wys, in so 'n mate dat 'n deskundige getuie dalk ingelig sal moet word oor die geskiedenis van medisyne teen die tyd dat hy wel geroep word om oor 'n betrokke aangeleentheid te getuig.

There is now the spectacle of dead patients suing dead doctors.⁶⁶

Geneeshere in Engeland volg die voorbeeld van die Amerikaanse eweknie na en beoefen dus defensiewe medisyne.⁶⁷

⁶³ Van Loggerenberg 1987 *THRHR* 202. 'n Mens sou dié model ook "partybeheer" kon noem. In teenstelling hiermee getuig die (destydse Wes-) Duitse model van "hofbeheer" waarin die hof weer 'n aktiewe rol speel, ondervragend en leidinggewend ten opsigte van die partye ten einde die partye behulpsaam te kan wees om hulle sake voor die hof te lê, sonder om die partye se rol te misken ten opsigte van die formulering van geskilpunte en die aanbod van getuienis en regsargumente deur die partye self. Hierdie adversatiewe stelsel moet nie verwar word met die inkwisatoriese stelsel, waar die hof ter bevordering en beskerming van staatsbelange self 'n ondersoek loods na die ware feite van die saak, getuies oproep om getuienis te lewer en die aard en omvang van die skuldoorsaak bepaal (selfs verander) en selfs kan weier om 'n skikking wat deur partye bereik is, te aanvaar.

⁶⁴ Van Loggerenberg 1987 *THRHR* 202-203.

⁶⁵ Sien Hoofstuk 5 4 waar 'n kritiese vergelyking tussen die ADR en judisiële proses gedoen word asook Hoofstuk 6 3 waar die prosedures gevolg deur 'n ombudspersoon en keuringspaneel bespreek word.

⁶⁶ Havard 1989 *The Law Society's Gazette* 4.

⁶⁷ Geen onnodige mediese uitgawes word aangegaan uit vrees vir toekomstige skadevergoedingseise.

Regspraktisyns vind dit moeilik om beskikbare, bekwame medies-deskundige getuies vir 'n hofsaak te vind, veral in regsopptrede teen 'n verweerder-geneesheer. Die aantyging van die "King of Torts" in Amerika, soos aangevoer deur Belli, waarin hy die medici van 'n "conspiracy of silence" beskuldig, word deur Strauss met minagting behandel.⁶⁸ Strauss voer aan dat geneeshere nie koudbloedige lede van 'n esoteriese broederbond tussen geneeshere is, wat opsetlik swyg ten einde gesamentlike voordeel te trek en geensins ag slaan op die belange van pasiënte, wat as gevolg van gebrek aan vaardigheid, benadeel word nie.

Daar word dikwels uit die oog verloor dat die mediese wetenskap nie 'n eksakte wetenskap is nie en ondanks intensiewe navorsing en ongekeerde vooruitgang, geneeshere dit ook moeilik vind om 'n keuse tussen kontroversiële teorieë te maak en dit boonop in eenvoudige terme aan leke te verduidelik.

(e) Prosesuele tegnieke

In pogings ter ondervanging van die huidige probleme rakende deskundige getuies, is verskeie prosesuele tegnieke in Amerika op die proef gestel.

(i) Gesaghebbende bronne

'n Tegniek waarvan regsverteenvoerders gebruik maak om die probleme rakende medies-deskundige getuies en die aanbod daarvan te ondervang, is die gebruik in 'n enkele Amerikaanse state dat die eisers toegelaat word om in gedinge teen geneeshere gebruik te maak van gesaghebbende medies-wetenskaplike werke sonder om te steun op *viva voce* medies-deskundige getuies.⁶⁹ Strauss wys tereg daarop dat hierdie tegniek nie waterdig is nie, aangesien die gesag waarop gesteun word so tegnies van aard kan wees dat

⁶⁸ Strauss *Doctor Patient and the Law* 281.

⁶⁹ Strauss *Doctor Patient and the Law* 289 vn 7.

dit sonder die *viva voce* medies-deskundige getuie se deskundige verduideliking, waardeloos sal wees. Voorts wys Strauss tereg daarop dat die teenparty met behulp van mediese getuienis, juis kan aandui dat die werke óf foutief óf verouderd is, waarop die eisers nouliks kan antwoord.⁷⁰

(ii) Mediese deskundige getuie

'n Verdere tegniek wat eweneens in die Verenigde State van Amerika gebruik word, is om geneeshere voor die voet op 'n "mog't troffe" basis te dagvaar as getuies.⁷¹ Hierdie is egter 'n tegniek wat geheel en al te riskant is, aangesien die regsverteenvoorder totaal in die duister kan wees ten opsigte van die lojaliteit van die medies-deskundige getuie asook die standaard van die mediese getuienis wat die mediese deskundige gaan lewer.

(iii) Kruisondervraging tydens blootlegging

Selfs Belli se bekende "stoomrollertegniek" ingevolge waarvan kruisondervraging reeds tydens die blootleggingstadium afgehandel word, is eweneens onbetroubaar.⁷² Die onderskeie regsverteenvoorders sal juis gedurende die blootleggingstadium met die medies-deskundige getuies wil konsulteer oor sekere aangeleenthede voortspruitend uit blootgelegde stukke of uit opsommings wat deur die opposisie se medies-deskundige getuies afgelewer word. Om op hierdie stadium van blootlegging reeds toe te laat dat 'n gedeelte van die verhoor, naamlik hoof- en kruisondervraging plaasvind, is nie aanvaarbaar nie, aangesien geskilpunte tog juis weerlê of bewys moet word deur middel van getuienis gedurende die verhoor.

(iv) Liberalisering van mediese kwalifikasie

In Amerika word gebruik gemaak van die liberalisering van die kwalifikasie dat 'n mediese praktisyn nie meer nodig het om in dieselfde vertakking van die

⁷⁰ Strauss *Doctor Patient and the Law* 282-283.

⁷¹ Strauss *Doctor Patient and the Law* 282.

⁷² Strauss *Doctor Patient and the Law* 282 289 vn 3; Belli 1956 *Villa Nova Law Review* 250 275 ev.

mediese wetenskap te wees om vir of teen 'n verweerder-geneesheer medies-deskundige getuienis af te lê nie.⁷³ Die verslapping van dié prosedurereëls bring nog steeds nie verligting in die geval waar 'n mediese praktisyn sou weier om as 'n getuie op te tree nie.

3 PROSEDURELE STAND IN DIE SUID-AFRIKAANSE SIVIELE PROSES-REG

Die vraag kan gevra word na die houdbaarheid van alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes om 'n wanpraktyksgeskil op te los, eerder as om gebruik te maak van die litigasieproses ter oplossing van die geskil. Alvorens dié vraag na alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes beantwoord word, moet eers besin word oor enkele middele wat die Suid-Afrikaanse siviele prosesreg self bied om die probleem uit beide die geneesheer en die regspraktisyn se oogpunt, aan te spreek.

3.1 *Assessore in die landdroshof*

In die landdroshof maak die *Wet op Landdroshowe*⁷⁴ byvoorbeeld voorsiening vir assessore en kan die hof in enige aksie op aansoek van enige van die partye, die hulp van een of twee persone inroep wat kundig, ervare en bereid is om as assessore in 'n raadgevende hoedanigheid sitting te neem en te dien in die aangeleentheid waarop die aksie betrekking het.⁷⁵ Dit is duidelik uit die bewoording van artikel 34⁷⁶ dat dié persone nie oor regsopleiding hoef te beskik nie en dat medici, argitekte, boekhouders en ander professionele

⁷³ Strauss *Doctor Patient and the Law* 283 vn 8; McCoid 1959 *Vanderbilt Law Review* 549 615 ev.

⁷⁴ Wet 32 van 1944.

⁷⁵ A 34 en R 59 *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944. A 34 maak slegs melding van persone met kundigheid en ervaring in die saak waarop die aksie betrekking het.

⁷⁶ *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

persone eweneens as kenners op hulle onderskeie vakgebiede as assessore kan optree.⁷⁷

'n Gedingsparty wat 'n verhoor met assessore verlang, moet kennis gee van die aansoek om 'n verhoor met assessore.⁷⁸ Indien die aansoeker die eiser is, moet hy die kennisgewing van aansoek om assessore tesame met die kennisgewing van terrolleplasing van verhoor aflewer en indien die aansoeker die verweerder is, moet hy die kennisgewing van aansoek om assessore nie later as vyf dae nadat hy die kennisgewing van terrolleplasing vir verhoor ontvang het nie, afgee. Die kennisgewing moet óf die toestemming van die ander party bevat óf 'n kennisgewing wees waardeur die aansoek om aanhoring terrolle geplaas word. Die aantal assessore en name van die assessore wat in 'n saak sitting moet neem, word met die toestemming van die partye bepaal, of indien hulle nie kan ooreenkom oor die aantal assessore en die name van die assessore nie, word dit deur die hof bepaal.⁷⁹ Indien daar tot die aansoek toegestem word, of dit word deur die hof toegestaan, moet die klerk van die hof al die assessore wat in die toestemming genoem word of deur die hof aangewys is, oproep deur 'n dagvaarding op elkeen van hulle te beteken.⁸⁰ In geval enigeen van die assessore wat opgeroep is, nie aanmeld by die verhoor nie, kan die hof óf aangaan met die verhoor van die aksie met die hulp van die ander assessor as daar een is óf sonder die hulp van 'n assessor as geeneen hom aangemeld het nie óf kan die verhoor verdaag.⁸¹

Van tyd tot tyd stel die hof 'n lys van persone saam wat blyk bevoeg te wees om as assessor op te tree en ook gewillig is, om na redelike kennisgewing en

⁷⁷ Erasmus en Van Loggerenberg *Jones en Buckle The Civil Practice of the Magistrate's Court in South Africa* 141.

⁷⁸ R 59(5) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

⁷⁹ R 59(4) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

⁸⁰ R 59(7) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

⁸¹ R 59(8) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

teen betaling van die voorgeskrewe gelde, op te tree. 'n Assessor wat gedagvaar is om in 'n aksie op te tree, kan nie sonder verlof van die hof gedurende die verhoor bedank nie.⁸² Die hof kan ook met toestemming van al die partye, persone wat nie op die lys genoem is nie, roep om as assessore op te tree.⁸³

Dit sou ideaal gewees het om 'n algemene mediese praktisyn of mediese spesialis of 'n professor in die mediese wetenskap te kan kry om as assessor op te tree; persone wie se bekwaamheid, reputasie en kundigheid van kardinale belang is in die evaluering van die medies-deskundige getuienis. Ongelukkig ontmoedig swak assessorsgelde⁸⁴ en onnodige verdragings in die hofprosedure, persone om as assessore op te tree en word daar in die praktyk baie min gebruik gemaak van assessore.

3.2 Skeidsregters in die Hooggeregshof

'n Bykans eweknie van die assessor in die landdroshof is die skeidsregter in die Hooggeregshof.⁸⁵

⁸² R 59(1) en (2) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

⁸³ R 59(3) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

⁸⁴ 'n Assessor is geregtig op die vergoeding soos voorgeskryf deur die *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944, Bylae 2 Tabel D welke voorgeskrewe tariewe baie laag is. Tabel D Bylae 2 bepaal onder andere dat vir elke bywoning van 'n saak wat in sy geheel of gedeeltelik verhoor word, 'n assessor geregtig is op R70-00 vir elke uur of gedeelte van 'n uur vir sodanige bywoning, maar nie minder as R140-00 of meer as R350-00 vir elke sodanige bywoning nie (par 1 Bylae 2 Tabel D). Vir elke bywoning wanneer die saak nie verhoor word nie, maar uitgestel of geskik word, geskied betaling teen bogenoemde tarief maar met 'n minimum van R70-00 (par 2 Bylae 2 Tabel D). Bywoning word bereken vanaf die uur waarvoor die assessor gedagvaar is tot die uur waarop vonnis gegee of voorbehou word of tot die uur waarop die assessor uitdruklik deur die hof vrygestel word van verdere bywoning, watter een van die twee ookal eerste plaasvind (par 3 Bylae 2 Tabel D). Wanneer die saak verdaag, uitgestel of geskik word, word bywoning bereken vanaf die uur waarop die assessor gedagvaar is tot die uur waarop die saak verdaag, uitgestel of geskik word of tot die uur waarop die assessor uitdruklik deur die hof vrygestel word van verdere bywoning watter een van die twee ook eerste plaasvind (par 4 Bylae 2 Tabel D). 'n Assessor is ook geregtig op 'n reistoelaag bereken volgens tariewe in verhouding met die enjinslagvolume (par 5(a), (b), (c) en (d)). Die party wat 'n assessor verlang ingevolge R 59(6), moet 'n bedrag van R350-00 vir elke assessor waarom aansoek gedoen word, by die klerk van die hof inbetaal (par 6 Bylae 2 Tabel D).

⁸⁵ A 19bis *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

Die Hooggeregshof kan in 'n siviele geding, met toestemming van die partye, ten aansien van enige aangeleentheid wat 'n wetenskaplike of tegniese ondersoek verg en wat nie geredelik deur die hof gedoen kan word nie, vir ondersoek en 'n verslag daarvoor na 'n skeidsregter verwys, welke verslag in sy geheel of net gedeeltelik aanvaar kan word, met of sonder wysigings. Dit staan die hof ook vry om só 'n verslag vir 'n verdere ondersoek of vir 'n verdere verslag of oorweging na gemelde skeidsregter terug te verwys.⁸⁶ Vir doeleindes van die ondersoek deur die skeidsregter, beskik hy oor die bevoegdhede wat ingevolge 'n spesiale hofbevel toegeken word of deur hofreëls voorgeskryf word.⁸⁷ 'n Verslag wat deur die skeidsregter uitgebring is, word deur die hof aanvaar en het die effek van 'n hofbevinding in 'n siviele geding.⁸⁸

'n Onderzoek kragtens artikel 19*bis* van die *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959 word geag 'n siviele geding te wees vir doeleindes van die verkryging van 'n getuie se aanwesigheid en die voorlegging van 'n dokument voor 'n skeidsregter.⁸⁹

Besoldiging waarop die skeidsregter geregtig, is word deur die hofreëls voorgeskryf of indien geen sodanige besoldiging voorgeskryf word nie, word die besoldiging deur die hof bepaal en voorsiening moet onder andere gemaak word vir enige redelike uitgawes deur die skeidsregter aangegaan vir ondersoekdoeleindes. Die takseermeester van die Hooggeregshof is verantwoordelik vir die taksasie van die besoldiging en uitgawes en dit word geag koste in die geding te wees.⁹⁰

⁸⁶ A 19*bis*(1)(c) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

⁸⁷ A 19*bis*(3) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

⁸⁸ A 19*bis*(2) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

⁸⁹ A 19*bis* (4) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959. 'n Getuie wat sy samewerking weier (bv om sonder voldoende rede in gebreke bly om aanwesig te wees of te bly, eed- of plegtige verklaringaflegging weier, deur onvolledig en onbevredigend vrae te beantwoord, te weier om 'n dokument in sy besit voor te lê) is aan 'n misdryf skuldig en by skuldigbevinding strafbaar met 'n boete van hoogstens R300-00 of met gevangenisstraf vir 'n tydperk van hoogstens 3 maande.

⁹⁰ A 19*bis*(6) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

Groter inisiatief word aan die dag gelê by die gebruikmaking van 'n skeidsregter in die Hooggeregshof as in geval van 'n assessor in die landdroshof, aangesien die skeidsregter die afneem van medies-deskundige getuienis self hanteer. Die deskundige getuie behoort meer op sy gemak te wees by die aflegging van mediese getuienis tydens dié ondersoek as binne die formele hofverband. Daar dien gelet te word dat die wetsartikel slegs voorsiening maak vir 'n skeidsregter, synde dan een skeidsregter, en nie soos in geval van die assessore in die landdroshof waar daar van hoogstens twee gebruik gemaak kan word nie. In die saak van *Montres Rolex SA v Kleinhans*⁹¹ het waarnemende regter Seligson die volgende opgemerk:

... a claim for an order directing an inquiry into the damages suffered by an applicant as a result of the respondent's infringement of the applicant's trade mark is a form of relief which enjoys some recognition in our law, and, in principle, its acceptance afford no difficulty as it is directed to a determination of the damages actually sustained by the plaintiff, can serve a useful purpose and is not inconsistent with any fundamental tenet of our legal system. It seems, however, that, in order to function as an effective remedy, an inquiry into damages will often necessitate the Court giving directions in connection with the conduct of the inquiry, e.g. as to pleadings, discovery and related questions and in a proper case to refer the investigation of damages to a referee for report back to the Court. There is no Rule of Court which deals with such matters. Moreover, s 19bis of the *Supreme Court Act* 59 of 1959 only applies where the parties have consented to the issues being referred to a referee. There is a real need in our practice for a Rule of Court which invests the Court with specific regulatory powers in respect of an inquiry into damages. There is also every justification for a legislative amendment extending the Court's powers under s 19bis of the *Supreme Court Act* so that, *irrespective of the parties' consent*, the Court, in an appropriate case, can delegate to a referee the investigation of damages - or of any other aspect which is likely to prove complex or protracted, as envisaged by that section.

Die regter wys heeltemal tereg op die leemtes wat in die *Hooggeregshofwet*⁹² bestaan ten opsigte van 'n ondersoek deur die skeidsregter na skade-

⁹¹ 1985 1 SA 55 (K).

⁹² Wet 59 van 1959.

vergoeding en hoewel dit hier oor 'n handelsmerk gehandel het, kan dit eweneens op mediese wanpraktyksake toegepas word.

Daar is al uitbreidingsvoorstelle in die praktyk gemaak ten opsigte van artikel 19bis van die *Hooggeregshofwet*, sodat, ongeag die partye se toestemming, hierdie prosedure geïnisieer kan word.⁹³ Soos subartikel 1 tans daar uitsien, kan die hof 'n aangeleentheid vir ondersoek en verslag aan 'n skeidsregter verwys met die toestemming van die partye.⁹⁴ In die Engelse Sivele Prosesreg het 'n party die reg om op eie inisiatief verrigtinge na die *Chancery* en die *Queens Bench Division* as amptelike skeidsregter te verwys, sonder dat 'n hofbevel in dié verband benodig word. Dit is ook vir 'n amptelike skeidsregter moontlik om op navraag en verslag te reageer of om die hele aangeleentheid wat na hom verwys word deur die *Chancery* en *Queens Bench*, te hanteer. Die verwysing kan óf op aansoek van 'n party óf uit die hof se eie beweging plaasvind. Waar 'n amptelike skeidsregter die hele aangeleentheid moet hanteer, beskik hy oor dieselfde magte, verpligtinge en jurisdiksie as 'n regter van die Hooggeregshof.⁹⁵

'n Skeidsregter is geregtig op vergoeding soos deur die Hofreëls voorgeskryf, of indien sodanige vergoeding nie voorgeskryf word nie, die bedrag wat die hof mag bepaal en enige redelike uitgawes aangegaan in die uitvoering van sy werk. Dié kostes word deur die takseermeester getakseer en is koste in die geding.⁹⁶

⁹³ *LTA Construction Ltd v Minister of Public Works and Land Affairs* 1992 1 SA 837 (K) 847D-I en 854G-H.

⁹⁴ A 19bis Wet op Hooggeregshof 59 van 1959.

⁹⁵ RSC Ord 36 r 4. Erasmus, Breitenbach en Van Loggerenberg *Superior Court Practice* A1-38.

⁹⁶ A 19bis(6) Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959. Op hierdie stadium maak die hof 'n bevel rakende die vergoeding van 'n skeidsregter aangesien daar geen voorsiening in die hofreëls vir vergoeding gemaak word nie.

3.3 Voorverhoorsamesprekings⁹⁷

(a) Voorverhoorsamesprekings in die landdroshof

'n Prosedurele stap in die voorbereiding van die verhoor, wat van kardinale belang vir die verhoor self is, is die voorverhoorsamespreking wat om verskeie doeleindes plaasvind,⁹⁸ maar grotendeels om die geskilpunte uit te klaar en wat bygewoon kan word deur regsverteenwoordigers⁹⁹ en selfs mediese getuies.

Hierdie samespreking word voor die verhoor gehou ten einde die tyd en gepaardgaande koste wat die verhoor in beslag mag neem en kos, soveel as moontlik te beperk deur sover doenlik die geskilpunte te beperk en uit te lig. So byvoorbeeld kan medies-deskundige getuies onder andere ooreenkom oor welke aangeleenthede wedersyds erken word en aandui ten aansien van welke twispunte getuienis gelei moet word. Voorverhoorsamesprekings koop kosbare tyd vir almal betrokke by die verhoor en bring groot besparing van gedingskoste mee.¹⁰⁰

Hoewel die geskilpunte in pleitstukke geformuleer word, moet bewerings deur die lei van getuienis bewys word. Normaalweg word voorverhoorsamesprekings in die voorverhoorstadium gehou. Niks verhoed egter die landdroshof om op enige stadium van enige geregtelike verrigtinge volgens

⁹⁷ Voorverhoorkonferensie/voorverhooronderhoud. Die artikelopskrif (a 54 *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944) in Afrikaans en Engels is onderskeidelik "Voorlopige Verhoorprosedure vir Formulering van Geskilpunte" en "Pre-trial Procedure for Formulating Issues". Dit staan allerweë in die regsgeledere as voorverhoorsamesprekings/voorverhoorkonferensies bekend. Pretorius *Burgerlike Prosesreg in die Landdroshowe* 565 verwys na onderhoude vir bespoediging van gedingvoering.

⁹⁸ Sien hierna die onderskeie doeleindes van voorverhoorsamesprekings in 3.3 (a) en 3.3 (b).

⁹⁹ A 54 en R 25 *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944; R 37 *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959; *Briel v Van Zyl*; *Rolenyathe v Lupton-Smith* 1985 4 SA 163 (T).

¹⁰⁰ In *Jacobs v Parks Butchery (Edms) Bpk* 1946 EDL 313 319-320 word die doel van hierdie voorverhoorsamesprekings aangedui as "to provide a cheap and expeditious method of settling before the magistrate in chambers preliminary and ancillary points of procedure and evidence of the nature set forth in paras (a), (b), (c) or (d) of s 54(1)

goedduke, óf uit eie beweging¹⁰¹ óf op skriftelike versoek van 'n gedingsparty, te gelas dat die partye voor die hof in kamers moet verskyn vir 'n onderhoud vir doeleindes van voorverhoorsamesprekings nie.¹⁰² Die hoofdoel van die samesprekings voor die landdros is onder andere die vereenvoudiging van die geskilpunte;¹⁰³ die noodsaaklikheid of wenslikheid om pleitstukke te wysig;¹⁰⁴ die moontlikheid dat van feite of skriftelike stukke erken word ter vermyding van onnodige bewys;¹⁰⁵ die beperking van die aantal deskundige getuies¹⁰⁶ en alle sake wat die aksie spoedig en goedkoop kan afhandel.¹⁰⁷

'n Versoek deur 'n gedingsparty vir die hou van voorverhoorsamesprekings word deur die klerk van die hof aan die regterlike amptenaar voorgelê en sou die regterlike amptenaar besluit om 'n voorverhoorsamespreking te belê, reik die klerk 'n opdrag om voorverhoorsamesprekings by te woon, uit.¹⁰⁸ Na afloop van die samesprekings sal die hof 'n bevel uitvaardig wat die partye bind, tensy dit by die verhoor gewysig word om 'n klaarblyklike onreg te

with the object of lessening the costs and shortening the duration of cases pending in the court".

¹⁰¹ Erasmus en Van Loggerenberg *The Civil Practice of the Magistrates' Courts in South Africa* 238 vn 1; Coaker 1960 SALJ 368 wys daarop dat die howe selde uit eie beweging 'n voorverhoorkonferensie byeen roep. In die groter sentra kom pleitstukke eers die oggend van die verhoor onder oë van die voorsittende beamppte teen welke tyd die aanvanklike koste ten volle opgeloo het.

¹⁰² A 54 *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

¹⁰³ A 54(1)(a) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944; *Wessels v Johannesburg Municipality* 1970 3 SA 633 (W). By 'n voorverhoorkonferensie is geen ooreenkoms tussen partye bereik ten opsigte van enige geskilpunte nie. Die regter het egter opdrag aan die regsverteenvoordigers gegee om te konfereer ten einde ooreen te kom oor aspekte wat regtens by die voorverhoorkonferensie afgehandel moes gewees het. Op die eerste verhoordag is baie gou na konferering ooreengekom oor verskeie aspekte waaronder deskundige getuienis en *quantum* van skadevergoeding die belangrikste aspekte was.

¹⁰⁴ A 54(1)(b) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

¹⁰⁵ A 54(1)(c) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944; *Wessels v Johannesburg Municipality* 1970 3 SA 633 (W); *Techni-Pak Sales (Pty) Ltd v Hall* 1968 3 SA 231 (W).

¹⁰⁶ A 54(1)(d) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944; *Wessels v Johannesburg Municipality* 1970 3 SA 633 (W).

¹⁰⁷ A 54(1)(e) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

¹⁰⁸ R 25(2) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

voorkom.¹⁰⁹ Die inhoud van die bevel dui die stappe wat by die samesprekings geneem is, wysigings van pleitstukke en ooreenkomste wat gesluit is, aan.¹¹⁰

Indien 'n party weier of versuim om by die voorverhoorsamesprekings aanwesig te wees, kan die hof, benewens 'n bevel van minagting van die hof, 'n bevel uitvaardig wat in die omstandighede billik geag word en 'n kostebevel na afloop van die geding maak wat die afwesige party beveel om koste wat opgeloop het as gevolg van sy afwesigheid, te betaal.¹¹¹

Hoewel die landdroshof dus bywoning kan verplig, het dit geen bevoegdheid om beslissings in dié verband te maak nie. Die landdroshof mag hoogstens voorstelle maak en poog om die partye tot 'n ooreenkoms op verskeie aangeleenthede te beweeg; die keuse tot 'n ooreenkoms op welke aangeleentheid ook al, berus by die partye. Anders as in die Hooggeregshofverrigtinge (R 37), is dié prosedure nie verpligtend vir die partye nie.

(b) Voorverhoorsamesprekings in die Hooggeregshof

(i) Reël 37

Ten opsigte van voorverhoorsamesprekings in die Hooggeregshof moet die eiser se prokureur so gou doenlik na *litis contestatio* en terrolleplasing of na *litis contestatio* en versoek vir 'n verhoordatum, alle ander partye se prokureurs ten minste ses weke voor die verhoor skriftelik versoek om 'n samespreking by te woon op 'n wedersyds geskikte tyd vir doeleindes van inkorting van die verhoor.¹¹²

¹⁰⁹ A 54(3) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

¹¹⁰ A 54(2) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

¹¹¹ A 54(4) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

¹¹² R 37(1) – (11) *Wet 59 van 1959 Wet op die Hooggeregshof*. *Papp v Legal and General Assurance Society Ltd* 1966 2 SA 113 (OK); *Techni-Pak Sales (Pty) Ltd v Hall* 1968 3 SA 231 (W); *Santam Versekeringsmaatskappy Bpk v Leibrandt* 1969 1 SA 604 (K); *Peele (Edms) Bpk v Die Administrateur, Oranje-Vrystaat* 1982 3 SA 261 (O); *Grasso v Grasso* 1987 1 SA 48 (K); *Motor Industry Fund Administrators (Pty) Ltd and Another v Janit and Another* 1994 3 SA 56 (W); *Lekota v Editor, 'Tribute' Magazine*,

In *Lekota v Editor, 'Tribute' Magazine, and Another*¹¹³ wys regter Flemming op die doeleindes van 'n voorverhoorsamespreking:

A pre-trial conference in terms of Rule 37 of the Uniform Rules of Court, as amended by Government Notice R181 of 28 January 1994, is not meant to be a full preparation for trial; it is a stocktaking of possible co-operation in steps which will limit or prevent avoidable effort and costs.¹¹⁴

Die regter lig veral drie aspekte in dié verband uit, naamlik:¹¹⁵

- Voorverhoorsamesprekings is gemik op skikkingsonderhandelings/besprekings.
- Ten einde onnodige kostes te vermy moet betyds aandag gegee word aan 'n beperkte hoeveelheid spesifieke onderwerpe gedurende voorverhoorsamesprekings.
- Vanuit 'n koste-oorweging moet 'n party beskerm word teen 'n opponnent wat nie in staat is om met die verhoor aan te gaan of 'n opponnent wat nie ernstig is om met die verhoor aan te gaan nie.

Harms¹¹⁶ dui eweneens op die belang van die voorverhoorsamesprekings, naamlik die verkorting (inkorting)¹¹⁷ en gevolglike bespoediging van die duur

and Another 1995 2 SA 706 (W); *Lobel v Simmons* 1969 4 SA 537 (W); *Kopari v Moeti* 1993 3 SA 184 (B). Indien die eiser se prokureur versuim om in terme van R 37(2)(a) 'n voorverhoorsamespreking byeën te kry, kan die verweerder se prokureur in terme van R 37(2)(b) so 'n voorverhoorsamespreking reël. Die partye moet 'n ooreenkoms bereik ten opsigte van die voorverhoorsamesprekings se datum, tyd en plek. Word geen ooreenkoms bereik nie, sal die aangeleentheid aan die Griffier voorgelê word vir beslissing in dié verband. R 37(3) en (4).

¹¹³ 1995 2 SA 706 (W).

¹¹⁴ *Lekota v Editor, 'Tribute' Magazine, and Another* 1995 2 SA 706 (W) 706 707 709. Dit is baie duidelik dat die kern van voorverhoorsamesprekings nog nooit verander het nie, maar ongelukkig nie ten volle met erns geïmplimenteer is nie. Voor die wysiging op 1 Maart 1994 het R 37 nie veel praktiese betekenis gehad nie. Samesprekings is tot op die laaste uitgestel en was bloot 'n formaliteit wat afgehandel moes word.

¹¹⁵ *Lekota v Editor, 'Tribute' Magazine, and Another* 1995 2 SA 706 (W) 707.

¹¹⁶ *Civil Procedure in the Supreme Court : Students' Edition* 261.

¹¹⁷ *Bosman v AA Mutual Insurance Association Ltd* 1977 2 SA 407 (K); *Peele (Edms) Bpk v Die Administrateur Oranje Vrystaat* 1982 3 SA 261 (O) *Jacobs v Parks Butchery (Edms) Bpk* 1946 EDL 313 320: "... it was contemplated that matters might

van hofgedinge, asook die poging ter skikking van die geskilpunte. Deur die tydige oorweging en vermindering van verskeie aspekte (waaronder geskilpunte),¹¹⁸ word 'n poging aangewend om skikkingsooreenkomste te bewerkstellig en gevolglik regskostes te verminder of te besnoei.¹¹⁹

Voor die wysiging van Reël 37 op 1 Maart 1994,¹²⁰ was die doeleindes van voorverhoorsamesprekings in die Wet gemik op die "inkorting van verrigtinge" soos die reëlopskrif gelees het. In die ou Reël 37¹²¹ word die volgende doeleindes aangetref: erkenning van feite en dokumente;¹²² uitwisseling van deskundiges se verslae tussen partye;¹²³ ooplegging van stukke;¹²⁴ verskaffing van verdere besonderhede redelikerwys benodig vir verhoordoeleindes;¹²⁵ konsolidasie van verhore;¹²⁶ voorbereiding en inhandiging van gepagineerde bundels vir verhoordoeleindes¹²⁷ en die *quantum* van skadevergoeding.¹²⁸

Dit val nie te betwis dat die ou Reël 37 nie aan die vereistes voldoen het om werklik die hofverrigtinge in te kort nie, vandaar die uitvaardiging van die nuwe Reël 37.¹²⁹ Die nuwe Reël 37 bevat inhoudelike besonderhede van die lys¹³⁰ wat aan elke party verskaf moet word voor die samesprekings asook die

be submitted to a pre-trial conference only if they aided in the expeditious and inexpensive disposal of the action, not if they disposed of the action altogether".

¹¹⁸ *Lekota v Editor, 'Tribute' Magazine, and Another* 1995 2 SA 706 (W) 708; *Hendriks v President Insurance Co* 1993 3 SA 158 (K) 166E.

¹¹⁹ *Santam Versekeringsmaatskappy Bpk v Leibrandt* 1969 1 SA 604 (K); *Grasso v Grasso* 1987 1 SA 48 (K) 61; *Wessels v Johannesburg Municipality* 1970 3 SA 633 (W).

¹²⁰ *Wet op Hooggeregshof* 59 van 1959 GK 181 Staatskoerant van 28 Januarie 1994.

¹²¹ (1)(a)(i) - (ix).

¹²² R 37 (1)(a)(i) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹²³ R 37 (1)(a)(iv) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹²⁴ R 37 (1)(a)(iii) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959; *Durban City Council v Minister of Justice* 1966 3 SA 529 (D).

¹²⁵ R 37 (1)(a)(v) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹²⁶ R 37 (1)(a)(vii) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹²⁷ R 37(1)(a)(ix) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹²⁸ R 37 (1)(a)(viii) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹²⁹ GK 181 Staatskoerant van 28 Januarie 1994; Flemming 1991 *THRHR* 759-774.

¹³⁰ R 37(4)(a)-(c) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

inhoudelike besonderhede van die voorverhoorkonferensie-notule.¹³¹ Die inhoudelike besonderhede moet die hof oortuig dat daar wel voorverhoorsamesprekings gehou is en dat daar met spesifieke geskilpunte gehandel is. Uit die inhoud van die notule moet die volgende blyk:¹³²

- die datum, tyd, plek en tydsduur van die voorverhoorsamesprekings;¹³³
- die name van die persone teenwoordig by die voorverhoorsamesprekings;¹³⁴
- 'n klagte dat die ander party nie die reëls nagekom het nie, die aard van nie-nakoming en hoe benadeling as gevolg daarvan plaasgevind het;¹³⁵
- dat elke party 'n skikking versoek het;¹³⁶
- elke party se reaksie op die versoek tot 'n skikking;¹³⁷
- enige aangeleentheid wat vir mediasie, arbitrasie of beslissing deur 'n derde party verwys is en op welke basis die verwysing geskied het.¹³⁸
- verwysing na 'n ander hof;¹³⁹
- aparte beslegting van geskilpunte;¹⁴⁰

¹³¹ R 37(6)(a)-(k) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959*; *Lekota v Editor, 'Tribute' Magazine, and Another* 1995 2 SA 706 (W).

¹³² R 37(6)(a)-(k) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959*. Van dié aspekte verteenwoordig meteen die doeleindes van voorverhoorsamesprekings.

¹³³ R 37(6)(a) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959*.

¹³⁴ R 37(6)(a) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959*.

¹³⁵ R 37(6)(b) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959*.

¹³⁶ R 37(6)(c) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959*.

¹³⁷ R 37(6)(c) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959*.

¹³⁸ R 37(6)(d) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959*.

¹³⁹ R 37(6)(e) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959*.

¹⁴⁰ R 37(6)(f) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959*.

- erkennings deur elke party;¹⁴¹
- onus om te bewys;¹⁴²
- wie met die hofverrigtinge moet begin;¹⁴³
- bewys van feite deur middel van verklarings;¹⁴⁴
- wie verantwoordelik is vir die kopiëring en voorbereiding van die stukke;¹⁴⁵
- watter dokumente of afskrifte sonder verdere bewys as getuienis sal dien en watter gedeeltes bewys kan word sonder om die hele dokument te bewys of enige ooreenkoms bereik rakende die bewys van dokumente.¹⁴⁶

Flemming lig ses besondere aktiwiteite uit hoofde van Reël 37(6) uit:¹⁴⁷

- Reël 37(6) werk die vrees wat 'n party koester dat wanneer hy 'n onderwerp aanroer, dit getuig van 'n swakheid om 'n moontlike skikking te bewerkstellig teen.¹⁴⁸ 'n Skikking veronderstel nie noodwendig 'n negatiewe afleiding van swakheid of "verloor" nie. Dit is juis weens hierdie ongegronde vrees om as "swakkeling" of "verloorder" getipeer te word, dat partye somtyds teen hulle beterwete litigeer, ongeag kostes wat oloop, bloot ter wille van misplaaste aansien.
- Reël 37(6) vereis van partye 'n voorraadopname, 'n herbesinning oor stygende verhoorkostes en of enigsins met die verhoor voortgegaan

¹⁴¹ R 37(6)(g) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁴² R 37(6)(h) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁴³ R 37(6)(l) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁴⁴ R 37(6)(i) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁴⁵ R 37(6)(j) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁴⁶ R 37(6)(k) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁴⁷ *Lekota v Editor, 'Tribute' Magazine, and Another* 1995 2 SA 706 (W) 707f.

¹⁴⁸ R 37(6)(c) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

en/of afgehandel moet word in die Hooggeregshof.¹⁴⁹ Partye behoort ook oor die aanwending van alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes ter oplossing van 'n geskil, te besin.¹⁵⁰

- Reël 37(6) werk die praktyksgebruik in die hand dat 'n beslissing oor die skeiding van geskilpunte in terme van Reël 33(4), oorweeg moet word voordat verhoorkoste ten opsigte van al die geskilpunte opgeloop het.¹⁵¹
- Reël 37(6) voorkom die onnodige uitreiking van 'n getuiedagvaarding. Dit is belangrik om vooraf in voorverhoorsamesprekings ooreen te kom oor wat in geskil is en die getuies daarvolgens op te roep.

Indien kopieë van dokumente toegelaat word¹⁵² of beëdigde verklaarings¹⁵³ in terme van Reël 38(2), word onnodige koste gespaar.

- Reël 37(6) noodsaak partye om op die datum, plek, tyd en duur van voorverhoorverrigtinge te konsentreer. Partye het die geleentheid om die aard van die nadeel en in welke mate hy benadeel is deur die nie-voldoening aan die hofreëls deur die ander party, aan te dui. Enige faktor wat die verhoor in die wiele mag/kan ry word aan die lig gebring in terme van Reël 37(6).¹⁵⁴ Die verhoor kan op koers gestuur word en kostes kan meteen laag gehou word.
- Reël 37(6) is van hulp vir 'n verweerder wat opmerk dat 'n eiser niks doen om vir die verhoor voor te berei nie en hy as verweerder laat

¹⁴⁹ R 37(6)(c), (d), (e) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959; Lekota v Editor, 'Tribute' Magazine, and Another* 1995 2 SA 706 (W) 707J.

¹⁵⁰ R 37(6)(d) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959.*

¹⁵¹ R 37(6)(f) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959; Lekota v Editor, 'Tribute' Magazine, and Another* 1995 2 SA 706 (W) 708A-B.

¹⁵² R 37(6)(k) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959; Lekota v Editor, 'Tribute' Magazine, and Another* 1995 2 SA 706 (W) 708B-C.

¹⁵³ R 37(6)(i) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959.*

¹⁵⁴ R 37(6)(a) en (b) *Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959; Lekota v Editor, 'Tribute' Magazine, and Another* 1995 2 SA 706 (W) 708C-D.

gevolglik na om te reël vir regsbystand, getuies en konsultasies, net om by die verhoor onverhoeds betrap te word deur die eiser. Reël 37(6) plaas die verweerder in 'n posisie waar die eiser die reël ignoreer het, om absolusie van die instansie te versoek.¹⁵⁵

Die partye is verplig om in 'n siviele aksie in die Hooggeregshof 'n voorverhoorsamespreking te hou en kan selfs nie eens by wyse van ooreenkoms afstand doen van die bepalings van Reël 37 nie.

Die eiser rig 'n Reël 37 kennisgewing aan die verweerder ten einde 'n voorverhoorsamespreking te hou. Hierdie Reël 37 kennisgewing moet binne 5 dae na ontvangs van die verhoordatum, afgelewer word aan die verweerder. Sou die eiser versuim om 'n Reël 37-samespreking byeen te roep, moet die verweerder die voorverhoorsamespreking binne 30 dae reël.¹⁵⁶ Die party wat die voorverhoorsamespreking reël is geregtig om die datum, tyd en plek daarvoor te spesifiseer. Dit is wel moontlik vir die partye om die reëlings te wysig by wyse van ooreenkoms.¹⁵⁷ In geval waar die partye totaal verskil ten aansien van die voorverhoorreëlings, moet die Griffier die reëlings tref.¹⁵⁸

Die voorverhoorsamesprekings moet ten minste ses weke¹⁵⁹ voor die verhoor plaasvind en die notule moet ten minste vyf weke¹⁶⁰ voor die verhoor, geliasseer word.

Ten minste tien dae¹⁶¹ voor die voorverhoorsamesprekings moet elke party 'n lys verskaf waarin erkennings wat vereis word, navrae gedoen word¹⁶² en

¹⁵⁵ *Lekota v Editor, 'Tribute' Magazine, and Another* 1995 2 SA 706 (W) 708D-E.

¹⁵⁶ R 37(2) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959; *Santam Versekeringsmaatskappy Bpk v Leibrandt* 1969 1 SA 604 (K).

¹⁵⁷ R 37(3)(a) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁵⁸ R 37(3)(b) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁵⁹ R 37(3)(a) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁶⁰ R 37(7) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959; *Kemp v Randfontein Estates Gold Company* 1996 1 SA 373 (W).

¹⁶¹ R 37(4) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁶² LW dit is nie 'n versoek om verdere besonderhede vir doeleindes van verhoor nie.

aangeleentede wat bespreek moet word, vermeld word. Die doel hiervan is om partye in staat te stel om vir die voorverhoorsamesprekings voor te berei.

Die eiser se regsverteenvoorder moet 'n notule hou van die voorverhoorsamesprekings.¹⁶³ Die notule word deur of ten behoewe van beide litigante onderteken nadat dit met groot sorg en vaardigheid opgestel is.¹⁶⁴ Die ondertekende notule van die verrigtinge word deur advokate van die vloer opgehandig.

In terme van Reël 37(8)(a) het 'n regter-in-kamers¹⁶⁵ die bevoegdheid om te enigertyd partye se regsverteenvoorder in sy kamers byeen te roep vir doeleindes van 'n voorverhoorsamespreking.¹⁶⁶ Die oproep kan uit eie beweging of op voorstel van 'n party plaasvind. Die regter kan ook gelas dat 'n party persoonlik by sodanige verrigtinge teenwoordig moet wees.

Harms bevrage het 'n regter se bemoeienis met skikkingsonderhandelings¹⁶⁷ en voer tereg aan dat so 'n inmenging kan veroorsaak dat 'n regter gediskwalifiseer word om as verhoorregter verder in die betrokke saak diens te doen. Reël 37(8)(b) bevat egter die voorskrif dat geen bepaling van Reël 37 so uitgelê moet word dat 'n regter voor wie 'n voorverhoorkonferensie plaasvind, by skikkingsbesprekings betrokke raak nie. Selfs die inhoud van 'n reaksie op 'n versoek om skikkingsvoorstelle mag nie aan die regter geopenbaar word nie.¹⁶⁸

¹⁶³ Harms *Civil Procedure in the Supreme Court Students' Edition* 263.

¹⁶⁴ *Bosman v AA Mutual Insurance Co Ltd* 1977 2 SA 407 (K); *Hendricks v President Insurance Co Ltd* 1993 3 SA 158 (K).

¹⁶⁵ Nie noodwendig die verhoorregter nie.

¹⁶⁶ Dit geld vir die hou van voorverhoorsamesprekings sowel as die voortsetting van voorverhoorsamesprekings; waar 'n party nie samewerking nie maar 'n onwilligheid of opstandigheid van die opposisie by voorverhoorsamesprekings ondervind, kan die verrigtinge voor 'n regter voortgesit word.

¹⁶⁷ Harms *Civil Procedure in the Supreme Court Students' Edition* 264; R 37(8)(b) maak bemoeiing moontlik in skikkingsonderhandelings tussen partye. 'n Regter het egter geen bevoegdheid om 'n party te dwing om 'n ooreenkoms te bereik ten opsigte van 'n saak nie. Sien ook regter Griesel se kritiek in 2001 *De Rebus* 9.

¹⁶⁸ 'n Uitsondering bestaan waar die regter en alle partye daartoe instem R 37(8)(b) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

'n Regter kan, met toestemming van die partye, 'n aanwysing verskaf wat die effektiewe verloop van die verhoor kan bevorder.¹⁶⁹ Die eiser moet die notule van die verrigtinge voorberei, die partye moet dit onderteken en binne 5 dae by die griffier liasseer.¹⁷⁰

'n Regter in kamers kan sonder die aanhoor van die partye, afwykings van die Reël 37-tydsbepalings beveel.¹⁷¹ 'n Aanwysing wat voor die aanvang van die verhoor gemaak is, kan gewysig word.¹⁷²

'n Groot mate van judisiële kontrole word uitgeoefen deurdat die hof oor bevoegdheid beskik om 'n spesiale kostebevel¹⁷³ teen 'n party of sy prokureur te maak vanweë versuim om 'n voorverhoorkonferensie by te woon of in 'n wesenlike mate versuim het¹⁷⁴ om die effektiewe afhandeling van litigasie te bevorder. Harms¹⁷⁵ waarsku egter teen die uitoefening van dié bevoegdheid en voer aan dat dit by nabaat altyd maklik is om wys te wees. Daar moet in gedagte gehou word dat sekere feite en advies beskikbaar is vir voorverhoor-doeleindes en dat baie van die feite en advies nog geprivilegieerd is en nie verduidelik of openbaar kan word aan die hof nie.

(ii) Reël 37A¹⁷⁶

In die Kaapse Provinsiale Afdeling van die Hooggeregshof het Reël 37A¹⁷⁷

¹⁶⁹ R 37(8)(c) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁷⁰ R 37(8)(d) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁷¹ R 37(10) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁷² R 37(11) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959. Vanweë die feit dat 'n regter 'n aanwysing slegs met die toestemming van die partye mag doen, is dit 'n submissie dat 'n wysiging van sodanige aanwysing alleen bewerkstellig kan word met die partye se toestemming. Erasmus *ea Superior Court Practice* B1 - 274C.

¹⁷³ R 37(9) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁷⁴ *Techni-Pak Sales (Pty) Ltd v Hall* 1968 3 SA 231 (W) 239G-240A; *Grasso v Grasso* 1987 1 SA 48 (K) 61J-62B.

¹⁷⁵ *Civil Procedure in the Supreme Court Students' Edition* 264.

¹⁷⁶ Herroep in GK R 373 Staatskoerant van 30 April 2001.

¹⁷⁷ *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

aanvanklik as 'n twee jaar proefloop gedien.¹⁷⁸ Reël 37A is met ingang van 1 Desember 1997 vervang met 'n nuwe Reël 37A¹⁷⁹ en is eventueel herroep op 30 April 2001.¹⁸⁰

Die doel van Reël 37A was om die bestaande prosedure in terme van Reël 37 van die Uniforme Hofreëls¹⁸¹ wat voorsiening maak vir verpligte voorverhoorsamesprekings, in 'n meer effektiewe vorm te giet, ten einde te verseker dat hofsake spoedig en effektief vir verhoor opkom.¹⁸² Die Departement Justisie het R360 000 beskikbaar gestel vir die daarstel van 'n nodige infrastruktuur.¹⁸³

Indien partye volgens dié reël¹⁸⁴ in siviele verrigtinge sou handel, kon die saak met gemak en met min judisiële tussentrede vanaf die sluiting van pleitstukke tot die verhoorstadium, binne 'n agt tot nege maande tydsbestek gevoer word. Daarenteen kon 'n regter op verskeie stadia in dié verrigtinge ingryp en aanwysings gee indien 'n saak nie voldoende vorder nie. 'n Saak wat nie na bevrediging gevorder het nie, kan selfs van die rol geskrap word om plek te maak vir behoorlik voorbereide sake wat spoedig afgehandel kan word.

Reël 37A kon aangewend word as 'n alternatiewe metode om 'n geskil spoedig, relatief eenvoudig en koste-effektief, op te los. Ongelukkig het Reël 37A¹⁸⁵ nie aan die verwagtinge voldoen nie en is dit herroep. Verskeie redes kan aangevoer word vir die mislukking,¹⁸⁶ naamlik die beloofde infrastruktuur

¹⁷⁸ R 37A is ingevoeg deur GK 1843 Staatskoerant van 1 Oktober 1993 en het toepassing gevind vanaf 1 Desember 1995 tot 30 November 1997. Die verlengde tydperk is bepaal kragtens GK R1984 Staatskoerant van 22 Desember 1995.

¹⁷⁹ GK R1352 Staatskoerant van 10 Oktober 1997.

¹⁸⁰ Herroep in GK R 373 Staatskoerant van 30 April 2001.

¹⁸¹ *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁸² Erasmus ea *Superior Court Practice* B1-274K.

¹⁸³ Griesel 2001 *De Rebus* 8.

¹⁸⁴ Erasmus ea *Superior Court Practice* B1-274K.

¹⁸⁵ *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

¹⁸⁶ Ek noem dié redes en wel met 'n doel. Vir doeleindes van die ontwerp van 'n gepaste metode (hetsy judisiel of in die alternatiewe) is dit belangrik om deurgaans kennis te

wat nooit gematerialiseer het nie en die Reël 37A komplekse voorverhoor-prosedure wat 'n geweldige groot las op die skouers van 'n departement wat 'n tekort aan personeel gehad het, geplaas het:

In a comedy of errors and bureaucratic bungling the appointment of a dedicated 'case manager' and production of the necessary computer software to assist him was delayed, postponed and eventually simply forgotten. Trying to administer a judicial case management system such as r 37A under these circumstances was like having a brand new Ferrari pulled by a team of donkeys because no engine had been fitted.¹⁸⁷

Monitering deur justisiepersoneel van sperdatums¹⁸⁸ waaraan voldoen moes word, kon nie betyds plaasvind nie.

neem van struikelblokke wat hulle kan voordoen in die soeke na 'n gepaste metode om 'n geskil spoediger op te los.

¹⁸⁷ Griesel 2001 *De Rebus* 8.

¹⁸⁸ Voorbeelde van sodanige datums is:

(1) Inskrywingsdatum

Die verrigtinge neem in aanvang op die inskrywingsdatum, naamlik die datum waarop besonderhede vereis word om 'n saak ter rolle te plaas in die verhoorregister. R 37A(3). Terrolleplasing geskied ingevolge R 34(1) van die Reëls *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959 van toepassing op die Kaapse Provinsiale Afdeling van die Hooggeregshof.

(2) Datum van vorderingskonferensie

Die eerste voorverhoorsamespreking wat plaasvind is die sogenaamde vorderingskonferensie, wat binne twee maande na die inskrywingsdatum gehou moet word en deur al die partye bygewoon moet word. Die eiser se prokureur moet nie later as drie maande na die inskrywingsdatum 'n notule indien, onderteken deur al die partye en wat 'n toestemming tot 'n bevel bevat asook lyste van alle aangeleenthede waaroor ooreengekom is/nie en ten opsigte waarvan 'n party(e) die hof wil versoek om 'n bevel te maak. Waar die regter egter nie tevrede is met die vorderingskonferensie nie, kan die regter bykomend tot enige bevel 'n aanwysingsverhoor gelas. Word geen aanwysingsverhoor gelas nie, moet die regter 'n nakomingsdatum vasstel vir die aanwysingsgegee. R 37A(4)(a) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959. Die Engelse teks verwys na die "Progress Conference". Die party wat die besonderhede ingeskryf het, moet hoogstens 20 dae na die inskrywingsdatum 'n konferensie belê. R 37A(6)(a) en (c) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959. Waar die eiser nie verteenwoordig word nie, moet die verweerder se prokureur die notule indien. R 37A(7)(c) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959. Indien die regter byvoorbeeld nie oortuig is dat die partye die vereistes van die vorderingskonferensie ten volle nagekom het nie of die doeleindes van die vorderingskonferensie nie behoorlik in ag geneem het nie of daar bestaan nog onopgeloste geskilpunte wat verband hou met die voer van verdere verrigtinge, word 'n aanwysingsverhoor gelas. R 37A(7)(d) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

(3) Datum van aanwysingsverhoor

Die Griffier moet die partye minstens vyf dae kennis gee van die plaasvind van die aanwysingsverhoor. R 37A(9)(b) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

(4) Datum van verstekverhoor

Regsverteenwoordiging het hulle skuldig gemaak aan verskeie oortredings¹⁸⁹ van Reël 37A, soveel so dat die doeleindes wat met die voorverhoorverrigtinge in terme van dié reël beoog is, nie aan voldoen is nie.

In the process, the lawyers paid lip service to the provisions of the rule, while ignoring its underlying purpose – to avoid litigation where possible, by early identification of the issues. Their efforts often resulted in a complete parody of the intention of the rule-maker. For example, instead of defining the matters in issue and considering 'whether such issues can be settled by agreement or, alternatively, limited, whether conditionally or otherwise, by agreement and reach agreement upon steps to promote settlement of all or some of the issues', as required by subr (5)(d), their minutes would often

Wanneer 'n party nie 'n aanwysing van die hof behoorlik en betyds nakom nie of versuim om 'n bepaling ingevolge R 37A na te kom, moet die ander party(e) nie later as vyf dae na die versuim, 'n kennisgewing van verstek aflewer. Waar die verstek-kennisgewing nie opgevolg word met 'n skriftelike kennisgewing binne sewe dae dat die gebrek aangesuiwer is nie, moet die griffier onmiddellik kennis gee van die verstekverhoor. R 37A(12)(a) en (b) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959. Die skriftelike kennisgewing kan deur enigeen van die partye gegee word. R 37A(12)(d) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

(5) Datum vir nakomingsertifikaat

Die nakomingsertifikaat moet nie later as tien dae na die inskrywingsdatum deur die eiser ingedien word nie. Indiening geskied nadat alle aanwysings en bevele nagekom is. Waar 'n party versuim om 'n nakomingsertifikaat in te dien, moet die Griffier die aangeleentheid vir 'n verstekverhoor ter rolle plaas. R 37A(13)(a) en (b) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

(6) Datum van finale konferensie

By indiening van 'n nakomingsertifikaat moet die Griffier onverwyld 'n verhoordatum toeken en die aangeleentheid vir 'n finale konferensie voor 'n regter ter rolle plaas. R 37A(14)(a) en (b) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

(7) Sperdatums op die nie-gereedlys

'n Verstekverhoor staar partye in die gesig waar 'n saak vir drie maande op die nie-gereed-lys is. Die Griffier stuur 'n kennisgewing aan die eiser waarin die eiser meegedeel word dat, tensy by die hof aansoek gedoen word om die saak van die nie-gereed-lys te verwyder binne 30 dae na die kennisgewing, die partye verplig is om die verstekverhoor by te woon. Daar rus 'n plig op die regsverteenwoordiger om die kliënt onverwyld in te lig oor die kennisgewing en wat die gevolge is indien die saak vir langer as 12 maande op die nie-gereed-lys bly en ook die stappe wat geneem word waar die saak van die nie-gereed-lys verwyder word en weer vir verhoor ter rolle te plaas. Waar die verrigtinge vir langer as 12 maande op die nie-gereed-lys bly, moet die Griffier die saak na die Regter-President verwys. Die Regter-President sal bevele maak wat nodig geag word vir die billike, doeltreffende en bekostigbare afhandeling van die saak. R 37A(15)(b) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959. Die verstekverhoor word gehou binne 45 tot 60 dae na die datum van die kennisgewing. R 37A(15)(c)(i) en (f) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959. Die bevele kan ook kostebevele en afwysing van die aksie insluit.

¹⁸⁹

Sien Griesel 2001 *De Rebus* 8-9 vir die volledige bespreking.

simple record in bland terms that 'the issues are as defined in the pleadings!'¹⁹⁰

Sommige regters het Reël 37A as 'n ekstra werkslas beskou en was nie entoesiasies in die toepassing van die reël nie.¹⁹¹

Die reël was lank¹⁹² en kompleks en moes met 'n ystere wetshand hanteer en afgedwing word. Die wetgewer self is ook te blameer vir die mislukking van die reël:

Whatever the causes for the failure of the experiment, it needs to be said, loudly and clearly, that the repeal of r 37A should not be seen as an indictment against the concept of judicial case management, but rather as an indictment against the way in which it was implemented. There can be no doubt whatsoever that judicial case management is the ideal to strive for.¹⁹³

Die uniforme reël wat tans geld in alle provinsiale en plaaslike afdelings van die Hooggeregshof ten opsigte van voorverhoorkonferensies, is die bestaande Reel 37.¹⁹⁴

Die voorstel van regter Griesel¹⁹⁵ rakende voorverhoorsamesprekings is een van 'n algehele nasien ("overhaul") van die siviele prosesregstelsel. Die Departement van Justisie in samewerking met SITA en die Reëlsraad¹⁹⁶ het 'n

¹⁹⁰ Griesel 2001 *De Rebus* 8-9.

¹⁹¹ Griesel 2001 *De Rebus* 9.

¹⁹² R 37A het 20 subartikels gehad.

¹⁹³ Griesel 2001 *De Rebus* 9. Erasmus 2001 *De Rebus* 39, 'n voorstander van "case management", betreur eweneens die herroeping van R 37A.

¹⁹⁴ *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959. Dit is geskoei op die voorstelle van regter Flemming soos gepubliseer in 1991 *THRHR* 759. Regter Griesel ondervind probleme met die toepassing van subreël 8 soos deur regter Fleming voorgestel. Sien ook dieselfde beswaar van regter Harms (vn 167) teen die bemoeiing van 'n regter in skikkingsonderhandelinge tussen partye. Judisiële kontrole onderworpe aan die toestemming van partye is geen kontrole in die ware sin van die woord nie: "As a first step back towards judicial case management, a bit of simple cosmetic surgery is required by excising from the rule the requirement relating to the consent of the parties. This is a short-term solution that will enable an imaginative and pro-active judge to exercise some degree of control over the process."

¹⁹⁵ 2001 *De Rebus* 9.

¹⁹⁶ *State Information Technology Agency*.

Court Process Project begin met die doel om die siviele prosesreg¹⁹⁷ meer kompak en vaartbelyn te maak asook te rekenariseer.

Regter Fleming¹⁹⁸ het daarenteen Erasmus¹⁹⁹ se pleidooi vir toesig oor 'n saak vanaf die instel van die siviele verrigtinge tot en met die afhandeling die sogenaamde "case management", gekritiseer en voorgestel:

... the basic proposition must be that there should be no management of that which does not improve with management. The best method of administration is the system which demands the least administration. The basic attention must not be to the more mechanical (as applied to information technology) but to the substance (meaning content and in particular human decision taking). It is not the file and its papers which are important but the resolution of the differing views of the parties.²⁰⁰

Fleming²⁰¹ dui daarop dat Reël 37 soos tans van toepassing op alle voorverhoorsamesprekings in alle provinsiale en plaaslike afdelings van die Hooggeregshof, geskik is en dieselfde doel bereik as wat Reël 37A moes bereik het, met uitsondering van die gevolge van nie-nakoming van die voorskrifte in terme van dié reël.

Myns insiens kan die nuttigheid van getuie-opsommings²⁰² hierby gevoeg word as aangeleenthede waarvoor Reël 37A voorsiening gemaak het. In bestrede siviele aksies moet elke party 'n opsomming van die getuienis van 'n getuie wat elke party voornemens is om op te roep om by die verhoor te getuig,²⁰³ uitruil met die ander partye. Die doel²⁰⁴ van sodanige getuie-opsommings is velerlei van aard: geskilpunte asook getuienis in verband

¹⁹⁷ Sowel as die strafprosesreg.

¹⁹⁸ Fleming 2001 *De Rebus* 9-11.

¹⁹⁹ 2001 *De Rebus* 39.

²⁰⁰ Fleming 2001 *De Rebus* 9-10.

²⁰¹ 2001 *De Rebus* 18.

²⁰² R 37A(16)(a)-(f) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

²⁰³ R 37A(16)(a) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959. Hierdie subreël is nie van toepassing op deskundige getuienis nie.

²⁰⁴ R 37A(16)(b) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

daarmee word uitgelig en betekenisvolle onderhandelings oor die skikking van dié geskilpunte, word bevorder. Geen getuienis waarvoor 'n getuie-opsomming nie afgelewer is nie, kan by die verhoor aangebied word nie, behalwe met verloop van die hof.²⁰⁵ Alle getuie-opsommings moet uitgeruil word maar hoef nie by die hof ingedien te word nie, tensy die partye so ooreengekom het.²⁰⁶

Fleming se voorstelle verdien krediet:

What is required immediately, more than support systems (which should be developed around it) is to 'educate' practitioners to approaching litigation in the correct way even when that goes against the natural grain of the main incentive, the opportunity to earn fees.²⁰⁷

En verder

... that the human mind – rather than systems, applications and products – has the extremely underrated task at pre-trial discussions of limiting the evidence to matters in which the court *must be* involved. The importance is evident from the simple truth that pleadings as a mechanism have failed us. A simple point is that one learns more from the response to a letter of demand than from a whole bundle of pleadings. The pre-trial conference is the only available compensating remedy.²⁰⁸

4 SAMEVATTING

In die voorafgaande hoofstuk is gelet op die stand van mediese wanpraktykseise in Amerika en hier ter plaatse. Verskeie redes kan aangevoer word vir die haas onstuitbare vloed van wanpraktykseise in die VSA. Die persoonlike

²⁰⁵ R 37A(16)(f) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959.

²⁰⁶ R 37A(16)(d) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959. Partye kan ook ooreenkom dat die getuie-opsommings verseël by die hof ingedien moet word en net met die partye se verloop oopgemaak kan word.

²⁰⁷ Flemming 2001 *De Rebus* 11. Fleming waarsku teen die ou benadering "trial by ambush" en bepleit die vasstelling van die werklike feitlike dispuut.

²⁰⁸ Flemming 2001 *De Rebus* 11.

dokter-pasiëntverhouding het as gevolg van die dehumanisering van die mediese wetenskap, plek gemaak vir gewysigde oortuigings, houdings en ingesteldhede van die pasiënte. Die versekerde tree op as "gesiglose verweerder" en met stywe versekeringspremies wat eventueel van die pasiënt verhaal word, sorg die versekeringsmaatskappye vir die geneesheer se vrywaring. Die suksesvolle regsverteenvoerders bevind hulleself kostegewys in 'n "prokureursparadys". Met 'n groter bewuswording van menseregte in Suid-Afrika, koester die publiek groter verwagtinge rakende gesondheidsorg en -dienste. Swak of geen mediese sorg/dienste, veral in staatshospitale, kan mediese wanpraktykseise laat toeneem.

Die litigasieproses veroorsaak groot bewys- en prosesregtelike kopsorge vir die eiser sowel as vir die verweerder. Vyandige kruisondervraging in 'n vreemde atmosfeer (hof), gepaardgaande met lae getuiegelde betaalbaar aan medies-deskundige getuies en kosbare tyd en energie wat verspil word deur lang uitgerekte hofsessies, veroorsaak 'n onwilligheid aan die kant van medici om as medies-deskundige getuies op te tree. Menige mediese wanpraktykseise word óf ontmoedig óf op swakker terme geskik.

Die belang van deskundige getuienis en kruisondervraging asook die probleme daaraan verbonde, is uitgewys. In die bestaande litigasieproses (landdros- en Hooggeregshof) is bestaande meganismes wat dié probleme die hoof kan help bied, mits dit korrek aangewend word. So kan 'n assessor (landdroshof) en 'n skeidsregter (Hooggeregshof) in raadgewende hoedanigheid sitting neem in 'n wanpraktyksgeskil uit hoofde van hulle kundigheid en ervaring, persone wat oor die nodige bekwaamheid beskik om medies-deskundige getuienis na behore te kan ondersoek en evalueer asook verslag te kan doen. Die litigasieproses soos dit tans daar uitsien, veroorsaak groot bewys- en prosesregtelike kopsorge vir die eiser en verweerder.

Voorverhoorsamesprekings kan 'n goedkoper en vinniger metode daarstel om óf tot 'n skikking te raak óf om die verhoor korter te laat verloop. Partye kan geskilpunte beperk en uitlig, ooreenkom oor watter aangeleenthede van die medies-deskundige getuienis erken word, ensomeer. Voorverhoorsamespre-

kings is slegs verpligtend in die Hooggeregshof. Die feit bly egter staan, dat hoewel die Hooggeregshof wye bevoegdhede het, beskik dit nie oor die bevoegdheid om enige party te verplig om 'n ooreenkoms aan te gaan ten opsigte van 'n aangeleentheid wat bespreek word by die voorverhoorsame-sprekings nie.

Reël 37 het die potensiaal om hofverrigtinge in te kort (te bespoedig) en gevolglik koste-effektief te wees. Vir doeleindes van die oplossing van mediese wanpraktyksgeskille sal egter besin moet word om deskundige getuie-opsommings ook te bekom en sal daar vroeër in die verrigtinge 'n afsnypunt moet volg.

In die volgende hoofstuk sal die omskrywing, bestaansreg, geskiedenis en ontwikkeling asook doeleindes en kenmerke van die alternatiewe geskilbeslegtingsproses, bespreek word ten einde die geskilbeslegtingsproblematiek soos in Hoofstuk 4 bespreek, die hoof te bied.

HOOFSTUK 5

DIE ALTERNATIEWE GESKILBESLEGTINGSPROSES

1 OMSKRYWING VAN DIE TERM "ALTERNATIEWE GESKILBESLEGTING"

Geskilbeslegting behels die hantering sowel as die oplossing van 'n geskil. Geskille word in die algemeen konvensioneel by wyse van die judisiële proses naamlik litigasie hanteer en opgelos, hoewel sommige geskille by wyse van ander geskilbeslegtingsmetodes¹ (nie-judisiële proses) hanteer en opgelos kan word. Vanweë die feit dat litigasie histories gesproke die gevestigde geskilbeslegtingsmetode is, vorm dit die toetssteen vir alle ander modelle waarop 'n geskil opgelos kan word. Alternatiewe geskilbeslegting verteenwoordig alle vorme van geskilbeslegting, uitgesonderd die mees konvensionele wyse van geskilbeslegting, naamlik litigasie in geregshowe.

Regsgeleerdes verskil onderling van mekaar oor die terminologie "alternatiewe geskilbeslegting". Sommige regsgeleerdes² verkies om eerder na "gepaste" geskilbeslegting in plaas van "alternatiewe" geskilbeslegting te verwys en wel met goeie redes. Die term "alternatiewe geskilbeslegting" verteenwoordig veel meer as net 'n alternatief tot litigasie. Die term "alternatiewe geskilbeslegting" omvat die keuse of ontwerp van 'n proses wat die meeste gepas is vir 'n spesifieke geskil sowel as vir die partye tot die geskil.³

¹ Dié geskilbeslegtingsproses staan allerweë bekend as "alternatiewe" geskilbeslegting of terminologies meer korrek as "gepaste" geskilbeslegting en word in kort in die studie na verwys as ADR.

² Pretorius *Dispute Resolution* 1; Trollip *Alternative Dispute Resolution* 7; Faris 1992 *Codicillus* 7. Van Vuuren 1990 *De Rebus* 275.

³ Pretorius *Dispute Resolution* 1. Pretorius se keuse vir die titel van sy boek *Dispute Resolution*, is volgens hom tweeledig van aard: eerstens om resente ontwikkeling op die gebied van geskilbeslegting te beklemtoon, en tweedens word ook aan litigasie as 'n metode om 'n geskil te besleg, oorweging geskenk.

Ten einde die kwessie van korrekte terminologie uit te klaar, kan die volgende vrae vooraf formuleer word, naamlik:⁴

- Kan die alternatiewe geskilbeslegtingsproses versoen word met die judisiële geskilbeslegtingsproses?

of

- Is alternatiewe geskilbeslegting en judisiële geskilbeslegting wedersyds uitsluitend?

Om dié vrae te beantwoord, moet vooraf vasgestel word of alternatiewe geskilbeslegting in 'n laterale of liniêre verhouding tot die judisiële geskilbeslegtingsproses staan. 'n Laterale verhouding impliseer dat daar 'n stelsel van geskilbeslegting bestaan wat die funksies van judisiële geskilbeslegting uitsluit.⁵ 'n Liniêre verhouding daarenteen impliseer weer 'n stelsel van geskilbeslegting wat judisiële geskilbeslegting insluit.⁶

Faris⁷ dui op die verwarring wat die term "alternatief" inhou deur 'n grammatikale ontleding daarvan te doen. Volgens Faris dui die woordeboek "alternative" aan as "two things which are mutually exclusive".⁸ Uit dié woordomskrywing maak Faris die afleiding dat dit duidelik is dat die woord "alternatief" gebruik in die konteks van alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes, die bestaan van 'n hoofstroom van geskilbeslegtingsmetodes (alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes) veronderstel, wat 'n plaasvervanger is vir 'n ander hoofstroom van geskilbeslegtingsmetodes (judisiële geskilbeslegtingsmetodes). Word 'n letterlike betekenis aan "alternatief" gegee, bestaan daar die vermoede ten opsigte van alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes,

⁴ Faris 1992 *Codicillus* 10.

⁵ Die sogenaamde restriktiewe (beperkende) uitleg volgens Faris 1994 *De Jure* 331 ev. "Exploring alternatives in 'alternative dispute resolution'".

⁶ Die sogenaamde ekstensiewe (uitbreidende) uitleg volgens Faris 1994 *De Jure* 331 ev.

⁷ Faris 1992 *Codicillus* 7.

⁸ Faris 1992 *Codicillus* 7.

dat beide die alternatiewe en judisiële proses wedersyds eksklusief is en onafhanklik funksioneer en bestaan.

Volgens die ekstensiewe uitleg⁹ daarenteen, word 'n keuse geïmpliseer tussen verskillende geskilbeslegtingsprosesse, insluitende litigasie.¹⁰ Faris¹¹ verwys na alternatiewe geskilbeslegting as 'n sambreelterm wat 'n portefeulje van prosesse beskryf, met verskillende betekenis vir verskillende mense.

Hoewel alternatiewe geskilbeslegting binne die raamwerk van die reg plaasvind, is dit nie 'n vereenvoudigde vorm van litigasie nie. Alternatiewe geskilbeslegting is nie veronderstel om as plaasvervanger vir litigasie te dien nie, maar om litigasie te komplimenteer en aan te vul.¹² Daar is sekere gevalle waar litigasie nog steeds die mees gepaste metode bly om 'n geskil op te los.¹³ So byvoorbeeld, wil partye tot 'n geskil regsekerheid verkry oor 'n aangeleentheid. Die beslissing van 'n Hooggeregshof oor die aangeleentheid dien terselfdertyd as presedent wat deur ander hofe, afhangende van welke hof dit is, nagevolg moet en kan word.¹⁴ Openbare belang, die solvente stand van partye en moontlike afdwingbaarheid van eksekusiestappe laat soms die keuse op litigasie eerder as op alternatiewe geskilbeslegting val.

Sonder om afbreuk te wil doen aan die resente ontwikkeling op die gebied van alternatiewe geskilbeslegting en sonder om voorts die kern, aard en doeleindes van alternatiewe geskilbeslegting te negeer, word vir doeleindes

⁹ Uitbreidende uitleg.

¹⁰ Faris 1994 *De Jure* 331 ev. Van Vuuren 1990 *De Rebus* 275 hou egter vol dat ADR inderdaad 'n alternatief tot litigasie is en nie 'n vereenvoudigde vorm van litigasie nie.

¹¹ Faris 1992 *Codicillus* 8.

¹² Trollip *Alternative Dispute Resolution* 7; Street 1992 *Arbitration* 17; Pretorius 1990 *Consultus* 39.

¹³ Butler en Finsen *Arbitration in South Africa : Law and Practice* 8 24.

¹⁴ Hahlo en Kahn *The South African Legal System* 243; Du Plessis *Inleiding tot die Reg* 187-193. In terme van die *stare decisis* reël is 'n hof gebonde aan die vorige beslissings/uitsprake (*ratio decidendi*) van 'n hoër hof. 'n Hof sal ook sy eie vorige beslissings volg tensy die hof oortuig is dat die uitspraak verkeerd was (*per incuriam*). Die vorige uitsprake konstitueer presedente met die gevolg dat geldende regsnorme neergelê en reg gevorm is. Die presedent is 'n ontstaansbron van die positiewe reg. Regverdiging vir die *stare decisis* reël is onder andere regsekerheid, die beskerming van bestaande regte en die handhawing van howe se waardigheid.

van die doktorale studie en ook vir doeleindes van die kursus Alternatiewe geskilbeslegting, volstaan met die term soos dit in volksmond ontstaan het en gebruik word, naamlik ADR,¹⁵ synde dan 'n gepaste of effektiewe geskilbeslegtingsproses.

Onder die term gepaste of alternatiewe geskilbeslegting, word 'n gepaste geskilbeslegtingsproses begryp met 'n neutrale, onpartydige, derde party, wie se aktiwiteite gerig is op die beslegting van 'n geskil buite die hof. Die keuse, ontwerp en aanwending van die proses word bepaal deur die tipe geskil en die behoefte, eise en belange van die partye (disputante) tot die geskil. Alternatiewe geskilbeslegting dek 'n baie wye veld van prosesse en meganismes, ontwerp om partye behulpsaam te wees in die oplos van geskille op 'n kreatiewe en effektiewe wyse.¹⁶

In antwoord op die vooraf gestelde vrae¹⁷ is dit my mening dat die alternatiewe geskilbeslegtingsproses versoen kan word met die judisiële geskilbeslegtingsproses.

2 BESTAANSREG VAN DIE ALTERNATIEWE GESKILBESLEGTINGS-PROSES

Alternatiewe geskilbeslegting vorm deurgaans 'n integrale deel van die regspleging as 'n opsie in die hoofstroom van dispuutbeslegting. Dit sou afbreuk doen aan die gesag en inherente onafhanklikheid van die Suid-Afrikaanse regstelsel om 'n alternatiewe geskilbeslegtingsproses die tradisioneel aanvaarde en histories ingeburgerde litigasieproses te laat konfronteer en as plaasvervangingsproses te laat dien. Die regsprekende

¹⁵ Alternatiewe geskilbeslegting; Engels "Alternative/appropriate dispute resolution". Ondanks teenstrydigheid in terminologie staan sekere waardevolle kenmerke voorop.

¹⁶ SA Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 3. Dié projek is 'n onderafdeling van die groter Projek 94 wat oor arbitrasie handel. Vanweë die belang van ADR is die aanvanklike projek uitgebrei. Die ADR-verslag deur die SA Regskommissie word in die eerste kwartaal van 2001 verwag. SA Law Commission 28th Annual Report 2000 42-43.

¹⁷ Sien Hoofstuk 5 1. Omskrywing van die term "alternatiewe geskilbeslegting".

gesag setel in die howe¹⁸ wat onafhanklik is en slegs onderworpe is aan die Grondwet en die reg,¹⁹ en wat dit onpartydig en sonder vrees, guns of vooroordeel toepas.²⁰ Die howe moet bygestaan word om die onafhanklikheid, onpartydigheid, waardigheid, toeganklikheid en effektiwiteit van die howe te verseker²¹ en geen persoon of staatsorgaan mag hom/haar met die werksaamhede van die howe bemoei nie.²²

Dit sal onrealisties wees om te verwag dat 'n stelsel van judisiële geskilbeslegting (litigasie) deur enige ander geskilbeslegtingstelsel uitgesluit of vervang sal kan word vanweë die konstitutiewe mag waaroor judisiële geskilbeslegting beskik.

Indeed, the right to effective access is increasingly recognized as being of paramount importance among the new individual and social rights, since the possession of rights is meaningless without mechanisms for their effective vindication. Effective access to justice can thus be seen as the most basic requirement - the most basic human right - of a modern egalitarian legal system which purports to guarantee, and not merely proclaim, the legal rights of all.²³

Aan die judisiële geskilbeslegtingsproses lê die staatsgesag ten grondslag. Staatsgesag word tradisioneel volgens die *trias politica*-beginsel verdeel in wetgewende, uitvoerende en regterlike gesag, hoewel dit onafhanklik van mekaar bestaan, funksioneer dit nie in absolute afsondering nie, maar in wisselwerking met mekaar.²⁴

¹⁸ Aa 165(1) en 166(a)-(e) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 108 van 1996. Die onderskeie howe is die Konstitusionele hof, die Appèlhof, die Hooggeregshof, die landdroshof en enige ander hof geskep of erken deur 'n parlementswet, insluitende enige hof met dieselfde statuur van 'n Hooggeregshof of landdroshof.

¹⁹ *Bernstein v Bester* 1996 4 BCLR 449 (CC) 1996 2 SA 751 (CC).

²⁰ A 165(2) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 108 van 1996.

²¹ A 165(4) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 108 van 1996.

²² A 165(3) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 108 van 1996.

²³ Cappelletti en Garth *Access to Justice : A World Survey* 8-9.

²⁴ Wiechers *Verloren van Themaat Staatsreg* 48-51.

Regspleging is die verantwoordelikheid van die regterlike gesag en omvat al die prosesse (hetsy siviël- of strafregtelik) waardeur geregshowe konflik hanteer volgens publieke norme en standaarde in 'n gemeenskap. Regspleging is een van die mees gevestigde maniere waarop konfliksituasies hanteer word en waarop die aard en omvang van die publieke norme bepaal word en afdwinging gedoen word.²⁵

Vanweë die aard van die *trias politica*-beginsel verteenwoordig die regterlike gesag, net soos die uitvoerende en wetgewende gesag, die soewereiniteit van die staat en is dit nie haalbaar om enige ander nie-judisiële geskilbeslegtingsproses ter vervanging van die judisiële geskilbeslegtingsproses te plaas nie. Laasgenoemde is die paradigma vir die oplos van geskille, waarteen al die ander modelle van geskilbeslegting opgeweeg moet word.

Kahn²⁶ het daarenteen in 1995 by geleentheid die mening gehuldig dat daar nie op alternatiewe stelsels gesteun moet word nie en dat indien die Suid-Afrikaanse regering ernstig is oor wet en orde en die handhawing daarvan, moet die regering meer belê in howe en salarisse van amptenare. Minder as 1% van die totale begroting was in 1994/95 geoormerk vir die regstelsel! Baie van die probleme wat in die howe ontstaan, is as gevolg van 'n personeeltekort. Kahn is die mening toegedaan dat om die regstelsel te privaatiseer is om 'n stem van wantroue in die regstelsel uit te bring:

... there is nothing to beat a judge, a prosecutor and a good defence counsel; alternate courts have their limitations. A judge is the best port of call – all we need is more judges.²⁷

²⁵ Du Plessis en Du Plessis *Inleiding tot die Reg* 86.

²⁶ Smith 1995 *Finance Week* 29.

²⁷ Smith 1995 *Finance Week* 29.

Tugendhaft²⁸ deel Kahn se kommer oor die privatisering van die regstelsel:

...[i]t may lead to a breakdown of the judicial system.

Tugendhaft verwys na die Engelse *Commercial Courts* as voorbeeld en dui daarop dat waar partye nie 'n arbiter aangestel het om 'n kommersiële geskil op te los nie, die geskil voor 'n kommersiële hof, beman met 'n regter wat oor die nodige kommersiële kennis en vaardighede beskik, kan dien. Kommer-siële howe behoort in die howestruktuur ingepas te word, daar behoort 'n verpligte toegang te wees vir dié tipe geskille waarvoor dit in die lewe geroep is, met 'n versnelde appèlprosedure. Landdroshowe loop die gevaar waar groot kommersiële sake beslis moet word en dié howe nie altyd ten beste toegerus is vir dié tipe sake nie, dit net 'n groter vloed van appèlle tot gevolg kan hê.

By monde van Kuper²⁹ word die verkeerde persepsie van privatisering en verdringing van siviele litigasie in die kiem gesmoor:

We have not turned away from the courts, but on the contrary are providing and strengthening an adjunct to the work of civil justice, an integral part of a seamless whole.

Kenmerkend³⁰ van die judisiële geskilbeslegtingsproses is die konstitutiewe grondslag; dit word uitgevoer deur staatsaangestelde, openbare amptenare volgens 'n spesifieke prosedure en magte ter ordening van die gemeenskap. Hoewel die kenmerke van die judisiële geskilbeslegtingsproses dominant en toonaangewend is, word dit nie ontken dat dié proses besliste leemtes het nie.³¹ Die doel van die studie is nie net om op bestaande leemtes en op dominante kenmerke te konsentreer nie, maar die "onbekende" te betree

²⁸ Smith 1995 *Finance Week* 30. Malcolm Wallis SC, die destydse voorsitter van die Algemene Balieraad, is van mening dat die regsgelertes bo die kritiek van privatisering verhewe is. Wallis 1996 *Consultus* 124.

²⁹ 1996 *Consultus* 125.

³⁰ Faris 1992 *Codicillus* 9.

³¹ Sien Hoofstuk 4 waarin die leemtes van konvensionele litigasie bespreek word.

deur gepaste nie-judisiële geskilbeslegtingsmetodes na te vors ten einde 'n mediese wanpraktyksgeskil op te los.³²

In die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*³³ word voorsiening gemaak dat elkeen die reg het om 'n geskil deur die toepassing van die reg in 'n billike openbare verhoor te laat beslis in 'n hof of 'n ander onafhanklike en onpartydige tribunaal of forum. Met dié bepaling word 'n geleentheid geskep dat geskille op 'n ander wyse as litigasie besleg kan word.

Dit is betekenisloos om regte te hê sonder 'n meganisme vir die effektiewe handhawing en afdwinging daarvan. Die regstelsel in Suid-Afrika moet toeganklik wees vir alle Suid-Afrikaners:

First, the system must be equally accessible to all, and second, it must lead to results that are individually and socially just.³⁴

Ongelukkig bestaan daar slegs 'n formele toegang in plaas van 'n effektiewe toegang³⁵ tot die regspleging en kon die Suid-Afrikaanse regstelsel nog nie die 18de en 19de eeuse stigma van "justice is open to all, like the Ritz Hotel"³⁶ afskud nie. Litigasie kan alleenlik bekostig word deur 'n handjievol, vermoënde partye, terwyl die meerderheid lede van die Suid-Afrikaanse publiek se sogenaamde toegang tot die howe, bedremmeld daar uitsien.

Positiewe reaksie ten opsigte van alternatiewe wyses van geskilbeslegting het wêreldwyd ontstaan en geleidelik begin toeneem. Die ontwikkeling van alternatiewe geskilbeslegting moet teen die agtergrond van die sogenaamde

³² Sien Hoofstuk 6 waarin gepaste geskilbeslegtingsmetodes soos bv die ombudspersoon, keuringspaneel en mediese kontrakte bevattende arbitrasieklousules bespreek word.

³³ A 34 Wet 108 van 1996. A 34 bestaan uit twee dele, naamlik die reg van toegang tot die howe of 'n ander onafhanklike en onpartydige forum en die reg op 'n billike openbare verhoor in sodanige hof of ander forum.

³⁴ Cappelletti en Garth *Access to Justice : A World Survey* 6.

³⁵ De Vos 1993 TSAR 156.

³⁶ Cappelletti en Tallon *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation* 153.

"access to justice"-beweging³⁷ gesien word. Met die "toegang tot die reg"-beweging word internasionaal by wyse van projekte, navorsing, publikasies en konferensies gepoog om besluitnemende instansies te beweeg om 'n prosedure-hervorming te weeg te bring. Met die "toegang tot reg"-beweging word gepoog om onder andere alternatiewe metodes te ontwerp om regsdispute op te los, word groter konsentrasie op sosiale belang geplaas en word die behoefte aan regsdienste asook die opleiding van para-regsgelertes en daarstel van versekering ten opsigte van regskostes, aangespreek.

3 GESKIEDENIS VAN DIE ALTERNATIEWE GESKILBESLEGTINGS-PROSES

ADR-prosedures is so oud soos die mensdom self. Dit het ongeveer twee duisend jaar geneem om die belang van die volgende teks na waarde te skat:

As iemand 'n regsak teen jou begin, kom betyds tot 'n skikking solank jy nog saam met hom op pad hof toe is, sodat hy jou nie voor die regter bring en die regter jou aan die polisie oorgee en dié jou in die tronk sit nie. Dit verseker Ek jou: Jy sal sekerlik nie daar uitkom voordat jy die laaste sent betaal het nie.³⁸

Die geskiedenis van die alternatiewe geskilbeslegtingsproses toon 'n Amerikaanse grondslag. Net soos ADR in Amerika op die arbeidsterrein in die laat sestigerjare ontstaan het, het ADR in Suid-Afrika ook op die gebied van die arbeidsreg posgevat, hoewel heelwat later as sy eweknie in Amerika. Hedendaags blyk dit asof die alternatiewe geskilbeslegtingsproses nóg tot die arbeidsveld nóg tot die regsprofessie beperk gebly het.³⁹

³⁷ De Vos 1993 *TSAR* 155-158 157-158.

³⁸ Matteus 5:25-26.

³⁹ Dispute oor kommersiële en verbruikersaangeleenthede, egskeidings en die gepaardgaande eise met betrekking tot onderhoud, beheer en toesig en reg van toegang, dispute in gevangenisinrigtings, dispute tussen onderdaan en owerheid (openbare dispute), dispute oor industriële aangeleenthede en boukontrakte is alles voorbeelde van die tipe dispute waarop ADR van toepassing gemaak kan word.

In Amerika word 95% van alle sake geskik of gestaak, met die gevolg dat litigasie nie die heersende norm is nie.⁴⁰ ADR word in Amerika toegepas deur federale en staatsowerhede, openbare en privaatinstellings, die Amerikaanse Balie, individue en universiteite. Dit is veral in Massachusetts waar die Harvard Universiteit ADR in alle fasette navors onder die Harvard Negotiation Project.⁴¹ In die staat Michigan word ADR as skoolvak doseer.⁴²

In teenstelling met Amerika waar alternatiewe geskilbeslegting reeds die afgelope twintig tot dertig jaar gevestigde praktyk is, het dié idee hier te lande begin posvat tydens die werksaamhede van die *Hoexter-Kommissie*.⁴³ Die gemeenskap het veral te midde van hulle ontnugtering met die konvensionele judisiële proses bewus geword van die toenemende behoefte en aandrang op effektiewe toegang tot die reg. Die ys is uiteindelik gebreek met die instelling van die Hof vir Klein Eise,⁴⁴ mediasie in die geval van egskeidingsgedinge⁴⁵ en die hof vir kort prosedure en mediasie.⁴⁶ Die prokureursfirma Webber Wentzel Bowens het onder leiding van A.T. Trollip die eerste sentrum vir alternatiewe geskilbeslegting gestig en 'n hele aantal prokureursfirmas het as lede van ADRASA⁴⁷ toegetree.

⁴⁰ In New York het tussen 1984 en 1990 ongeveer 500 groot besigheidsinstansies 'n dokument Corporate Policy Statement on ADR (American ADR Pledge) onderteken ingevolge waarvan ondertekenaars hulle eers tot alternatiewe geskilbeslegtings-prosedures sal wend vir die oplossing van 'n besigheidsgeskil alvorens litigasie oorweeg sal word. Mulligan 1992 *Businessman's Law* 102. Daar word beraam dat 61 vooraanstaande maatskappye in 1988 ongeveer 49 miljoen dollar aan regskostes gespaar het deur van ADR-prosesse gebruik te maak. Anon 1991 *Finance Week* 19.

⁴¹ Pretorius P 1990 *Consultus* 39.

⁴² Ek het gedurende my navorsingsbesoek in Michigan (Julie 1992) van verskeie skole in Ann Arbor verneem wat "Alternative Dispute Resolution" as skoolvak aanbied. (Besoek aan Michigan Junie 1993.)

⁴³ 1979 – 1983.

⁴⁴ 1984 - Hof vir Klein Eise Wet 61 van 1984.

⁴⁵ 1987 - Mediasie in Sekere Egskeidingsaangeleenthede Wet 24 van 1987.

⁴⁶ 1991 - Wet 103 van 1991.

⁴⁷ Alternative Dispute Resolution Association of South Africa.

Die toepassing van arbitrasie ten opsigte van arbeidsgeskille is grotendeels die tipe geskille ten opsigte waarvan die ADR-metode in Suid-Afrika toegepas word. Wat die res van die ADR-metodes aanbetref, is die ontwikkeling nog in sy kinderskoene.⁴⁸ Hoewel in vergelyking met die Amerikaanse opset, dié stelling ongekwalifiseerd waar is, moet die rol van mediasie in industriële verhoudings, gemeenskapsgeskille, omgewingsgeskille, geskille in die versekeringswese en eiendomswese nie gering geskat word nie.⁴⁹ ADRASA en AFSA⁵⁰ is pogings om private kommersiële arbitrasie in te stel. Met nuwe arbeidswetgewing wat in die lewe geroep is en die CCMA⁵¹ wat permanent daarin figureer, is die werksaamhede van IMSSA⁵² ten opsigte van arbitrasie en mediasie onderstreep.

Daar bestaan wel verskeie ADR-metodes, hoewel dit nie in alle gemeenskappe geld nie en ook nie op 'n algemene erkende en funderende basis toegepas word nie.⁵³ Tradisionele vorme van ADR bestaan reeds lank in Suid-Afrika. Nie-amptelike "people's courts" is reeds in 1901 in Uitvlugt (Kaapstad distrik) aangetref.⁵⁴ Die 1970 "people's courts"⁵⁵ moet onderskei word van die mid-tagtige "people's courts" waarin politiek grotendeels 'n rol gespeel het. Die "people's courts" soos dit sedert 1989 bestaan, funksioneer vandag suksesvol as gemeenskapshowe.⁵⁶ Die staat het egter oor die jare tevergeefs probeer om integrasie, kontrole, erkenning en formalisering van hierdie onderskeie instellings deur middel van adviesrade, plaaslike en stedelike rade, stadsrade en ander instansies te bewerkstellig.⁵⁷

⁴⁸ Mulligan *Alternative Dispute Resolution* 102; Faris 1992 *Codicillus* 12.

⁴⁹ Pretorius 1990 *Consultus* 40.

⁵⁰ Arbitration Foundation of South Africa.

⁵¹ Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration (CCMA).

⁵² Independent Mediation Service of South Africa.

⁵³ SA Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 6.

⁵⁴ SA Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 6.

⁵⁵ *Makgotla*.

⁵⁶ SA Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 6.

⁵⁷ SA Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 6. Voorbeelde van nie-staatsorganisasies om geskikte ADR-metodes vir gemeenskappe

In Januarie 1990 het die Algemene Raad van die Balie van Suid-Afrika en die Vereniging van Wetgenootskappe van Suid-Afrika 'n gesamentlike verklaring uitgereik ten einde

... actively promote alternative dispute resolution (ADR) procedures such as arbitration, mediation and conciliation ... and ... decided to act jointly in making this system known to the public ...⁵⁸

Die bemoeienis van die Balie in die ADR-ontwikkeling het verskeie pluspunte. Pretorius⁵⁹ wys op die legitimeitskrisis in die regstelsel, spesifiek in die regs-administrasie. Die Balie het in die verlede verskeie kere deurgeloop onder hewige kritiek as gevolg van die nie-toeganklikheid vir die publiek tot dié afdeling van die regsprofessie.⁶⁰ Deur deelname aan die ontwikkeling van die ADR-proses kan die regsprofessie verseker dat die ADR-proses op 'n effektiewe en verantwoordelike basis plaasvind, wat terselfdertyd ook werkskeppend vir lede van die regsprofessie is.

ADRASA is op 20 Junie 1991 as 'n artikel 21 maatskappy gestig nadat uit die advokatuur en prokureurs geledere die bekendstelling van en opleiding in ADR gekom het. ADRASA is oopgestel vir praktiserende sowel as nie-praktiserende prokureurs en is gemik op beide die verskaffer sowel as op die gebruiker van regsdienste.⁶¹

te inisieer, is die daarstel van die Community Dispute Resolution Trust (CDRT) en die Community Peace Foundation, hoewel beide gemengde resultate tot dusver gehad het. SA Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 6.

⁵⁸ Sutherland 1991 *Consultus* 129; Pretorius 1990 *Consultus* 38-40.

⁵⁹ Paul Pretorius is 'n praktiserende advokaat verbonde aan die Johannesburg "ADR Balie" en 'n erkende deskundige en baanbreker op die gebied van ADR. Sien Pretorius 1990 *Consultus* 40 asook Pretorius *Dispute Resolution* vir sy merkwaardige bydrae tot ADR.

⁶⁰ Regsdienste deur advokate is nie direk aan Jan en Alleman beskikbaar nie en is boonop finansiële gesproke bokant die vuurmaakplek van die grootste gedeelte van die publiek.

⁶¹ Uit die Algemene Balieraad van Suid-Afrika en die Vereniging van Wetsgenootskappe van Suid-Afrika word gesamentlik 8 praktiserende lede en 4 nie-praktiserende lede gekies asook 2 addisionele raadslede.

Op verskeie vlakke het staatsinstellings en nie-staatsinstellings gepoog om geskikte ADR metodes en prosesse vir die gemeenskap beskikbaar te stel om geskille te besleg. Sedert 1995 het die Suid-Afrikaanse Regskommissie 'n ondersoek begin na arbitrasie,⁶² die *Arbitrasiewet*⁶³ en internasionale arbitrasie⁶⁴ Op 8 Julie 1996 het die Minister van Justisie die Regskommissie versoek en wel met goeie rede,⁶⁵ om die ondersoek uit te brei ten einde ook navorsing oor ADR te doen, welke navorsing deur 'n Projekkomitee op 26 Oktober 1996 begin is.

In 1993 het reeds verskeie instansies⁶⁶ bestaan wat geskilbeslegting as 'n primêre taak verrig. Die volgende instansies is van besondere belang:

⁶² SA Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 1.

⁶³ Wet 42 van 1965.

⁶⁴ 'n *Konsep Internasionale Arbitrasie Wet* is vir inligting en kommentaar in Desember 1996 gepubliseer.

⁶⁵ Oorvol howe is as die hoofrede aangegee vir die uitbreiding van die werksaamhede.

⁶⁶ Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 207-218.

- (i) *African Centre for the Constructive Resolution of Disputes (ACCORD)*
ACCORD poog om met die nasionale opleidingsentra by die Universiteit van Durban Westville, Sohnge College in Worcester en die Universiteit Wes-Kaap opleidingsprogramme aan te bied om vaardighede te ontwikkel in fasilitering, konflikthantering, onderhandeling en mediasie. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 208.
- (ii) *Bloemfontein Initiative for Reconciliation and Democracy (BIRD)*
Binne die Bloemfontein area word opleidingsessies aangebied in die gemeenskap ter bevordering van inter-kulturele rasseverhoudings, die daarstel van vreedsame geskilbeslegting en die skep van 'n kultuur van demokrasie en verdraagsaamheid. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 209.
- (iii) *Centre for Intergroup Studies (CIS)*.
CIS spits hulle toe op gemeenskappe en politieke groepe ten einde regverdigheid en vrede te bewerkstellig deur middel van samewerking en deur konstruktiewe benaderings te volg by die oplos van geskille. Die kader van CIS se werksaamhede strek vanaf mediasie en opleiding tot gemeenskapsprojekte. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 209.
- (iv) *Empowering for Reconciliation with Justice (ERC)*
Hierdie instansie het ontstaan uit werksgeledere self. Die lede het ondervinding in geskilbeslegting en verskaf ook opleiding en hulp in kerke, vakbonde, gemeenskapsorganisasies en politieke partye. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 210.
- (v) *Institute for the Study and Resolution of Conflict (ISRC)*
Dié instansie verskaf opleiding in geskilbeslegtingsvaardighede, doen navorsing in gemeenskapsgeskille in Suid-Afrika en verskaf 'n geskilbeslegtingsdiens in die Port Elizabeth gebied. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 211.
- (vi) *Media and Mediation Fellowship*
Hierdie instansie is in die lewe geroep om opleiding te verskaf aan professionele mense in die mediawêreld ten opsigte van geskilbeslegting en

(i) *Alternative Dispute Resolution Association of South Africa (ADRASA)*⁶⁷

ADRASA het as oogmerk die bevordering van ADR-metodes en –prosedures deur middel van opvoedkundige aktiwiteite, publikasie en die verskaffing van ADR-dienste, veral mediasie en arbitrasie.

-
- mediasie ter oplossing van die geskille. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 211.
- (vii) *Centre for the Study of Violence and Reconciliation*
Navorsing en opleiding word gedoen om geweld in Suid-Afrika te verminder en die slagoffer van geweld te ondersteun. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 215.
- (viii) *South African Foundation for Conciliation (SAFCON)*
Die instansie bied dienste aan in konsolidasie, fasilitering en mediasie ten einde politieke en gemeenskapsgekille op te los. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 215.
- (ix) *The Resolutions Board*
Hierdie instansie verskaf 'n opleidingsdiens aan die arbeidsektor, asook die gemeenskap, omgewing, kommersiële, industriële, boerdery en kontraktuele sektore. Geskille word deur middel van konsiliasie, mediasie en arbitrasie opgelos. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 215.
- (x) *Environmental Evaluation Unit (EEU)*
Die EEU bevorder harmonie tussen menslike aktiwiteite en omgewingselemente. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 210.
- (xi) *Human Sciences Research Council (Division Organization and Conflict)*
Navorsing, opleiding en konsultering word gegee in konflikhantering, onderhandelings, mediasie en fasilitering in verskeie areas. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 210-211.
- (xii) *National Peace Secretariat*
Dié instansie is gesetel in Pretoria en is deur al die groot politieke organisasies sowel as die destydse 1991 Suid-Afrikaanse Regering opdrag gegee om vrede te bewerkstellig, behulpsaam te wees in die ontwikkeling van mense en met die heropbou van gemeenskappe. Verskeie instansies het kragte saamgesnoer op politieke, nasionale, provinsiale en plaaslike vlak vir dié doeleindes. Van die werksaamhede sluit onder andere in die hantering van verslae, die oplos van geskille, ondersoek na die aard en oorsake van geweld, verwysing van oortredings na die prokureur-generaal, aanbevelings aan die Staatspresident, ondersoek van wangedragklagte teen die SAPD en bevordering van vrede deur deelname aan die Vredesverdrag. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 212-213.
- (xiii) *Peace Action*
Peace Action monitor geweld en bied gevolglik 'n 24-uur diens aan geweldgeteisterde gemeenskappe. Ondersoek word ingestel na verslae van beweerde geweld wat ontvang is. Indien nodig geag, word die aangeleentheid na onder andere die Suid-Afrikaanse Polisiediens verwys. Die *Peace Action* beskik oor 'n databasis met inligting oor alle geweldsituasies in die destydse Transvaal. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 213.
- (xiv) *South African Association for Conflict Intervention (SAACI)*
Die SAACI onderskryf navorsing, opleiding en bevordering van samewerking tussen partye en instansies betrokke in samesprekings, mediasie en konflikanalises. Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 214.

⁶⁷ Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 208.

(ii) *Vereniging van Arbiters*⁶⁸

Benewens arbitrasiedienste aan die kommersiële sektor, bied die vereniging ook basiese en gevorderde opleiding vir arbiters.

(iii) *Community Conflict Resolution Service (CCRS)*⁶⁹

Die CCRS in Johannesburg is ingestel op die lewering van 'n geskilbeslegtingsdiens en pertinent om die gemeenskappe toe te rus om self hulle geskille op te los. Mediasie, fasilitering, opleiding en konflikhantering is van die dienste wat aangebied word deur die CCRS.

(iv) *Community Dispute Resolution Trust (CDR Trust)*⁷⁰

Gestasioneer by die Sentrum vir Regstoepassing te Wits, beoog die CDR Trust om geskilbeslegtingsvaardighede binne gemeenskappe te ontwikkel deur die daarstel van plaaslike gemeenskapsentrums om geskille tussen individue te hanteer.⁷¹ Navorsing in ADR-metodes geskik vir geskille in gemeenskappe en opleiding van gemeenskapsmediators vind plaas.

(v) *Independent Mediation Service of South Africa (IMSSA)*⁷²

Die diens van IMSSA sluit mediasie, arbitrasie en opleiding in en word deur professionele persone wat opgelei is om op IMSSA panele te dien, verrig.

(vi) *Mediation Training Institute*⁷³

Professionele persone wat mediasie wil gebruik in dispute rakende gesinne en huwelike kan opleiding in dié verband bekom.

⁶⁸ Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 208.

⁶⁹ Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 209.

⁷⁰ Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 210.

⁷¹ Sentrums te Alexandra, Hillbrow en Roodepoort.

⁷² Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 211.

(vii) *South African Association of Mediators in Family Matters (SAAM)*⁷⁴

Hierdie instansie is 'n multi-dissiplinêre instansie wat gemik is op die oplossing van geskille in gesins- en egskeidingsaangeleenthede deur middel van mediasie. Navorsing en publikasie van werksaamhede vind ook deur SAAM plaas.

(viii) AFSA⁷⁵

In 1996 het die regs- en rekenmeestersprofessies en die formele besigheidsektor kragte saamgespan en AFSA, 'n nie-winsgewende maatskappy, gestig.⁷⁶ Die doeleindes van AFSA is die volgende:⁷⁷

- Die daarstel van 'n arbitrasieklausule en die gebruik maak van die ADR-proses deur die deelnemers.
- AFSA spesialispanele stel die beste spesialiskennis en vaardigheid tot die beskikking vir die oplos van geskille.
- Die breër gemeenskap word gedien deur 'n koste-effektiewe diens daar te stel in die oplos van geskille wat selfs R10 000 en meer beloop.⁷⁸

Van die ADR-instansies wat geskilbeslegting as 'n sekondêre funksie het, is byvoorbeeld⁷⁹ *Lawyers for Human Rights (LHR)*, *Family Life Centre*, *Institute for a Democratic Alternative for South Africa (IDASA)*, *Family and Marriage*

⁷³ Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 212.

⁷⁴ Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 215.

⁷⁵ *Arbitration Foundation of South Africa*.

⁷⁶ Die inisiatief het gekom vanuit die Johannesburg Balie. Benewens die Johannesburg Balie is ook ADRASA, al die Balieverenigings, 25 regsfirmas en 8 rekenmeestersfirmas, SACOB, die Vereniging van Arbiters en die Prokureursverenigings lede van AFSA. Wallis 1996 *Consultus* 124; Kuper 1996 *Consultus* 125.

⁷⁷ Anon 1996 *Consultus* 124.

⁷⁸ Volgens Turton, die hoof uitvoerende beampte van AFSA het die eerste twee aangeleenthede wat AFSA hanteer het, eisbedrae van meer as R37 miljoen gehad.

⁷⁹ Steadman in Pretorius (*red*) *Dispute Resolution* 216-218.

Society of South Africa (FAMSA), National Institute for Crime Prevention and the Rehabilitation of Offenders (NICRO), Christian Leadership Trust, Diakonia, International Fellowship of Reconciliation, National Initiative for Reconciliation and Methodist Order of Peacemakers, Centre for Contextual Hermeneutics en Black Sash.

'n Samestelling van 'n wye reeks informele geskilbeslegtingsmeganismes is saamgevoeg in 'n proses wat daarop gemik is om net so 'n wye reeks van verskillende geskille op te los. Geskille wat hulle daartoe leen om by wyse van ADR-metodes opgelos te word is byvoorbeeld kontrakbreuk, arbeidskwessies, omgewingsdispute, ingenieurs- en konstruksiegeskille, geskille oor patente, handelsmerke en outeursregte, internasionale geskille, egskeidings- en aanverwante geskille asook politieke onderhandelinge.

4 DOELEINDES EN KENMERKE VAN DIE ALTERNATIEWE GESKILBESLEGTINGSPROSES⁸⁰ MET SPESIFIEKE VERWYSING NA DIE KRITIESE VERGELYKING TUSSEN DIE ALTERNATIEWE GESKILBESLEGTINGS-PROSES MET DIE KONvensionELE JUDISIËLE PROSES

'n Dringende behoefte aan alternatiewe geskilbeslegting het om verskeie redes ontstaan:

The reason is that resort is commonly made to such persons by those who are frightened of too heavy expense of law suits, the aim of legal proceedings, their harassing labours and pernicious delays, and finally the burdensome and weary waiting on the uncertainty of law.⁸¹

Kuper⁸² van die Johannesburgse Vereniging van Advokate, is egter van mening dat die regstelsel in só 'n moeras is, dat dit tred verloor het met die verwagtinge en eise van die gemeenskap. Nie alleen bemoei die regstelsel

⁸⁰ SA Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8.

⁸¹ Anon 1992 *IRJSA* 66.

⁸² Smith 1995 *Finance Week* 30.

hom met die beskerming van regte nie, maar verskaf dit ook 'n diens aan die publiek. Kuper waarsku:

... at present we have a Rolls Royce accusatorial system. It is a magnificent way of reaching the truth, but it is the most expensive way.⁸³

Die doeleindes⁸⁴ van die alternatiewe geskilbeslegtingsproses kan soos volg aangemerkt word:

- die verligting van 'n hof-opeenhoping;⁸⁵
- die voorkoming van buitensporige koste;⁸⁶
- die voorkoming en/of vermindering van oponthoude en uitstelle;
- bevordering van gemeenskapsbetrokkenheid;⁸⁷
- toegang tot die reg te vergemaklik;
- 'n meer effektiewe geskilbeslegtingsproses daar te stel.

Ten einde aan hierdie doeleindes te beantwoord moet 'n proses gekies of ontwerp word (by gebrek aan 'n gepaste proses), om die mees geskikte en effektiewe proses met betrekking tot 'n spesifieke geskil en spesifieke partye daartoe, te wees.

⁸³ Smith 1995 *Finance Week* 30.

⁸⁴ Pretorius 1990 *Consultus* 40.

⁸⁵ Twyfel word egter uitgespreek of ADR ooit verligting kan gee aan die hof-opeenhopings. Geen bewys is tot dusver nog aangevoer ter ondersteuning van dié sogenaamde verligting van opeenhopings van sake in howe nie. Pretorius *Dispute Resolution* 2.

⁸⁶ Koste blyk dié grootste knelpunt te wees in die konvensionele litigasieproses. Die spreekwoordelike Langenhovense "broek wat uitgetrek moet word vir koste waar daar oor 'n baadjie prosedeer word", kan geen beter toepassing vind nie.

⁸⁷ Die ou staatsbestel in Suid-Afrika voor 1994 het nie 'n gunstige klimaat geskep vir gemeenskapsbetrokkenheid by en toegang tot die regstelsel nie. Hoewel dit algemeen beseft word dat Suid-Afrika die afgelope tien jaar in 'n krisis verkeer wat dit die onderskeie infrastrukture en ondersteuningstelsels (waaronder die regstelsel) aanbetref, word die toedrag van sake ongelukkig skouerophalend aanvaar.

Prof Sander, die leier van die bekende Harvard Negotiation Project, waarsku egter teen oorvleueling en konflik van die onderskeie doeleindes van ADR.⁸⁸

These goals might overlap and conflict. Consider, for example, the problem of 'excessive' access. If society is too ready to provide access for all kinds of disputes, this will lengthen the queue and aggravate the congestion problem. Similarly, measures aimed at relieving Court congestion would take a very different form from measures designed to enhance community control over dispute settlement. Hence it is essential to think clearly and precisely about the reasons for pursuing ADRMs.

Die werklike doeleindes en kenmerke van die alternatiewe geskilbeslegtingsproses word eers in die regte perspektief geplaas wanneer 'n kritiese vergelyking met die konvensionele judisiële proses gedoen word. Ten einde 'n gepaste metode van geskilbeslegting ten opsigte van 'n geskil te kies of te ontwerp en toe te pas, is dit eweneens nodig om die proses van alternatiewe geskilbeslegting krities te vergelyk met die judisiële proses van litigasie.

Vervolgens word 'n kritiese vergelyk tussen dié twee prosesse getref en is dit belangrik om die aanwending van hierdie kritiese vergelykingsmetode deurgaans te beklemtoon, naamlik:

It is not the goal of proponents of dispute resolution to replace adversarial litigation but rather to provide a broader range of processes and mechanisms to parties in dispute and conflict ... these mechanisms and processes are not intended to supplant Court adjudication, but rather to supplement it.⁸⁹

Litigasie is nie altyd die voordeligste wyse om 'n dispuut op te los nie. Ten einde koste te besnoei, ophoud te verminder, 'n meer informele, meer private,⁹⁰ minder mistieke en minder regstegniese prosedure te volg wat beide partye bevoordeel en waar op 'n basis van goeie trou na beide partye se belange en behoeftes⁹¹ omgesien word, is 'n alternatiewe geskilbeslegtings-

⁸⁸ Pretorius 1990 *Consultus* 40.

⁸⁹ Pretorius *Dispute Resolution* 2.

⁹⁰ Effron 1989 *Modern Law Review* 483-484.

⁹¹ Effron 1989 *Modern Law Review* 484-486.

metode wat die meeste geskik is om 'n bepaalde geskil op te los, die aangewese metode van geskilbeslegting.

Alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes is nie goedkoper litigasie of vereenvoudigde litigasie of tweedegraadse litigasie nie, maar verskil in doel en metode van litigasie.⁹² ADR is nie sogenaamde "soft options" nie, maar bevat 'n klemverskuiwing en 'n verskillende uitdaging, naamlik hoe om die beste moontlike skikking eerder as die beste gedingsuitslag te bekom. Partye wat saamwerk om 'n geskikte prosedure daar te stel ter oplossing van 'n geskil, het groter beheer oor die uiteindelige resultate.⁹³

Aangesien alternatiewe geskilbeslegting en litigasie mekaar wedersyds aanvul en komplimenteer, wys elke stelsel heen op die inherente gebreke van die ander. Alternatiewe geskilbeslegting het as 'n uitgangspunt onder andere, die identifisering van gebreke in die litigasieproses en die daarstel van alternatiewe, effektiewe en gepaste prosesse in die plek daarvan. Litigasie dui weer op die probleme wat ondervind word in die ADR-proses vir soverre 'n verslapping van formele prosedurereëls intree en die afdwinging van bevindings 'n kopsorg is. Prosedurele hervorming het volgens De Vos⁹⁴ sekere risiko's, waaronder fundamentele waarborge van die siviele prosesreg soos byvoorbeeld onder andere 'n onafhanklike voorsittende beampte, partye se reg om aangehoor te word en die kwaliteit van die prosesregstelsel in die slag kan bly.

Deur 'n kritiese vergelyk toe te pas tussen die konvensionele en alternatiewe metodes, word meteen die kenmerke van die alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes uitgelig, wat op sigself die keuse en/of ontwerp van 'n gepaste geskilbeslegtingsmetode meebring.

Kenmerkend van alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes is die volgende:

⁹² Anon 1991 *Consultus* 130.

⁹³ Trollip *Alternative Dispute Resolution* 12.

⁹⁴ 1993 *TSAR* 155-158.

- 4.1 'n Vrywillige proses
- 4.2 Private verrigtinge
- 4.3 Besondere prosedures
 - 4.3.1 Tyd en plek van verrigtinge
 - 4.3.2 Spoed van verrigtinge
 - 4.3.3 Prosedure self
 - (a) Partye bepaal prosedures
 - (b) Geskilpunte word geïdentifiseer
 - (c) Aanbied van getuienis
 - (d) Presedentestelsel
 - (e) Vasstelling van remedies
 - (f) Samestelling van die forum
 - (g) Kontrole
- 4.4 Koste
- 4.5 Adversatiewe stelsel
- 4.6 'n Wen-wensituasie
- 4.7 Gemeenskapsbelang en -betrokkenheid
- 4.8 Partybelang en -betrokkenheid
- 4.9 Beslissing
- 4.10 Jurisdiksie

Vervolgens 'n bespreking van die onderskeie gemelde kenmerke.

4.1 Vrywillige proses

Die alternatiewe geskilbeslegtingsproses is vrywillig van aard. Partye stem vrywillig toe tot die inisiëring van 'n bepaalde alternatiewe geskilbeslegtingsmetode in teenstelling met die dwingende, adjudikatiewe, nie-vrywillige aard van litigasie⁹⁵ waar die verweerder ten einde sy verweer te stel (hetsy formeel of tegnies) tot 'n verdedigde aksie teen die eiser moet toetree.

Litigasie word ingestel en gevoer volgens die reëls van die siviele of strafprosesreg na gelang van die aard van die geskil. Alternatiewe geskilbeslegting daarenteen word op vrywillige konsensuele grondslag ingestel en gevoer. Vir soverre dit siviele litigasie aanbetref, kan die eiser na vrye keuse oorweeg of hy wil litigeer al dan nie. Indien die eiser wel besluit om 'n dagvaarding uit te reik, word die siviele prosesreëls voorskriftelik vir beide die eiser en die verweerder. Die eiser het nog 'n keuse om sy eis terug te trek, maar die verweerder het beperkte opsies. Die verweerder kan:

- binne die *dies induciae* reageer op die dagvaarding wat die eiser op hom laat beteken het deur óf
 - die eis te erken en aan te bied om die eis plus koste te betaal,⁹⁶ óf
 - die eis te erken en reëlings te tref om die eis plus koste in paaiemente af te betaal,⁹⁷ óf
 - 'n kennisgewing van verdediging te laat aflewer aan die eiser en die hof. Die verweerder pleit op die besonderhede van vorde-

⁹⁵ Effron 1989 *Modern Law Review* verwys na die "intrusive" aard van litigasie. *Alternative Dispute Resolution* 12 Gedwonge arbitrasie ingevolge die *Wet op Arbitrasie* 42 van 1965 is nie-vrywillig van aard nie. Faris 1992 *Codicillus* 8.

⁹⁶ Dws voldoen aan die eis.

⁹⁷ Aa 57 en 58 *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944.

ring deur die eis te erken, te ontken of met teenwerping te erken.⁹⁸

- Sou die verweerder egter die eis van die eiser ontken en glad nie daarop reageer nie, kan 'n verstekvonnis toegestaan word en tenuitvoerleggingsprosedures gevolg word.

Hoewel die eiser dus uit eie vrye wil en na oorweging van verskeie faktore besluit om te dagvaar in 'n gegewe geval, is beide die eiser en die verweerder gebonde aan prosedurele reëls. Alternatiewe geskilbeslegting daarenteen word by wyse van ooreenkoms geïnisieer en gevoer.⁹⁹ Die effektiewe werking en sukses van alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes hang in 'n groot mate af van die bereidwilligheid van en konsensus deur die partye in dispuut.

Die vraag kan gestel word of alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes binne die kader van die geregshowe en gevolglik onder die staatsadministrasie val.¹⁰⁰ Resorteer dié metodes binne die kader van die geregshowe, lê die effektiwiteit slegs in die onderwerping aan sodanige jurisdiksie. Die Regskommissie dui in hulle navorsing op die sogenaamde "Multi-door Court Houses" van Amerika, waar, onder gesag van die formele regstelsel van die staat, disputante verwys word na verskillende staatsinstansies, afhange van die aard van die geskil, ter oplossing van hulle geskil.¹⁰¹

⁹⁸ Toetree tot 'n verdedigde aksie.

⁹⁹ By 'n ooreenkoms om te medieer (mediasie-ooreenkoms) en 'n ooreenkoms om te arbitreer (arbitrasie-ooreenkoms). Die hele mediasieproses word by wyse van ooreenkoms gereël en in 'n groot mate arbitrasie ook. Hoewel arbitrasie nie na willekeur beëindig kan word nie, kan mediasie wel, tensy anders ooreengekom. Sien ook Pretorius 1990 *Consultus* 39.

¹⁰⁰ By gemeenskapshowe. Konsiliasie, mediasie en arbitrasie word gemonitor deur die Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration (CCMA) in terme van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995. Mediasie in egskeidingsaangeleenthede geskied in terme van die *Wet op Mediasie in Sekre Egskeidingsaangeleenthede* 24 van 1987.

¹⁰¹ SA Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 10. Die Regskommissie opper selfs die idee dat staatsondersteuning aan private instansies gegee kan word.

Die argument rakende die beskerming van die "swakke" teen die "sterke" eindig egter hier, aangesien die verloop van die alternatiewe verrigtinge en die uitkoms daarvan, grotendeels afhang van alle partye se deelname aan, ingesteldheid ten opsigte van, gesindheid jeens en aktiwiteite wat die oplossing van die geskil aanbetref. Partye self is dus die aangewese persone om in samewerking met mekaar, oor hulle eie lot te beskik wat betref die oplossing van hulle geskil met behulp van alternatiewe metodes.

Partye mag probleme ondervind by die keuse van 'n gepaste ADR metode en dienooreenkomstige prosedurele reëls aanwend om uitvoering aan die gekose, gepaste metode te gee. Soms gebeur dit dat 'n party wel sy keuse ten opsigte van metode en prosedure geneem het, net om daarna deur die ander party toestemming tot die spesifieke metode en prosedure ontsê te word. Die pad na litigasie blyk proseduregewys¹⁰² soms die pad van die minste teenstand te wees,¹⁰³ hoewel dog, nie altyd die bevredigendste nie. Die litigasieproses het sy gebruikelike emosionele "wear and tear", grotendeels as gevolg van die tyd- en geldrowendheid daaraan verbonde.

Die vrywillige aard van die alternatiewe geskilbeslegtingsproses vind terselfdertyd ook neerslag in verskeie van die ander kenmerke van die geskilbeslegtingsproses.¹⁰⁴

4.2 Private verrigtinge¹⁰⁵

Alternatiewe geskilprosedures vind in privaatheid plaas, met konvensionele geskilprosedures wat daarenteen in 'n ope hof plaasvind met vrye toegang vir die media en die publiek. Omdat geskille soms oor sensitiewe, persoonlike of konfidensiële aangeleenthede handel, kan onaangename publisiteit nadelige

¹⁰² Vaste reëls ingevolge die prosesreg reguleer die prosedure.

¹⁰³ Trollip *Alternative Dispute Resolution* 11.

¹⁰⁴ Tyd en plek van verrigtinge, samestelling van forum, vasstelling van prosedure, ensomeer.

¹⁰⁵ Pretorius *Dispute Resolution* 6; Faris 1992 *Codicillus* 8.

gevolge vir 'n disputant inhou. Gesien egter uit 'n gemeenskapsoogpunt,¹⁰⁶ wil die gemeenskap, hoewel 'n nie-party tot die geskil, ingelig wees oor geskille en die beslegting daarvan, wat gemeenskapsbelange en -regte, hoewel op 'n indirekte wyse, kan beïnvloed.¹⁰⁷

Alternatiewe geskilprosedures is privaat tensy 'n toekenning van 'n arbiter byvoorbeeld op hersiening geneem word of wanneer geregtelike afdwinging van 'n ooreenkoms waartoe partye geraak het, versoek word.¹⁰⁸

Kortom: 'n Alternatiewe geskilbeslegtingsmetode bied 'n private beslegting van 'n geskil, onafhanklik van judisiële gesag, toesig en kontrole.

4.3 Besondere prosedure

Voortspruitende uit die konsensuele aard van alternatiewe prosesse, word 'n gepaste prosedure wat besonder buigsaam is deur of in oorleg met die disputante neergelê in 'n ooreenkoms.¹⁰⁹

Vervolgens word op enkele prosedurele aspekte gelet:

4.3.1 Tyd en plek van verrigtinge

Vanweë die feit dat partye die tyd en plek van verrigtinge bepaal, is dit vir alle partye gerusstellend om geen verdere kopsorg te hê oor bottelnek-oorvolhofrolle en onnodige steurende uitstelle van verrigtinge wat kostes onnodiglik die hoogte laat inskiet. Hoflye en hofsetels daarenteen word gereël by wyse van wetgewing. ADR prosedures kan meehelp om die oorbelaaide hofstelsel

¹⁰⁶ Effron 1989 *Modern Law Review* 495-496 waarsku teen die term "public interest" wat soms "a vacuous, deceptive and generally useless term" is vir soverre politici dit gebruik vir eie politieke gewin. Volgens Effron is dit totaal 'n ongeldige term indien die outonomie van die partye opgeoffer word vir die belange van die politici.

¹⁰⁷ Styging in mediese wanpraktykseise het veroorsaak dat die professionele versekeringspremies van geneeshere jaarliks styg, welke verhoogde versekeringspremies eventueel weer van die gesondheidsverbruikers (die pasiënte) by wyse van verhoogde tariewe verhaal word.

¹⁰⁸ Pretorius *Dispute Resolution* 6.

¹⁰⁹ Mediasie-ooreenkoms of Arbitrasie-ooreenkoms.

te verlig. In Amerika word die verligting van hofrolle deur alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes betwyfel en in Suid-Afrika is daar geen bewys dat dié metodes wel sodanige effek kan meebring nie.¹¹⁰ Normaalweg duur dit ongeveer twee tot drie jaar vir 'n saak om vir verhoor terrolle geplaas te word. Die saak duur maande, selfs in sommige gevalle twee tot drie jaar en nog 'n verdere twee tot drie jaar kan verloop voor die appèl aangehoor word.

4.3.2 Spoed van verrigtinge

Siviele gedinge neem geweldig baie tyd in beslag en gevolglik ontstaan oorvol hofrolle met onnodige uitstelte en onvermydelike kostes wat oloop. Met verloop van tyd taan die erns van die geskil, getuies se geheue laat hulle in die steek of getuies verdwyn onopspoorbaar of wel opspoorbaar maar teen hoë kostes.

Tyd-effektiewe alternatiewe verrigtinge skep die geleentheid om meer geskille te laat besleg en om geskille vinniger af te handel.¹¹¹ Vanweë die feit dat arbitrasie finaal en bindend is (met uitsonderingsgevalle), bring dit mee dat die hele arbitrasieproses vinniger afgehandel kan word as beregting deur 'n hof wat tot en met appèl kan sloer. "(F)or many people justice delayed is justice denied ...",¹¹² met die gevolg dat die regstelsel en die werking daarvan buite die bereik van die gewone man op straat geplaas word.

¹¹⁰ SA Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 8. Ek is egter van mening dat vanweë 'n redelike onbekendheid van en onkundigheid oor ADR metodes dit te vroeg in die ontwikkeling van ADR is om bevestigend te antwoord op die stelling dat dit te betwyfel is of ADR metodes die hofdrukte werklik verlig of kan verlig. Sien 3 Die geskiedenis van alternatiewe geskilbeslegting in Suid-Afrika. Uit die bespreking onder 3 blyk dit duidelik hoe nuut en vroeg in ontwikkeling ADR in Suid-Afrika werklik is. Toegegee, die bepaling daarvan is moeilik maar tog nie onpeilbaar nie. Die positiewe wat hierin gelees kan word is dat baie hofsake (die meerderheid) geskik word, wat opsigself die basiese kern van ADR bevat, naamlik onderhandeling.

¹¹¹ Pretorius *Dispute Resolution* 100-101. Arbitrasie kan relatief tyd-effektief en mediasie gewoonlik tyd-effektief wees teenoor litigasie wat gewoonlik baie tydrowend is.

¹¹² Suid-Afrikaanse Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* Projek 94 Werkstuk 8 5.

4.3.3 Prosedure self

(a) Partye bepaal self die prosedure

Partye bepaal gewoonlik self die tipe prosedure wat gevolg moet word in die alternatiewe geskilbeslegtingsproses. Ten einde te ontkom aan die ingewikkelde en omslagtige litigasieprosedure, poog disputante gewoonlik om op 'n eenvoudige dog deelnemende proses te besluit, na gelang van hulle behoeftes aan, begrip asook kennis van geskilbeslegtingsprosesse.¹¹³ Die ADR proses is sodanig toegerus dat elke metode die geskil soos 'n handskoen pas:

... it should never be forgotten that one of the significant advantages ADR processes enjoy, is the advantage of being able to tailor-make mechanisms using the best and most useful of the various processes to meet the particular exigencies of particular parties and their particular dispute.¹¹⁴

'n Eenvoudige prosedure stel partye wat normaalweg nie onderlê is in die regte nie, in staat om hulle eie saak te voer vir 'n oplossing.¹¹⁵ In litigasie daarenteen bestaan daar formele, rigiede en voorafbepaalde prosedures ooreenkomstig die siviele en strafprosesreg.

(b) Identifisering van geskilpunte

Die ADR-proses wys aan die disputante praktiese moontlikhede en beperkings uit in die voer van hulle saak en die beslegting van hulle geskil.

Partye poog om self die geskilpunte te identifiseer, te verminder en dit saam op te los; partye bou as't ware hulle eie verhoog vir die beslegtingspel. Die neutrale derde party word deur die disputante aangewys om behulpsaam te

¹¹³ Davis *Law and Practice of Arbitration in South Africa* 2; Mowatt 1992 *CILSA* 44. Sien ook Faris 1992 *Codicillus* 8.

¹¹⁴ Trollip *Alternative Dispute Resolution* 11.

¹¹⁵ Die mediasieproses is informeel en buigsaam; die arbitrasieproses kan na gelang van die ooreenkoms tussen disputante relatief eenvoudig en informeel wees. Pretorius *Dispute Resolution* 101.

wees in die oplos van die geskil en ook in die identifisering van die geskilpunte. In geval van litigasie moet die geskilpunt korreleer met 'n spesifieke eisorsaak (*causa*).

Uit voorgaande is dit duidelik dat die disputante hoegenaamd nie meer die passiewe rol speel soos in geval van litigasie nie. Misluk die ADR-proses kan partye vrymoediglik die houding inslaan van "wat het ek verloor?" Teen minimale koste en moeite kan die inligting wat bekom is in die oefenlopie eventueel nuttig gebruik word vir verhoordoeleindes.

Nie alleen is die geskilpunte vasgestel en waar nodig verminder nie, maar is partye ook die geleentheid gebied om hulle "sê te sê" wat op sigself 'n meer realistiese houding jeens en siening van die geskiloplossing daarstel.

(c) Aanbied van getuienis

Waar die aanbod van getuienis en die voer van 'n betoog van kardinale belang is vir 'n gunstige uitspraak in litigasieverrigtinge,¹¹⁶ is die aanbod van getuienis en die voer van 'n betoog nie van ewe groot belang vir alle alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes nie. Klem word eerder gelê op gesindhede en belange van partye en 'n gefundeerde betoog mag soms ingesluit word.¹¹⁷

(d) Presedentestelsel

Die uitslag van die judisiële proses (litigasie) geskied in ooreenstemming met die bindende presedenteleer en is in dié opsig konstant en redelik "voorspelbaar". In geval van 'n alternatiewe geskilbeslegtingsmetode soos mediasie val die klem op disputante se verhouding tot mekaar en in geval van arbitrasie word die konstantheid en voorspelbaarheid van 'n uitslag opgeweeg

¹¹⁶ Dieselfde geld ook vir arbitrasieverrigtinge. Effron 1989 *Modern Law Review* 488-489.

¹¹⁷ Pretorius *Dispute Resolution* 6.

teen die belange van die disputante, presedente word hoogstens informeel gevestig.¹¹⁸

(e) Vasstelling van remedies

In geval van alternatiewe geskilbeslegtingsprosedures bepaal partye moontlike werkbare remedies vir hulle betrokke geval; in geval van litigasie bestaan daar 'n beperkte en 'n onbuigsame reeks remedies deur die reg voorgeskryf.¹¹⁹

(f) Samestelling van die forum

Kundigheid en bekwaamheid speel 'n deurslaggewende rol by die samestelling van 'n forum. Die neutrale derde party wat as voorsittende beampte aangewys en vergoed word deur die disputante, is 'n persoon met spesialis-kennis en vaardighede op die vakgebied waaroor die dispuut handel. By litigasie daarenteen word die voorsittende beampte deur die staat aangewys en vergoed as staatsamptenaar.¹²⁰ Die voorsittende beampte in litigasie is

¹¹⁸ Pretorius *Dispute Resolution* 6.

¹¹⁹ Pretorius *Dispute Resolution* 100-106; SA Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 5.

¹²⁰ Die voorsittende amptenaar is die landdros in die landdroshof en die regter in die Hooggeregshof. A 1 *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944 bied 'n onvolledige omskrywing van "magistraat", synde "nie ook assistent-magistraat nie", en "regterlike amptenaar" word omskryf as " 'n magistraat, 'n addisionele magistraat of 'n assistent-magistraat". Verder bepaal a 8 van *Wet 32 van 1944* dat die voorsittende amptenaar by elke hofsitting wat kragtens die betrokke wet gehou word, 'n regterlike amptenaar is wat volgens voorskrif van die wet aangestel word. Reël 1 van die *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959, dui in die woordomskrywing "regter" aan as " 'n regter wat elders in die ope hof sit". A 9(1)(a) van die *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944 reël die bevoegdheid van die Minister van Justisie om landdroste aan te stel. Hierdie bevoegdheid kan eweneens deur die Direkteur-generaal van die departement of 'n direkteur van die departement (of iemand met 'n gelykstaande of hoër rang as direkteur) of 'n landdros aan die hoof van 'n streekafdeling of 'n landdros met die rang van hooflanddros, uitgeoefen word (a 9(1)(aA) *Wet 32 van 1944*). Die Staatsdienskommissie doen 'n aanbeveling vir die aanstelling van iemand as landdros en kan voorkeur gee aan iemand wat 'n graad in die regte besit of wat die staatsdienshoërweteksamen of 'n gelykstaande eksamen suksesvol afgelê het. A 10 van die *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959 bepaal dat die aanstelling van regters onder andere gedoen word deur die Staatspresident. A 174(6) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 108 van 1996 bepaal uitdruklik dat regters van die Hooggeregshof aangestel word deur die President op advies (aanbeveling) van die Staatsdienskommissie.

nie noodwendig 'n kundige op 'n spesifieke gebied in die landdroshowe nie. Landdroste word normaalweg uit die geledere van staatsaanklaers aangestel, amptenare wat in die strafreg en strafprosesreg bekwaam is. Dit is veral op die gebied van die Siviele Prosesreg waar bekwaamheid met respek te kort skiet en aanstellings vanuit die geledere van prokureurs en advokate te verwelkom is.

Benewens die essensiële kenmerke van kundigheid en bekwaamheid waarvoor 'n voorsittende beampte moet beskik, moet hy/sy 'n onpartydige en onbevooroordeelde persoon wees.¹²¹ 'n Onpartydige persoon in hoedanigheid as bemiddelaar of arbiter is die aangewese persoon om 'n dooie punt situasie tussen partye te ontloot en samesprekings met die oog op skikking aan te moedig.¹²²

(g) Beheer (kontrole) deur die partye

In die ADR-proses oefen partye grotendeels beheer oor prosedures, die aanwys van die voorsittende beampte sowel as skikkings, uit. By mediasie daarenteen kontroleer die mediator die prosedure, doen die mediator voorstelle ter oplossing van die geskil, wys die partye egter die mediator aan en bepaal die partye die skikkingsinhoud.¹²³ In geval van arbitrasie kontroleer die partye die gekose prosedure en wys die aangewese arbiter aan wie se toekenning bindend is op die partye.

By litigasie daarenteen word die voorsittende beampte van staatsweë aangestel, die prosedures word deur wetgewing neergelê¹²⁴ en partye oefen geen kontrole uit oor die litigasieverrigtinge nie. Partye is gebonde aan die beslissing van die voorsittende beampte.

¹²¹ Soms word daar verkeerdelik verwys na 'n neutrale derde, wat die indruk mag skep van 'n ongevoeligheid jeens partye vir die situasie waarin hulle hul mag bevind.

¹²² Pretorius *Dispute Resolution* 6.

¹²³ Soos in geval van konsiliasie.

¹²⁴ Die *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959, die *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944 en die *Strafproseswet* 51 van 1977 beheers onderskeidelik siviele verrigtinge in die Hooggeregshowe en landdroshowe en strafverrigtinge in beide tipes howe.

4.4 Kostas

'n Alternatiewe geskilbeslegtingsprosedure behoort laer in kostas as die konvensionele judisiële prosedure. Vanweë die hoë reghkostas verbonde aan litigasie word die publiek ontmoedig om geskille op laasgenoemde wyse te besleg. Die spreekwoordelike "justice is open to all like the Ritz Hotel"¹²⁵ was nog nooit so spreekwoordelik waar as juis in geval van siviele en straf litigasie nie.

'n Toenemende tendens het in konvensionele litigasie ontstaan waar litigante hulleself verteenwoordig en dit opsigself het net nog verdere negatiewe koste-implikasies meegebring. Partye is nóg onderlê in die reg nóg in hofprosedures. Leiding aan partye vanaf die regbank kan tydrowend en ontwrigtend wees. Hoewel die voorsittende beampte 'n plig het om toe te sien dat reg geskied wat die prosedure sowel as die toepassing van die reg op die gegewe feite betref, is dit nie die voorsittende beampte se taak om die partye van reghsadvies te bedien en te verteenwoordig waar reghsverteenwoordiging ontbreek nie. Laasgenoemde pligte hoort by 'n reghsverteenwoordiger tuis.

Vanweë minder ingewikkelde en meer informele prosedures wat gevolg word in geval van alternatiewe metodes, is dié vorme van geskilbeslegting meer bekostigbaar vir disputante. Partye kan hulle geredelik self verteenwoordig of van verteenwoordigers teen bekostigbare nie-geskeduleerde tariewe gebruik maak of selfs van gewone verteenwoordigers gebruik maak in die aanbied en voer van hulle saak.¹²⁶ Reghsverteenwoordiging word egter nie in die ADR-proses ontmoedig nie. Die aard van die geskil bepaal of reghsverteenwoordiging werklik benodig word. Dit dien geen doel om van 'n alterna-

¹²⁵ Cappelletti en Tallon *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation* 153. Sien ook Faris 1992 *Codicillus* 8 en Anon 1992 *IRJSA* 68.

¹²⁶ Pretorius *Dispute Resolution* 100-101. In geval van arbitrasie word disputante dikwels verteenwoordig en in geval van mediasie daarenteen, selde. Arbitrasie is relatief goedkoop en mediasie gewoonlik relatief goedkoop. Van Vuuren 1990 *De Rebus* 275. Mediasie behoort 10% van litigasiekoste, konsiliasie en die mini-verhoor behoort

tiewe metode gebruik te maak om 'n geskil te besleg nie, solank regsverteenwoordigers nog steeds toegelaat word om die "hof" in alternatiewe geskilbeslegtingsprosedures terug te bring nie.¹²⁷

'n Faktor wat egter nie uit die oog verloor moet word nie, is dat die hof as forum in sy geheel, sowel as die voorsittende beampte en hofpersoneel befonds word uit staatsfonds en in geval van 'n alternatiewe geskilbeslegtingsforum geskied die befondsing privaat deur die betrokke partye. Vergoeding van die voorsittende beampte geskied deur die partye by ooreenkoms. Soms word kritiek hieroor uitgespreek asof partye 'n "hefboom" het waarmee die voorsittende beampte gemanipuleer kan word tot 'n gunstige uitspraak. Die voorsittende beampte mag dalk die mening toegedaan wees om nie "die hand wat hom voed" te "byt" met ongunstige beslissings nie. Die vrees is al uitgespreek dat voorsittende beamptes bang is om in onguns te kom by partye en dat hulle kanse om in die toekoms in aanvraag te wees om as voorsitter op te tree, 'n knou toegedien sal word deur ongunstige beslissings.

'n Landsburger se toegang tot die reg impliseer onder andere 'n reg op 'n vinnige en billike beslissing van sy dispuut. By die toepassing van die materiële reg op sy gegewe situasie, benodig 'n persoon regsbystand, wat koste-implikasies inhou vanweë die kennis en kundigheid verbonde aan regsverteenwoordiging.¹²⁸ Prosedurele reëls word benodig om die gegewe feite voor die hof te plaas wat dit analities objektief moet beoordeel en 'n regverdige beslissing moet maak.

Die ADR-prosedure maak die reg meer toeganklik vir die publiek vanweë bekostigbare regshulp. Hoewel die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*¹²⁹ as grondslag die gelykheid van alle mense voor die reg het, is 'n

minder as 10% van litigasiekoste en arbitrasie daarenteen beloop 80% van litigasiekoste.

¹²⁷ Ongelukkig word die arbitrasieprosedure misbruik as 'n hof "in die klein" om die stryd te voer.

¹²⁸ Southwood 1996 *Consultus* 29.

¹²⁹ Wet 108 van 1996.

groot gedeelte van die publiek, omrede onder andere hoë kostes,¹³⁰ nog steeds uitgesluit van die werking van die reg. Trollip¹³¹ maak die opmerking dat partye niks het om te verloor sou hy/sy van die ADR-prosedure gebruik maak nie. Misluk dié prosedure, is partye litigasiegewys nader aan 'n moontlike oplossing. Voorts maak Trollip ook die opmerking dat partye nie moeite en koste ontsien met litigasie nie, net om eventueel tog die saak voor die hof se deure te skik. ADR is 'n gemoedelike manier¹³² om 'n geskil te besleg.

4.5 Adversatiewe stelsel¹³³

Met die ADR-proses word 'n sogenaamde "toeganklikheid tot die reg"-benadering¹³⁴ gevolg:

... not to make justice poorer, but to make it accessible to all, including the poor.¹³⁵

Twee doeleindes¹³⁶ word voorop gestel in die benadering:

- (i) die regstelsel moet ewe toeganklik wees vir almal en
- (ii) die gevolge wat intree moet individueel en sosiaal regverdig wees.

Ten einde aan hierdie doelstellings gevolg te gee, moet die adversatiewe

¹³⁰ Die gelykheid voor die reg is steeds maar nog 'n ideaal, want *de facto* beskik 'n groot gedeelte van die bevolking nie oor die finansies om regshulp te bekom nie.

¹³¹ Trollip *Finance Week* 28/3/1991-2/4/1991 18.

¹³² Trollip gee 'n gepaste titel aan sy artikel "Do it nicely, don't fight" *Finance Week* 28/3/1991-2/4/1991 18.

¹³³ Pretorius *Dispute Resolution* 100-101; Trollip *Alternative Dispute Resolution* 8. Arbitrasie is minder adversatief van aard en mediasie kan relatief nie-adversatief wees teenoor litigasie wat gewoonlik baie adversatief van aard is. De Vos 1993 *TSAR* 155-158.

¹³⁴ "Access to justice".

¹³⁵ Cappelletti en Garth *Access to Justice* 124.

¹³⁶ Cappelletti en Garth *Access to Justice* 6.

stelsel sodanig aangepas word deur 'n inkwisatoriese stelsel, ten einde die reg vir die publiek toeganklik te maak.

Tydens 'n regsforum wat gehandel het oor "Toegang tot die Reg"¹³⁷ is die voorstel geopper dat daar toenemend van 'n inkwisatoriese stelsel gebruik gemaak moet word te midde van die adversatiewe stelsel veral waar 'n geskil opgelos moet word en partye nie oor regsverteenvoording beskik nie:

There should be a pilot project 'aimed at developing courts which are user friendly' with attached units to inform the public about them.¹³⁸

4.6 *Wen-wensituasie*

Litigasie bring 'n wen-verloor- of 'n verloor-verloorsituasie te weeg. Hoewel die uitslag vir 'n party gunstig is, is daar steeds sekere prokureur-kliëntkoste en ander persoonlike uitgawes wat nie verhaal kan of mag word van die verloorder-party nie. Die suksesvolle party is nie altyd die wenner in die ware sin van die woord nie. Die verloorder daarenteen mag ook van mening wees dat dit 'n geval is van "the winner takes it all" en hoe goed sy saak ook al aangebied en beredeneer is, hoe goed dit ook al water hou, was dit net nie goed genoeg nie en word hy die slagoffer van 'n hofbevel insluitend 'n kostebevel. Hierdie is 'n situasie wat reggestel kan word deur onderhandeling en skikking buite judisiële verband wat 'n wen-wensituasie vir al die partye inhou.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie lig die probleem rondom die wen-verloorsituasie soos volg uit:¹³⁹

¹³⁷ Legal Forum on Access to Justice Universiteit Durban-Westville 12-19 November 1995.

¹³⁸ Southwood 1996 *Consultus* 30. Van die sinvolle voorstelle wat tydens die regsforum gedoen is, is onder andere voorsittende beamptes wat onnodige en irrelevante kruis-ondervraging moet beperk, verklarings en uitstelle wat op administratiewe wyse gereël moet word en publieke belange wat bevorder moet word.

¹³⁹ SA Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 5.

Courts offering only trials are furthermore limited in their response to a legal dispute. Litigation often creates winners and losers and even winners may feel like losers given the limited nature of many legal remedies imposed from a limited range of win or lose options.

Partye mag miskien in 'n belangrike kontinuerende verhouding met mekaar staan, byvoorbeeld 'n werksverhouding, 'n professionele verhouding, 'n werkaannemingsverhouding, 'n vertrouensverhouding,¹⁴⁰ kortom 'n verhouding waarin besigheidsbelange of persoonlike belange essensieel is en wat erg deur litigasie geknou mag word. Effektiewe geskilbeslegtingsmetodes doen nouliks skade aan so 'n verhouding en kan toekomstige voortgesette verhoudings bevorder. Arbitrasie en mediasie kan meebring dat verhoudings voortgesit word; litigasie daarenteen kan verhoudings strem of selfs vernietig.¹⁴¹

... adjudication tends to destroy relationships among parties, while alternatives to adjudication tend to cement relationships.

'n Goeie grondslag vir die kontinuerende verhouding word gelê in die alternatiewe prosedure waarin partye met mekaar moet kommunikeer om die geskil op te los.¹⁴² Die wyse waarop die geskil opgelos word is minder konflikterend van aard en ekonomiese druk noop partye tot 'n vroeë skikking.

Met litigasie word 'n wen-verloorsituasie gebaseer op regsbeginsele bewerkstellig; in geval van arbitrasie is 'n kompromie-uitslag moontlik, hoewel 'n wen-verloorsituasie kan voorkom. Die kriteria waarop die beslissing gebaseer word, word deur die partye bepaal. In geval van mediasie word 'n wedersydse aanvaarbare ooreenkoms nagestreef wat gewoonlik gebaseer is op belange en kom 'n wen-wensituasie dikwels voor.¹⁴³

¹⁴⁰ Byvoorbeeld dokter-pasiëntverhouding. Onder kontinuerende verhoudings tel besigheidsverhoudinge en verhoudinge waarin ekonomiese bedrywighede onderskryf word. Sien ook Effron 1989 *Modern Law Review* 484-486.

¹⁴¹ Pretorius *Dispute Resolution* 100-101.

¹⁴² Van der Merwe 1990 *Acta Academica* 1.

¹⁴³ Pretorius *Dispute Resolution* 6.

4.7 Gemeenskapsbelang en -betrokkenheid

Alternatiewe geskilbeslegtingsprosedures bevorder gemeenskapsbetrokkenheid aangesien groot klem geplaas word op die waardes¹⁴⁴ wat geldend in die gemeenskap is, veel eerder as wat reëls en prosedures 'n rol speel.¹⁴⁵

In die verlede is baie Suid-Afrikaners uitgesluit van die vorming en toepassing van wetgewing. Met die skep van ADR prosedures, word omgesien na die gemeenskapsbetrokkenheid, " 'n stelsel deur die publiek vir die publiek",¹⁴⁶ 'n deelnemende stelsel.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie is 'n groot voorstander van 'n "sosiale dimensie" wat aan die reg gegee moet word met behulp van ADR prosesse,¹⁴⁷ omrede dit op hierdie stadium blyk dat nie alle mense gelyk is voor die reg nie. Dit val egter nie te ontken nie, dat 'n effektiewe regering grotendeels afhanklik is van 'n gerespekteerde regstelsel, 'n regstelsel wat aanvaarbaar en toeganklik vir almal is.¹⁴⁸

Dit bly 'n ope vraag of die oplossing van 'n spesifieke geskil tussen spesifieke partye werklik in breë die gemeenskap se strewe na reg en geregtigheid gaan

¹⁴⁴ *Boni mores*. Sien die kritiek deur Effron 1989 *Modern Law Review* 495-496 op die term "public interest" as "vacuous, deceptive and generally useless" vir soverre politici vir eie gewin onder dié vaandel vaar.

¹⁴⁵ Faris 1992 *Codicillus* 8.

¹⁴⁶ Carpenter 1996 *SAPL* 110; Van Niekerk 1994 *De Jure* 19 wys in sy artikel op die vreemde dominante westerse regstelsel wat op die intuïtiewe, inheemse regstelsel geforseer is. Grant en Schwikkard 1991 *SAJHR* 304 ondersteun Van Niekerk in hulle artikel. Hulle wys daarop dat nie alleen die materiële reg onvoldoende is vir die gewone man op straat nie, maar ook dat die strukture en prosedures onvoldoende is. Omdat die situasie onhoudbaar was, het Swartes die gemeenskapshowe in die lewe geroep. Dié howe het ontstaan uit gewoontereg ("customary law") wat tradisionele leiers in tradisionele howe op die platteland toegepas het. Faris 1996 *Community Mediation Update CDRT Newsletter* 7 dui daarop dat die gemeenskapshowe 'n spesifieke toepassing is van die konsensuele beginsels van ADR binne 'n spesifieke gemeenskap met sekere morele waardes en sosiale standaarde.

¹⁴⁷ Suid-Afrikaanse Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 5.

¹⁴⁸ Suid-Afrikaanse Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 6.

bevredig¹⁴⁹ en of die uitslag van die proses afgedwing sal kan word. Dit blyk of daar eventueel weer op die hofprosedures gesteun sal moet word ter afdwinging van bevindinge (gemaak in ADR verrigtinge) en wat nie deur 'n party/e nagekom is nie.

4.8 Partybelang en -betrokkenheid

Individuele regte en belange sowel as groepsregte en -belange word beskerm vanweë die feit dat die alternatiewe geskilbeslegtingsprosedures 'n groter toeganklikheid vir die publiek daarstel, as die formele toegang in geval van litigasie. Hierdie faset dra by ter bevrediging van die partye se strewe na geregtigheid en betrokkenheid. Deelname aan en betrokkenheid by die proses deur die disputante is tiperend van die ADR-proses.¹⁵⁰

Irregular and improper as such conversations may appear when judged by the usual standards of adjudication, it should be noted that the motive for them may be the arbitrator's desire to preserve the reality of the parties' participation in the decision - to preserve, in other words, the very core of adjudication.¹⁵¹

Die geskille handel nie met regs kwessies alleen nie. Baie geskille handel grotendeels oor persoonlike verhoudings,¹⁵² die aantasting daarvan en die oplossing van die geskil wat gemik is op die kontinuering van die persoonlike verhoudings waarin disputante tot mekaar staan. Die litigasielkwessie het so onbeheerbaar en onvoldoende geword dat die beste belange van die kliënt nie meer voorop staan nie:

¹⁴⁹ Suid-Afrikaanse Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8 8. Of geregtigheid werklik seëvier vir partye wat van alternatiewe geskilbeslegtingsprosedures gebruik maak, word deur sommige bevraagteken. Die geskil bly staan en dalk is dit maar net 'n beskeie en beskaafde wyse om 'n geskil te probeer besleg.

¹⁵⁰ Trollip *Alternative Dispute Resolution* 12. Faris 1992 *Codicillus* 8.

¹⁵¹ Fuller 1978 *Harvard Law Review* 353 396.

¹⁵² Bv werkgewer-werknemerverhouding, ens.

Litigante speel 'n passiewe rol van onbetrokkenheid by litigasieverrigtinge en met litigasie-uitslae wat meesal onvoorspelbaar is en peperduur litigasiekoste, word partye inherent ontmoedig om van litigasieverrigtinge gebruik te maak. Wanneer partye litigeer, handel die litigasie met 'n spesifieke eisorsaak.¹⁵⁴ Dié prosedure word deur die siviele prosesreg neergelê, formeel, rigied en vooraf bepaal en die remedies word deur die materiële reg bepaal.¹⁵⁵ Disputante is betrokke by die ADR-proses en speel 'n aktiewe rol in die formulering van geskilpunte, die prosedure wat gevolg word en die bepaling van moontlike toepaslike remedies ter oplossing van die geskilpunte.

4.9 *Beslissing*

'n Hofbeslissing word gebaseer op regsreëls en -beginsels en word gebind deur die presedentestelsel. Van die alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes se bevindinge kan eweneens deur regsreëls en regsbeginsele bepaal word of deur belange en prioriteite van die partye, met regsreëls en regsbeginsele wat dan minder inslag het.¹⁵⁶ Normaalweg word die gelykeheidsbeginsel of 'n soortgelyke beginsel waarop partye ooreengekom het, onderskryf.¹⁵⁷ Afhangende van die ADR-metode wat toegepas word, word die beslissing gemaak deur die voorsittende beampte¹⁵⁸ of deur die partye self¹⁵⁹ en speel die presedentestelsel 'n relatief klein of geen rol.¹⁶⁰

¹⁵³ Trollip waarsku dat daar 'n "pathology of litigation" ontstaan het. Trollip *Alternative Dispute Resolution* 12; Seligson 1990 *Consultus* 7.

¹⁵⁴ Bv kontrakbreuk/delik.

¹⁵⁵ Bv skadevergoeding, kansellasië, teruggawe, ens.

¹⁵⁶ Pretorius *Dispute Resolution* 100.

¹⁵⁷ Bv arbitrasie Pretorius *Dispute Resolution* 100-101.

¹⁵⁸ In geval van arbitrasie.

¹⁵⁹ In geval van mediasie.

¹⁶⁰ Pretorius *Dispute Resolution* 100-101. In geval van arbitrasie word die presedentestelsel nie gereedelik toegepas nie en in geval van mediasie is dit bykans van geen belang nie.

By die fel van 'n beslissing speel publieke norme in geval van litigasie 'n groot rol, hoewel dit nie noodwendig die geval is in geval van arbitrasie en mediësie nie.¹⁶¹ Uitoefening van mag en magsbesit kan ongelukkig 'n groot rol speel in geval van alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes. By litigasie het die magspel bykans geen invloed nie.¹⁶²

Die beslissing is beide in geval van litigasie en sekere vorme van alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes¹⁶³ wel afdwingbaar. Waar die beslissing in geval van litigasie 'n laer koers van voldoening het, is die koers van nakoming van die beslissing in geval van alternatiewe geskilbeslegting relatief hoog¹⁶⁴ tot baie hoog.¹⁶⁵

Die beslissing van 'n geregshof is vatbaar vir hersiening¹⁶⁶ of appèl.¹⁶⁷ In geval van arbitrasie is die toekenning bindend en is slegs hersiening van die

¹⁶¹ Pretorius *Dispute Resolution* 100-101.

¹⁶² Pretorius *Dispute Resolution* 100-101. Die voorsittende landdros of regter behoort vanweë sy aanstelling en vergoeding van owerheidsweë nie manipuleer te word deur 'n finansiële sterk disputant nie. Hierdie gevaar van magspel kan by alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes ondervang word deur beide/alle partye wat 'n arbiter/s of 'n mediator/s gesamentlik aanwys en beide/alle partye die vergoeding van die arbiter/s of mediator/s betaal.

¹⁶³ Pretorius *Dispute Resolution* 100-101. Arbitrasietoekennings is normaalweg afdwingbaar en 'n ooreenkoms voortspruitende uit mediësie is ook afdwingbaar.

¹⁶⁴ In geval van arbitrasie.

¹⁶⁵ In geval van mediësie.

¹⁶⁶ R 49(7) *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944 maak voorsiening vir die hersiening van 'n vonnis, hoewel die reël verwys na tersydestelling en wysiging van vonnisse. A 19(1)(a)(ii) *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959 maak voorsiening vir die hersiening deur elke provinsiale afdeling van 'n Hooggeregshof om die verrigtinge van alle laer howe binne sy regsgebied, te hersien. Hooggeregshofreël 53 reël die prosedure van hersiening.

¹⁶⁷ A 83 *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944 maak voorsiening vir appèl teen die beslissing van 'n landdroshof, behoudens a 82 se bepalings. A 82 bepaal dat met die toestemming van partye die uitspraak van 'n hof finaal kan wees. 'n Party kan onder andere ingevolge a 83 in enige siviele geding of verrigting in 'n hof na die provinsiale of plaaslike afdeling van die Hooggeregshof wat jurisdiksie het om die appèl te verhoor, appelleer teen –

(a) 'n vonnis (a 48);

(b) elke bevel gemaak in 'n geding wat die uitwerking van 'n finale vonnis het en 'n bevel ten aansien van koste;

Landdroshofreël 51 reël die appèlprosedure. A 20 *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959 maak voorsiening vir appèl vanaf 'n plaaslike of provinsiale afdeling na die appèlafdeling of 'n volle hof van die Hooggeregshof. A 20 handel met twee gevalle: Geval een waar 'n appèl aangeteken word teen die beslissing of bevel van 'n provin-

beslissing moontlik¹⁶⁸ en nie appèl nie. Geen appèl of hersiening is moontlik in geval van mediasie nie.¹⁶⁹

Hersiening is 'n middel wat aangewend word om 'n beslissing van 'n laerhof deur die Hooggeregshof te laat kontroleer en indien nodig geag word, deur laasgenoemde hof te laat regstel. Die beslissing kan op hersiening geneem word omdat dit foutief is vanweë onreëlmatighede wat plaasgevind het ten opsigte van die prosedure wat tydens die geding gevolg is, dit wil sê die party voel gegrief oor die wyse waarop die resultaat bereik is.

Appèl is 'n middel wat prosedureel gebruik word om 'n beslissing van 'n laerhof deur die Hooggeregshof te laat kontroleer en indien dit nodig geag word, te laat regstel. Die beslissing mag foutief wees óf omdat die feite wat voor die voorsittende beampte gedien het, verkeerd beoordeel is óf omdat die reg verkeerd geïnterpreteer of toegepas is. Die party wat gegrief voel oor die resultaat van die uitspraak appelleer daarteen.

Artikel 24(1) van die *Wet op die Hooggeregshof*⁷⁰ maak voorsiening vir die volgende hersieningsgronde:

siale of plaaslike afdeling as hof van eerste instansie. Geval twee handel met appèl teen 'n beslissing van 'n provinsiale of plaaslike afdeling waar dié hof gesit het as hof van appèl in geval van 'n beslissing van 'n enkelregter of in geval van 'n beslissing van die landdroshof. *Total South Africa (Pty) Ltd v Bekker* NO 1992 1 SA 617 (A) 622E-G; Erasmus, Breitenbach en Van Loggerenberg *Superior Court Practice* A1-38, A1-67. R 49 en R 49A handel met appèlle vanaf die Hooggeregshof. R 50 handel met siviele appèlle vanaf die landdroshof.

¹⁶⁸ Hoewel niks partye tot 'n arbitrasie-ooreenkoms verbied om voorsiening te maak vir moontlikheid van appèl nie, word die doel van arbitrasieverrigtinge grootliks daardeur gefrustreer. Die finaliteit van 'n beslissing deur 'n arbiter word daardeur beëindig wat op sigself verhoogde kostes en tydsverspilling in die hand werk.

¹⁶⁹ Mediasie uitkomst is hoogstens aanbevole en nie bindend van aard nie. Sou 'n ooreenkoms bereik word tydens mediasie, kan die ooreenkoms wel by wyse van litigasie afgedwing word. Pretorius *Dispute Resolution* 6.

¹⁷⁰ Wet 59 van 1959. Sien ook a 33(1) – (3) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* Wet 108 van 1996 (elke persoon het die reg op 'n wettige, redelike en prosedureel billike administratiewe handeling en elke persoon wat deur sodanige administratiewe handeling benadeel word, is geregtig op skriftelike redes vir sodanige benadeling), saamgelees met a 6(2)(a)-(i) van die *Wet op Administratiewe Geregtigheid* 3 van 2000 (lys van hersieningsgronde ingevolge waarvan enige persoon 'n administratiewe aksie na 'n geregshof of tribunaal op geregtelike hersiening kan neem). Die hersieningsgronde is omvangryker as dié waarvoor in a 24(1) van die *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959 voorsiening gemaak word. Van die hersieningsgronde sluit onder andere die volgende in:

- (1) Gebrek aan regsbevoegdheid van die hof;
- (2) Belang by die geding, vooroordeel, kwaadwilligheid of korrupsie by die voorsittende beampste;
- (3) Growwe onreëlmatigheid by die verrigtinge; en
- (4) Die toelating van ontoelaatbare of onbevoegde getuienis of die verwerping van toelaatbare of bevoegde getuienis.¹⁷¹

In geval van litigasie heers die verwagting van 'n redelike uitspraak en in geval van arbitrasie is die toekennings redelik hoewel dit nie noodwendig altyd die geval is nie. Konsensus oor aangeleenthede bereik na onderhandelinge word normaalweg in 'n ooreenkoms vervat.¹⁷² Die inhoud van die ooreenkoms wat meteen die oplossing van die geskil is, word deur die partye self bepaal en so speel die partye 'n groot rol by die uitkoms van die verrigtinge. Hoewel nie so prominent as in geval van mediasie nie, speel partye tog 'n rol by die uitkomst van arbitrasie deur byvoorbeeld die kriteria te bepaal waarvolgens 'n dispuut beslis moet word. In geval van litigasie speel die keuse en invloed deur die partye geen rol nie. Die howe pas die reg op die feite toe.¹⁷³

-
- die persoon wat die administratiewe handeling verrig, beskik nie oor die nodige magtiging nie [a 6(2)(a)(i) en (ii)] of is bevooroordeel of word redelikerwys vermoed bevooroordeel te wees [a 6(2)(a)(iii)];
 - 'n voorgeskrewe verpligte of wesenlike prosedure of voorwaarde is nie aan voldoen nie [a 6(2)(b)];
 - die administratiewe handeling is:
 - prosedureel onregverdig [a 6(2)(c)];
 - wesenlik beïnvloed deur 'n regsfout [a 6(2)(d)]
 - te kwader trou gedoen [a 6(2)(e)(v)];
 - arbitrêr gedoen [a 6(2)(e)(vi)];
 - ongrondwetlik of onwettig [a 6(2)(i)];
 - gedoen omrede irrelevanthe in aanmerking geneem is of relevanthe geïgnoreer is [a 6(2)(e)(iii)];
 - gedoen vir 'n ongemagtigde rede [a 6(2)(e)(i)];
 - gedoen as by-motief [a 6(2)(e)(ii)]
 - die uitoefening van gesag in die uitvoering van die administratiewe handeling is so onredelik dat geen redelike persoon sodanig sou optree nie [a 6(2)(h)]
 - die administratiewe handeling bots met die reg [a 6(2)(f)(i)]; hou nie verband met die inligting tot die administrateur se beskikking nie [a 6(2)(f)(ii)(cc)]; hou nie verband met die redes deur die administrateur verstrekk nie [a 6(2)(f)(ii)(dd)].

¹⁷¹ Dieselfde hersieningsgronde is bv by arbitrasie van toepassing.

¹⁷² Pretorius *Dispute Resolution* 100-101.

¹⁷³ Pretorius *Dispute Resolution* 6.

4.10 Jurisdiksie

Die koste-aspek is 'n baie groot oorweging waaraan aandag gegee moet word, veral wanneer in 'n Hooggeregshof gelitigeer word. Koste in die landdroshof beloop laer as in die Hooggeregshof, dog val nie elke aangeleentheid binne die landdroshofjurisdiksie nie.¹⁷⁴ Alternatiewe geskilbeslegtingsprosedures kan 'n oplossing vir die jurisdiksieprobleem bied, hoewel tog in gedagte gehou moet word dat sekere tipe geskille nie vatbaar is vir beslegting by wyse van alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes nie.¹⁷⁵

5 SAMEVATTING

Vanweë die feit dat alternatiewe geskilbeslegting so vinnig veld gewen het, word lastige vrae wat in dié tipe proses kan ontstaan, dikwels op die agtergrond geskuif.¹⁷⁶

- Verloor ons nie tred met billike uitkomstes as ons so behep is met die vind van 'n gepaste geskilbeslegtingsmetode nie?¹⁷⁷
- Watter kwaliteit diens lewer ADR praktisyns en is hulle noodwendig almal onderworpe aan die voorskrifte van professionele liggame?¹⁷⁸

¹⁷⁴ Aa 28, 29, en 46 *Wet op die Landdroshof* 32 van 1944 beperk die jurisdiksie van die landdroshof. A 28 bepaal dat die landdroshof slegs ten opsigte van sekere persone (verweerders) jurisdiksie het; a 29 beperk die grootte van die vordering (die eisbedrag mag nie R100 000 te bowe gaan nie) en a 46 bepaal uitdruklik ten opsigte van welke persone en eisoorake 'n landdroshof nie jurisdiksie het nie. Hoewel a 45 voorsiening maak vir die uitbreiding van landdroshofjurisdiksie deur die toestemming van die partye, is daar tog sekere aangeleenthede soos a 46 uitsluitings waartoe partye nie mag toestem nie.

¹⁷⁵ Bv egskeidings.

¹⁷⁶ In gesprekke gedurende 'n besoek aan die Harvard Universiteit in 1993 is die "lastige vrae" deur prof Ury aan my gestel.

¹⁷⁷ Myns insiens is 'n gepaste geskilbeslegtingsmetode, gepas vir dié tipe geskil asook die partye se behoeftes, inherent billik. Dit lê nog steeds binne die bevoegdheid van die partye om slegs 'n aanbeveling te versoek in plaas van 'n bevinding. Billike uitkomste gaan nie op die agtergrond geskuif word in 'n poging om 'n gepaste ADR-metode te vind nie, aangesien die praktyk geleer het dat daar 'n groot verskeidenheid van ADR-metodes bestaan tot die beskikking van partye en dat sekere ADR-metodes geskik is vir sekere tipe geskille.

¹⁷⁸ ADR-praktisyns hoef nie noodwendig lede te wees van 'n professionele liggaam nie, hoewel die meeste praktisyns wat nie lede van 'n professionele liggaam is nie, wel

- Waarom word alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes nie meer toegepas indien dit dan soveel voordele inhou?¹⁷⁹
- Bestaan daar genoegsame data om die beweerde voordele van die alternatiewe geskilbeslegtingsproses te evalueer?¹⁸⁰
- Word bottelnek-hofrolle werklik aangespreek deur die ADR-metode?¹⁸¹
- Volgens watter riglyne word 'n spesifieke ADR-metode teenoor litigasie afgeweeg?¹⁸²
- Wat is die kostevoordeel verbonde aan ADR-metodes?¹⁸³
- Volgens watter taksonomie word 'n spesifieke geskil toegewys aan 'n spesifieke ADR-metode?¹⁸⁴
- Hoe sal die alternatiewe geskilbeslegtingsproses sukses "hanteer"? 'n Gewilde proses kan 'n toename in geskille toon wat aanleiding tot uitstelde en addisionele kostes gee; 'n oorbelading kan intree wat 'n ongelukkigheid te weeg bring by disputante.¹⁸⁵
- In welke mate gaan die geld-magspel in die ADR-proses 'n rol speel? Gaan albei partye op gelyke basis bydra tot kostes of gaan die ver-

geregistreer is by ADRASA of IMSSA, instansies wat waardevolle opleiding en inligting aan lede verskaf.

¹⁷⁹ Regspraktisyns is oorwegend litigasie georiënteerd. Dit is moeilik om vooroordele teen 'n nuwe regsontwikkeling uit te hou. Ongelukkig bestaan daar in Suid-Afrika 'n gunstige klimaat vir positiewe veranderinge ten einde die regstelsel werklik toeganklik te maak vir die publiek.

¹⁸⁰ Daar word nie oor genoegsame data beskik om die beweerde voordele van ADR te meet nie, maar eweneens beskik die konvensionele stelsel ook nie oor 'n databank nie. Die gebruik van genoegsame data maak nóg ADR nóg litigasie 'n onvoldoende proses.

¹⁸¹ In die oorgrote meerderheid gevalle speel ADR reeds voor die verhoorstadium 'n groot rol in sake wat geskik word.

¹⁸² Riglyne wat ek gebruik het, was die tiperende kenmerke van ADR waarteen litigasie vergelyk is.

¹⁸³ Dit word algemeen in die praktyk ervaar dat mediasie minder as 10% van litigasiekoste uitmaak en arbitrasie 80% van litigasiekoste.

¹⁸⁴ Sien Hoofstuk 6 vir 'n bespreking watter tipe geskille geskik is vir die ADR-proses.

¹⁸⁵ Dit moet toegegee word, hoewel ADR beter toegerus is as litigasie om die "sukses" te hanteer aangesien partye beheer het oor die plasings van die aanhoor van geskille.

moënde disputant soos sy eweknie die vermoënde litigant aanhou disputeer?¹⁸⁶

Dit is beslis dat die alternatiewe geskilbeslegtingsproses se voordele meer as nadele het en in meeste gevalle sy doel bereik, naamlik om 'n geskil op 'n ander wyse as op 'n judisiële wyse te hanteer en op te los. Dit word nie ontken dat hierdie vrae lastig is nie, maar namate alternatiewe geskilbeslegting sy kinderskoene ontgroeï en namate daar meer navorsing oor dié proses gedoen word, sal antwoorde en oplossings gevind word. Daar kan nie ontken word dat in Amerika dié proses homself bewys het en dat insoverre dié proses in Suid-Afrika toegepas is, dit grotendeels suksesvol is.¹⁸⁷ As die maatstaf suksesvolle skikkingsonderhandelings is, het die praktyk volslae bewys dat alternatiewe geskilbeslegtingsproses 'n groot sukses is. Elke regspraktisyn pas met skikkingsonderhandelinge die basiese grondslag van die alternatiewe geskilbeslegtingsproses toe, naamlik onderhandelinge.¹⁸⁸ Solank as wat die regspraktyk reeds bestaan, solank bestaan alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes reeds, ietwat verskuil en ongetipeer. Inderdaad, die regstelsel is net 'n verfynde, meer afgeronde vorm van ADR.

'n Fyn balans moet gehandhaaf word in die benadering tot die alternatiewe geskilbeslegtingsproses. Weens gebrek aan begrip van die proses moet gewaak word om nie dié proses te onderskat of te negeer nie.

Law which law students study and most lawyers practice is only a small part of the law which exists in society.¹⁸⁹

Aan die ander kant moet ook teen 'n oorbeklemtoning van die proses ook gewaak word.

¹⁸⁶ Deur op gelyke basis by te dra tot die kostes, waaronder vergoeding van die voorsittende beampte, en meedoen aan die aanwys van die beampte, behoort magspel geen rol te speel nie.

¹⁸⁷ Toegegee daar is nie huidiglik 'n stelsel om 'n peiling in dié verband te doen nie, maar volgens regspraktisyns (Trollip en Paul Pretorius) wat ADR-kundiges is, asook volgens lede van ADRASA en IMSSA, is dié proses suksesvol.

¹⁸⁸ "Negotiation".

¹⁸⁹ Effron 1989 *Modern Law Review* 480-497.

Yet most lawyers still think of themselves as specialists in adjudication and of alternatives to adjudication as processes outside the law, which do not concern legal practice or teaching.¹⁹⁰

Die fundamentele waarborge verbonde aan die siviele prosesreg mag onder geen omstandighede ondergrawe word deur 'n ander proses(se) nie. Dit is uiters belangrik dat die waarborge *audi alteram partem* en die onafhanklike regbank ook in die ontwikkeling van die "access to justice" benadering vervat moet word. Die reg moet vir almal in die gemeenskap "binne" en "buite" die hof toeganklik wees.

Oor die terminologie "alternatiewe geskilbeslegting" kan lang akademiese besprekings plaasvind sonder om werklik die aard, doeleindes en voordele verbonde aan die alternatiewe geskilbeslegtingsproses aan te spreek. "Gepaste geskilbeslegtingsproses" is 'n aanvaarbare term,¹⁹¹ maar die term wat in volksmond bly steek het, is "ADR" of te wel "alternatiewe geskilbeslegting".

ADR staan geensins in kompetisie met die judisiële proses nie, maar komplementeer dit deur "toegang tot die reg" 'n werklikheid te maak vir almal in die gemeenskap. Die alternatiewe geskilbeslegtingsproses is vrywillig en privaat van aard, 'n besondere proses waar partye betrokke is, self die prosedures, geskilpunte, remedies, forum, tyd sowel as plek van verrigtinge bepaal en kontroleer. Vanweë die feit dat verrigtinge spoedig verloop, word kostes laag gehou en met die alternatiewe geskilbeslegtingsproses word 'n wensituasie onderskryf.

In die hieropvolgende hoofstuk word gedagtig aan die bestaansreg, doeleindes en kenmerke van ADR in besonder gekonsentreer op sekere alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes ter oplossing van 'n mediese wanpraktyk-geskil.

¹⁹⁰ Effron 1989 *Modern Law Review* 480-497.

HOOFSTUK 6

GEPASTE GESKILBESLEGTINGSMETODES TER OPLOSSING VAN MEDIESE WANPRAKTYKSGESKILLE

1 INLEIDING

Uit die voorafgaande hoofstuk blyk dit dat alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes verwys na 'n proses waarin van 'n onpartydige derde party of instansie gebruik gemaak word om die skikking van 'n dispuut te bewerkstellig sonder die gebruikmaking van die formele hofproses. Was dit nie vir die geykte term "alternatiewe" geskilbeslegtingsmetodes/proses wat allerweë gebruik word nie, sou die term "gepaste" geskilbeslegtingsmetodes/proses vir doelmatigheidsredes die beskrywendste en terminologies korrekte gewees het.¹

Alternatiewe metodes van beslegting moet nie as 'n inbreukmaking op die soewereiniteit van die regsprekende gesag beskou word nie.

The fact is that the judicial institution, with its inherent sovereign quality, cannot be confronted by any alternative mechanism.²

Inteendeel, alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes bring beter werkverrigting binne die kader van die regsprekende gesag en 'n groter toeganklikheid vir die publiek tot geskilbeslegting mee. Alternatiewe metodes is nie 'n vereenvoudigde vorm van litigasie nie, maar juis 'n metode om litigasie te vermy.

¹ Die alternatiewe geskilbeslegtingsmetode moet gepas wees vir die geskil sowel as vir die partye tot die geskil. Sien 3 Keuse van 'n gepaste geskilbeslegtingsmetode.

² Trollip *Alternative Dispute Resolution 7*; Crous 1996 *THRHR* 219. Geskilbeslegting kan in drie kategorieë ingedeel word: (i) Geskilbeslegting waarby 'n private besluitneming deur die partye self plaasvind bv onderhandeling, mediasie ens; (ii) geskilbeslegting waarby 'n privaat beslissing gegee word deur 'n derde party bv arbitrasie; (iii) geskilbeslegting waarby 'n openbare gesagsinstansie betrokke is bv administratiewe beslissings en litigasie. SA Regskommissie 9.

Regsverteenwoordigers is bewus van 'n "patologie"³ van gedingvoering, bedoelende dat gedingvoering onhanteerbaar word, onvoldoende en kompleks is, nie altyd in die beste belang van die partye is nie, in die meeste gevalle onbekostigbaar is, ongunstige publisiteit uitlok, tydrowend is, kontinueerende verhoudings skaad, erg stremmend en nadelig vir die menslike psige is, ou geskille weer laat opvlam en partye eventueel nie kry wat hulle wou gehad het of nodig het nie.⁴

'n Regsverteenwoordiger beland soms in 'n dilemma omdat 'n ontevrede kliënt, wat daarop ingestel is om sy saak ten alle koste te wil "wen", geneig is om voorstelle van 'n skikking of 'n alternatiewe vorm van geskilbeslegting in plaas van litigasie, te interpreteer as swakheid, onbevoegdheid of 'n deur vrees gedrewe toegeeflikheid aan die kant van die regsverteenwoordiger. Hoewel dit belangrik is dat 'n regsverteenwoordiger op grond van sy professionaliteit en die vertrouensverhouding met sy kliënt 'n verpligting het om sy kliënt se saak vreesloos en onbevange te stel en te pleit, moet hy steeds in sy kliënt se beste belang optree en objektiewe en eerlike advies en leiding aan laasgenoemde gee oor wat in sy beste belang gaan wees. 'n Weloorwoë keuse om eerder van 'n alternatiewe geskilbeslegtingsmetode gebruik te maak as om in volskaalse litigasie betrokke te raak, hoef allermins as swakheid of onbevoegdheid gebrandmerk te word.

In hierdie hoofstuk sal konsentreer word op die volgende aspekte:

- die soorte dispute wat vatbaar is vir oplossing op 'n gepaste (alternatiewe) wyse van geskilbeslegting;
- of mediese wanpraktykgeskille onder die tipe geskille tuishoort wat op 'n gepaste (alternatiewe) wyse van geskilbeslegting opgelos kan word;

³ Trollip *Alternative Dispute Resolution* 7.

⁴ Ury, Brett en Goldberg *Getting Disputes Resolved Designing Systems to Cut the Costs of Conflict* xi.

- aspekte wat oorweeg behoort te word in die keuse van 'n gepaste geskilbeslegtingsmetode;
- die onderskeie gepaste (alternatiewe) beslegtingsmetodes wat toegepas kan word ter oplossing van mediese wanpraktykgeskille.

2 SOORTE GESKILLE

Geskille kan in twee kategorieë verdeel word, naamlik geskille oor regte van partye en geskille oor belange.⁵ 'n Geskil oor regte handel oor die bestaan of inbreukmaking op 'n reg⁶ en die geskil oor 'n belang kom ter sprake waar partye in 'n spesifieke verhouding tot mekaar staan met konflikbelange wat gekonsolideer of herdefinieer moet word.⁷ Die een tipe geskil sluit nie noodwendig die ander uit nie en die onderskeid is nie altyd baie duidelik nie.

Die alternatiewe geskilbeslegtingsproses hanteer beide tipe van geskille en die alternatiewe geskilbeslegtingsmetode wat vir 'n spesifieke geskil gekies word, moet die geskil sowel as die partye pas.⁸ Mediese wanpraktykgeskille kan, soos aangedui sal word, deur 'n alternatiewe geskilbeslegtingsproses opgelos word. Die suksesse wat in Amerika met van die alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes behaal is sal onder oë geneem word in 'n poging om gepaste geskilbeslegtingsmetodes vir die oplos van mediese wanpraktykgeskille aan die hand te doen.⁹

⁵ Mulligan 1992 *Businessman's Law* 99.

⁶ Mulligan 1992 *Businessman's Law* 99. Bv die uitleg van 'n kontrak en regte en verpligtinge voortspruitende uit so 'n kontrak.

⁷ Mulligan 1992 *Businessman's Law* 99. Bv onderhoudsooreenkomste, egskeidingskikkings of samesprekings oor loonverhogings.

⁸ 'n Gepaste geskilbeslegtingsmetode – vandaar die korrekte terminologie "gepas". Pretorius *Dispute Resolution* 93-94.

⁹ Sien 3.1 Ombudspersoon, 3.2 Keuringspanele en 3.3 Arbitrasie.

3 KEUSE VAN 'N GEPASTE GESKILBESLEGTINGSMETODE¹⁰

Wanneer 'n gepaste geskilbeslegtingsmetode oorweeg word, behoort in gedagte gehou te word dat daar geen vaste reëls¹¹ is oor die keuse van 'n gepaste metode ter beslegting van 'n geskil nie en behoort 'n regsverteenwoordiger sekere aspekte te oorweeg alvorens 'n keuse gemaak kan word. In die selekterings- en ontwerpfasie¹² van 'n gepaste geskilbeslegtingsmetode word nie slegs kennis van 'n geskilbeslegtingsproses vereis nie maar ook die kennis en vermoë om geskilbeslegtingsmetodes te identifiseer en met mekaar te kan vergelyk aan die hand van basiese kenmerke, doelmatigheid en resultate.

3.1 *Aspekte wat oorweeg behoort te word in die keuse van 'n gepaste geskilbeslegtingsmetode*

3.1.1 **Die alternatiewe geskilbeslegtingsmetode moet die geskil pas¹³**

Aansluitend by voorafgaande¹⁴ het partye voorkeure ten gunste van bepaalde geskilbeslegtingsmetodes. Faktore soos formaliteite,¹⁵ kostes,¹⁶ tyd,¹⁷ privaatheid¹⁸ en vrywillige deelname¹⁹ van die partye

¹⁰ Sien Aanhangel B Alternatief vir Litigasie in die VSA.

¹¹ Trollip *Alternative Dispute Resolution* 15.

¹² Pretorius *Dispute Resolution* 6.

¹³ Dws die aard van die geskil.

¹⁴ Sien (a) Die alternatiewe geskilbeslegtingsmetode moet die geskil pas.

¹⁵ Partye verkies 'n eenvoudige en informele proses wat koste- en tydbesparend is.

¹⁶ 'n Alternatiewe geskilbeslegtingsproses is vanweë die eenvoudige aard van die proses kostebesparend sowel as tydbesparend.

¹⁷ Omdat partye informele en eenvoudige formaliteite kies wat doelgerig is ter oplossing van 'n geskil, is die proses kort en koste-effektief.

¹⁸ Waar persoonlike en sensitiewe aangeleenthede met vertroulikheid hanteer word, behoort die kans op samewerking en skikking groter te wees.

¹⁹ Partye se beheer oor die geskilbeslegtingsproses verskil van metode tot metode. In geval van arbitrasie het die partye 'n mate van beheer oor die uitslag van die geskilbeslegting omdat hulle die prosedure bepaal of ontwerp waarvolgens die dispuut beslis moet word. In geval van litigasie is dit die geregshof wat die reg op die feite toepas volgens streng en formele prosedures. Met konsiliasie en mediasie maak die

aan die verrigtinge, afdwingbaarheid van die skikkingsooreenkoms²⁰ asook kennis en begrip van die proses speel 'n groot rol in die keuse van partye.²¹ Die alternatiewe geskilbeslegtingsproses is slegs suksesvol indien partye begerig is om die geskil op te los en tot 'n skikking te kom.

Die metode moet 'n gepaste een wees vir die partye tot die geskil asook vir die geskil as sodanig. Die vrae²² wat beantwoord moet word, is:

- (a) Watter tipe geskille kom voor?
- (b) Wat is die bestaande geskilbeslegtingsprosesse?
- (c) Waarom word sekere geskilbeslegtingsprosesse meer gebruik as ander?

3.1.2 Voorkeure van die partye²³

konsiliator of mediator hoogstens aanbevelings en kontrasteer die prosedure terwyl die partye die skikking beheer. Met onderhandelinge beheer die partye prosedures en skikking. Deelname van litigasieverrigtinge is gedwonge terwyl deelname aan 'n alternatiewe geskilbeslegtingsproses vrywillig van aard is en bewerkstellig kan word by wyse van 'n ooreenkoms. Die aspek van vrywilligheid bring samewerking en doelgerigtheid tot 'n oplossing van die geskil mee. Pretorius *Dispute Resolution* 7.

²⁰ 'n Beslissing van 'n geregshof is bindend van aard op die partye, dit dien terselfdertyd as presedent en word ooreenkomstig die toegepaste regsbeginsele op feite gedoen. Die ooreenkoms van partye ter oplossing van 'n geskil en die beslissing van 'n arbiter moet eers 'n bevel van die hof gemaak word om bindend te kan wees. 'n Arbiter baseer sy beslissing normaalweg op die gelykheidsbeginsel of kriteria wat die partye bepaal het.

²¹ 'n Leek kan met gemak aan 'n eenvoudige informele proses deelneem ter oplossing van 'n geskil terwyl dit in geval van litigasie onmoontlik is.

²² Ury, Brett en Goldberg *Dispute Resolution Diagnosis* 20-21.

²³ Dws tov (n) spesifieke alternatiewe geskilbeslegtingsmetode(s). Die partye se status, finansiële posisie, persoonlike eienskappe, opvoedingspeil ens is aspekte wat partye se voorkeure beïnvloed.

3.1.3 Deelname van die partye aan die geskilbeslegtingsproses²⁴

3.1.4 Partye moet die geskil wil oplos en 'n ooreenkoms bereik²⁵

3.1.5 Bevoegdheid en bereidwilligheid van partye se regsverteenvoerders

Dit is baie belangrik dat regsverteenvoerders hulleself reg moet instel en behoorlik oriënteer met betrekking tot die alternatiewe geskilbeslegtingsproses, anders kan 'n negatiewe of verkeerde houding die proses baie skade aandoen en die doel daarvan verydel. Regsverteenvoerders sal vooraf moet beseef dat die alternatiewe geskilbeslegtingsproses nie "plaasvervangende litigasie" is nie maar 'n proses om op 'n ander wyse as litigasie 'n geskil te probeer oplos op 'n wettige, informele en kostebesparende wyse.

3.1.6 Geskikte, bekwame, objektiewe en onpartydige derdes²⁶

Waar partye nie in staat is om hulle geskil self op te los nie kan 'n derde party behulpsaam wees in dié verband. Die hulp van 'n derde persoon word grotendeels ingeroep vanweë dié persoon se kundigheid op die gebied of onderwerp waaroor die geskil handel.

Vervolgens 'n bespreking van elk van bogenoemde vrae.²⁷

(a) Watter tipe geskille kom voor?

Onder dié vraag ressorteer ook verwante vrae soos byvoorbeeld: Watter tipe geskille is tans aan die orde van die dag? Wie is die partye tot die geskille? Hoeveel geskille en hoe dikwels kom die geskille voor? Wat veroorsaak die geskille en is daar enige verwagte veranderinge in die verhouding of organi-

²⁴ Formele verrigtinge ontmoedig partye dikwels.

²⁵ ADR kan in enige stadium voor of gedurende litigasie geïnisieer word met die oog op 'n skikking. Trollip *Alternative Dispute Resolution* 16.

²⁶ Trollip *Alternative Dispute Resolution* 16. "The neutral third party ... should be 'user friendly'".

Antwoorde op dié vrae gee 'n baie goeie aanduiding van tipe geskille wat deur 'n toepaslike alternatiewe geskilbeslegtingsmetode/s geakkommodeer moet word.

(b) Wat is die bestaande geskilbeslegtingsprosesse?

Samehangend met dié vraag moet ook antwoorde verkry word op die vrae hoe dikwels die geskille voorkom, wat die kostes²⁸ daaraan verbonde is en hoe voordelig 'n bepaalde geskilbeslegtingsmetode is.

(c) Waarom word sekere geskilbeslegtingsprosesse meer gebruik as ander?

Ten einde dié vraag te beantwoord moet die volgende model aangewend word om 'n gepaste geskilbeslegtingsmetode te ontwerp:

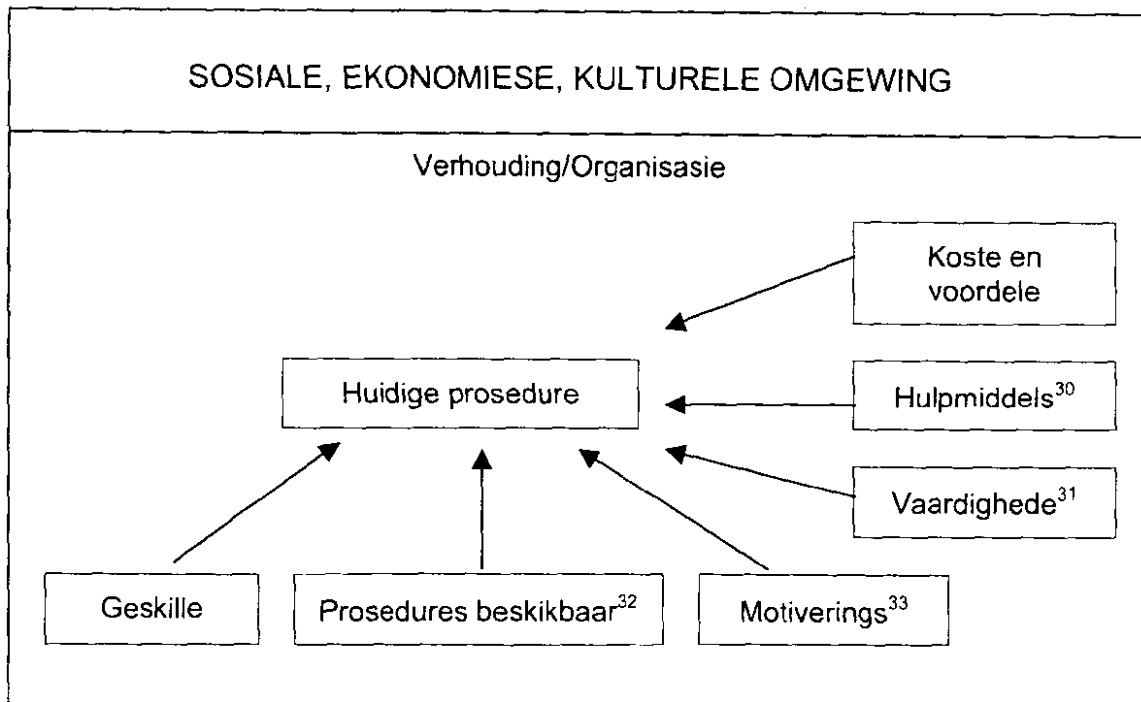
²⁷ Vergelyk byvoorbeeld Ury, Brett en Goldberg *Dispute Resolution Diagnosis* 21-25.

²⁸ Vrae wat koste bepaal is:

- (1) Hoe lank neem die onderskeie prosedure?
- (2) Is disputante tevrede met die uitslag?
- (3) Wat se effek het bestaande prosedures op persoonlike of organisatoriese verhoudinge?
- (4) Hoe dikwels duik dieselfde geskil weer op omdat dit nie na behore opgelos is nie?

Ury, Brett en Goldberg *Dispute Resolution Diagnosis* 21-25.

GESKILBESLEGTINGSMODEL²⁹



Met inagneming van die voorafgaande oorwegings met betrekking tot die ontwikkeling van 'n alternatiewe geskilbeslegtingsproses moet die hoofbesware soos uitgelig in 'n vorige hoofstuk³⁴ gedurig voor oë gehou word. Die volgende alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes kan beantwoord aan die

²⁹ Ury, Brett en Goldberg *Dispute Resolution Diagnosis* 36-37.

³⁰ Beskikbare en geskikte prosedures alleenlik is nie voldoende om geskille op te los nie. Indien geskilbeslegters ontbreek gaan die proses van alternatiewe geskilbeslegting skipbreuk ly. Eweneens is inligting oor vorige geskilbeslegtingsprosesse ten opsigte van 'n soortgelyke geskil van kardinale belang. 'n Noodsaaklike hulpmiddel is 'n geskikte instansie om geskilbeslegters, inligting, opleiding en advies aan disputante beskikbaar te stel. Ury, Brett en Goldberg *Dispute Resolution Diagnosis* 36-37.

³¹ Verteenwoordigers van disputante moet oor die nodige vaardighede beskik om die disputant se saak in arbitrasieverrigtinge te stel en te argumenteer. Ury, Brett en Goldberg *Dispute Resolution Diagnosis* 35-36.

³² Prosedures beskikbaar ter oplossing van 'n geskil kan regtens uit hoofde van 'n kontrak of uit hoofde van gebruik ontstaan. Ury, Brett en Goldberg *Dispute Resolution Diagnosis* 32.

³³ Selfs al bestaan daar 'n prosedure om 'n geskil op te los, mag partye soms nie oor die nodige motivering beskik om van 'n spesifieke gepaste geskilbeslegtingsmetode gebruik te maak nie. Oorwegings wat 'n rol speel is die tevredenheid van partye met die uitslag van die geskilbeslegtingsprosedure, die geleentheid wat daar vir partye bestaan om "gehoor" te word,

³⁴ Hoofstuk 4.

eise van die hof-adversatiewe stelsel enersyds en andersyds ook aan die eise eie aan die inkwisatoriese proses deur 'n ondersoekinstansie.³⁵

3.2 Verskeie gepaste geskilbeslegtingsmetodes van toepassing op mediese wanpraktykgeskille

3.2.1 Ombudspersoon³⁶

(a) Ontstaan van die ombudspersoonsamp

Die ombudspersoonsamp het in die Skandinawiese lande ontstaan en ontwikkel as 'n amp beklee deur 'n openbare amptenaar wat besware³⁷ van die publiek aanhoor en 'n onafhanklike feite-soektog uitvoer met die doel om mediese wanpraktyke stop te sit.³⁸ Die ombudspersoon kan verbonde wees aan die instansie waarvan 'n lid ondersoek word hoewel die teendeel ook kan plaasvind.³⁹

³⁵ Sien Bylaag A State – Alternatief vir Litigasie hierby aangeheg as voorbeeld van ADR-metodes wat in die Verenigde State van Amerika van toepassing is op mediese wanpraktykgeskille.

³⁶ Die term "ombudsman" word in die Skandinawiese lande gebruik en is 'n term wat geslagsneutraal is wat geag word te verwys na beide manlik en vroulik. In Amerika word die term "ombudspersoon" deur spesifieke navorsers soos bv Linda Singer gebruik. Sien ook Jefferies 1996 Arbitration 67; Goldberg, Sander en Rogers *Dispute Resolution Negotiation Mediation and Other Processes*.

³⁷ Bv mediese wanpraktyke.

³⁸ Die ombudspersoon hanteer kliënte of verbruikersprobleme soos bv die hospitaalombudsman in Amerika. Goldberg, Sander en Rogers *Dispute Resolution Negotiation Mediation and Other Processes* 237.

³⁹ In dié opsig verskil die Amerikaanse en Suid-Afrikaanse ombudsman van die Skandinawiese model. In eersgenoemde lande verrig die ombudspersoon, hoewel 'n lid van die instansie, sy werksverpligtinge buite die bestuurskader van die instansie en is normaalweg verantwoordelik vir die terugrapportering aan die voorsitter van die betrokke instansie. In hierdie opsig is die ombudspersoon neutraal. In die Skandinawiese lande kan die ombudspersoon nie lid wees van die instansie waarvoor werk verrig word as ombudspersoon nie. Goldberg, Sander en Rogers *Dispute Resolution Negotiation Mediation and Other Processes* 236-237.

(b) Omskrywing van die ombudspersoonsamp

Die ombudspersoon is 'n neutrale derde party wat in 'n vrywillige,⁴⁰ informele en privaat⁴¹ proses optree in 'n geskil⁴² en poog om partye tot die oplos van die geskil en tot 'n ooreenkoms te bring. Die verslag van die ombudspersoon is gewoonlik nie-bindend,⁴³ maar partye kan ooreenkom dat dit finaal en bindend is.

(c) Werksaamhede van die ombudspersoon

Die ombudspersoon se werksaamhede⁴⁴ wissel van die fasilitering van 'n geskil, luister na besware, kommunikasie, gee van advies hoe om probleme self op te los, optrede as tussenganger, doen van ondersoeke, mediasies, identifisering van geskilpunte, bied van potensiële oplossings en ontlasting van spanning.

Die mediese ombudspersoon kan binne 'n betrokke streek waarin hy of sy toegewys is as mediese ondersoeker sy of haar verpligtinge uitvoer.⁴⁵ 'n Ervare geneesheer met 'n omvangryke mediese en praktykskennis en ervaring is die aangewese persoon vir hierdie amp. Die gemeenskap moet oortuig wees van die ombudspersoon se professionaliteit, kundigheid en integriteit, 'n persoon uit gemeenskapsgeledere vir die saak van die gemeenskap.

⁴⁰ Kommersiële bankiers en kliënte maak gebruik van 'n bank ombudsman waar geskille of besware ontstaan in die elektroniese bank afdeling. By die uitreiking van OTM-kaarte word 'n standaard skriftelike kontrak in die dokumentasie vervat waaraan bankier en kliënt gebonde is. Trollip *Alternative Dispute Resolution* 62.

⁴¹ Goldberg, Sander en Rogers *Dispute Resolution Negotiation Mediation and Other Processes* 238. Konfidensialiteit en onpartydigheid kan verseker word deur die identiteit van beswaardes of disputante anoniem te hou.

⁴² Die ombudspersoon kan eweneens besware hanteer.

⁴³ Die ooreenkoms is bindend en nie-appelleerbaar nie.

⁴⁴ Trollip *Alternative Dispute Resolution* 62; Goldberg, Sander en Rogers *Dispute Resolution Negotiation Mediation and Other Processes* 237.

⁴⁵ Strauss *Doctor Patient and the Law* 287 ev. Afhangende van die hoeveelheid werk kan die amp op 'n voltydse of deeltydse basis beklee word.

Mediese wanpraktykseise word deur die ombudspersoon evalueer ten einde in 'n vroeë stadium ongegronde, kwelsugtige en onbenullige eise van *prima facie* eise te skei. So 'n keuringsproses is 'n ideale aanloop tot 'n moontlike geding, hoewel die pasiënt onder geen verpligting hoegenaamd staan om van die ombudspersoon as "ondersoeker" of "keurder" gebruik te maak nie⁴⁶ en kan die disputant regstreeks tot litigasie oorgaan. Die pasiënt dien sy klagte of eis by die ombudspersoon in wat die houdbaarheid van die eis informeel en *in camera* oorweeg.⁴⁷ Sou die ombudspersoon van oordeel wees dat die pasiënt wel 'n grondige eis of beswaar het, kan hy of sy die pasiënt medies ondersoek of na gelang van omstandighede⁴⁸ 'n mediese kundige versoek om met die pasiënt te konsulteer en 'n ondersoek na die beswaar te loods. 'n Paneel van mediese deskundiges kan deur die ombudspersoon saamgestel word en op dieselfde basis as wat met 'n medies-deskundige getuie te werk gegaan word,⁴⁹ die pasiënt vir 'n mediese ondersoek en ondervraging op te roep.

Die geneesheer of instansie teen wie die eis of klagte ingedien word moet volledig ingelig word oor die eis of beswaar en 'n geleentheid gegee word om 'n verduideliking aan die ombudspersoon te gee. In samewerking met sy assistente (waaronder sy personeellede en/of paneellede) maak die ombudspersoon 'n skriftelike bevinding wat aan al die partye beskikbaar gestel word.⁵⁰ Die ombudspersoon kan regsadvies inwin waar nodig en

⁴⁶ Die proses dien nie net as sifting nie, maar moedig die medici aan om voor so 'n ombudspersoon getuie af te lê sonder vrese van vyandige kruisondervraging en vreemde hofatmosfeer.

⁴⁷ 'n Pasiënt wat nie 'n *prima facie*-saak voor die ombudspersoon kan uitmaak nie, word egter nie verhoed om 'n aksie in 'n geregshof in te stel nie.

⁴⁸ Bv 'n ingewikkelde gespesialiseerde gebied.

⁴⁹ Sien vn 46.

⁵⁰ Die mediese ombudspersoon is in die ideale posisie om die hulp en bystand van mediese deskundiges te bekom. Hoewel mediese deskundiges normaalweg vrywillig op so 'n paneel dien, behoort dieselfde reëling ten opsigte van hulle te geld as in geval van medies-deskundige getuies in hofverrigtinge, wat onder 'n regsverpligting staan om mediese deskundige getuie af te lê. Sou die wetgewer vir 'n mediese ombudspersoon voorsiening maak, behoort die aangeleentheid van 'n mediese paneel met vrywillige aanvaarding van lidmaatskap, statutêr gereël te word. Paneellede behoort 'n groter vrymoedigheid te hê om uit hoofde van hulle amp as

hoewel hy op enige mediese of regsaspek kommentaar kan lewer, behoort hy hom daarvan te weerhou om 'n bevinding ten opsigte van die *quantum* van die eis te maak.⁵¹

Sou die pasiënt die geneesheer dagvaar, verskaf die verslag van die ombudspersoon *prima facie* getuienis van die feite daarin aan die hof. Die verweerder (geneesheer) is geregtig om die houdbaarheid van die verslag aan te val deur kruisondervraging van die ombudspersoon of die aanbied van deskundige getuienis tot die teendeel. Sou die verweerder nie die verslag-inhoud betwis nie, word dit as deel van die getuienis beskou en is dit in die hof se diskresie om die feite te aanvaar of te verwerp. Die voorsittende beampte kan die verweerder (geneesheer), hoewel hy nie geregtig is om paneellede te kruisvra nie, wel toelaat om dit te doen.⁵²

Partye by die ondersoek deur 'n ombudspersoon is geregtig op regsverteenvoordinging. Hoewel die proses vrywillig, privaat en informeel is en die verslag van die ombudspersoon nie bindend is nie, kan partye wel ooreenkom dat die verslag bindend, finaal en nie vatbaar vir appèl is nie.

paneellede en as deskundiges wat die mediese ondersoek gedoen het, mediese getuienis in 'n hof af te lê. Crous 1996 *THRHR* 220. Strauss *Doctor Patient and the Law* 288 ev.

⁵¹ Strauss *Doctor Patient and the Law* 288.

⁵² Strauss *Doctor Patient and the Law* 288 en 290 vn 41. Strauss wys heeltemal tereg daarop dat om kruisondervraging van paneellede sonder 'n bevel van die regter te doen, 'n situasie gaan skep van aanhoudende kruisondervraging. In plaas van om die paneel te beman en die ombudspersoon behulpsaam te wees, word die getuiebanc beman en laat dit die ombudspersoon sonder hulp. Om gemelde rede is ek van mening dat die hof nie geredelik sal toelaat dat die reg tot kruisondervraging, wat 'n basiese prosedurele reg is, aangetas word nie, maar dat gemelde redes om duplisering te vermy tog aanvaarbaar is.

(d) Ombudspersoon in Suid-Afrika

'n Mediese ombudsman⁵³ is op 1 Maart 1996 aangestel deur die Mediese Vereniging van Suid-Afrika.⁵⁴ Die primêre taak van die ombudspersoon is om na die belange van pasiënte om te sien en hulle griewe aan te hoor.⁵⁵

Griewe van pasiënte oor mediese behandeling deur geneeshere en hospitale word deur die ombudsman hanteer.⁵⁶ Die mediese ombudsman se werksaamhede is versoenend en nie beoordelend van aard nie.⁵⁷ 'n Verskeidenheid van persone en instansies kan van sy dienste gebruik maak, byvoorbeeld regslui wat namens pasiënte optree, geneeshere, mediese skemas, mediese verenigings, medies-professionele rade, gesondheidsorganisasies en werkgewers van geneeshere.⁵⁸

Prosedureel kan die volgende stappe gevolg word:

- Geneesheer en pasiënt word byeengebring voor die ombudsman sodat beide hulle saak kan stel.⁵⁹
- Die ombudsman kan die gegriefde pasiënt na een van die MVSA se 21 takrade verwys waar "eweknie-beoordelaars"⁶⁰ die grief sal ondersoek.
- 'n Ernstige grief van 'n pasiënt word na die Gesondheids Beroepe Raad verwys.

⁵³ Prof Olivier Ransome, 'n 59-jarige afgetrede adjunk-dekaan van die Fakulteit Geneeskunde Universiteit van Pretoria is vir die amp van ombudsman aangewys. Van Wyk *Rapport* 3 Maart 1996 14.

⁵⁴ MVSA.

⁵⁵ "Om die tafel samesprekings".

⁵⁶ Griewe oor mediese kostes word na die MVSA verwys.

⁵⁷ Van Wyk 1996 *Rapport* 14.

⁵⁸ Van Wyk 1996 *Rapport* 14.

⁵⁹ Van Wyk 1996 *Rapport* 14.

⁶⁰ Dit is geneeshere wat in dieselfde dissipline praktiseer.

Hoewel die mediese ombudsman waardevolle bydrae gelewer het, is die amp ongelukkig weens finansiële redes afgeskaf.

(e) Ombudspersoon in noue verband met ander alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes

Die werksaamhede van die ombudspersoon hou verband met ander alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes soos byvoorbeeld keuringspanele,⁶¹ onafhanklike deskundige bevindings,⁶² feitesending en –bevinding, alternatiewe geskilbeslegting geskep deur wetgewing,⁶³ adviserende ondersoek en aanbevelingsopinie,⁶⁴ fasiliteerder en konsiliator.

Vervolgens 'n bondige uiteensetting van elk van die gemelde ADR-metodes wat in noue verband met die ombudsman staan:

(i) Onafhanklike deskundige bevinding⁶⁵

Partye mag dit eens wees oor die feite maar nie oor die interpretasie van die feite nie. Die saak word dan skriftelik voorgelê aan 'n erkende deskundige op die betrokke gebied vir sy mening. Die mening is nie bindend nie, tensy partye tot die teendeel ooreengekom het.

(ii) Feitesending en –bevinding⁶⁶

'n Persoon of persone word aangestel om die materiële feite te evalueer en 'n verslag uit te bring oor die relevante feite. Die feitevinder is gewoonlik 'n deskundige op die betrokke gebied waaroor die dispuut gaan hoewel geen sake rakende beleid, die reg of gelykheid hanteer word nie. Op sterkte van

⁶¹ Hierna bespreek in 2.

⁶² "Independent expert appraisal".

⁶³ Sou die amp van ombudspersoon statutêr gereël word.

⁶⁴ "Advisory investigation and recommendatory opinion".

⁶⁵ Van Vuuren 1990 *De Rebus* 278.

⁶⁶ Pretorius *Dispute Resolution* 5. In 'n miniverhoor kan waar skadevergoeding geëis word, die feitelike posisie van die saak aandag geniet, sonder dat die meriete van die saak of *quantum* ter sprake kom.

die bevindings word probeer om 'n ooreenkoms te bereik of word verdere navorsing gedoen of word verdere stappe geneem.

(iii) Adviserende ondersoek en aanbevelingsopinie⁶⁷

'n Neutrale derde persoon word deur beide partye opdrag gegee om ondersoek in te stel en nie-bindende advies te gee ten einde die dispuut op te los.

(iv) Konsiliator⁶⁸

Konsiliasie is soos mediasie 'n proses van onderhandeling waarby 'n neutrale derde party betrokke is. Die konsiliator tree as mediator op met die verskil dat die konsiliator wel formele aanbevelings maak met die oog op die skikking tussen partye.

(v) Fasiliteerder⁶⁹

Die fasiliteerder bring die partye byeen, maar hoef nie noodwendig teenwoordig te wees wanneer die partye met hulle samesprekingsverrigtinge besig is nie. Hy voorsien die fasiliteite en ondersteuningsdienste.

3.2.2 Keuringspanele⁷⁰

(a) Ontstaan van keuringspanele

Reeds in 1845 het geneeshere enersyds hulle kommer oor toenemende wanpraktykseise uitgespreek en het pasiënte-eisers andersyds beswaar gemaak

⁶⁷ Ook 'n "kommissie van ondersoek" genoem. Mulligan 1992 *Businessman's Law* 101. Pretorius *Dispute Resolution* 5. Die neutrale kommissaris kan in teenstelling met die feitevinder wel 'n aanbeveling oor beleidskwessies maak.

⁶⁸ "Versoener/bemiddelaar". Pretorius *Dispute Resolution* 4; Van Vuuren 1990 *De Rebus* 276 verwar egter die rol van 'n fasiliteerder met dié van 'n konsiliator.

⁶⁹ Pretorius *Dispute Resolution* 4; Van Vuuren 1990 *De Rebus* 276 verwar egter die rol van 'n fasiliteerder met dié van 'n konsiliator.

⁷⁰ "Screening panels" of "review boards" of "review panels". Del Code Ann tit 18 § 6803 (Supp 1988) of "arbitration panels" Md Cts and Jud Proc Code Ann § 3-2 A – 01 (6) (1984) of "mediation panels" Mich Comp Laws Ann § 600.4903 (West Supp 1988).

oor die onwilligheid van geneeshere om as medies-deskundige getuies op te tree.⁷¹ Voorstelle vir alternatiewe tot die tradisionele jurieverhore is gedoen en hersieningskomitees wat wanpraktykseise moes hersien is voorgestel.⁷² In 1872 het die Amerikaanse Mediese Vereniging voorgestel dat die Amerikaanse howe geneeshere as onafhanklike arbiters moet aanstel.⁷³ In die vyftigerjare het die mediese en regsprofessies begin om wedersydse respek en samewerking te probeer bewerkstellig deur middel van interprofessionele kodes.⁷⁴

Keuringspanele het as 'n voorverhoormeganisme ontstaan in reaksie op die geweldige toename in mediese wanpraktykseise. Daar is gepoog om deur middel van dié panele mediese wanpraktykseise te selekteer, kwelsugtige mediese wanpraktykseise te ontmoedig en in gefundeerde eise 'n vroeë skikking te bewerkstellig. Die eerste mediese keuringspaneel⁷⁵ word in 1930 na samewerking tussen die medici en regslui gestig.⁷⁶ Partye tot so 'n keuringspaneel-ooreenkoms is die mediese vereniging, 'n regsprofessionele

⁷¹ In regs- sowel as mediese geleere word verwys na die sogenaamde "conspiracy of silence". *Huffman v Lindquist* 234 P 2d 34 45-46 (Cal 1951); *Gist v French* 288 P 2d 1003 1010 (Cal Ct App 1955). Anthony 1936 *New England Journal of Medicine* 115, 118. "Masters should be appointed by the court to render impartial medical opinions regarding malpractice claims in order to safeguard the rights of plaintiffs to compensation, and at the same time, [protect to some degree] the honest and qualified practitioner ... against the unscrupulous individual and against the attorney of low moral calibre." Sadusk 1958 *JAMA* 2121 "The difficulty involved in obtaining expert medical testimony from physicians in personal injury cases is well known. It is due not to his unwillingness to cooperate with the law but rather to the fact that he is cast into an atmosphere foreign to his training and philosophy." Voorstelle vir die uitbreiding van die kode is ook gedoen waar pasiënte 'n eisorsaak het, die aansien van die geneesheer ongeregverdig aangetas word en in geval 'n fout begaan word in verband met die juiste en gefundeerde eisorsaak, dan word daar voorsiening gemaak vir 'n regstelling sonder om die geneesheer vir die res van sy bestaan te penaliseer.

⁷² Goldschmidt 1991 *Arizona State Law Journal* 1015.

⁷³ Goldschmidt 1991 *Arizona State Law Journal* 1015.

⁷⁴ Sands 1939 *New York State Journal of Medicine* 2168-2169; Shindell 1953 *JAMA* 1078; Averbach 1956 *Insurance Law Journal* 237 (1956); Willenborg 1954 *Ohio State Law Journal* 453, 457.

⁷⁵ Naamlik die New Hampshire Medical Society's Jurisprudence Committee.

⁷⁶ Partye tot die paneel het onderneem om gebonde te wees aan die paneelbeslissing. Elke saak waar 'n paneelbeslissing gegee is teen die geneesheer, is geskik. Eisers met hulle regsverteenvoorders is nie toegelaat by die verrigtinge nie.

liggaam en 'n versekeringsinstansie.⁷⁷ In 1957 het die Pima County Bar Association en die Pima County Medical Society die Pima Plan⁷⁸ ontwikkel. Voordat 'n wanpraktykseis gelitigeer word keur die paneel bestaande uit regslui en medici die eis. Die voornemende eiser word bygestaan deur 'n lid uit die mediese geledere.

In die vroeë sestigerjare het die staat Virginia deur die samewerking van die balieraad en die mediese vereniging, mediese wanpraktykkeuringspanele ingestel,⁷⁹ gevolg deur sewe-en-twintig ander state regoor Amerika om deur middel van keuringspanele kwelsugtige mediese wanpraktykseise te ontmoedig en 'n vroeë skikking te probeer bewerkstellig waar mediese wanpraktykseise gefundeerd was.

In 1972 het daar reeds 20 vrywillige keuringspanele bestaan wat nie-bindende beslissings kon maak.⁸⁰ In die sewentigerjare het die doel van keuringspanele begin verander om die wanpraktykkrisis die hoof te probeer bied. Dit sou as 'n nuttige alternatiewe metode dien om wanpraktykseise uit die geregshoue te hou.⁸¹

In die state Pennsylvanië en Florida is keuringspanele deur wetgewing in die lewe geroep.⁸² Kort nadat dié wetgewing op die wetboek geplaas is, is die *Pennsylvania Supreme Court* genader om uitspraak te lewer oor die vraag of

⁷⁷ Bv *Hartford Accident and Indemnity Company*. New York, Florida en Ohio was die eerste drie state wat vrywillige keuringspanele ingestel het sonder die betrokkenheid van versekeringsinstansies. Zeisel 1956 *Stanford Law Review* 730-731; Sadusk 1958 *JAMA* 2121.

⁷⁸ *Pima County Bar Association and Pima County Medical Society Medical-legal plan for Pima County Arizona* (1957).

⁷⁹ *Doctor Patient and the Law* 283 289.

⁸⁰ Anon 1972 *William and Mary Law Review* 695 704. Die New Jersey keuringspaneel was die enigste paneel wat geskoei was op 'n hofmodel en 'n bindende beslissing kon maak afhange van die partye se ooreenkoms. NJ Sup Ct (Cir) R 4:21 (*repealed* 1989).

⁸¹ Crous 1996 *THRHR* 221.

⁸² *Health Care Services Malpractice Act* 40 Pa Cons Stat Ann § 1301.101-1066 (Purdon Supp 1980) en *Florida Medical Malpractice Reform Act* Fl Stat Ann § 168.44 [West Supp 1981]. *Parker v Children's Hospital* 483 Pa 106 394 A 2d 932 (1978); Boyle 1981 *University of Pittsburgh Law Review* 939-960.

die keuringspanele konstitusioneel toelaatbaar was. In *Carter v Sparkman*⁸³ is die geldigheid van die *Florida Medical Malpractice Reform Act* ook konstitusioneel bevraagteken. In beide gevalle is beslis dat die remediërende bepalinge nie onkonstitusioneel nie.

'n Federale kommissie oor mediese wanpraktyk is in die lewe geroep vir 'n ondersoek na keuringspanele.⁸⁴ Op sterkte van dié kommissie se positiewe verslag⁸⁵ oor 38 bestaande keuringspanele, het wetgewers voorsiening gemaak vir keuringspanele.⁸⁶ Teen 1987 het 24 state óf vrywillige óf verpligte keuringspanele gehad.⁸⁷

Keuringspanele verskil wat betref samestelling en die prosedure wat gevolg word. Die Pennsylvanië-plan maak byvoorbeeld voorsiening vir 'n pasiënt wat na bewering deur 'n verskaffer van gesondheidsorg/diens benadeel word. Die pasiënt, as verbruiker maak sy klag of eis aanhangig by die keuringspaneel bestaande uit drie lede, waarna 'n formele sitting plaasvind. Die paneel word saamgestel uit een gesondheidsorgverskaffer/gesondheidsdiensverskaffer, 'n lid van die publiek en 'n prokureur wat as voorsitter optree en

⁸³ 335 So 2d 802 (1976).

⁸⁴ US Department of Health, Education and Welfare Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractices Pub No (OS) 73-88 90 1973 Hew Report.

⁸⁵ US Department of Health, Education and Welfare Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractices Pub No (OS) 73-88 90 1973 Hew Report.

⁸⁶ Alaska Stat § 09.55.536 (Supp 1989); Ariz Rev Stat Ann § 12-567 (Supp 1988); Colo Rev Stat § 13-22-401 to -409 (1987); Conn Gen Stat § 38-19b to -19f (1987); Del Code Ann tit 18, § 6803-6814 (Supp 1988); Fla Stat § 766.106-.017 (Supp 1988); Haw Rev Stat § 671-11 to -20 (1985 & Supp 1988); Idaho Code § 6-1001 to -1011 (1979 & Supp 1989); Ind Code § 16-9.5-9-1 to -9-10 (1988); Kan Stat Ann § 65-4901 to -4908 (1985 & Supp 1988); La Rev Stat Ann § 40:1299.47 (West 1977 & Supp 1989); Me Rev Stat Ann tit 24 § 2851-2859 (Supp 1988); Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2A-01 to -09 (1984 & Supp 1989); Mass Gen L ch 231 § 60B (1986 & Supp 1989); Mich Comp Laws Ann § 600.4901-4923 (West Supp 1988); Mont Code Ann § 27-6-101 to -704 (1989); Neb Rev Stat § 44-2840 to -2847 (1984); Nev Rev Stat § 41A.003-.059 (1987 & Supp 1989); NH Rev Stat Ann § 519-A:1 to :10 (1974); NJ Ct CPR 4:21 (1988); NM Stat Ann § 41-5-14 to -24 (1989); NY Jud Law § 148-a (McKinney 1983 & Supp 1989); Ohio Rev Code Ann § 2711.21 (Anderson Supp 1988); Pennsylvania Health Care Services Malpractice Act 40 Pa Cons Stat Ann § 1301.101-1006 (Purdon Supp 1980); Utah Code Ann § 78-14-12 to -16 (1987 & Supp 1989); Va Code Ann § 8.01-581.1 to -.11 (1984 & Supp 1989); Wis Stat Ann § 655.42-.68 (West Supp 1988); Crous 1996 *THRHR* 221.

⁸⁷ (Appendix) Pub No (OS) 73-89 224-227 (1973).

die regsrae beslis.⁸⁸ Die gesondheidsverbruiker wil deurgaans die versekering hê dat daar geen botsing van belange is nie en dat die bevinding van die keuringspaneel objektief is. Paneellede word in Pennsylvanië byvoorbeeld deur 'n administrateur vir arbitrasiepanele gekies uit 'n lys van paneellede wat vir doeleindes van elke eis saamgestel word.⁸⁹ Die paneellede ontvang 'n redelike vergoeding om te verseker dat voornemende lede hulle dienste wel aan die keuringspaneel beskikbaar sal stel.

Die meeste paneelbeslissings was ingevolge die Pima-plan nie-bindend van aard. In New Jersey kon partye ooreenkom dat die paneelbeslissings bindend sal wees.⁹⁰

In die sewentigerjare is 'n federale kommissie⁹¹ oor mediese wanpraktyke in die lewe geroep wat die bekende HEW Report publiseer het.⁹² Die kommissie het die doel, samestelling, werking en houdbaarheid van 38 bestaande mediese keuringspanele nagevors en die New Hampshire keuringspaneel en die Arizona MLRP⁹³ aangedui as keuringspanele wat daarop gerig is om wanpraktykseise op te los en wat as bloudruk kan dien vir toekomstige wetgewing.⁹⁴

In 1987 het reeds 24 state óf vrywillige óf verpligte keuringspanele gehad.⁹⁵

⁸⁸ Crous 1996 *THRHR* 222; Boyle 1981 *University of Pittsburgh Law Review* 948 vn 59.

⁸⁹ Crous 1996 *THRHR* 222; Boyle 1981 *University of Pittsburgh Law Review* 948 vn 59.

⁹⁰ NJ Sup Ct (Civ) R 4:21 (rep 1989).

⁹¹ Federal Commission on Medical Malpractice.

⁹² US Department of Health Education and Welfare Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice Pub No (OS) 73-89 (1973) Hew Report.

⁹³ Medical Liability Review Panel.

⁹⁴ US Department of Health Education and Welfare Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice Pub No (OS) 73-89 (1973) Hew Report. HEW Appendix n 22 227.

⁹⁵ Goldschmidt 1991 *Arizona State Law Journal* 1019.

(b) Soorte keuringspanele

Keuringspanele in Amerika word normaalweg in 5 kategorieë verdeel:⁹⁶

- Geneesheer-keuringspaneel wat slegs uit geneeshere bestaan. Die doel van die paneel is om vas te stel of 'n mediese wanpraktykseis verdedig of geskik moet word. Die verrigtinge geskied in die afwesigheid van die beswaarde pasiënt.
- Geneesheer- en adviserende keuringspaneel bestaande uit geneeshere plus een regsgeleerde sonder stemreg.
- Regs-mediese keuringspaneel bestaande uit geneeshere en regsliu wat op 'n streeks- of staatsbasis werk.
- Keuringspaneel deur die howe geborg bestaande uit 'n regter, prokureur en geneesheer. Die administrasie word deur die howe geborg hoofsaaklik met die doel om opeenhoping van sake in metropolitaanse gebiede te voorkom.
- Statutêre keuringspaneel bestaande uit 'n regsgeleerde, 'n lid van die publiek en 'n geneesheer, wat bevindinge oor aanspreeklikheid en skadevergoeding kan maak.

(c) Doel van keuringspanele

Die doel van keuringspanele kan soos volg getipeer word:

To make available professional liability insurance at a reasonable cost ...
[and to] establish a system through which a person who has sustained injury
or death as a result of tort or breach of contract by a health care provider can

⁹⁶ Baird *Alternatives to Litigation 1: Technical Analysis in US Department of Health, Education and Welfare Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice* (Appendix) Pub No (OS) 73-89 224-227 (1973).

obtain a prompt determination and adjudication of his claim and the determination of fair and reasonable compensation.⁹⁷

En verder:

[It is] relatively informal proceedings, held in private, without the usual newspaper headlines and the intimidating pomp of trial, designed to permit early settlement of meritorious claims and discourage frivolous litigation.⁹⁸

(d) Samestelling van keuringspanele

(i) Verpligte of vrywillige keuringspanele

Keuringspanele kan by wyse van wetgewing⁹⁹ as verpligte¹⁰⁰ of vrywillige¹⁰¹ dispuutbeslegtingsmetodes ingestel word. In sommige state kan partye by ooreenkoms afstand doen van die vereistes wat gestel word vir die samestelling en werksaamhede van so 'n keuringspaneel.¹⁰²

⁹⁷ *Health Care Services Malpractice Act (HCSMA) 40 Pa Cons Stat Ann § 1301.102 (Purdon Supp 1980).*

⁹⁸ 40 Pa Cons Stat Ann § 1301.102 (Purdon Supp 1980). Die geleentheid tot 'n skikking hou die moontlikheid in van verlaagde gedingskoste. "Screening panels, therefore, have the potential to serve an essential antidotal function to the ailments of the judicial system and should be enacted in every state" - Macchiaroli 1990 *The George Washington Law Review* 187.

⁹⁹ Meer as die helfte van die Amerikaanse state het teen 1990 keuringspanele gehad en ongeveer die helfte van die state het wetgewing wat die samestelling en werksaamhede van die keuringspanele reël. Macchiaroli 1990 *The George Washington Law Review* 188.

¹⁰⁰ Meeste keuringspanele is verpligtend van aard. Alaska Stat § 09.55.536 (a) (Supp 1989); Haw Rev Stat § 671-12 (1985); Idaho Code § 6-1001 (1979); Mass Gen L ch 231 § 60 B para 1 (1986); Mich Comp Laws Ann § 600.4903 (West Supp 1988); Mont Code Ann § 27-6-15 (1989); Nev Rev Stat § 41 A.016 (1) (1987); NM Stat Ann § 41-5-14 (c) (1989); Utah Code Ann § 78-14-12 (1) (Supp 1989); Colo Rev Stat § 13-22-402 (2) (1987); Ind Code § 16-9.5-9-2-1 (1988); Wis Stat Ann § 655.44 (1) (5) .45 (1) (West Supp 1988).

¹⁰¹ Byvoorbeeld Conn Gen Stat § 38-19c (1987); Fla Stat § 766.107(1) (Supp 1988); Kan Stat Ann § 65-4901 para 1 (1985); NH Rev Stat Ann § 519-A:2 (1974); NJ Ct CPR 4:21-3 (1988); Ohio Rev Code Ann § 2711.21 (A) (Anderson Supp 1988); Va Code Ann § 8.01-581.2 (A) (Supp 1989); Wis Stat Ann § 655.44 (1) (West Supp 1988).

¹⁰² Ariz Rev Stat Ann § 12-567 (A) (Supp 1988); Ind Code § 16-9.5-9-2(b) (1988); La Rev Stat Ann § 40:1299.47 (B) (1) (c) (West Supp 1989); Me Rev Stat Ann tit 24 § 2853(5) (Supp 1988); Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2A-02(a)(1) -06A (Supp 1989); NY Jud Law § 148-a(3)(c) (McKinney Supp 1989). In Nebraska kan die eiser

(ii) Stadium in siviele verrigtinge van toepassing

Sommige state¹⁰³ se wetgewing vereis optrede deur keuringspanele voor die aanvang van mediese wanpraktykslitigasie en ander state verkies keuring na hierdie stadium.¹⁰⁴ Die state Kansas en Wisconsin vereis keuring voor óf na die aanvang van 'n mediese wanpraktykseis.¹⁰⁵

(iii) Aantal paneellede

Die aantal keuringspaneellede wissel van drie tot sewe. Op die meeste state se keuringspanele dien 'n prokureur en 'n gesondheidsorgverskaffer.¹⁰⁶

eensydiglik afstand doen van sodanige vereistes. Neb Rev Stat § 44-2840 (1) (4) (1984).

¹⁰³ Conn Gen Stat § 38-19c (1988); Haw Rev Stat § 671-12 (1985); Idaho Code § 6-1001 (1979); Ind Code § 16-9.5-9-2(a) (1988); La Rev Stat Ann § 40:1299.47(B)(1)(a)(i) (West Supp 1989); Me Rev Stat Ann tit 24 § 2853(1) (Supp 1988); Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2A-02(a)(2) (Supp 1989); Mont Code Ann § 27-6-301 -701 (1989); Neb Rev Stat § 44-2840(2) (1984); Nev Rev Stat § 41A.016(1) (1987); NH Rev Stat Ann § 519-A:2 (1974); NM Stat Ann § 41-5-14(D) - 15(A) (1989); Utah Code Ann § 78-14-12(1) (Supp 1989); Va Code Ann § 8.01-581.2 (A) (Supp 1989).

¹⁰⁴ Alaska Stat § 09.55.536(a) (Supp 1989); Ariz Rev Stat Ann § 12-567(A) (Supp 1988); Colo Rev Stat § 13-22-402(2) (1987); Del Code Ann tit 18 § 6804(a) 6812 (Supp 1988); Fla Stat § 766.107(1) (Supp 1988); Mass Gen L ch 231 § 60B para 5 (1986); Mich Comp Laws Ann § 600.4903 (West Supp 1988); NJ Ct CPR 4:21-3 (1988); NY Jud Law § 148-a(1) (3) (a) (McKinney Supp 1989); Ohio Rev Code Ann § 2711.21(A) (Anderson Supp 1988).

¹⁰⁵ Kan Stat Ann § 65-4901 para 1 (1985); Wis Stat Ann § 655.44 (1) (3) (5) (West Supp 1988).

¹⁰⁶ Ariz Rev Stat Ann § 12-567(B)(1)-(4) (Supp 1988); Conn Gen Stat § 38-19c (1987); Del Code Ann tit 18 § 6804(a) (Supp 1988); Haw Rev Stat § 671-11 (Supp 1988); Idaho Code § 6-1002 (1979); Ind Code § 16-9.5-9-3 (1988) [bestaande uit 'n prokureur (sonder stemreg) en drie gesondheidsorgwerkers]; Kan Stat Ann § 65-4901 para 2 (1985) [bestaande uit 'n prokureur (sonder stemreg) en drie gesondheidsorgwerkers]; La Rev Stat Ann § 40:1299.47(c) (West Supp 1989) [bestaande uit 'n prokureur (sonder stemreg) en drie gesondheidsorgwerkers]; Me Rev Stat Ann tit 24 § 2852(2) (Supp 1988); Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2A-03(c)(2) -04(e)(1) (Supp 1989); Mass Gen L ch 231 § 60B para 1 (1986); Mich Comp Laws Ann § 600.4905(1) (West Supp 1988); Mont Code Ann § 27-6-401(1) (1989); Neb Rev Stat § 44-2841(1) (1984) [bestaande uit 'n prokureur (sonder stemreg) en drie gesondheidsorgwerkers]; Nev Rev Stat § 41A.043(4) (Supp 1989); NJ Ct CPR 4:21-5(a) (1988); NM Stat Ann § 41-5-17(D) (1989); NY Jud Law § 148-a(2) (McKinney Supp 1989); Utah Code Ann § 78-14-12(4) (Supp 1989); Va Code Ann § 8.01-581.3 (Supp 1988); Wis Stat Ann § 655.465 (2) (b) (c) (West Supp 1988). In Colorado word voorsiening gemaak vir siviele eise van \$50 000 of minder en drie arbiters om die keuring te doen - "arbitrators need not be attorneys". Colo Rev Stat § 13-22-403(1) (1987) en § 13-22-402(3). Keuringspanele in Florida sluit nie noodwendig 'n gesondheidsorgwerker in nie. Die drie-lede paneel word gekies deur die eiser uit 'n lys van prokureurs en die

(e) Proses van keuringspanele

(i) Informele proses¹⁰⁷

Die prosedures wat keuringspanele volg is informeel van aard.

(ii) Vertroulikheid¹⁰⁸

Die verrigtinge van die keuringspanele word vertroulik gehou.

(iii) Getuienis¹⁰⁹

Die keuringspanele beskik oor die bevoegdheid om getuies te dagvaar, om getuienis mondeling of skriftelik af te neem of om dokumente beskikbaar te stel vir insae en ondersoek deur die keuringspanele. Sommige state laat keuringspanele toe om van onafhanklike neutrale deskundiges¹¹⁰ gebruik te maak en van die state vereis 'n fisiese ondersoek¹¹¹ van die eiser/klaer.

verweerder uit 'n lys van verdedigingsprokureurs en die derde lid deur gemelde twee lede uit 'n lys van prokureurs. Fla Stat § 766.107(2)(a)-(c) (Supp 1988). In sommige state word lede van die publiek in die keuringspaneel ingesluit. Wis Stat Ann § 655.465 (2) (a) – (c) (West Supp 1988). Sien ook Haw Rev Stat § 671-11(b) (Supp 1988); Colo Rev Stat § 13-22-403(1) (1987); Del Code Ann tit 18 § 6804(a) (Supp 1988); Idaho Code § 6-1002 (1979); Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2A-03(c)(2) – 04(e)(1) (Supp 1989); NH Rev Stat Ann § 519-A:2 (1974); Utah Code Ann § 78-14-12(4) (Supp 1989); NH Rev Stat Ann § 519-A:2 (1974). In ander state bestaan die paneel uit 'n afgetrede of dienende regter, prokureur en gesondheidsorgwerker. Arizona Rev Stat Ann § 12-567(B)(1) (Supp 1988); Me Rev Stat Ann tit 24 § 2852(2) (Supp 1988); Mass Gen L ch 231 § 60 B para 1 (1986); NJ Ct CPR 4:21-5(a) (1988); New York Jud Law § 148-a(2) (McKinney Supp 1989); Va Code Ann § 8.01-581.2 (A) 3 (Supp 1989); Mich Comp Laws Ann § 600-4905(3) (West Supp 1988).

¹⁰⁷ Macchiaroli 1990 *The George Washington Law Review* 190.

¹⁰⁸ Macchiaroli 1990 *The George Washington Law Review* 190.

¹⁰⁹ Alaska Stat § 09.55.536(b) (Supp 1989). Wisconsin daarenteen laat keuringspanele nie toe om getuies te verplig tot die aflê van getuienis nie. Wis Stat Ann § 655.58 (2) (West Supp 1988).

¹¹⁰ Alaska Stat § 09.55.536(b) (Supp 1989); Ariz Rev Stat Ann § 12-567(D) (Supp 1988); Del Code Ann tit 18 § 6809-6810 (Supp 1988); Haw Rev Stat § 671-13 para 4 (Supp 1988); Ind Code § 16-9.5-9-6 (1988); La Rev Stat Ann § 40:1299.47(F) (West 1977); Me Rev Stat Ann tit 24 § 2852(4) (Supp 1988); Mass Gen L ch 231 60B para 5 (1986); Neb Rev Stat § 44-2843(1) (1984); Nev Rev Stat § 41A.046(1) (Supp 1989); NJ Ct CPR 4:21-6(d) (1988); NY Jud Law § 148-a(6) (McKinney 1983); Wis Stat Ann § 655.58 (3) (b) (West Supp 1988).

¹¹¹ Alaska Stat § 09.55.536(b) (Supp 1989); Ariz Rev Stat Ann § 12-567(D) (Supp 1988); Del Code Ann tit 18 § 6810 (Supp 1988); Haw Rev Stat § 671-13 para 4 (Supp 1988); Mass Gen L ch 231 § 60B para 5 (1986).

(iv) Beslissing

Keuringspanele in Amerika het die bevoegdheid om 'n beslissing te maak.¹¹² In al die state mag die keuringspanele 'n beslissing fel ten opsigte van aanspreeklikheid, maar verskil onderling oor die beslissing rakende die bestaan en omvang van skade en die waarde van skadevergoeding.¹¹³

Die beslissings van keuringspanele is nie-bindend van aard.¹¹⁴ 'n Voorneemende litigant wat ontevrede is met die beslissing van 'n keuringspaneel kan oorgaan tot litigasie in 'n geregshof. Meeste state¹¹⁵ laat wel kennisname van

¹¹² Dit is egter onduidelik by uitleg van sommige wetgewing. NY Jud Law § 148-a(7) (McKinney Supp 1989) of daar 'n beslissing enigsins gemaak moet word. Hierdie wetgewing is egter die uitsondering. Macchiaroli 1990 *The George Washington Law Review* 190-191.

¹¹³ State wat die keuringspanele toelaat om die bestaan en omvang van skade te bepaal, hoewel nie die werklike berekening van skadevergoeding nie, is Alaska (Alaska Stat § 09.536(c) (Supp 1989)); Del Code Ann tit 18 § 6811(b)(4) (Supp 1988); Ind Code § 16-9.5-9-7(d) (1988); Louisiana (La Rev Stat Ann § 40:1299.47(G)(4) (West 1977); Va Code Ann § 8.01-581.7 (B) (Supp 1989). State wat aan die keuringspanele magtiging verleen om die skadevergoedingsbedrag te bepaal, is byvoorbeeld Florida (Fla Stat § 766.107(3)(d) (Supp 1988); Hawai (Haw Rev Stat § 671-15(b) (1985); Maryland (Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2A-05(e) (Supp 1989) en New Hampshire (NH Rev Stat Ann § 519-A:4 (1974); Colo Rev Stat § 13-22-404(2) (1987); Ohio Rev Code Ann § 2711.21(A) (Anderson Supp 1988); Wis Act 118 § 73(2)(d)(3) (*amend* Wis Stat Ann § 655.59) (West Supp 1988); Idaho, Montana en Nevada bevat meer gedetailleerde wetgewingsbepalings oor aanbeveling en (eenparige) ooreenkomste rakende die skadevergoedingsbedrag. Idaho Code § 6-1004 (1979); Mont Code Ann § 27-6-606 (1989); Nev Rev Stat § 41A.059(1) (Supp 1989).

¹¹⁴ Macchiaroli 1990 *The George Washington Law Review* 193.

¹¹⁵ Alaska Stat § 09.55.536(e) (Supp 1989); Ariz Rev Stat Ann § 12-567 (K) (Supp 1989); Conn Gen Stat § 38-19f (1987); Del Code Ann tit 18 § 6812 (Supp 1988); Ind Code § 16-9.5-9-9 (1988); Kan Stat Ann § 65-4904(c) (Supp 1988); La Rev Stat Ann § 40:1299.47 (H) (West 1977); Me Rev Stat Ann tit 24 § 2857(1) (Supp 1988); Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2A-06(d) (Supp 1989); Mass Gen L ch 231 § 60B para 5 (1986); Neb Rev Stat § 44-2844(2) (1984); Nev Rev Stat § 41A.016(2) (1987); NJ Ct CPR 4:21-6(e) (1988); NY Jud Law § 148-a(8) (McKinney 1983); Va Code Ann § 8.01-581.8 (1984); Wis Act 118, § 73(2)(d)(3) (*amend* Wis Stat Ann § 655.59) (West Supp 1988); Mich Comp Laws Ann § 600.4919(4) (West Supp 1988). New Hampshire daarenteen laat geen keuringpaneelbeslissing by 'n geding toe nie, hoewel die wet tog voorsiening maak vir die gebruik van die transkripsie in die vorm van 'n deposisie. NH Rev Stat Ann § 519-A:3 8 (1974); Arizona, Connecticut en Nevada verbied uitdruklik die optrede van paneellede as getuies hoewel die beslissing van die paneel as getuienis toegelaat word. Ariz Rev Stat Ann § 12-567 (K) (Supp 1988); Conn Gen Stat § 38-19f (1987); Nev Rev Stat § 41A.016(2) (1987). State soos Connecticut, Maine, New Jersey en New York laat 'n nie-eenparige beslissing wel toe in 'n hofgeding. Conn Gen Stat § 38-19f (1987); Me Rev Stat Ann tit 24 § 2857(1) (Supp 1988); NJ Ct CPR 4:21-6(e) (1988); NY Jud Law § 148-a(8) (McKinney 1983).

die beslissing van die keuringspaneel toe by 'n hofgeding wat op die keuringspaneelverrigtinge volg.

Meeste state hanteer die paneelbeslissing as getuienis by die siviele verhoor, wat tesame met ander getuienis evalueer moet word. In Delaware word die keuringspaneelbeslissing as *prima facie* getuienis tipeer, hoewel dié getuienis nie as afdoende beskou moet word nie.¹¹⁶

'n Tydsbeperking word op die beslissingsproses geplaas.¹¹⁷ Voorsiening word gemaak vir die hersiening van beslissings deur keuringspanele gemaak. Hersiening na 'n hoë hof word by wyse van mosieverrigtinge gedoen. Dié hof het die bevoegdheid om enige gedeelte van die keuringspaneelbeslissing deur te haal sou daar 'n regsfout of gebrek aan substansiële getuienis wees.¹¹⁸ In sommige gevalle kan die partye die paneel vra om 'n korreksie aan te bring ten opsigte van aanspreeklikheid, skadevergoeding of koste.¹¹⁹ Sou 'n party die toekenning verwerp word die saak hersienbaar deur 'n geregshof,. Die beswaarde party versoek die hof om die toekenning of beslissing nietig te verklaar.¹²⁰

'n Party het nog steeds die reg op 'n verhoor, ongeag die feit dat die geskil of beswaar vooraf deur 'n keuringspaneel hanteer is. Hoewel alle state reg op 'n verhoor erken, het sommige state tog sanksies in hulle wetgewing vervat, byvoorbeeld die stel van sekuriteit deur 'n onsuksesvolle of kwelsugtige party

In Nevada word die hoeveelheid lede wat eenparigheid moet hê voorgeskryf, anders word die paneel geag nie in staat te wees om 'n beslissing te bereik nie. Nev. Rev Stat § 41A.049 (6) (Supp 1989).

¹¹⁶ Del Code Ann tit 18 § 6812 (Supp 1988). In Maryland word die paneelbeslissing as vermoed korrek te wees tot die teendeel bewys is in 'n hofgeding. Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2A-06(o) (Supp 1989).

¹¹⁷ Byvoorbeeld 5 tot 30 dae na die aanhoor van die geskil of van 30 tot 180 dae na samestelling van die paneel. Macchiaroli 1990 *The George Washington Law Review* 191-192.

¹¹⁸ Del Code Ann tit 18 § 6811(d) – (f) (Supp 1988).

¹¹⁹ Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2A-05 (L) § 3-2A-06(b) (c) (Supp 1989)

¹²⁰ Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2A-06(b) – (c).

alvorens tot 'n siviele geding oorgegaan mag word¹²¹ en die toekenning van koste aan of teen 'n party.

(f) Besware teen keuringspanele

Ernstige besware¹²² op konstitusionele gronde teen die houdbaarheid van keuringspanele sou nie uitbly nie. Van die mees algemene besware is:

- keuringspanele maak inbreuk op die reg van gelyke beskerming¹²³ wat deur die konstitusie gewaarborg word;
- keuringspanele misken die behoorlike regsproses¹²⁴ deurdat
 - keuringspanele inbreuk maak op die reg van toegang tot die howe;
 - keuringspanele die reg op 'n jurieverhoor misken;
 - oponthoude toegelaat word in die verwerking van eise;¹²⁵
- die samestelling van keuringspanele bestaande uit regsgeleerdes en nie-regsgeleerdes met gelyke magte, maak inbreuk op die leerstuk van skeiding van magte;

¹²¹ Mass Gen L ch 231 § 60B para 6 (Supp 1989); Mich Comp Laws Ann § 600.4915 (2) (West Supp 1988). Sien egter Md Cts & Jud Proc Code Ann 3-2A-06(g) – 07(a) (Supp 1989) waar geen sekuriteitsvereistes gestel word nie. In Maryland moet die party wat in 'n siviele geding nie 'n meer gunstiger uitspraak kon kry as dié van die keuringspaneel nie, die koste betaal. In Colorado word die paneelkoste met 'n bedrag verhoog indien die ontevrede party nie ten minste 'n 10% beter beslissing in die siviele geding kry nie. Colo Rev Stat § 13-22-405(3) (1987).

¹²² Crous 1996 *THRHR* 222; Boyle 1981 *University of Pittsburg Law Review* 948; *Etheridge v Medical Center Hospitals* 237 Va 87 108 376 SE 2d 525 536-537 (1989). Note 1977 *Fordham Law Review* 322.

¹²³ "Equal protection".

¹²⁴ "Due process".

¹²⁵ Bv waar verpligte keuringspanele nie by tydsbeperkings hou wanneer 'n beslissing gemaak word nie.

- 'n party teen wie 'n paneelbeslissing gegee is kan benadeel word indien die keuringspaneelbeslissing gedurende die hofverhoor toegelaat word;
- 'n party teen wie 'n paneelbeslissing gegee is, kan 'n verdere struikelblok ondervind, naamlik beperkings ten opsigte van kostes en sekerheidstelling.

Elkeen van hierdie konstitusionele besware word vervolgens onder die soeklig geplaas:

- (i) Keuringspanele maak inbreuk op die reg van gelyke beskerming wat deur die konstitusie gewaarborg word.¹²⁶

Die feit dat keuringspanele slegs ten opsigte van mediese wanpraktyksake toepassing vind kom volgens kenners daarop neer dat daar teen verskeie ander benadeeldes in deliksaksies diskrimineer word.¹²⁷

By nadere ondersoek blyk dit tyfelagtig te wees of die gelyke beskermingsklousule in die federale konstitusie¹²⁸ of in die konstitusionele bepalings van die onderskeie state oortree word. Die Amerikaanse hof beoordeel keuringspanele ooreenkomstig 'n maatstaf wat "rational basis" genoem word, vanweë die feit dat daar geen sprake is van 'n aantasting van 'n fundamentele reg of rassediskriminasie wat op verbreking van die gelyke beskermingsklousule in die Konstitusie sou neerkom nie.

In *San Antonio Independent School District v Rodriguez*¹²⁹ verduidelik die hof die "rational basis standard" soos volg:

¹²⁶ "Equal protection".

¹²⁷ *The George Washington Law Review* 199. Slegs die staat Nevada het die vereiste keuringspaneel uitgebrei na wanpraktykseise teen prokureurs. NH Rev Stat Ann § 519 – A:2 (1974).

¹²⁸ US Constitutional Amend xiv § 1.

¹²⁹ 411 US 1 17 (1973). Sien ook *Seoane v Ortho Pharmaceuticals Inc* 660 F 2d 146 150 (5th Cir 1981); *Woods v Holy Cross Hospital* 591 F 2d 1164 1175 (5th Cir 1979); *Eastin v Broomfield* 116 Ariz 576 583 570 P 2d 744 751 (1977); *Firelock Inc v District Ct* 766 P 2d 1090 1098 (Colo 1989); *Lacy v Green* 428 A 2d 1171 1177 (Del Super

A standard determine whether (the statute) rationally furthers some legitimate, articulated state purpose.

In *Eastin v Broomfield*¹³⁰ het die eiser beswaar aangeteken teen die Arizona mediese wanpraktykskeuringspaneel op sterkte van die gelyke beskermingsklousule wat na bewering aangetas is. Die hof het egter die "rational basis standard" toegepas en bevind dat die keuringspaneelwetgewing¹³¹ 'n nuttige doel gedien het om die nadelige effek van die mediese wanpraktykkeuringskrisis te ondervang. Die wetgewing was juis daarop gemik om 'n voorverhoorskikking te bewerkstellig en sodoende merietelose eise uit die litigasieproses te hou. Dié *Medical Malpractice Act*¹³² kon wel grondwetlik fundeer word.

Die hof het egter wel bevind dat die vereiste sekuriteitstelling wel die gelyke beskermingsklousule van die Arizona Konstitusie aantas omdat dit toegang

Ct 1981); *Bernier v Burris* 113 Ill 2d 219 228-229 497 NE 2d 763 768 (1986); *Everett v Goldman* 359 So 2d 1256 1266 (La 1978); *Paro v Longwood Hospital* 373 Mass 645 650 369 NE 2d 985 988-989 (1977); *Linder v Smith* 629 P 2d 1187 1193 (Mont 1981); *Beatty v Akron City Hospital* 67 Ohio St 2d 483 492-493 424 NE 2d 586 592 (1981); *Boucher v Sayeed* 459 A 2d 87 92 (RI 1983); *State Ex Rel Strykowski v Wilkie* 81 Wis 2d 491 508 261 NW 2d 434 442 (1978); *Hoem v State* 756 P 2d 780 782-783 (Wyo 1988); *Carter v Sparkham* 335 So 2d 802 (Fla 1976) *cert denied* 429 US 1041 (1977). Sien egter daarteenoor *Johnson v St Vincent Hospital* 273 Ind 374 404 NE 2d 585 (1980); *Jones v State Board of Medicine* 97 Idaho 859 555 P 2d 399 (1976) *cert denied* 431 US 914 (1977); *Hoem v State* 756 P 2d 780 (Wyo 1988).

¹³⁰ 116 Ariz 576 570 583 P 2d 744 751 (1977). Hoewel die Rhode Island *Supreme Court* in *Boucher v Sayeed* 459 A d 87 (RI 1983) en die Wyoming *Supreme Court* in *Hoem v State* 756 P d 780 (Wyo 1988) die "rational basis"-toets toegepas het, het dit beslis dat die keuringspaneel ongrondwetlik is vanweë die Equal Protection Clause van die VSA Konstitusie. RI Gen Laws § 10-19 (1969) Wyo Stat § 9-2-1502 (1982). Beide howe het daarop gewys dat daar nie 'n mediese wanpraktykskrisis bestaan op die stadium van die betrokke keuringspaneelverrigtinge nie. "Absent a crisis to justify the enactment of such legislation, we can ascertain no satisfactory reason for the separate and unequal treatment that it imposes on medical malpractice litigants". *Boucher v Sayeed* 459 A 2d 87 93 (RI 1983). "We note the absence in the record of any evidence demonstrating the existence of such a crisis in Wyoming or elsewhere". *Hoem v State* 756 P 2d 780 783 (Wyo 1988). Sien die kontradiksie in *Bernier v Burris* 113 Ill d 219 9 497 NE d 763 768 (1986) waar die verhoorhof beslis het dat geen krisis bestaan nie en dat keuringspaneel-wetgewing ongrondwetlik was. Die Illinois *Supreme Court* het gemeen dat dit debatteer is of daar 'n mediese wanpraktykskrisis bestaan.

¹³¹ MLRP.

¹³² 1976.

tot die howe versper.¹³³ Die vereiste sekerheidstelling¹³⁴ van \$2000 deur 'n eiser¹³⁵ wat ondanks die keuringspaneelbevinding ten gunste van die verweerder met 'n hofaksie wil voortgaan, is in stryd met die gelyke beskermingsklousule bevind.¹³⁶

In *Carter v Sparkham*¹³⁷ het die Florida Supreme Court die grondwetlikheid van die Florida keuringspaneel bevestig. Die hof het bevind dat 'n beperking op eisers geplaas word en dat bestaande administratiewe remedies eers vooraf deur eisers uitgeplot moet word. Die wetgewer is by magte om redelike beperkings te plaas op die toegang tot die regstelsel:

At the time of enactment of the legislation ... there was an imminent danger that a drastic curtailment in the availability of health care services would occur in this state.

The statutes involved here deal with matters related directly to public health and obviously have for their purpose an effort to have the parties mediate claims for malpractice thereby reducing the cost of medical malpractice insurance and ultimately medical expenses.

Even though the pre-litigation burden cast upon the claimant reaches the outer limits of constitutional tolerance, we do not deem it sufficient to void the medical malpractice law.¹³⁸

In ander state byvoorbeeld het die howe 'n strenger toets gestel om die grondwetlikheid van die mediese keuringspanele, met spesifieke verwysing

¹³³ *Eastin v Broomfield* 116 Ariz 576 586-587 570 P 2d 744 754-755 (1977).

¹³⁴ Die sekuriteit is gemik op betaling van deskundige getuiegelde en prokureurskoste sou die eiser onsuksesvol in die litigasieproses wees. Indien die sekuriteit nie betaal word nie, word die eis van die hand gewys. 1976 Arizona Session Laws ch 1 sec 4 § 12 – 576(1) (*repealed* 1989).

¹³⁵ Dieselfde bepalings is ook van toepassing sou die verweerder ondanks die keuringspaneelbeslissing teen hom verder wou litigeer. 1976 Arizona Session Laws ch 1 sec 4 § 12 – 567 (J).

¹³⁶ *Arizona Constitution* act 1 § 13: "No law shall be enacted granting to any citizen, class of citizens, or corporation other than municipal, privileges or immunities which, upon the same terms, shall not equally belong to all citizens or corporations."

¹³⁷ 335 So 2d 802 805 (Fla 1976) *cert denied* 429 US 1041 (1977).

¹³⁸ *Carter v Sparkham* 335 So 2d 802 805-806 (Fla 1976) *cert denied* 429 US 1041 (1977).

na gelyke beskerming te bepaal. Die Indiana *Supreme Court* het in *Johnson v St Vincent Hospital*¹³⁹ beslis dat die mediese keuringspaneel grondwetlik in orde is. Met behulp van die "fair and substantial relation standard" het die hof gekonsentreer op die doel van mediese keuringspaneel-wetgewing naamlik om die gesondheid van die burgers van 'n staat te beskerm deur te verhoed dat daar 'n vermindering of afname in mediese sorg/dienste is.¹⁴⁰ Die hof het ook aangedui dat die keuringspaneel meewerk om 'n afname te probeer bewerkstellig in die ekonomiese bedreiging¹⁴¹ vir medici wat met die mediese wanpraktykseise gepaard gaan, deur 'n behoorlike evaluering te doen en vas te stel of 'n eis meriete het of nie.

- (ii) Keuringspanele misken die behoorlike regsproses deurdat daar inbreuk gemaak word op die reg van toegang tot die howe

Die grondwetlikheid van keuringspanele word op bogenoemde grond bevraagteken met verwysing na van die wesentliche kenmerke van 'n keuringspaneel.¹⁴² Indien 'n party, ondanks 'n ongunstige paneelbeslissing, voortgaan en dieselfde saak na 'n geregshof neem, word die party ontmoedig om dit te doen deur die vereiste van hoë sekuriteitsbedrae wat vooraf betaal moet¹⁴³

¹³⁹ 273 Ind 374 464 NE 2d 585 (1980). Die "fair and substantial relation standard" is ook toegepas in *Keyes v Humana Hospital Alaska* 750 P 2d 343 357 (Alaska 1988); *Attorney General v Johnson* 282 Md 274 313 385 A 2d 57 79 appeal dismissed 439 US 805 (1987); *Perna v Pirozzi* 92 NJ 446 457-458 457 A 2d 431 437 (1983); *Guill v Mayor of Hoboken* 21 NJ 574 582 122 A 2d 881 885 (1956); *Jones v State Board of Medicine* 97 Idaho 859 555 P 2d 399 (1976) cert denied 431 US 914 (1977). Die doel van die wetgewing rakende mediese keuringspanele word getoets teen 'n billike en substansiële toets, dws in hoeverre voldoen dié wetgewing aan die doel daarvan en in watter verhouding staan die wetgewing tot die doel daarvan. Die bewyslas word op die party geplaas wat keuringspanele se houdbaarheid betwis, om aan te dui dat op gelyke beskermingsgronde die wetgewing nie aan sy oorspronklike doel beantwoord nie. Die doel van die keuringspaneelwetgewing regverdig die spesifieke deliksklassifikasie (mediese wanpraktyksgeskille). *Guill v Mayor of Hoboken* 21 NJ 574 582 122 A 2d 881 885 (1956); *Perna v Pirozzi* 92 NJ 446 457-458 457 A 2d 431 437 (1983).

¹⁴⁰ *Johnson v St Vincent Hospital* 273 Ind 374 392 NE 2d 585 597 (1980).

¹⁴¹ *Johnson v St Vincent Hospital* 273 Ind 374 393 NE 2d 585 597 (1980).

¹⁴² *Johnson v St Vincent Hospital* 273 Ind 374 404 NE 2d 585 (1980). Sien ook die argumente van die eiser in *State Ex Rel Strykowski v Wilkie* 81 Wis 2d 491 512-519 261 NW 2d 434 444-446 (1978).

¹⁴³ *Paro v Longwood Hospital* 373 Mass 645 653-654 369 NE 2d 985 990 (1977); Mass Gen Laws Ann ch 231 § 60 B para 6 (West Supp 1988) – stel van sekuriteit vooraf is nie ongrondwetlik. *Eastin v Broomfield* 116 Ariz 576 586 570 P 2d 754 (1977); Ariz

word en regskostes wat uitermate hoog sal wees indien die party weer 'n ongunstige uitslag kry. Baie keer word partye verontref deur tydrowende keuringspaneelprosedures en gevolglik word partye se bronne van inkomste daardeur uitgeput. Só raak partye ontmoedig om daarop na die geregshof te gaan. Van die keuringspanele is tydsaam om beslissings te maak en die oponthoud benadeel partye in die eventuele voer van litigasie in 'n geregshof.

In *Boddie v Connecticut*¹⁴⁴ het die hof beslis dat die betaling van hofgelde en gedingkoste as 'n voorwaarde vir gedingvoering ongrondwetlik is indien dié vereiste "operate to foreclose a particular party's opportunity to be heard".¹⁴⁵

In *State Ex Rel Cardinal Glennon Memorial Hospital v Gaertner*¹⁴⁶ het die Missouri Supreme Court bevind dat die vereiste dat 'n mediese wanpraktykseis vooraf aan 'n keuringspaneel voorgehou moet word voordat na 'n geregshof gegaan kan word en oponthoud meebring wat inbreuk maak op die party se reg op toegang tot die howe.¹⁴⁷

Meeste howe¹⁴⁸ het egter beslis dat keuringspaneelwetgewing wel geldig en grondwetlik is wat die reg van toegang tot die howe betref. Wisconsin-wetge-

Const art 2 § 13 – die stel van sekuriteit deur eisers in geval van mediese wanpraktykseise is ongrondwetlik aangesien geen ander tipe eisers dit hoef te doen nie.

¹⁴⁴ 401 US 371 (1971). Sien ook *United States v Kras* 409 US 434 443-446 (1973) en *Ortwein v Schwab* 410 US 656 658-660 (1973) (*per curiam*).

¹⁴⁵ 401 US 371 377 380 (1971). Sien ook *United States v Kras* 409 US 434 443-446 (1973) en *Ortwein v Schwab* 410 US 656 658-660 (1973) (*per curiam*).

¹⁴⁶ 583 SW 2d 107 (Mo 1979) Mo Const art 1 § 14.

¹⁴⁷ *State Ex Rel Cardinal Glennon Memorial Hospital v Gaertner* 583 SW 2d 107 110 (Mo 1979) Mo Const art 1 § 14; *Christiansen v Connell* 2 Ill 2d 332 118 NE 2d 262 (1954). In *Woods v Holy Cross Hospital* 591 F 2d 1164 1173 n 16 (5th Cir 1979) het die hof egter bevind dat wetgewing insake keuringspanele nie die Seventh Amendment reg op 'n jurieverhoor en gevolglik reg op toegang tot howe aantast nie.

¹⁴⁸ *State Ex Rel Strykowski v Wilkie* 81 Wis 2d 491 261 NW 2d 434 (1978); *Cardinal Glennon Memorial Hospital v Gaertner* 583 SW 2d 107 (Mo 1979); *Woods v Holy Cross Hospital* 591 F 2d 1164 1177 (5th Cir 1979); *Firelock Inc v District Ct* 766 P 2d 1090 1096 (Colo 1989); *Lacy v Green* 428 A 2d 1171 1179 1180 (Del Super Ct 1981); *Johnson v St Vincent Hospital* 273 Ind 374 388 390 404 NE 2d 585 594 596 (1980); *Everett v Goldman* 359 So 2d 1256 1269 (La 1978); *Linder v Smith* 629 P 2d 1187 1190 1191 (Mont 1981); *Boucher v Sayeed* 459 A 2d 87 91 n 13 (RI 1983) (*dicta*).

wing bepaal byvoorbeeld dat 'n eiser die reg het om *de novo* verhoor te word ondanks die voorafgaande keuringspaneelbeslissing.

In *Jiron v Mahlab*¹⁴⁹ het die *New Mexico Supreme Court* die eisers gelyk gegee dat die betrokke keuringspaneelwetgewing ongrondwetlik was en die reg van toegang tot die howe (en gevolglik die sogenaamde "due process") aangetas het.¹⁵⁰ Myns insiens het die hof fouteer deur nie duidelik te onderskei nie tussen gevalle van *ongerief*¹⁵¹ en gevalle van *onreg* wanneer die hof moet oordeel oor die basiese reg van toegang tot die howe.

(iii) Keuringspanele misken die behoorlike regsproses deurdat inbreuk gemaak word op die reg tot 'n jurieverhoor

Bykans elke Amerikaanse staat se konstitusie maak voorsiening vir die reg tot 'n jurieverhoor.¹⁵² Deur die toelating van paneelbeslissings by die daaropvolgende hofverrigtinge word die reg op 'n jurieverhoor na bewering misken.

Verskeie hofbeslissings het oor hierdie beweerde miskening gehandel. In *Eastin v Broomfield*¹⁵³ het die *Arizona Supreme Court* beslis dat die Arizona wetgewing,¹⁵⁴ rakende die toelaatbaarheid van mediese keuringspaneelbeslissings by 'n daaropvolgende verhoor, nie die reg op 'n jurieverhoor aantast nie.

¹⁴⁹ 99 NM 425 659 P 2d 311 (1983).

¹⁵⁰ *Jiron v Mahlab* 99 NM 425 426 428 659 P 2d 311 312-315 (1983).

¹⁵¹ *In casu* het dit gehandel oor 'n klaer/eiser wat probleme ondervind het om stukke binne die voorgestelde *dies* op die verweerder te laat beteken en voortgegaan het om direk in die geregshof die saak in te stel in plaas van om eers 'n hersiening deur 'n keuringspaneel te versoek.

¹⁵² *Curtis v Loether* 415 US 189 (1974).

¹⁵³ 116 Ariz 576 570 P 2d 744 (1977).

¹⁵⁴ *Arizona Medical Malpractice Act* Ariz Rev Stat Ann § 12-567 (Supp 1988). Die wetgewing maak voorsiening dat die paneelbeslissing wel saam met ander getuienis vir verhoordoeleindes toegelaat kan word. Die hof het in die *Eastin*-saak getuienis toegelaat en dit hanteer as 'n bewysreël wat nie inbreuk maak op 'n jurieverhoor nie. Die hof het voorts die bewering dat dit 'n jurie bevooroordeel kan maak, verwerp.

[T]he jury remains the final arbiter of the issues raised and the facts presented.¹⁵⁵

In *Comiskey v Arlen*¹⁵⁶ het die New York *Appellate Division* die verhoorhofbeslissing omvergewerp. Die verhoorhof het beslis dat die wetgewing¹⁵⁷ wat 'n paneelbeslissing tydens 'n daaropvolgende verhoor toelaat ongrondwetlik is omdat dit die reg tot 'n jurieverhoor aantas,. In die verhoorhof is aangevoer dat die paneelbeslissing die juriesede bevooroordeel sou maak en verhoed dat hulle die getuienis onpartydig beoordeel.¹⁵⁸ Die hof van appèl was van oordeel dat die paneelbeslissing deskundige getuienis daarstel en getuienis is wat in elke geval saam met ander getuienis oorweeg word.¹⁵⁹ Die toelating van die paneelbeslissing tydens verhoor is 'n uitsondering op die hoorsêreël wat die hof tuisgebring het onder die bevoegdheid van die wetgewer om bewysreëls te wysig.¹⁶⁰

¹⁵⁵ *Eastin v Broomfield* 116 Ariz 576 580 570 P 2d 748. Sien ook *Attorney General v Johnson* 282 Md 274 293-294 385 A 2d 57 68-70 *appeal dismissed* 439 US 805 (1978) – die Maryland *Supreme Court* het bevind dat die toelaatbaarheid van 'n paneelbeslissing en die vermoede van korrektheid nie die reg op 'n jurieverhoor aantas nie. Die Maryland wetgewing magtig die toelating van 'n paneelbeslissing tydens 'n verhoor as vermoedelik korrek. Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2A-06(d) (Supp 1988). Sien ook *Woods v Holy Cross Hospital* 591 F 2d 1164 1179 1180 (5th Cir 1979); *Keyes v Humana Hospital Alaska* 750 P 2d 343 347 (Alaska 1988); *Johnson v St Vincent Hospital* 273 Ind 374 384 385 404 NE 2d 585 593 (1980); *Everett v Goldman* 359 So 2d 1256 1269 (La 1978); *Linder v Smith* 629 P 2d 1187 1190 (Mont 1981); *Prendergast v Nelson* 199 Neb 97 107-108 256 NW 2d 657 665-666 (1977); *Treyball v Clark* 65 NY 2d 589 590 483 NE 2d 1136 1137 493 NY S 2d 1004 1005 (1985); *Comiskey v Arlen* 55 AD 2d 304 309 390 NY S 2d 122 126 (NY App Div 1976); *State Ex Rel Strykowski v Wilkie* 81 Wis 2d 491 529 261 NW 2d 434 452 (1978); *Paro v Longwood Hospital* 373 Mass 645 654-655 369 NE 2d 985 991 (1977).

¹⁵⁶ 55 AD 2d 304 390 NY S 2d 122 (NY App Div 1976).

¹⁵⁷ NY Jud Law § 148-a (8) (McKinney 1983).

¹⁵⁸ 55 AD 2d 304 307 309 311 390 NY S 2d 122 126 127 (NY App Div 1976). In die *Comiskey*-saak is 'n eenparige beslissing vereis alvorens dit toegelaat word as getuienis in hofverrigtinge en ook vereis dat 'n verhoorhofbeslissing nie eksklusief op 'n paneelbeslissing baseer moet word nie. Sien ook *Munn v Illinois* 94 US 113 (1876); *State Ex Rel Strykowski v Wilkie* 81 Wis 2d 491 528 261 NW 2d 434 451 (1978).

¹⁵⁹ 55 AD 2d 304 309 390 NY S 2d 122 126 (NY App Div 1976). Sien ook *Treyball v Clark* 65 NY 2d 589 483 NE 2d 1136 493 NY S 2d 1004 (1985) in navolging van *Cominsky v Arlen* 55 AD 2d 304 390 NY S 2d 122 (NY App Div 1976).

¹⁶⁰ 55 AD 2d 304 390 NY S 2d 122 (NY App Div 1976).

In *Ex Parte Peterson*¹⁶¹ merk die hof op dat

... the Seventh Amendment ... does not require the old forms of practice and procedure be retained ... It does not prohibit the introduction of new methods for determining what facts are actually in issue, nor does it prohibit the introduction of new rules of evidence.¹⁶²

In *Parker v Childrens Hospital*¹⁶³ is ook beweer dat die keuringspaneelprosedure inbreuk maak op die reg tot 'n jurieverhoor. Sedert die aanname van die Amerikaanse Konstitusie in 1790 het enige party die reg op 'n verhoor deur 'n jurie in alle aangeleenthede waarin die reg op 'n jurieverhoor erken is ten tye van die aanname van die konstitusie.¹⁶⁴

Die vraag of die deliksaksie mediese wanpraktyk reeds in 1790 erken is het

¹⁶¹ 253 US 300 (1920).

¹⁶² *Ex Parte Peterson* 253 US 300 309 (1920). Sien egter *Mattos v Thompson* 491 385 396 421 A 2d 190 196 (Pa 1980) waarin beslis is dat art 309 van die *Health Care Services Act* 'n inbreukmaking op die reg op jurieverhoor is. Die Pennsylvania Supreme Court het beslis dat 'n keuringspaneel ongrondwetlik is omdat die oponthoud inherent in 'n keuringspaneelproses "resulted in an oppressive delay and impermissibly infringed upon the constitutional right to a jury". Sien ook *Simon v St Elizabeth Medical Center* 3 Ohio Op 3d 164 355 NE 2d 903 908 (CP 1976) – deur 'n paneelbeslissing by 'n daaropvolgende verhoor toe te laat word 'n party se reg op 'n jurieverhoor aangetas vanweë die feit dat 'n party verhinder word om sy saak behoorlik aan die jurie te stel. Latere Ohio wetgewing het die toelaat van 'n paneelbeslissing as getuie in 'n opvolgende verhoor verbied. Ohio Rev Code Ann § 2711.21 (Anderson Supp 1988). *Aldana v Holub* 381 So 2d 231 237-238 (Fla 1980); *Heller v Frankston* 504 Pa 528 475 A 2D 1291 (1984) – alle artikels van die toepaslike Pennsylvanië wetgewing is ongrondwetlik beslis deur die hof, in teenstelling met die *Mattos*-saak waarin slegs die reg op 'n jurieverhoor beslis is as inbreuk op gemaak deur die toelating van 'n paneelbeslissing by 'n verhoor. Pa Stat Ann tit 40 § 1301.308-514 (Purdon Supp 1988).

¹⁶³ 483 Pa 106 118 121 394 A 2d 932 938 (1978). In *Mattos v Thompson* 421 A 2d 190 195 (Pa 1980) het die hof in Pennsylvanië beslis dat die keuringspaneelprosedure 'n ongrondwetlike las op die reg tot 'n jurieverhoor plaas. In die *Mattos*-saak is ook ander laerhofsake aangehaal waarin die burokratiese aard van die prosedure uitgelig is, wat daarop dui dat die wetgewing oneffektief is. Die eisers het in die *Parker*-saak oortuigende statistiese gegewens voor die hof gelê om aan te toon dat die keuringspanele oneffektief is. Statistiese gegewens het aan die lig gebring dat 2 909 eise in 'n drie en 'n halfjaar periode sedert die inisiëring van die keuringspaneelprosedure ingestel is. Slegs 14 eise het inderdaad voor die keuringspaneel gediën en 6 daarvan het op appèl gegaan. Van die 48 eise wat in 1976 aanhangig gemaak is, is 6 eise onafgehandel in 1980. Boyle 1981 *University of Pittsburg Law Review* 957-958.

¹⁶⁴ *Parker v Children's Hospital* 483 Pa 106 118 394 A 2d 932 938 (1978).

nie voor die hof gedien nie; die hof het voortgegaan om te oorweeg of die keuringspaneel inbreuk gemaak het op die reg op 'n jurieverhoor. Die hof wys daarop dat die konstitusionele bepalings so geïnterpreteer word dat dit nie 'n absolute vrye of ongebonde reg tot 'n jurieverhoor daarstel nie. Die hof verwys voorts na die toelaatbaarheid van "some inconvenience to the exercise of the right"¹⁶⁵ en dui daarop dat die doel van die konstitusionele bepalings juis is om die reg tot 'n jurieverhoor te verseker voordat daar 'n finale beslissing ten opsigte van persoonlikheids- of eiendomsregte gemaak word.¹⁶⁶ In die *Parker*-saak het die hof tot die gevolgtrekking gekom dat aangesien die paneel se bevindinge nie bindend is nie en 'n reg tot jurieverhoor bestaan, die prosedure nie die reg op die jurieverhoor aantast nie, maar hoogstens uitstel.¹⁶⁷ 'n Verdere argument wat in die *Parker*-saak namens die eisers aangevoer is, kom daarop neer dat die reg tot 'n jurieverhoor beswaar word, omdat die keuringspaneelprosedure as voorwaarde vir 'n jurieverhoor gestel word. Die hof het na oorweging van die doel van die betrokke wetgewing tot die gevolgtrekking gekom dat enige teoretiese las op die reg van 'n pasiënt tot 'n jurieverhoor uitgebalanseer word deur die substansiële voordele vir die pasiënt ingevolge die wetgewing en dat dit hoegenaamd nie as 'n beletsel beskou moet word nie. Die wetgewing bevorder juis die spoedige afhandeling van eise, bevredigende uitsprake en laer litigasiekoste.¹⁶⁸

Die argument teen die toelaatbaarheid van paneelbeslissings het soms bespreking op die jurie se beweerde onvermoë om getuienis op 'n onpartydige basis te evalueer, veral waar die bevinding van 'n ander tribunaal ten opsigte van dieselfde eis ter sprake is.¹⁶⁹ Die voorlegging van die vereiste

¹⁶⁵ Boyle 1981 *University of Pittsburg Law Review* 954.

¹⁶⁶ Boyle 1981 *University of Pittsburg Law Review* 954.

¹⁶⁷ Boyle 1981 *University of Pittsburg Law Review* 954.

¹⁶⁸ *Parker v Children's Hospital* 483 Pa 106 120 394 A 2d 932 939 (1978)

¹⁶⁹ 'n Verwante argument is dat die toelaatbaarheid van 'n paneelbeslissing 'n verhoogde bewyslas meebring vir die party teen wie die paneelbeslissing gegee is en gevolglik dié party se reg op 'n jurieverhoor aantast. Howe het dié argument verwerp. *Keyes v Humana Hospital Alaska* 750 P 2d 343 348 349 (Alaska 1988); *Johnson v St Vincent*

getuienis en of 'n paneelbeslissing eenparig was, so het die Amerikaanse howe beslis, beïnvloed en bepaal nie 'n party se reg tot 'n jurieverhoor nie. Die teendeel sou dui tot 'n mosie¹⁷⁰ van wantroue in die juriestelsel.¹⁷¹

(iv) Die samestelling van keuringspanele druis in teen die driemagsdeling

Die samestelling¹⁷² van keuringspanele word dikwels gekritiseer as sou dit indruis teen die leerstuk van skeiding van magte soos vervat in die state se onderskeie konstitusies. Die toedeling van gelyke gesag aan regsgekwalfiseerdes en nie-regsgewalfiseerdes om 'n feitebevinding te maak en om aanspreeklikheid te bepaal kom neer, so word aangevoer, op verbreking van die driemagsdeling.¹⁷³

In *Attorney General v Johnson*¹⁷⁴ moes die Maryland *Court of Appeal* uitsluitel sel gee oor die regsvraag of die optrede van die keuringspaneel in die uitvoering van verpligtinge van 'n regsprekende aard die *trias politica*-leerstuk soos vervat in die Maryland konstitusie verbreek. Die hof het die beweerde regsprekende funksies van die keuringspaneel oorweeg en verwys na faktore soos die nie-bindende aard¹⁷⁵ van beslissings en die bevoegdheid van partye

Hospital 273 Ind 374 385 404 NE 2d 585 593 (1980). Die Delaware-hof het die paneelbeslissing die status van *prima facie*-getuienis gegee. *Lacy v Green* 428 A 2d 1171 1176-1177 (Del Super 1981); *Del Code Ann tit 18 § 6812*.

¹⁷⁰ *Prendergast v Nelson* 199 Neb 97 107 256 NW 2d 657 666 (1977).

¹⁷¹ *Prendergast v Nelson* 199 Neb 97 107 256 NW 2d 657 666 (1977).

¹⁷² Samestelling van keuringspanele verskil van staat tot staat. Die wetgewing van toepassing op keuringspanele in al die onderskeie state maak voorsiening vir ten minste een gesondheidsorgverskaffer op elke paneel. Meeste state vereis ook 'n regsgeleerde op die keuringspanele en sommige state maak ook voorsiening vir 'n leke-lid. Verskeie state vereis die teenwoordigheid van 'n regter wat verantwoordelikheid vir die uitvoer van verrigtinge deur nie-regsledede uitoefen. Va Code Ann § 8.01-581.2 (A) 581.3 (1984 & Supp 1989); NJ Ct CPR § 4:21-5(a) (1988) Jud; NY Law § 148-a(2) (McKinney Supp 1989); NH Rev Stat Ann § 519-A:2 (1974); Mass Gen L ch 231 § 60 B para 1 (1986); ME Rev Stat Ann tit 24 § 2852(2) (Supp 1988); Ariz Rev Stat Ann § 12-567 (B) (1) (Supp 1988).

¹⁷³ *Attorney General v Johnson* 282 Md 274 385 A 2d 57 *appeal dismissed* 439 USA 805 (1978).

¹⁷⁴ 282 Md 274 385 A 2d 57 *appeal dismissed* 439 US 805 (1978).

¹⁷⁵ *Attorney General v Johnson* 282 284 Md 274 385 A 2d 57 63 *appeal dismissed* 439 US 805 (1978).

om 'n verhoor *de novo* te inisieer op dieselfde eis en die gesag wat die keuringspaneel het om sy eie beslissings¹⁷⁶ af te dwing.

Die Maryland hof het bevind dat die keuringspaneel nie 'n regsprekende funksie uitoefen nie en ook nie inbreuk maak op die regsprekende gesag nie.¹⁷⁷ Die keuringspaneel verrig nie regsprekende funksies *per se* nie tensy die gesag aan die keuringspaneel gegee is om bindende en afdwingbare beslissings te maak.¹⁷⁸

Preliminarily, we note that it is undeniable that the mere performance by a nonjudicial body of a function that would in another context be considered purely judicial – e.g., the determination of facts and the application of legal principles to those facts – cannot alone suffice to support a conclusion that the separation of powers principle has been violated.

Verwarring kan egter uitgeskakel word deur 'n ooreenkoms tussen partye die deurslaggewende faktor te maak. Klem word dan nie op die keuringspaneel se aktiwiteite gelê as sou dit die driemagsdeling aantas nie, maar word op die ooreenkoms self gelê. Die Maryland-wetgewer maak byvoorbeeld voorsiening dat die partye die beslissing van die keuringspaneel mag aanvaar en judisiële bevestiging van die toekenning maak dit 'n afdwingbare ooreenkoms.¹⁷⁹

¹⁷⁶ *Attorney General v Johnson* 282 Md 274 385 A 2d 57 63 *appeal dismissed* 439 US 805 (1978).

¹⁷⁷ *Attorney General v Johnson* 282 Md 285-287 385 A 2d 57 64-65 *appeal dismissed* 439 US 805 (1978).

¹⁷⁸ *Attorney General v Johnson* 282 Md 274 385 A 2d 57 63 *appeal dismissed* 439 US 805 (1978). Sien ook *Strykowski v Wilkie* 81 Wis 2d 491 520-522 261 NW 2d 434 448-449 (1978); *Keyes v Humana Hospital Alaska* 750 P 2d 343 357 n 26 (Alaska 1988). Daarteenoor is in *Paro v Longwood Hospital* 373 Mass 645 656-657 369 NE 2d 985 992 (1977) beslis dat, alhoewel die keuringspaneel regsprekende funksies verrig, dit nie 'n verbreking van die *trias politica*-leerstuk is nie aangesien paneelher-siening 'n integrale deel van die regsprekende proses is. Indien die partye nie die paneelbeslissing aanvaar nie, is die paneel onbevoeg om sy eie beslissing af te dwing.

¹⁷⁹ *Attorney General v Johnson* 282 Md 285-287 n13 385 A 2d 57 64-65 n13 *appeal dismissed* 439 US 805 (1978); Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2A-05(L) – 06(a) (1984 & Supp 1989).

Die Nebraska *Supreme Court* het in *Prendergast v Nelson*¹⁸⁰ beslis dat 'n keuringspaneel hoogstens 'n deskundige opinie gee ten opsigte van getuieis wat voor die paneel dien. Dié keuringspaneel is inderwaarheid 'n informele deskundige adviserende raad.¹⁸¹ In *Eastin v Broomfield*¹⁸² het die Arizona *Supreme Court* beslis dat die Arizona wetgewing insake keuringspanele nie bots met dié staat se konstitusie¹⁸³ insake regsprekende gesag nie. Die doel van die keuringspaneel is die bevordering van 'n skikking, met die keuringspaneel wat net in 'n adviserende hoedanigheid optree.¹⁸⁴

In Illinois maak die wetgewing voorsiening vir 'n mediese keuringspaneel bestaande uit 'n regter, 'n gesondheidsorgverskaffer en 'n prokureur.¹⁸⁵ Die regter tree op as voorsittende beampte en hanteer alle prosedurele en bewysregtelike aspekte. Die keuringspaneel in geheel maak 'n feitelike en regsbeslissing insake aanspreeklikheid en skadevergoeding en die partye kan òf besluit om die beslissing te aanvaar òf om tot 'n verhoor toe te tree.¹⁸⁶ In *Wright v Central Du Page Hospital Association*¹⁸⁷ het die Illinois *Supreme Court* beslis dat die wetgewing rakende keuringspanele ongrondwetlik is omdat dit inbreuk maak op die regsprekende gesag van die staat Illinois.¹⁸⁸ Dié hof het voorts bevind dat die keuringspaneel ongrondwetlik is omdat die regsprekende funksie aangetas is.¹⁸⁹ Die bevoegdheid om die reg op feite van 'n saak toe te pas was uitsluitlik die funksie van die regsprekende

¹⁸⁰ 199 Neb 97 110 256 NW 2d 657 666 (1977).

¹⁸¹ "Expert advisory board".

¹⁸² 116 Ariz 576 570 P 2d 744 (1977).

¹⁸³ Ariz Const art V1 § 1.

¹⁸⁴ Die keuringspaneelbeslissing kan egter toegelaat word by die verhoor in 'n geregshof. *Eastin v Broomfield* 116 Ariz 576 582 570 P 2d 750; *Lacy v Green* 428 A 2d 1171 1178 (Del Super 1981); *Linder v Smith* 629 P 2d 1187 1194 (Mont 1981).

¹⁸⁵ Ill Rev Stat ch 110 § 58.2 – 10 (1975).

¹⁸⁶ Geen paneelbeslissing is toelaatbaar by die daaropvolgende verhoor van die geskil nie. Ill Rev Stat ch 110 § 58.7.

¹⁸⁷ 63 Ill 2d 313 347 NE 2d 736 (1976).

¹⁸⁸ 63 Ill 2d 313 322 324 347 NE 2d 736 740-741 (1976).

¹⁸⁹ Daar is beslis dat die reg van toegang tot 'n jurieverhoor eweneens ook aangetas is. *Wright v Central Du Page Hospital Association* 63 Ill 2d 322 324 347 NE 2d 740-741.

gesag.¹⁹⁰ Die hof *in casu* het die onderskeie funksies van die regsprekende en nie-regsprekende keuringspaneellede in oënskou geneem. Hoewel die regter alleen by magte was om oor prosedurele en bewysregtelike aspekte te beslis, was die keuringspaneel by magte om in eie diskresie, nie die bewysregtelike reëls te volg nie.¹⁹¹ Alle keuringspaneellede (regskundiges sowel as nie-regskundiges) het die magtiging gehad om 'n feitelike en regsbeslissing te maak. Die gee van dié magtiging aan nie-regselede van 'n keuringspaneel is in botsing met die Illinois Konstitusie.¹⁹²

Die hof het *obiter* opgemerk dat die hof nie impliseer dat 'n geldige voorverhoor paneelprosedure nie ontwerp mag word nie.¹⁹³ Hierop het die Illinois wetgewer die wetgewing rakende mediese wanpraktykkeuringspaneele hersien. Hierdie wetgewing het grootliks soortgelyke bepalings as die vorige wetgewing bevat.¹⁹⁴ Panele wat later ooreenkomstig die hersiene wetgewing saamgestel is, is ook as ongrondwetlik bestempel vanweë die gedeelde regsprekende mag.¹⁹⁵ Die bevinding in die *Bernier*-saak dat die feitebevinding deur regs- sowel as nie-regselede gedoen ook nie in orde was nie, is myns insiens verkeerd. Feitebevindings word tradisioneel deur lede van die paneel gedoen, ongeag of die lid oor regskennis beskik het of nie.¹⁹⁶

¹⁹⁰ *Wright v Central Du Page Hospital Association* 63 Ill 2d 322 324 347 NE 2d 740-741. Ill Const art V1 § 1.

¹⁹¹ *Wright v Central Du Page Hospital Association* 63 Ill 2d 322 324 347 NE 2d 740-741. Ill Rev Stat ch 110 § 58.6 (1975).

¹⁹² *Wright v Central Du Page Hospital Association* 63 Ill 2d 322 324 347 NE 2d 740-741. Ill Rev Stat ch 110 § 58.6 (1975).

¹⁹³ *Wright v Central Du Page Hospital Association* 63 Ill 2d 322 324 347 NE 2d 741.

¹⁹⁴ Ill Rev Stat ch 110 § 2 – 1012 – 1020 (1985). Die paneel het nog steeds bestaan uit 'n regter, gesondheidsorgverskaffer en 'n prokureur en het oor die bevoegdheid beskik om aanspreeklikheid en skadevergoeding te bepaal. Die paneelbeslissing was nie toelaatbaar by 'n daaropvolgende verhoor van dieselfde saak nie. 'n Party wat 'n ongunstige paneelbeslissing gekry het en nie by die verhoor slaag nie, word gesankisioneer. Die regter is by magte om oor alle regsangeleenthede te beslis en die paneel moet bewysregtelike reëls navolg. Die paneel se beslissing moet baseer wees op die paneel se feitelike bevindings.

¹⁹⁵ *Bernier v Burris* 113 Ill 2d 219 497 NE 2d 763 (1986).

¹⁹⁶ *Bernier v Burris* 113 Ill 2d 219 254-255 497 NE 2d 763 780 (1980).

Dit blyk duidelik dat die Illinois-howe ten alle koste wil verhoed dat keurings-panele met tradisionele regsprekende amptenare die tradisionele howe vervang. Die samestelling en aktiwiteite van die keuringspanele dui myns insiens nie daarop nie en die uitspraak in hierdie sake is nie korrek nie.¹⁹⁷ Die uitsprake van ongeldige keuringspanele synde in botsing met die *trias politica*-beginsel sou alleenlik water gehou het indien die skeiding van magte-leerstuk nie alleen die tribunale verbied wat regsprekende funksies verrig nie, maar ook die tribunale verbied wat blyk regsprekende funksies te verrig.¹⁹⁸

In effek beteken navolging van die *Wright*- en *Bernier*-sake dat die Illinois-howe 'n baie beperkende houding ten opsigte van nie-tradisionele geskilbeslegting inneem. Die staat Illinois blyk in hierdie opsig die uitsondering te wees. Tot dusver het geen ander staat wetgewing oor keuringspanele ongrondwetlik verklaar omdat 'n bepaalde keuringspaneel ook 'n regs kundige ingesluit het en derhalwe op die judisiële funksie van die keuringspaneel inbreuk sou maak.

Myns insiens maak dit nie saak of 'n keuringspaneel 'n regslid het of nie, die beslissing van die paneel is nie afdwingbaar deur die paneel self nie. Die paneelbeslissing is hoogstens adviserend, selfs al word die beslissing by hofverrigtinge toegelaat,¹⁹⁹ solank dit nie op die jurie bindend is nie.²⁰⁰

¹⁹⁷ 'n Adviserende opinie oor watter reg van toepassing behoort te wees by 'n verhoor is tog in wese nie 'n judisiële funksie nie. 'n Aanbevole samestelling vir 'n keuringspaneel is dat regslede die beslissing moet neem en nie-regsele slegs in adviserende hoedanigheid behoort op te tree.

¹⁹⁸ Die sanksies rakende koste wat 'n party tref wat 'n ongunstige paneelbeslissing gekry het, het myns insiens bygedra tot die howe se indrukke van beperkte toegang tot die howe. Die wetgewing rakende keuringspanele word met agterdog bejeën synde 'n inbreukmaking op die funksie van die regsprekende gesag, myns insiens ten onregte.

¹⁹⁹ Partye kan ooreenkom dat die keuringspaneelbeslissing wel bindend op die partye sal wees.

²⁰⁰ *Eastin v Broomfield* 116 Ariz 576 582 570 P 2d 744 750 (1977) (*en banc*).

(g) Slotopmerkings insake keuringspanele

Van die Amerikaanse howe het die regte benadering rakende keuringspanele gevolg deur te bevind dat nie-bindende mediese wanpraktyk-keuringspanele nie die reg van toegang tot die howe beïnvloed nie mits 'n verhoor *de novo* na die beslissing van die keuringspaneel volg. Dit is ook te verwagte dat verpligte pre-aksie keuringspanele 'n groter risiko van benadeling inhou vanweë oponthoud, ongerief en finansiële druk op partye. Tog moet die voordele van hierdie tipe keuringspaneel na waarde geskat word. 'n Deeglike keuring deur deskundiges verminder die werkklas van howe en voorkom opeenhoping van hofsake.

Die wetgewer kan met behulp van statutêre voorskrifte vir die tydsduur waarbinne 'n keuringsproses afgehandel en beslis moet word, verseker dat die ongrondwetlike aanslag op keuringspanele verminder.

Konstitusionele beskerming van die reg op toegang tot die howe sluit nie die instelling van beperkings of voorwaardes vir deelname van 'n judisiële proses uit nie. Deelname aan die verrigtinge van 'n keuringspaneel is dus nie 'n hindernis vir eisers wat eventueel wel die hof wil nader vir regshulp nie en behoort daarom nie ongrondwetlik te wees nie as sou dit inbreuk maak op die reg van toegang tot die howe.

In Suid-Afrika is keuringspanele vir die mediese professie onbekend. Die *Wet op Geneeshere, Tandartse en Aanvullende Gesondheidsberoepes*²⁰¹ maak slegs voorsiening vir interne ondersoeke deur die beroepsraad na die beskuldigings van wangedrag²⁰² deur 'n betrokke lid van die professie, waarna die beroepsraad by skuldigbevinding strawwe²⁰³ kan oplê. Hoewel die benadeelde pasiënt 'n aanduiding van die houdbaarheid van sy voorgenome

²⁰¹ Wet 56 van 1974.

²⁰² Onprofessionele gedrag.

²⁰³ A 42(1)(a) – (f) *Wet op Geneeshere, Tandartse en Aanvullende Gesondheidsberoepes* 56 van 1974 maak voorsiening vir strawwe wat wissel van 'n waarskuwing of 'n berisping of beide (a 42(1)(a)), skorsing vir 'n tydperk (a 42(1)(b)), skraping van die

siviele eis teen die nalatige geneesheer kan kry van die dissiplinêre verhooruitslag, word voorsien dat die benadeelde baie meer gemoedsrus sal hê oor die keuring, samestelling en verrigtinge van 'n onafhanklike keuringspaneel. Die ondersoek deur die keuringspaneel behoort geensins afbreuk te doen aan die tugbevoegdheid van die Gesondheidsberoepe Raad wat 'n interne aangeleentheid is nie, tewens die keuringspaneelverrigtinge op rekord kan vir die Gesondheidsberoepe Raad inligtingsgewys van groot waarde en tydbesparend wees.

3.2.3 Arbitrasie

(a) Inleiding²⁰⁴

Benewens die mediese ombudspersoon en mediese keuringspanele, kan arbitrasie 'n gepaste geskilbeslegtingsmetode vir die oplossing van mediese wanpraktykgeskille wees.²⁰⁵

'n Pasiënt en geneesheer of gesondheidsorgverskaffer kan 'n dispuut deur middel van vrywillige bindende arbitrasie oplos. Die arbitrasie is vrywillig in die sin dat partye dit self kan kies en die arbitrasie is bindend deurdat die beslissing van die arbiter of arbitrasiepaneel finaal is.

'n Mediese kontrak tussen 'n pasiënt en 'n geneesheer²⁰⁶ kan 'n arbitrasieklousule bevat ingevolge waarvan partye tot so 'n kontrak 'n dispuut oor

register (a 42(1)(c)), 'n boete van hoogstens R10 000 (a 42(1)(a)), 'n verpligte tydperk van beroepsdien (a 42(1)(e)) en betaling van die koste van verrigtinge (a 42(1)(f)).

²⁰⁴ Crous 1996 *THRHR* 219-232; Butler en Finsen *Arbitration in South Africa Law and Practice* 1; Lötter en Mosime *Arbitration at Work* 2; Trollip *Alternative Dispute Resolution* 21; Pretorius *Dispute Resolution* 93-94.

²⁰⁵ Crous AJ *ADR: A "prescription" for the welfare of health care consumers with specific reference to voluntary contractual arbitration* Referaat gelewer by The Twentieth World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy 19-23 Junie 2001 Vrije Universiteit Amsterdam 2.

²⁰⁶ Of 'n hospitaal, mediese inrigting, kliniek of enige ander gesondheidsorgverskaffer - Crous AJ *ADR: A "prescription" for the welfare of health care consumers with specific reference to voluntary contractual arbitration* Referaat gelewer by The Twentieth World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy 19-23 Junie 2001 Vrije Universiteit Amsterdam 2.

mediese behandeling en sorg aan 'n onpartydige arbiter of arbitrasiepaneel moet voorlê vir finale beslissing.²⁰⁷

(b) Omskrywing van arbitrasie²⁰⁸

Arbitrasie is 'n proses²⁰⁹ waar 'n onafhanklike onpartydige derde party²¹⁰ wat aangestel word deur die disputante by wyse van 'n arbitrasie-ooreenkoms,²¹¹ getuienis evalueer en die partye op 'n judisiële wyse aanhoor en 'n finale bindende beslissing²¹² maak om die geskil op te los.

[I]t is a common thing for arbitrators to be approached with a view to the termination of a dispute and the avoidance of a formal trial. The reasons for resorting to arbitration are the fear of the too heavy expenses of lawsuits, the din of legal proceedings, their harassing labours and pernicious delays, and finally the burdensome and weary waiting on the uncertainty of the law.²¹³

²⁰⁷ Toekenning. Die beslissing is finaal, bindend, regtens afdwingbaar, nie-appelleerbaar (partye kan ooreenkoms dat appelleer mag word van een arbiter na 'n paneel van arbiters) en kan op hersiening geneem word op prosedurele maar nie substantiewe gronde nie. 'n Arbitrasietoekenning kan tersyde gestel word op hersiening deur die hof indien 'n party een van die volgende kan bewys: growwe onreëlmatigheid in die hantering van die arbitrasie byvoorbeeld vooroordeel of bedrog aan die kant van die arbiters, wanoptrede in die uitvoering van arbiterverpligtinge, growwe miskennings van die geskilpunte voor die arbiters, growwe onreëlmatigheid in die voer van arbitrasieverrigtinge en 'n toekenning wat onbehoorlik verkry is. Art 33 *Arbitrasie Wet* 42 van 1965; Pretorius *Dispute Resolution* 95.

²⁰⁸ Crous 1996 *THRHR* 24-2225; Butler en Finsen *Arbitration in South Africa Law and Practice* 1; Lötter en Mosime *Arbitration at Work* 2; Trollip *Alternative Dispute Resolution* 21; Pretorius *Dispute Resolution* 93-94.

²⁰⁹ Alternatiewe geskilbeslegtingsmetode.

²¹⁰ Arbiter.

²¹¹ Twee tipes arbitrasie word aangetref, naamlik vrywillige arbitrasie by wyse van ooreenkoms en verpligte arbitrasie by wyse van wetgewing. Pretorius tref nie 'n bevredigende onderskeid tussen vrywillige en verpligte arbitrasie nie. Hoewel hy onder vrywillige arbitrasie die proses wat by wyse van 'n ooreenkoms ontstaan, begryp, voeg hy onder verpligte arbitrasie benewens arbitrasie by wyse van wetgewing ook arbitrasie by wyse van vorige ooreenkomste (asof dit nie-vrywillig is nie). Dit is jammer dat Pretorius nie hier die kwalifisering ingesit het wat later in sy boek tog duidelik blyk naamlik dat hoewel die besluit om te arbitreer vrywillig van aard is, arbitrasie verpligtend is sodra daar ooreengekom is deur die partye tot arbitrasie. Pretorius *Dispute Resolution* 93-94 100 114.

²¹² Toekenning.

²¹³ Voet 4.8.1 (Gane se vertaling); Butler en Finsen *Arbitration in South Africa* 19; *Dutch Reformed Church v Town Council of Cape Town* (1898) 15 SC 14 20.

(c) Toepassing van arbitrasie²¹⁴

Arbitrasie is nie van toepassing op geskille rakende huweliksaangeleenthede,²¹⁵ geskille wat uit 'n testament voortspruit of status nie. Dit is eweneens ook nie van toepassing op geskille rakende die skepping van regte, norme en presedente nie. Arbitrasie is wel van toepassing op bestaande regte en die uitleg van bestaande regte. Arbitrasie vind veral toepassing in geskille rakende arbeidskwessies, konstruksie-, kommersiële, verskeppings-, verbruikers-, versekerings- en omgewingsgeskille.

Die gebruik van arbitrasie as alternatiewe geskilbeslegtingsmetode is geen nuwe idee nie en het reeds so vroeg as 700 vC in die Atheense kultuur voorgekom.²¹⁶ In Amerika het arbitrasie neerslag gevind in wetgewing.²¹⁷ Hoewel arbitrasie tradisioneel in Suid-Afrika gebruik word om arbeids- en kommersiële geskille op te los, is arbitrasie vir die oplossing van mediese wanpraktyksgeskille vreemd,²¹⁸ hoewel soos aangetoon sal word,²¹⁹ nie uitgesluit nie. Die oorgrote meerderheid state in Amerika het wetgewing die lig laat sien om mediese wanpraktyksgeskille die hoof te probeer bied en/of te probeer oplos. Arbitrasie is deurgaans in Amerika die mees geskikte alternatiewe geskilbeslegtingsmetode²²⁰ vir die oplossing van onder andere mediese wanpraktykseise.

²¹⁴ Crous 1996 *THRHR* 25 ev; Butler en Finsen *Arbitration in South Africa Law and Practice* 1; Lötter en Mosime *Arbitration at Work* 2; Trollip *Alternative Dispute Resolution* 21; Pretorius *Dispute Resolution* 93-94.

²¹⁵ Bv egskeiding, voogdyskap, beheer en toesig, reg van toegang.

²¹⁶ Murphy 1987 *Medical Trial Technique Quarterly* 409-429 412.

²¹⁷ 1920 NY Civ Prac Act § 7501-7514.

²¹⁸ Daar sal deurgaans verwys word na Amerikaanse reg in dié verband omdat die Amerikaners die pioniers is op die gebied van mediese wanpraktyksgeskille en moontlike werkbare oplossings daarvoor vir dié tipe geskille.

²¹⁹ Sien 3.3 Arbitrasie (v) Die houding van die Amerikaanse howe.

²²⁰ Aanbevelings deur die Sekretaris van die Departement Gesondheid, Onderwys en Welsyn (1973) DHEW ("Secretary of the Department of Health, Education and Welfare") Verslag van die Sekretaris Kommissie oor Mediese Wanpraktyk en Verslag aan die Departement Gesondheid, Opvoeding en Welsyn Pub No (OS) 73-89 (1973) ("Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice, Report to the Department of Health, Education and Welfare"). Howe in Kalifornië volg 'n goed gevestigde openbare beleid wat arbitrasie toepas as geskikte alternatiewe geskilbesleg-

Partye kan in state wat nie arbitrasiewetgewing in dié verband het nie, wel ooreenkom tot arbitrasie welke ooreenkoms dan volgens die algemene arbitrasiereg van Amerika uitgelê word.²²¹ Arbitrasiewetgewing maak in die algemeen voorsiening vir die afdwinging van arbitrasie-ooreenkomste, of dit nou op bestaande of toekomstige geskille betrekking het. Voordat wetgewing die lig gesien het, was howe in Amerika in die algemeen onwillig om die arbitrasie-ooreenkomste af te dwing. Die gemenereg is toegepas en arbitrasie-ooreenkomste is as onwettig, buitengewoon en met agterdog bejeën sou dit die howe se jurisdiksie verdring.²²² In die verlede is so 'n ooreenkoms tot arbitrasie tussen pasiënt en geneesheer²²³ as onafdwingbaar en teen openbare beleid beskou.²²⁴ In 'n poging om regshervorming te weeg te bring, het geneeshere begin om private kontrakte met hulle pasiënte aan te gaan. Sulke kontrakte word dan op 'n bepaalde manier ingeklee om in te pas by die aard van die betrokke professionele verhouding en die tipe geskil wat voorhande is of wat vorentoe moontlik nog mag opduik.²²⁵ Tans word die aanwending van arbitrasie-ooreenkomste deur die *Uniform Arbitration Act*²²⁶ in die meeste Amerikaanse state gereguleer.

tingsmetode gepas vir die oplos van mediese wanpraktyksgeskille. *Madden v Kaiser Foundation Hospitals* 552 P 2d 1178 1180 (Cal 1976); *Beynon v Garden Grove Medical Group* 100 Cal App 3d 698 705 161 Cal Rptr 146 149 (1980).

²²¹ Friedman Medical Malpractice Arbitration: Time for a Model Act 33. Rutgers 454 458-459 (1981). Partye ondervind soms probleme in die afdwinging van hulle arbitrasie-ooreenkomste in hierdie geval.

²²² *Madden v Kaiser Foundation Hospitals* 552 P 2d 1178 1180 (Cal 1976); *Beynon v Garden Grove Medical Group* 100 Cal App 3d 698 705 161 Cal Rptr 146 149 (1980).

²²³ Of gesondheidsorgverskaffer.

²²⁴ "Contract of adhesion".

²²⁵ Michigan het byvoorbeeld wetgewing uitgevaardig ingevolge waarvan alle hospitale 'n arbitrasieklousule in hulle toelatingsdokumentasie moet vervat. Die arbitrasieklousule kan deur die pasiënt aanvaar of verwerp word.

²²⁶ § 1-25 UAA 4 (1985). Die wet is van toepassing op alle arbitrasieklousules in privaat ooreenkomste. In die volgende state word spesifieke wetgewing aangetref wat arbitrasieklousules (in mediese dienskontrakte vervat) reguleer. Michigan *Malpractice Arbitration Act* Mich Comp Laws Ann § 600.500 1 (West Supp 1982) PR Law Amn tit 26 § 4019 (Supp 1989); California Cal Civ Proc Code § 1295 (1981). Alabama Ala Code § 6-5-485 (1977); Alaska Stat § 09.55.535 (Supp 1981); Ga Code Ann § 7-402 (Supp 1982); Ill Rev Stat ch 10 § 201 (1982); Louisiana La Rev Stat Ann § 9:4230 (1982); Me Rev Stat Ann tit 24 § 2701 (Supp 1982); Ohio Rev Code Ann § 2711.21 (1981); SD Codified Laws Ann § 21-25B-1 (1979); Vermont Vt Stat

(d) Evaluasie van arbitrasie

Diegene²²⁷ wat gekant is teen arbitrasie as 'n geskilbeslegtingsmeganisme voer aan dat dit moontlik kwelsugtige en ongefundeerde of bekookte eise kan aanmoedig, en kan dalk ook lei tot meer kompromieë in plaas van oorwoë beslissings oor eisoursake. Dit word ook aangevoer dat private arbitrasieverrigtinge daartoe kan lei dat die regtens verwytbare optrede van 'n bepaalde party verbloem word en laasgenoemde derhalwe die sanksie van openbare oordeel ontkom.²²⁸

Dat arbitrasieklausules in mediese dienskontrakte egter ook baie meriete het, is eweneens waar en kan soos volg saamgevat word:

Die voorbereiding en voer van arbitrasie is minder tydrowend en goedkoper as gevolg van 'n meer informele en eenvoudiger proses as die tradisionele hofproses. In sommige gevalle is adversatiewe arbitrasie meer geskik as litigasie aangesien geen formele prosedure aangetref word nie en die tradisionele reëls rakende getuienis en blootlegging nie voorskriftelik is nie, maar wel aangewend mag word indien dit aldus verkies word. Vanweë die feit dat partye op 'n informele en normaalweg eenvoudige prosedure ooreenkom, dat partye hulle eie verteenwoordiging in die arbitrasieverrigtinge waarneem, dat dit onnodig is om deskundige getuies te laat getuig en dat arbitrasietoekennings nie onderworpe is aan appèl nie, word die arbitrasieverrigtinge vinniger en goedkoper afgehandel as hofverrigtinge.²²⁹ Hofverrigtinge duur oor etlike jare teen astronomiese kostes. Vertragingstaktiek in hofverrigtinge het onder andere oorvol hofrolle tot gevolg. Arbitrasieverrigtinge neem gewoonlik twee

Ann tit 12 § 7002 (Supp 1982); Va Code Ann § 8.01-581.1 (1977 & Supp 1982); PR Laws Ann tit 26 § 4110 (Supp 1980).

²²⁷ Murphy 1987 *Medical Trial Technique Quarterly* 411.

²²⁸ Die hof is verteenwoordigend van die gemeenskap se regsgevoel – iets wat kan ontbreek in arbitrasieverrigtinge. Crous AJ *ADR: A "prescription" for the welfare of health care consumers with specific reference to voluntary contractual arbitration* Referaat gelewer by The Twentieth World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy 19-23 Junie 2001 Vrije Universiteit Amsterdam 2.

²²⁹ A 28 *Wet op Arbitrasie* 42 van 1965 maak egter voorsiening dat appèl wel vervat kan word in 'n arbitrasie-ooreenkoms hoewel dit myns insiens die doel en wese van arbitrasie ondermyn.

tot drie maande in beslag indien die verrigtinge volgens die Reëls vir die Hou van Arbitrasies²³⁰ soos uitgevaardig deur die Vereniging van Arbiters gehou word. Arbitrasieprosedure word deur die partye bepaal om die spesifieke geskil te pas en informele verrigtinge werk die instandhouding en kontinuering van verhoudinge tussen disputante in die hand. Word arbitrasieverrigtinge ooreenkomstig hofreëls gevoer, word nadele opnuut weer geskep.²³¹

Die arbitrasie-ooreenkoms moet die arbiter met voldoende bevoegdheid bemag om die arbiter in staat te stel om die arbitrasie so spoedig dog volledig as moontlik af te handel. By verdragings in arbitrasieverrigtinge word eerder 'n vraagteken oor die arbiter se vermoëns as oor die proses opsigself geplaas.²³²

Arbitrasie as proses is meer buigsaam en vereis vrywillige deelname deur die partye. Partye kan hulle konsensus om te arbitreer in 'n arbitrasieklousule as deel van 'n gewone kontrak van enige aard vervat of 'n arbitrasie-ooreenkoms aangaan. By wyse van ooreenkoms kan partye 'n bestaande of toekomstige geskil onderwerp aan arbitrasie. Partye moet dit egter eens wees oor 'n identifiseerbare of geïdentifiseerde geskil wat vir arbitrasie verwys kan word. Die *Arbitrasiewet*²³³ is op alle skriftelike arbitrasiekontrakte van toepassing. 'n Arbitrasie-ooreenkoms hoef nie op skrif gestel te wees om bindend te wees nie en op so 'n ooreenkoms is die gemenerereg van toepassing. 'n Arbitrasie-ooreenkoms behoort egter myns insiens op skrif gestel te word ten einde enige onduidelikhede oor die bestaan en/of inhoud van die arbitrasie-ooreenkoms te voorkom. Dit is juis dié konsensuele basis wat die arbitrasie-proses 'n buigsame geskilbeslegtingsprosedure maak. Arbitrasie is vrywillig in die inisiëringsfase. Hoewel dit partye vrystaan om te arbitreer of nie, moet partye wel met die arbitrasie aangaan sodra die arbitrasie-ooreenkoms gesluit

²³⁰ *Rules for the Conduct of Arbitrations.*

²³¹ Pretorius *Dispute Resolution* 97 98 105 178-180; Butler en Finsen *Arbitration in South African Law and Practice* 22-23; Trollip *Alternative Dispute Resolution* 22.

²³² Butler en Finsen *Arbitration in South Africa: Law and Practice* 21.

²³³ 42 van 1965.

is.²³⁴ Hoewel die partye gebonde is aan die toekenning (beslissing) deur die arbiter en geen kontrole oor die uitslag van arbitrasieverrigtinge het nie, het partye die sekerheid dat die geskil aan die einde van die arbitrasieverrigtinge wel opgelos sal wees: "The parties trade control over the outcome of their dispute for certainty that the dispute will definitely be resolved, one way or the other."²³⁵

Die disputante wys die arbiter aan, bepaal die geskilpunte, dui die prosedure aan waarvolgens die arbitrasie gedoen moet word, wys die remedies aan wat aangewend kan word en bepaal ook die forum, datum, tyd en duur van arbitrasie, sonder om afhanklik en gebonde te wees aan 'n hoflokaal en hoftyd onderskeidelik.

'n Arbiter word deur die partye aangewys op sterkte van sy kundigheid oor die onderwerp waaroor die geskil gaan. Partye wys self die arbiter aan of wys 'n prosedure aan waarvolgens die aanstelling van 'n arbiter moet geskied. Indien 'n arbiter nie aangewys word deur die partye nie, sal die Hooggeregshof op aansoek dit doen.²³⁶ Voorsittende beamptes in geregshowe het nie altyd die kundigheid en spesialiskennis oor 'n spesifieke onderwerp waaroor 'n arbiter beskik nie en gevolglik moet van deskundige getuies se dienste gebruik gemaak word om die voorsittende beampte behulpsaam te wees in die evaluering van tegniese feite, 'n stap wat baie tydrowend en duur is. Die disputante dui ook die bevoegdhede van die arbiter aan, welke bevoegdhede genoegsaam moet wees om aan die behoefte van die arbitrasieverrigtinge te voldoen.²³⁷ 'n Kundige arbiter ten opsigte van die onderwerp waaroor die geskil gaan, se toekenning is gewoonlik net meer aanvaarbaar vir die disputante. 'n Arbiter wat oor kennis en praktiese ervaring van die arbitrasieproses, die reg en tegniese aspekte van 'n spesifieke onderwerp beskik, is

²³⁴ Trolip *Alternative Dispute Resolution* 21; Butler en Finsen *Arbitration in South Africa* 38; LAWSA Vol 1 par 454; Pretorius *Dispute Resolution* 94 100; Lötter en Mosime *Arbitration at Work* 9; *Cone Textile (Pvt) Ltd v Ayres* 1980 4 SA 728 (ZA) 732E-F.

²³⁵ Pretorius *Dispute Resolution* 114.

²³⁶ A 12 *Wet op Arbitrasie* 42 van 1965; Pretorius *Dispute Resolution* 104.

²³⁷ Pretorius *Dispute Resolution* 103-104 193-194.

van kardinale belang vir die suksesvolle afhandeling van arbitrasieverrigtinge.²³⁸ Tensy die hele geskil feitelik van aard is behoort 'n regsgekwalfiseerde arbiter 'n arbitrasie te doen. Hoewel in die verlede dit al uitgewys is dat die arbiter nie sommer "die hand byt wat hom voed" nie en verder "die baba in twee sal deel" as om teen 'n disputant ten koste van 'n ander disputant te beslis, word onbekwame en ook bevooroordeelde arbiters aan die kaak gestel in die arbitrasieveld en deur disputante vermy. In dié proses word uitnemendheid in arbiter-geledere gekweek en het die disputante gemoedsrus dat 'n kundige hulle geskil sal aanhoor en beslis.²³⁹

Die disputante en arbiter bepaal die arbitrasieprosedure by wyse van arbitrasie-ooreenkomste wat arbitrasie 'n hoogs buigsame en gerieflike proses maak. Datum, tyd en plek van arbitrasieverrigtinge kan gerieflikheidsalwe gereël word sonder om afhanklik en gebonde te wees aan 'n hoflokaal en hoftyd. Disputante kan self hulle eie saak voer aangesien die prosedure in die afwesigheid van tegniese argumente rakende jurisdiksie, *locus standi* en nie-voldoening aan prosedurele reëls eenvoudig is.

Waar dit dwaas sou wees om in 'n geregshof sonder regsverteenvoordiging op te daag, kan disputante in arbitrasieverrigtinge hulleself verteenwoordig of van para-regseleerdes of kundiges op die spesifieke terrein waaroor die dispuut gaan, gebruik maak. 'n Party het die reg op regsverteenvoordiging tensy dit uitdruklik uitgesluit is by wyse van ooreenkoms.²⁴⁰ Die kwessie van regsverteenvoordiging kan 'n netelige een wees. Aan die een kant word aanvoer dat die doel en wese van arbitrasie as 'n alternatiewe geskilbeslegtingsmetode in die wiele gery word deur 'n uitgerekte en komplekse hofprosedure toe te laat - as't ware 'n geskrewe weergawe van hofverrigtinge onder 'n skuilnaam. Aan die ander kant word betoog dat 'n saak behoorlik voor 'n

²³⁸ Butler en Finsen *Arbitration in South Africa: Law and Practice* 20; Finsen 1988 *De Rebus* 636-638; Pretorius *Dispute Resolution* 96; Gorley 1988 *De Rebus* 339-344.

²³⁹ Pretorius *Dispute Resolution* 96 178-179 189.

²⁴⁰ *Ibhayi City Council v Yantolo* 1991 3 SA 655 (OK) 673E-G.

forum geplaas moet word, behoorlik aangebied in die vorm van getuienis en argument deur kundiges ten einde juis die doel en wese van arbitrasieverrigtinge te dien en ten einde 'n korrekte, regverdigte beslissing in 'n ordelike atmosfeer te bekom. Myns insiens lê die aangewese oplossing in die volgende opmerking: "It is the right of a party to present his case in whatever manner he wishes, and he should be free to engage whatever assistance he believes may be necessary to site the best possible chance of succeeding."²⁴¹

Partye wil eerder 'n skikking bereik as om 'n duidelike uitspraak gebaseer op feite en regsbeginsels te kry. Arbitrasie fasiliteer die handhawing van verhoudings tussen die partye. Die uitslag word gegrond op regsbeginsels, beleid en regverdigheid, dit is afdwingbaar en voldoening aan die beslissing vind grotendeels plaas. Arbitrasiebeslissings mag hersien word maar is nie appelleerbaar nie.²⁴² Die proses vind in 'n private forum plaas wat daarop ingestel is om private en sensitiewe aangeleenthede met die nodige konfidensialiteit en privaatheid te hanteer.²⁴³

(e) Die houding van die Amerikaanse howe

Die mediese wanpraktyksdilemma in die sewentigs in Amerika, het 'n groot impak op die medici, gesondheidsorgverskaffers, die publiek, regslui, die ver-sekeringswese en die wetgewer gehad.²⁴⁴ Elkeen van hierdie geledinge het op 'n bepaalde wyse daarop gereageer. Medici en gesondheidsorgverskaf-

²⁴¹ Butler en Finsen *Arbitration in South Africa: Law and Practice* 178-179.

²⁴² Die voordeel van finaliteit is 'n kenmerk van vrywillige bindende arbitrasie. Partye kan wel ooreenkom om die "geen reg op appèl" te kwalifiseer by wyse van ooreenkoms deur wel appèl toe te laat na 'n enkele arbiter of paneel van arbiters. Appèl na die howe is egter uitgesluit. Hoewel 'n party se reg om 'n beslissing te betwis aan bande gelê word, is die voordele van vinniger en goedkoper afhandeling nie te versmaai nie. Pretorius *Dispute Resolution* 95; *Benjamin v Sobac South African Building and Construction (Pty) Ltd* 1989 4 SA 940 (K); *Bester v Easigas (Pty) Ltd* 1993 1 SA 30 (K); *Hyperchemicals International (Pty) Ltd v Maybaker Agrichem (Pty) Ltd* 1992 1 SA 89 (W).

²⁴³ Arbitrasieverrigtinge in privaat en konfidensieel in teenstelling met hofverrigtinge wat in 'n ope hof plaasvind en toeganklik vir die publiek en pers is.

²⁴⁴ Danzon 1986 *Law and Contemporary Problems* 57-58; Terry 1986 *St Louis University Law Journal* 575-577; *Gross v James A Recabaren MD Inc* 253 Cal Rptr 3d 820 (Cal Ct App 1988).

fers het byvoorbeeld defensiewe²⁴⁵ mediese behandeling en sorg begin toepas, die regslui het veranderinge in hulle verdedigingstrategieë begin inbou²⁴⁶ en versekeringsmaatskappye het óf geweier om mediese wanpraktykversekering te aanvaar óf het dit wel nog onderneem maar teen verhoogde tariewe.²⁴⁷ Meeste state het wetgewing²⁴⁸ die lig laat sien in 'n poging om dié dilemma te probeer ondervang. Vir die pasiënt is en bly dit 'n groot finansiële risiko om die geneesheer te dagvaar.²⁴⁹

In 1973 het die sekretaris van die DHEW²⁵⁰ in 'n verslag arbitrasie as 'n geskikte geskilbeslegtingsmetode aanbeveel²⁵¹ en selfs in sommige howe²⁵² is arbitrasie uitgewys as 'n gewilde metode van geskilbeslegting, gepas vir die oplos van mediese wanpraktyksgeskille. Teen 1992 was daar reeds dertien

²⁴⁵ Duur en intensiewe toetse wat voorheen deur medici vermy is ter wille van die pasiënt se finansiële posisie ondermeer, word nou veiligheidshalwe en ter voorkoming van mediese wanpraktykseise laat doen. Havighurst 1986 *Law and Contemporary Problems* 143.

²⁴⁶ Pegalis en Wachman 1981 *American Law of Medical Malpractice* 1-64. Daar word gepoog om nuwe teorieë rakende aanspreeklikheid (sorgsaamheidsplig) en verweer (ingeligte keuse) te ontwikkel.

²⁴⁷ Aanvanklik was daar nie genoegsame professionele versekering beskikbaar nie en hoewel daar tans wel versekering is, is dit onbekostigbaar. Pasiënte sal ondervind dat hoë versekeringskoste vir die medici aan die pasiënt se sak sal raak. Murphy 1987 *Medical Trial Technique Quarterly* 409-410; Starr 1989 *Texas Technical Law Review* 803-804.

²⁴⁸ Sien hierna die bespreking van die onderskeie wetgewing rakende arbitrasie van mediese wanpraktyksgeskille en die hervorming van deliktuele wetgewing. Sien in die algemeen Saunders 1986 *Harvard Journal on Legislation* 267-268. Sien bv die Missouri wetgewers se pogings Mo Rev Stat § 538.225 (Supp 1991); Mo Rev Stat § 538.230 (Supp 1991); Mo Rev Stat § 538.220(2) (Supp 1991); Mo Rev Stat § 538.225 (Supp 1991) – die sorgsaamheidsplig, die graad van sorg wat aan die dag gelê moet word deur medici is hiermee verlaag; Mo Rev Stat § 538.225(4) (Supp 1991) – prosedurele veranderinge is hierin te weeg gebring.

²⁴⁹ Die pasiënt ondervind ook probleme om 'n geskikte mediese deskundige getuie te kry om vir hom/haar te getuig, soos voorheen bespreek die sogenaamde "conspiracy of silence" of "silent medical treatment" – Bell 1956 *Villanova Law Review* 250 251 254; Smookler 1972 *The Medical Post* 27.

²⁵⁰ Department of Health Education and Welfare.

²⁵¹ DHEW PUB No (OS) 73-89 (1973).

²⁵² *Madden v Kaiser Foundation Hospitals* 552 P 2d 1178 1180 (Cal 1976); *Benyon v Garden Grove Medical Group* 100 Cal App 3d 698 708 161 Cal Rptr 146 149 (1980): "There is a strong public policy in this state favoring arbitration as a means of resolving disputes, including disputes over medical malpractice claims because it is expeditious, inexpensive, and relieves overburdened courts".

state wat spesifiek voorsiening gemaak het vir vrywillige arbitrasie.²⁵³ Dit was te verwagte dat meer state ontvanklik sou wees vir spesifieke wetgewing in dié verband, maar vanweë die diep gewortelde verbintenis wat Amerikaners met die Amerikaanse howe het, word die hof en nie die arbitrasieforum as "slagveld" geag.²⁵⁴

Tesame met die hervormingsreaksie van die onderskeie wetgewers, het ook medici en gesondheidsorgverskaffers begin om deel te neem aan die delikshervorming en private ooreenkomste vir die verskaffing van mediese dienste met pasiënte gesluit. Hierdie tipe kontrakte sluit dan gewoonlik 'n bindende arbitrasieklousule in.²⁵⁵ Vrywillige bindende arbitrasie is vrywillig in dié sin dat partye die keuse het om 'n geskil te laat arbitreer en dit is bindend deurdat die arbitersbeslissing finaal is.

Die regsverhouding wat bestaan tussen die geneesheer of mediese sorgvoorsiener en die pasiënt is gegrond op 'n kombinasie van kontrakte- en delikteregeëls. 'n Nadeel veroorsaak deur mediese wanpraktyke, ongeag of dit gebaseer is op 'n delik of 'n kontrak, kan tot gevolg hê dat 'n geregshof 'n skadevergoedingseis kan toestaan aan 'n benadeelde party:

We have been mistaken all along in looking at the problem of personal injury in malpractice cases as though it were a problem of tort law. Instead, we should both permit and encourage private agreements between physicians, hospitals, and patients to set the terms on which medical services are rendered.²⁵⁶

²⁵³ Alabama, Alaska, Kalifornië, Georgia, Illinois, Louisiana, Maine, Michigan, Noord Dakota, Ohio, Suid Dakota, Vermont en Virginia. Norrell 1992 *Medical Trial Technique Quarterly* 318. Vrywillige arbitrasie ooreenkomste kan afdwingbaar wees vir al 50 Amerikaanse state aangesien die algemene arbitrasiewetgewing of die gemene reg van toepassing op dié ooreenkomste sal wees. 32 state asook die District of Columbia het die *Uniform Arbitration Act* aangeneem.

²⁵⁴ Norrell 1992 *Medical Trial Technique Quarterly* 319.

²⁵⁵ Die aangaan van so 'n arbitrasieklousule deur beide partye is vrywillig van aard. In Michigan moet alle hospitale so 'n arbitrasieklousule in die opname-dokument vervat, 'n klousule wat 'n pasiënt kan aanvaar of weier. Mich Comp Laws Ann § 600.5040-5065 (West Supp 1987).

²⁵⁶ Dulen 1992 *Journal of Dispute Resolution* 329.

Die howe het arbitrasieklausules in mediese dienskontrakte tot dusver nie eenvormig²⁵⁷ hanteer nie aangesien daar 'n teenstrydigheid bestaan tussen die aanvaarding van arbitrasie in geval van kontrakte enersyds en die siening andersyds dat die deliktereg aangewend moet word om geneeshere en mediese dienstevoorsieners se optrede, ooreenkomstig die gemeenskapsopvatting²⁵⁸ te reguleer.

Oor die algemeen vind die hofprosedure in 'n pre-arbitrasiestadium plaas in gevalle waar die hof uitspraak moet gee rakende die geldigheid van 'n kontrak as geheel of rakende die geldigheid van 'n arbitrasieklausule,²⁵⁹ sowel as in 'n post-arbitrasiestadium waar die hof die arbitrasie-uitslag hersien.²⁶⁰ Daar word ook onderskei tussen 'n na-eis ooreenkoms waar partye ooreenkom om te arbitreer na die ontdekking van 'n eis en 'n voor-eis ooreenkoms waar gesondheidsorgverskaffers met die pasiënt 'n arbitrasie-ooreenkoms voor behandeling aangaan.²⁶¹

Alhoewel arbitrasie veral toepaslik is in die beoordeling van privaatregtelike regsverhoudinge – veral daardie kontraktuele regte tussen partye *inter partes* – skep die gebruik van arbitrasieklausules in mediese diensleweringkontrakte 'n nuwe regsituasie wat die howe moet hanteer. Die howe se antwoorde hierop is nie in ooreenstemming met beslissings rakende arbitrasieklausules in arbeids- en kommersiële kontrakte nie.²⁶²

²⁵⁷ Nie in ooreenstemming met die goedgevestigde presedent van toepassing op arbeids- of kommersiële kontrakte nie.

²⁵⁸ Dulen 1992 *Journal of Dispute Resolution* 329.

²⁵⁹ Dulen 1992 *Journal of Dispute Resolution* 329.

²⁶⁰ Die hof maak 'n beslissing ten opsigte van die vraag of die dispuut deur arbitrasie opgelos moet word.

²⁶¹ PR Laws Ann tit 26 § 4110 (Supp 1980); Ala Code § 6-5-485 (a) (1975); Ga Code Ann § 7-403 (Supp 1982); Vt Stat Ann tit 12 § 7002 (a) (Supp 1982); Alaska Stat § 09.55.535 (a) (Supp 1982); Cal Civ Proc Code § 1295 (a) (1981); Ill Rev Stat ch 10 203 (1981); La Rev Stat Ann § 9:4231 (1982); Me Stat Ann tit 24 § 2702 (Supp 1982); Mich Comp Laws Ann § 600.5041 (West Supp 1982); Ohio Rev Code Ann § 2711.22 (1981); SD Codified Laws Ann § 21-25B-1 (1979); Va Code Ann § 8.01-581.12 (A) (1977 § Supp 1982).

²⁶² Dulen 1992 *Journal of Dispute Resolution* 329.

Kontrakteervryheid is 'n groot dryfveer agter die aanvaarding van arbitrasie-kontrakte.²⁶³ Een van die menings is dat 'n persoon die vryheid het om kontraktueel afstand te doen van sy deliktuele regte in ruil vir mediese dienste:

[I]ndividuals are the best judges of their preferences for risks and outcomes.²⁶⁴

Ongelukkig is dit nie so eenvoudig nie en afgesien van 'n individuele keuse is daar ander faktore²⁶⁵ wat in oorweging geneem moet word en waarvan sommige die toepassing van arbitrasie in die mediese sorg-sektor verhinder.

Soms gebeur dit dat kontraktereg die fokus van die hofaktiwiteite word in plaas van die deliktereg en in plaas daarvan om te fokus op die sorgsaamheidsplig,²⁶⁶ nalatigheid in die vorm van wanpraktyk en kompensasie vir die besering, word die saak gebaseer op die kontraktuele verhouding tussen die partye en die dispuut draai dan uiteindelik om bewerings van nie-nakoming aan die kontraktuele bepalings, met ander woorde dit word 'n eis vir kontrakbreuk.

Howe is egter onwillig om 'n kontrak tussen die geneesheer en pasiënt af te dwing wat 'n uitsluitingsklousule met betrekking tot aanspreeklikheid vir enige wanpraktyk bevat.²⁶⁷ So 'n kontrak skuif alle risiko's oor op die pasiënt en is as sodanig teenstrydig met die openbare beleid. Die howe beskou sulke kontrakte dan as ongeldig en weier om dit af te dwing. In ooreenstemming met die openbare beleid het 'n geneesheer 'n sorgsaamheidsplig teenoor sy

²⁶³ Norrell 1992 *Medical Trial Techniques Quarterly* 321; Epstein 1978 *American Enterprise Institute* 255; Danzon *Medical Malpractice: Theory, Evidence and Public Policy* 210.

²⁶⁴ Norrell 1992 *Medical Trial Techniques Quarterly* 321. Individue is in 'n beter posisie om hulself te beoordeel as wat wetgewers en prokureurs is.

²⁶⁵ Geregtelike, ekonomiese en wetgewende faktore.

²⁶⁶ Die gemeenskap stel sekere verpligtinge vir die dokter-pasiënt-verhouding.

²⁶⁷ *Emory University v Porubiansky* 282 SE 2d 903 (Ga 1981).

pasiënt, wat 'n integrale deel van hulle verhouding is ondanks enige onderlinge private ooreenkoms tot die teendeel.²⁶⁸

Die Georgia *Supreme Court* het geweier om so 'n uitsluitingsklousule af te dwing wat die aanspreeklikheid van die verskaffer van mediese dienste/sorg uitskakel.²⁶⁹ Die hof is van mening dat kontrakte nie toepaslike maatreëls kan daarstel om deliktuele aanspreeklikheid uit te skakel nie. Die hof het verder beslis dat die afdwinging van 'n skulduitsluitingsklousule *contra bonos mores* is aangesien die staat 'n plig op alle professionele persone en veral op mediese praktisyns plaas om binne sekere standaarde op te tree.²⁷⁰

By die implementering van 'n arbitrasieklousule moet in ag geneem word dat 'n verandering nie noodwendig 'n risikoverskuiwing daarstel nie, maar alleen 'n verandering in forum²⁷¹ vir die oplos van 'n potensiële geskil daarstel. Prokureurs het gewoon geraak aan die tradisionele siening dat mediese sorg gefundeer is in dienslewingskontrakte, maar dat die sorgsaamheidsplig 'n norm van die deliktereg is. Myns insiens behoort 'n hof nie probleme te hê om arbitrasie in 'n geval van mediese wanpraktyk te sanksioneer nie, omdat die kontrak as sodanig dit so reël en arbitrasieklousules ook op ander terreine, soos die arbeids- en kommersiële reg, 'n algemene en gevestigde verskynsel geword het.

Argumente wat ten gunste van die beperking of ongeldigverklaring van arbitrasie-ooreenkomste vervat in mediese wanpraktykseise is, is die volgende:²⁷²

²⁶⁸ Crous AJ *ADR: A "prescription" for the welfare of health care consumers with specific reference to voluntary contractual arbitration* Referaat gelewer by The Twentieth World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy 19-23 Junie 2001 Vrije Universiteit Amsterdam 2.

²⁶⁹ 'n Tandartskliniek was gedagvaar nadat 'n vrou 'n gebreekte kakebeen opgedoen het tydens 'n mediese behandeling aan haar tand. *Emory University v Porubiansky* 282 SE 2d 903 (Ga 1981).

²⁷⁰ *Emory University v Porubiansky* 282 SE 2d 905 (Ga 1981).

²⁷¹ *Doyle v Giuliani* 62 Cal 2d 606 43 Cal Rptr 697 401 P 2d 1 (1965).

²⁷² Howe baseer hulle bevindings op die volgende:

- Konstitusionaliteit;
- leemtes in statutêre vereistes vir arbitrasie-ooreenkomste;

(i) Prokureurs is regsverteenwoordigers

Prokureurs is professioneel-opgeleide regsverteenwoordigers, bekwaam in die kuns van redevoering: hulle voer die tradisionele retoriese stryd van die regsdeskundige as pleitbesorger. Sommige prokureurs is nie baie gemaklik met die arbitrasieproses nie omdat hulle meer tuis voel in die hof as formele litigasieforum en hulle beleef dikwels ook 'n beklemming oor die finaliteit van die arbitrasieproses.²⁷³

(ii) Prokureurs is minder altruïsties

Prokureurs kan bloot op grond van finansiële oorwegings ongeneë wees om 'n mediese wanpraktykseis te arbitreer. Arbitrasie as ADR metode is vinniger en goedkoper wat beteken dat die hoër fooie wat 'n prokureur uit litigasie sou kon verdien ontbeer word. Indien prokureurs op gebeurlikheidsfooibasis²⁷⁴ sou werk, mag minder verdien word aangesien arbitrasietoekennings oor die algemeen laer is as toekennings in litigasie.²⁷⁵

(iii) "Moral hazard"²⁷⁶

Uit die oogpunt van die verskaffers van gesondheidsorg en -dienste beteken arbitrasie besparings, veral wat die prosessering van eise betref. Gesien vanuit die pasiënt se oogpunt is dit niks anders nie as 'n "moral hazard", aangesien die pasiënt nie besef dat daar beperkte aanmoediging is om sy deliktuele regte prys te gee en vrywillig toe te stem tot arbitrasie – dit is 'n sisteem van "splitting the baby".

-
- kontraktuele uitdagings;
 - die ooreenkoms is ongeregverdigbaar ('n ongelykheid tussen die partye se bedingingsmag en die resultaat bevoordeel die sterker party of die kontraktuele terme is strydig met die openbare beleid); en
 - die dispuut is buite die omvang van die ooreenkoms.
- Dulen 1992 *Journal of Dispute Resolution* 331.

²⁷³ Norrell 1992 *Medical Trial Techniques Quarterly* 322.

²⁷⁴ *Contingency basis*.

²⁷⁵ Norrell 1992 *Medical Trial Techniques Quarterly* 322. Prokureurs moet nie afgeskrik word van arbitrasie aangesien dit steeds 'n goeie en betaamlike bron van inkomste daarstel.

²⁷⁶ Norrell 1992 *Medical Trial Techniques Quarterly* 322. Arbitrasie mag miskien nie 'n groot bedrag spaar in terme van die totale verlies in die eis nie maar sal spaar op prosessuele onkoste.

- (iv) Ongelykhede tussen die pasiënt en die geneesheer of gesondheidsorgverskaffer²⁷⁷

'n Mediese diensooreenkoms wat 'n arbitrasieklousule bevat word gewoonlik gesluit voor die ontstaan van enige mediese wanpraktykseis en op die tydstip waarop 'n pasiënt die mediese behandeling benodig.²⁷⁸ Die geneesheer of gesondheidsorgverskaffer is dus in 'n soort magsposisie en die pasiënt, as "verleë" party, bevind hom in 'n relatief ondergeskikte en afhanklike posisie. 'n Pasiënt se begripsvermoë en oordeel ten opsigte van die meriete van 'n gesondheidsorgooreenkoms met 'n arbitrasieklousule, sal noodwendig beïnvloed word deur sy fisiese toestand en sy afhanklikheid van die geneesheer of gesondheidsorgverskaffer se dienste. Die pasiënt mag onkundig of oningelig wees of nie geneë om ondersoek in te stel na die gesondheidsorgdiens wat die beste of bloot 'n beter opsie bied nie en is dan verplig om 'n ooreenkoms te teken op die basis van "vat dit of los dit".²⁷⁹ Mediese dienslewingskontrakte word met suspisie bejeën aangesien daar nie sprake is van gelyke bedingingsposisies nie.

[T]here can be no meeting of the minds ... which would be sufficient to create an enforceable contract.²⁸⁰

Geen geleentheid bestaan om oor die terme van die kontrak te onderhandel nie. Kritici beskou die "vat dit of los dit"-kontrak as 'n vereiste vir die ontvangs van mediese behandeling en word dit nie onderteken nie, word geen mediese behandeling verskaf nie. Weens die ongelykheid in onderhandelingsmag tussen die partye en die feit dat die resultaat die sterker party sal begunstig,

²⁷⁷ Norrell 1992 *Medical Trial Techniques Quarterly* 322; Murphy 1987 *Medical Trial Techniques Quarterly* 411-412.

²⁷⁸ Dws voor die toestand of behandeling wat aanleiding gee tot die eis.

²⁷⁹ *Ramirez v Superior Court Santa Clara County* 163 Cal Rptr 223 (Ct App 1980); *Obstetrics and Gynaecologist v Pepper* 693 P 2d 1259 1260 (Nev 1985); Norrell 1992 *Medical Trial Techniques Quarterly* 324.

²⁸⁰ Murphy 1987 *Medical Trial Techniques Quarterly* 416; Dulen 1992 *Journal of Dispute Resolution* 416.

is so 'n kontrak allenweë as ongeregverdigbaar²⁸¹ en as een van adhesie beskou.

In 1965 is die toonaangewende saak *Doyle v Giullucci*²⁸² in die Kalifornië *Supreme Court* beslis. 'n Kontrak om 'n mediese wanpraktyk te arbitreer is geldig en afdwingbaar bevind en is nie ongeldig verklaar op grond van die beginsel van adhesie nie.²⁸³ Die arbitrasie was slegs 'n redelike beperking, dit het nie substantiewe veranderinge teweeggebring nie, maar het slegs 'n forum vir dispuutoplossing gespesifiseer en dit was 'n prosedurele eerder as 'n substantiewe wysiging.²⁸⁴

Die algemene neiging in Kalifornië tot dusver was om die afdwingbaarheid van mediese wanpraktykarbitrasie-ooreenkomste te handhaaf. Die howe in Kalifornië het gekonsentreer op die voorwaardes²⁸⁵ in terme waarvan sulke gesondheidsorg-ooreenkomste met arbitrasieklousules gesluit is.

²⁸¹ Dulen 1992 *Journal of Dispute Resolution* 335. 'n Kontrak is ongeregverdigbaar *inter alia* indien die terme daarvan teenstrydig is met die openbare beleid.

²⁸² 62 Cal 2d 606 43 Cal Rptr 697 401 P 2d 1 (1965). Die geldigheid van 'n kontraktuele arbitrasieklousule tussen 'n mediese groep en 'n ouer namens sy kind wat nalatig behandel was deur 'n groep geneeshere, was gehandhaaf. Sien ook *Madden v Kaiser Foundation Hospitals* 17 Cal 3d 699 131 Cal Rptr 882 552 P 2d 1178 1186-1187 (1976). 'n Arbitrasie-ooreenkoms tussen die *State Employees Retirement System* en 'n gesondheidsorginstansie is geldig. Die eieseres het die *State Employees Retirement System* se bevoegdheid betwyfel om haar tot arbitrasie te bind. Eiseres het aangevoer dat dié ooreenkoms neerkom op 'n adhesiekontrak en dat die werker se redelike verwagting dat 'n jurie 'n wanpraktykseis sal beslis, aldus versteur word. Die hof het beslis dat beide partye oor gelyke onderhandelingsmag beskik en verwerp die adhesiekontrak argument. Die pasiënt kon 'n keuse uitoefen oor 'n verskeidenheid mediese skemas, waarvan sommige nie 'n arbitrasie-opsie bevat het nie. Hierdie was die eerste hofbeslissing na die inwerkingtreding van die Kaliforniese mediese wanpraktyk-arbitrasiewetgewing.

²⁸³ "Under the doctrine of adhesion a contract may be invalidated where one party, in an inferior bargaining position, is forced to sign a contract to forego an urgently needed service from one who is in a superior bargaining position. Since the provision was a part of the total health insurance package negotiated in advance, the problem of adhesion was obviated." *Obstetrics and Gynaecologist v Pepper* 639 P 2d 1259 1261 (Nev 1985) - meeste state volg die voorbeeld van die Nevada *Supreme Court* na. 'n Kontrak van adhesie is nie noodwendig ongeldig of onafdwingbaar nie. Dit mag ongeregverdigbaar bevind word of die howe mag die terme buite die redelike verwagtinge van 'n gewone persoon bevind of dat dit oormatig onderdrukkend is.

²⁸⁴ *Doyle v Giullucci* 62 Cal 2d 606 43 Cal Rptr 697 401 P 2d 2-3 (1965).

²⁸⁵ 'n Arbitrasie-ooreenkoms sal nie afgedwing word as dit duidelik is dat 'n party nie bewus was van die arbitrasie-ooreenkoms of die effek van so 'n ooreenkoms nie.

In *Wheeler v St Joseph Hospital*²⁸⁶ het die Kaliforniese hof beslis dat 'n arbitrasievorm wat vereis het dat 'n pasiënt 'n paragraaf getitel "arbitrasie opsie" ná opname moet parafeer, nietig en gevolglik onafdwingbaar is.²⁸⁷ Weens die hospitaal se versuim om die arbitrasie-opsie aan die pasiënt te verduidelik, is bevind dat die arbitrasieklousule nie binne die redelike verwagtinge van die voornemende hospitaalpatiënt geval het nie:

Where a contract is adhesive, courts will not enforce a provision which limits the liabilities and duties of the stronger party unless such provisions are clear and conspicuous and will not operate to defeat the reasonable expectations of the weaker party.²⁸⁸

Die Kalifornië *Court of Appeal* het in *Ramirez v Superior Court Santa Clara County*²⁸⁹ 'n saak terugverwys na die verhoorhof aangesien die verhoorhof nie behoorlik gehandel het nie met die feitlike vraag van dwang en met die vraag of Ramirez die kontrak verstaan of redelikerwys moes verstaan het.²⁹⁰ Die hoofkwessie was of die pasiënt gedwing gevoel het om die ooreenkoms te onderteken ten einde behandeling te kan ondergaan of nie.

In Michigan dien die volgende hofbeslissings as voorbeelde van gevalle waar ooreenkomste wel afdwinging is:

In *Harris v Metriyakool*²⁹¹ het die Michigan *Supreme Court* die eenparige

Indien 'n party, veral die een in die beter onderhandelingsposisie buite sy mag optree ten einde die ander party te bind, sal afdwinging ook verbied word.

²⁸⁶ 63 Cal App 3d 3435 133 Cal Rptr 775 (1976).

²⁸⁷ 'n Adhesiekontrak. In hierdie geval was die kontrak van adhesie ongeldig. *Benyon* 161 Cal Rptr 149 (1980) – "Where a contract is adhesive, courts will not enforce a provision which limits the liabilities and duties of the stronger party unless such provisions are clear and conspicuous and will not operate to defeat the reasonable expectations of the weaker party."

²⁸⁸ *Beynon v Garden Grove Medical Group* 100 Cal App 3d 698 705 161 Cal Rptr 149 (1980).

²⁸⁹ 103 Cal App 3d 746 163 Cal Rptr 223 (Ct App 1980).

²⁹⁰ Ramirez het aangevoer dat sy nie die dokument gelees het nie maar bloot onderteken het as gevolg van haar besorgdheid oor haar kind.

²⁹¹ 418 Mich 423 344 NW 2d 736 (1984). Sien ook *Brown v Siang* 107 Mich App 91 309 NW 2d 575 (1981).

appèlhofbeslissing in *Brown v Siang*²⁹² bevestig deur te beslis dat 'n arbitrasie-ooreenkoms gesluit uit hoofde van die *Michigan Medical Malpractice Arbitration Act* nie adhesiekontrakte is nie en dat sulke ooreenkomste nie 'n voorvereiste vir mediese sorg is nie. Dié tipe ooreenkoms gee die pasiënt 60 dae tyd na aangaan van sodanige ooreenkoms om die ooreenkoms te kanselleer en so word die moontlikheid van dwang uitgeskakel. Inligting word volledig en op 'n realistiese wyse aan die pasiënt deur die gesondheidsorgvoorsiener verstrek sodat 'n ingeligte keuse uitgeoefen kan word en toestemming op daardie grondslag gedoen kan word.²⁹³

Alhoewel die gevolgtrekkings van die Kaliforniese en Michigan-howe verskil, is dit nie teenstrydig nie. Kaliforniese howe het beslis dat sommige arbitrasie-ooreenkomste kontrakte van adhesie is en as sulks is die klassifikasie nie fataal rakende konstitusionaliteit nie, die ooreenkomste is steeds afdwingbaar solank dit redelik is en verstaan word deur die pasiënt.²⁹⁴ Die Michigan-howe beskou nie die arbitrasie-ooreenkoms as 'n adhesiekontrak nie.²⁹⁵

In *Obstetrics and Gynecologists William G Wixted MD, Patrick M Flanagan MD, William F Robinson MD Ltd v Pepper*²⁹⁶ het die Nevada Supreme Court 'n geneesheer-pasiënt-arbitrasie-ooreenkoms as ongeldig en dus onafdwingbaar beslis synde 'n adhesiekontrak.²⁹⁷ Die pasiënt het voor ontvangs van 'n mediese ondersoek en kontraseptiewe middels 'n arbitrasie-ooreenkoms

²⁹² 107 Mich App 91 309 NW 2d 575 (1981).

²⁹³ 418 Mich 423 344 NW 2d 736 (1984). Die eerste twee sinne van die tweede paragraaf lui soos volg: "I understand that Michigan Law gives me the choice of trial by judge or jury or of arbitration. I understand that arbitration is a procedure by which a panel that is either mutually agreed upon or appointed decides the dispute rather than a judge or jury."

²⁹⁴ Kontrakte van adhesie is nie noodwendig ongeldig, dit mag ook geag ongeregverdigbaar te wees of howe mag die terme daarvan ag buite die redelike verwagtinge van 'n gewone persoon te wees.

²⁹⁵ Kalifornië het algemene arbitrasiewetgewing terwyl Michigan spesifieke arbitrasiewetgewing het. *Medical Malpractice Arbitration Act* 418 Mich 423 344 NW 2d 736 (1984).

²⁹⁶ 693 P 2d 1259 (Nev 1985).

²⁹⁷ 'n Adhesiekontrak is as 'n standaardkontrak beskryf, maar op 'n "neem dit of los dit"-basis. *Obstetrics and Gynaecologists William G Wixted MD, Patrick M Flanagan MD, William F Robinson MD Ltd v Pepper* 693 P 2d 1259 160 (Nev 1985). *Miner v Walden* 422 NY S 2d 335 337 (NY Sup Ct 1979).

onderteken.²⁹⁸ Hoewel die verpleegpersoneel beskikbaar was om vrae van pasiënte insake die kontrak te beantwoord, kon die pasiënt dit geensins onthou nie. Die ooreenkoms het geensins voorsiening gemaak vir die kansellasië daarvan binne 'n kansellasietydperk nie en gevolglik is haar reg op 'n jurieverhoor van afstand gedoen.

Die hof het aangetoon dat 'n onderskeidende kenmerk van dié tipe kontrakte is dat die swakker party nie regtig 'n keuse ten opsigte van kontraksterme kan uitoefen nie.²⁹⁹ Die hof het ook daarop gewys dat 'n adhesiekontrak nie³⁰⁰ noodwendig onafdwingbaar is nie en dit is die geval indien dit wel binne die redelike verwagtinge van die swakker party val en indien dit ook nie buitengewoon onderdrukkend is nie. *In casu* is geen inligting meegedeel nie insake die sluiting van die kontrak, die inhoud daarvan en die gevolge van sluiting nie. Die pasiënt het nie 'n ingeligte keuse gemaak en toestemming daartoe gegee nie.³⁰¹

In *Broemmer v Abortion Services of Phoenix Ltd*³⁰² het die Arizona Supreme Court bevind dat dié kontrak *in casu* 'n adhesiekontrak was.³⁰³ Voordat die pasiënt 'n aborsie ondergaan het moes sy drie vorms onderteken waarvan geeneen aan haar verduidelik is nie. Een van die vorms was 'n ooreenkoms om te arbitreer indien enige geskil uit die betrokke mediese behandeling sou voortspruit. Die arbiters moes uit 'n paneel van verloskundiges of ginekoloë³⁰⁴

²⁹⁸ *Obstetrics and Gynaecologists William G Wixted MD, Patrick M Flanagan MD, William F Robinson MD Ltd v Pepper* 693 P 2d 1259 1260 (Nev 1985).

²⁹⁹ *Obstetrics and Gynaecologists William G Wixted MD, Patrick M Flanagan MD, William F Robinson MD Ltd v Pepper* 693 P 2d 1259 1260-1261 (Nev 1985); *Wheeler v St Joseph Hospital* 133 Cal Rptr 775 783 (Cal Ct App 1976).

³⁰⁰ *Obstetrics and Gynaecologists William G Wixted MD, Patrick M Flanagan MD, William F Robinson MD Ltd v Pepper* 693 P 2d 1259 1261 (Nev 1985); *Graham v Scissor-Tail Inc* 623 P 2d 165 172-173 (Cal 1981).

³⁰¹ *Obstetrics and Gynaecologists William G Wixted MD, Patrick M Flanagan MD, William F Robinson MD Ltd v Pepper* 693 P 2d 1259 1261 (Nev 1985).

³⁰² 840 P d 1013 (Ariz 199).

³⁰³ Die adhesiekontrak is deur die hof beskryf as 'n kontrak op 'n "neem dit of los dit basis" waarin die swakker party geen realistiese keuse het tov die kontraksvoorwaardes nie en ook nie die vereiste mediese dienste elders kon bekom nie. *Broemmer v Abortion Services of Phoenix Ltd* 840 P 2d 1015 (Ariz 1992).

³⁰⁴ *Broemmer v Abortion Services of Phoenix Ltd* 840 P 2d 1013-1015 (Ariz 1992).

gekies word. Vanweë die feit dat die arbiter aangestel sou word uit die mediese professie se geledere en die kontrak aangebied was op 'n "neem dit of los dit"-basis, het die hof die kontrak as een van adhesie bestempel.³⁰⁵ Die hof het ook oorweging geskenk aan twee aspekte rakende die afdwingbaarheid van adhesiekontrakte.³⁰⁶ 'n Adhesiekontrak is wel afdwingbaar mits dit binne die redelike verwagtinge van die partye geval het en mits dit nie buitengewoon onderdrukkend of ondeurdag is nie.³⁰⁷ Voorts is dié adhesiekontrak as onafdwingbaar bestempel omdat dit die redelike verwagtinge van die eiser oorskry het.³⁰⁸

In 1996 word *Buraczynski v Eyring*³⁰⁹ beslis in die Tennessee Supreme Court wat die Tennessee Court of Appeal³¹⁰ se beslissing bekragtig het. Die hof het bevind dat die geneesheer-pasiënt se arbitrasie-ooreenkomste nie *contra* openbare beleid was nie, nie té wye toepassing geniet nie en wel afdwingbare adhesiekontrakte was.³¹¹

Ten einde tot die beslissing insake die openbare beleid te kom, het die hof na die geskiedenis van arbitrasie in Tennessee asook in ander state gekyk.³¹² Die

³⁰⁵ *Broemmer v Abortion Services of Phoenix Ltd* 840 P 2d 1015-1016 (Ariz 1992).

³⁰⁶ *Broemmer v Abortion Services of Phoenix Ltd* 840 P 2d 1015-1016 (Ariz 1992); *Graham v Scissor-Tail Incorporated* 623 P 2d 165 172-173 (Cal 1981).

³⁰⁷ *Obstetrics and Gynaecologists William G Wixted MD, Patrick M Flanagan MD, William F Robinson MD Ltd v Pepper* 693 P 2d 1259 1260 (Nev 1985); *Darner Motor Sales Inc v Universal Underwriters Ins Co* 682 P 2d 388 (Ariz 1984); *Restatement (Second) of Contracts* § 211 (1981).

³⁰⁸ Die minderheidsuitspraak *in casu* is myns insiens korrek. Daar is uitdruklik in hoofletters en vetdruk bo-aan die dokument vir die partye aangedui "Agreement to Arbitrate" en vir die partye is dié opskrif aanduidend om wel die kontrak te lees voor ondertekening. Feitelik is niks in die hofsaak aangevoer wat daarop sou dui dat enigiets buite die partye se verwagtinge geval het nie.

³⁰⁹ 919 SW 2d 314 (Tenn 1996).

³¹⁰ No 1994 WL 677 487 (Tenn Ct App 1994).

³¹¹ *Buraczynski v Eyring* 919 SW 2d 314 321 (Tenn 1996).

³¹² *Buraczynski v Eyring* 919 SW 2d 314 318 (Tenn 1996); Tenn Code Ann § 29-5-320 (1996); *Holiday Inns v Olsen* 692 SW 2d 850 (Tenn 1985).

hof het voorts ook oorweging gegee aan die openbare beleid insake alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes.³¹³

Die hof het daarop gewys dat geen hof hom nog openlik uitgespreek het teen arbitrasie-ooreenkomste binne die kader van mediese sorg nie.³¹⁴ Selfs die Tennessee wetgewer het die *Uniform Arbitration Act* aanvaar wat 'n aanduiding behoort te wees dat die wetgewer ten gunste van arbitrasie is.³¹⁵ Die hof bevind dan ook dat arbitrasie net so bruikbaar is in die mediese sektor as in enige ander sektor en dat dit slegs die forum verander sonder om aanspreeklikheid te beperk.³¹⁶

Die hof het ook voorts daarop gewys dat die arbitrasie-ooreenkoms nie te wyd is om toe te pas nie en dat die ooreenkoms nie net op 'n spesifieke behandeling van toepassing is nie, maar op die algehele medies-professionele verhouding tussen geneesheer en pasiënt.³¹⁷

Die hof het in die *Buraczynski*-saak 'n adhesiekontrak soos volg beskryf:

... a standardized contract form offered to consumers of goods, and services on essentially a 'take it or leave it' basis, without affording the consumer a realistic opportunity to bargain and under such conditions that the consumer

³¹³ *Buraczynski v Eyring* 919 SW 2d 314 318 (Tenn 1996); Tenn Code Ann § 29-5-320 (1996); *Holiday Inns v Olsen* 692 SW 2d 850 (Tenn 1985).

³¹⁴ *Buraczynski v Eyring* 919 SW 2d 314 318 (Tenn 1996); Tenn Code Ann § 29-5-320 (1996); *Holiday Inns v Olsen* 692 SW 2d 850 (Tenn 1985).

³¹⁵ *Buraczynski v Eyring* 919 SW 2d 314 318-319 (Tenn 1996); Tenn Code Ann § 29-5-320 (1996); *Holiday Inns v Olsen* 692 SW 2d 850 (Tenn 1985); Henderson 1972 *Medical Malpractice Va Law Review* 974 956.

³¹⁶ *Buraczynski v Eyring* 919 SW 2d 314 318-319 (Tenn 1996); Tenn Code Ann § 29-5-320 (1996); *Holiday Inns v Olsen* 692 SW 2d 850 (Tenn 1985).

³¹⁷ *Buraczynski v Eyring* 919 SW 2d 314 319 (Tenn 1996); Tenn Code Ann § 29-5-320 (1996); *Holiday Inns v Olsen* 692 SW 2d 850 (Tenn 1985); *Hilleary v Garvin* 238 Cal Rptr 247 250 (Cal Ct App 1987); *Gross v James A Recabaren MD Inc* 253 Cal Rptr 3d 820 (Cal Ct App 1988). Dit sal onvanpas wees om 'n las op partye te plaas om met elke ander behandeling deur 'n geneesheer van nuuts 'n arbitrasie-ooreenkoms tussen dieselfde geneesheer en pasiënt op te stel. Die hof het die retro-aktiewe klousule in die ooreenkoms ook as afdwingbaar beslis. *Tennessee Arbitration Act* Tenn Code Ann § 29-5-302 (a) (1983); *Coon v Nicola* 21 Cal Rptr 2d 846 850-851 (Cal Ct App 1983).

cannot obtain the desired product or service except by acquiescing to the form of the contract.³¹⁸

Die party met die mindere bedingingsmag het nie regtig 'n keuse ten opsigte van die kontrakvoorwaarde nie. *In casu* was die kontrak een van adhesie want die party moes die arbitrasie-ooreenkoms op 'n "vat dit of los dit"-basis in die vorm van gestandaardiseerde kontrakvorm aanvaar. Indien die pasiënt nie die ooreenkoms onderteken het nie, sou die pasiënt nie die mediese dienste van die geneesheer kon bekom nie.³¹⁹ Die hof het egter nie afgesluit met die bevinding van adhesie nie maar verder met dié adhesiekontrak se afdwingbaarheid gehandel.³²⁰

... enforceability generally depends on whether the terms of the contract are beyond the reasonable expectations of an ordinary person, or oppressive or unconscionable.³²¹

Wanneer 'n kontrak een van die volgende beperkende aspekte bevat sal die adhesiekontrak nie afdwingbaar wees nie.³²²

- die pasiënt het geen reg om die doel of bepalinge van die ooreenkoms te bevraagteken nie;
- vereis van die pasiënt 'n afstanddoening van die reg op 'n jurieverhoor of verbeur die reg op mediese behandeling;
- gee die geneesheer 'n ongelyke voordeel in die arbitrasieproses.

³¹⁸ *Buraczynski v Eyring* 919 SW 2d 314 320 (Tenn 1996); *Broemmer v Abortion Services of Phoenix Ltd* 840 P 2d 1015-1016 (Ariz 1992); *Wheeler v St Joseph Hospital* 133 Cal Rptr 775 (Cal Ct App 1976); *Leong v Kaiser Foundation Hospital* 788 P 2d 164 (Haw 1990); *Obstetrics and Gynaecologists William G Wixted MD, Patrick M Flanagan MD, William F Robinson MD Ltd v Pepper* 693 P 2d 1259 (Nev 1985).

³¹⁹ *Buraczynski v Eyring* 919 SW 2d 314 320 (Tenn 1996).

³²⁰ *Buraczynski v Eyring* 919 SW 2d 314 320 (Tenn 1996).

³²¹ *Buraczynski v Eyring* 919 SW 2d 314 320 (Tenn 1996).

³²² *Buraczynski v Eyring* 919 SW 2d 314 321 (Tenn 1996). Sien ook *Obstetrics and Gynaecologists William G Wixted MD, Patrick M Flanagan MD, William F Robinson MD Ltd v Pepper* 693 P 2d 1259 (Nev 1985); *Beynon v Garden Grove Medical Group* 161 Cal Rptr 146 150 (Cal Ct App 1980); *Broemmer v Abortion Services of Phoenix Ltd* 840 P 2d 1016 (Ariz 1992).

Die hof kon geeneen van dié onderdrukkende bepalings in die adhesiekontrakte vind nie en kon ook nie bevind dat die bepaling buite die partye se redelike verwagtinge geval het nie.³²³

(f) Besware teen arbitrasie-ooreenkomste

(i) Arbitrasie-ooreenkomste is ongrondwetlik van aard

Die grondwetlikheid van arbitrasie-ooreenkomste word op verskeie gronde aangeval:

(i.i) Dit is 'n skending van die reg op toegang tot die howe;³²⁴

(i.ii) Dit is 'n skending van die reg op verhoor deur 'n jurie;³²⁵

³²³ *Buraczynski v Eyring* 919 SW 2d 316 321 (Tenn 1996). Die arbitrasie-ooreenkoms was duidelik "Physician-Patient Arbitration Agreement" gemerk. Pasiënte is aangehoedig om probleme met die geneesheer te bespreek. Elke party kon 'n arbiter aanwys wie dan 'n derde arbiter sou aanwys. Die beslissing sou bindend wees en het aan die pasiënt uitgewys dat die reg op 'n jurieverhoor verbeur word. 'n Kansellasie-tydperk van 30 dae is toegestaan. Die hof het ook uitgewys dat die arbitrasie-ooreenkoms nie die geneesheer se sorgsaamheidsplig verander of beperk nie.

³²⁴ *United States Constitution VII. University of Miami v Echarte* 585 So 2d 293 296 (Fla Ct App 1991). Eiser is vir 'n bringewas in die universiteitshospitaal behandel. As gevolg van beweerde nalatige mediese behandeling is haar regterarm en hand eventueel geamputeer. *In casu* het die Florida *Court of Appeal* beslis dat art 766.207 Fla Stat ch 766.207 (Supp 1988) ongrondwetlik is. Die wetgewing het voorsiening gemaak vir partye om 'n vrywillige bindende, arbitrasie-ooreenkoms vir die oplossing van mediese wanpraktyksgesille aan te gaan na die plaasvind van gebeure. In die Florida konstitusie word die reg van toegang tot die howe erken. Ingevolge die konstitusie word die reg op 'n onafhanklike besluitnemer ook erken, hoewel dié argument teen partydige en belanghebbende mediese professionele arbiters te vergesog was en verwerp is deur die hof.

³²⁵ Tot en met 1992 het alle state se grondwette, uitgesonderd Colorado en Louisiana, konstitusioneel voorsiening gemaak vir die reg op verhoor deur 'n jurie.

(i.iii) Dit is 'n skending van die vereiste van 'n regverdige proses en aanhoor en beslissing deur 'n onpartydige besluitnemer.³²⁶

Enige individu mag afstand doen van 'n konstitusionele reg en indien die ooreenkoms tot afstanddoening vrywillig gemaak is³²⁷ sal die houe die afstanddoening, hoewel teensinnig, aanvaar.³²⁸

Hierdie besware rakende die grondwetlikheid is verbandhoudend met die welbekende argument van ongelyke onderhandelingsmag van die geneesheer of mediesesorgverskaffer teenoor die pasiënt. Sommige state vereis dat die mediesesorgkontrak 'n bepaling moet bevat wat aandui dat die ooreenkoms 'n vrywillige afstanddoening van konstitusionele regte daarstel³²⁹ en sommige state, onder andere Michigan en Kalifornië, ondersteun die vermoede dat die persoon wat die skriftelike ooreenkoms onderteken het, die kontrak verstaan en vrywillig toegestem het tot die terme en voorwaardes daarin vervat. Hiermee word dan afstand gedoen van die vereiste van uitdruklike bewys van afstanddoening in arbitrasie-ooreenkomste.³³⁰

Die afstanddoening van 'n reg gee aanleiding tot die vraag of 'n party 'n ingeligte keuse gemaak het en die keuse om afstand te doen van sy reg tot toegang tot 'n hof vrywillig uitgeoefen het.

In 1982 het die Michigan *Court of Appeal*³³¹ bevind dat die deursnee pasiënt nie in 'n posisie is om tot 'n sinvolle beoordeling te kom oor die afstanddoening van sy konstitusionele reg van toegang tot die houe nie. Dieselfde hof

³²⁶ *Morris v Metriyakool* 344 NW 2d 736 (Mich 1984); *University of Miami v Echarte* 585 So 2d 293 295 (Fla Ct App 1991).

³²⁷ Bv 'n kontraktueel bindende arbitrasie-ooreenkoms.

³²⁸ *Aetna Insurance Co v Kennedy* 301 US 389 393 (1937); *Brady v United States* 397 USA 742 (1970). "(The courts should) indulge every reasonable presumption against waiver".

³²⁹ Dulen 1992 *Journal of Dispute Resolution* 333.

³³⁰ *Morris v Metriyakool* 344 NW 2d 741-742; *Madden v Kaiser Foundation Hospitals* 522 P 2d 1178 1187 1188 (Cal 1976).

³³¹ *Moore v Fragatos* 321 NW 2d 781 (Mich App 1982).

het egter sy vorige beslissings gekwalifiseer deur te beslis dat die toets vir geldigheid van 'n arbitrasie-ooreenkoms is of daar genoegsame getuienis beskikbaar was wat daarop kon dui dat die pasiënt kennelik en vrywillig afstand gedoen het van sy konstitusionele reg van toegang tot die hof. Die Kalifornië *Supreme Court* het beslis dat die openbare beleid nie *contra* is met arbitrasie van mediese wanpraktykdispute nie, mits die partye die ooreenkoms willens en wetens aangegaan het.³³²

Die vraag na die samestelling en die onpartydigheid van die paneel is verskeie kere geopper. Die mees algemene samestelling is 'n paneel van drie lede bestaande uit 'n geneesheer (of hospitaaladministrateur), 'n prokureur en 'n leek. Die konsep van regverdigde hofprosedure vereis 'n besluitnemer wat neutraal en objektief is. Kritici van die samestelling van arbitrasiepanele is hoofsaaklik besorg oor die geldelike belang van die geneesheerpaneel in die uitslag van die arbitrasie,³³³ partydigheid of bevooroordeelde beskouings van arbitrasieverrigtinge.³³⁴ Die koste en beskikbaarheid van wanpraktykversekering vir geneeshere word beïnvloed deur die aantal eise, skikkings en uitsprake teen alle geneeshere en nie noodwendig teen 'n individuele geneesheer nie.³³⁵

Die belangrikheid van die *Brown v Siang*-beslissing³³⁶ was die handhawing van die *Michigan Medical Arbitration Act* se grondwetlikheid en is later bevestig deur die *Michigan Supreme Court* in *Morris v Metriyakool*.³³⁷

³³² *Madden v Kaiser Foundation Hospitals* 17 Cal 3d 699 131 Cal Rptr 882 552 P 2d 1178 (1976); *Rhodes v California Hospital Medical Center* 76 Cal App 3d 606 143 Cal Rptr 59 (1978).

³³³ Die koste en beskikbaarheid van wanpraktykversekering vir medici staan direk in verband met die aantal eise, skikkings en beslissings teen die medici in 'n staat eerder as in verband met 'n individuele geneesheer se rekord. 'n Suksesvolle eis bring mee dat die versekeringsmaatskappy se kapitaal weer aangevul moet word wat gedoen word uit verhoogde versekeringspremies.

³³⁴ Die "samesweerdery tot stilte" en die onwilligheid van dokters om te getuig as deskundige mediese getuies in mediese wanpraktykseise.

³³⁵ Murphy 1987 *Medical Trial Technique Quarterly* 420-423; *Brown v Siang* 107 Mich App 91 (1981).

³³⁶ 107 Mich App 91 (1981). Die eiseres het aangevoer dat die insluiting van 'n geneesheer op die arbitrasiepaneel haar reg op 'n behoorlike, regverdigde en onbevooroordeelde proses aangetas het. Versekeringskundiges het aangedui dat die wanpraktyk-

- (1) that because the health care provider is only one of the three members on the panel, he cannot be presumed to direct the outcome of the panel;
- (2) that any personal bias will be detected and screened out by the safeguards in the Act, and by a court rule following an arbitration award to be vacated where there is evidence of partiality by an arbitrator;
- (3) that no evidence was introduced to support a finding that physicians possess a pecuniary interest in the outcome of the proceeding or that an antagonistic attitude exists on the part of physicians towards malpractice claims; and
- (4) that there is a need for medical expertise on the panel due to the highly technical nature of the proceedings.

'n Voorbeeld van 'n hofbeslissing met 'n negatiewe benadering is *Moore v Fragatos*,³³⁸ waar beslis is dat die hospitaal die pasiënt moet adviseer aangaande die feit dat 'n geneesheer op die arbitrasiepaneel sal dien en dat daar 'n moontlikheid bestaan dat die bedrag toegestaan beperk mag word. In *McKinstry v Valley Obstetrics – Gynaecology Clinic PC*³³⁹ is beslis dat die pasiënt gewaarsku moet word dat arbitrasie moontlik kan lei tot laer toekennings wat laer premieverhogings vir die geneesheer meebring.

Hoewel die deelname van 'n gesondheidsorgverskaffer op 'n arbitrasiepaneel aanleiding mag gee tot partydigheid en vooroordeel, is die *nexus* tussen die geneesheer se persoonlike belang en die uitslag van die arbitrasieproses nie sterk genoeg om die arbitrasiewetgewing ongrondwetlik te verklaar nie.

versekeringskoers afhanklik is van die staatsvrye litigasiekoste. Die geneesheer se versekeringpremies is direk beïnvloed deur die uitslag van die arbitrasietoekenning.

³³⁷ 418 Mich 423 344 NW 2d 736 (1984).

³³⁸ 321 NW 29 781 (Mich App 1982).

³³⁹ 327 NW 29 507 (Mich App 1982).

Sommige state³⁴⁰ het afstand gedoen van die uitdruklike bewys van afstanddoening van regte in 'n arbitrasie-ooreenkoms. Indien 'n skriftelike ooreenkoms gesluit is, word regtens aanvaar dat die ooreenkoms begryp is en dat vrywillig opgetree is.

(ii) Statutêre beskermingsmaatreëls

Vanweë die feit dat die grondslag vir arbitrasie 'n ooreenkoms is, het die wetgewer van die onderskeie state voorsiening gemaak vir statutêre beskermingsmaatreëls om te verseker dat die pasiënt bewus is van die aard en uitwerking van arbitrasie-ooreenkoms.

Terwyl daar in mediese wanpraktyke ooreenkomstig die deliktereg gehandel word, pas die wetgewer en die howe die norme van die kontraktereg toe wanneer arbitrasie ter sprake kom:

To protect patient interests and avoid judicial findings of adhesion or unconscionability, statutory provisions typically require that arbitration agreements must comply with a special format, including large print and explicit language, designed to ensure that there has been a knowing waiver by the plaintiff of the right to jury trial.³⁴¹

Meeste state beskik oor wetgewing wat die gebruik van private kontraktuele arbitrasie reguleer en sommige van die state se wetgewing handel spesifiek met die gebruik van arbitrasie in mediesesorg/dienskontrakte. Die beskerming van die pasiënt word gestel as hoogste prioriteit in hierdie wetgewing. Dit is uiters belangrik dat die pasiënt van die bestaan, inhoud en effek van so 'n ooreenkoms bewus is en dit verstaan. Meeste state skryf statutêre beskermingsmaatreëls voor vir arbitrasie-ooreenkomste. So byvoorbeeld word 'n *pro forma* gestandaardiseerde vorm³⁴² aan die pasiënt oorhandig by inwer-

³⁴⁰ Bv Michigan en Kalifornië. Sien *Morris v Metriyakool* 344 NW 2d 736 738 (Mich 1984); *Madden v Kaiser Foundation Hospitals* 552 P 2d 1178 1187 (Cal 1976). Ander state vereis weer dat 'n spesifieke verklaring gemaak moet word in die arbitrasie-ooreenkoms dat daar 'n vrywillige afstanddoening van regte gemaak is.

³⁴¹ *Danzon Medical Malpractice: Theory, Evidence and Public Policy* 212.

³⁴² Daar moet voldoen word aan spesifieke vereistes wat betref tikvorm en grootte. 'n Mate van beskerming word verleen aan die pasiënt deur te vereis dat die woorde wat

kingtreding van die diens³⁴³ en die pasiënt se aandag word gevestig op die verklaring in die vorm. Hierdie verklaring moet aandui dat die ondertekening van die arbitrasieklausule vrywillig is en bevestig dat ontvangs van behandeling nie afhang van die ondertekening van so 'n ooreenkoms nie.³⁴⁴ Verder moet die pasiënt se reg om die ooreenkoms te kanselleer binne 'n spesifieke periode na uitvoering of na beëindiging van sodanige mediese behandeling³⁴⁵ aangedui word asook die feit dat ondertekening van so 'n ooreenkoms 'n afstanddoening van die pasiënt se konstitusionele reg op litigasie tot gevolg het.

die arbitrasieklausule in die kontrak daarstel, groter gedruk moet wees as die res van die kontrak of in 'n ander kleur moet voorkom (Mich Comp Laws Ann 600.5040 – 600.5065 § 600.5042 (4)). Die taalgebruik in die vorm moet uitdruklik wees. Danzon *Medical Malpractice: Theory, Evidence and Public Policy* 202.

³⁴³ Pasiënte word gewaarsku dat die ondertekening van die arbitrasieklausule nie 'n voorvereiste is vir die ontvangs van mediese behandeling nie, dat afstand gedoen word van 'n jurieverhoor en dat 'n kansellasie-opsie bestaan. Wanneer die Michigan-wetgewing (*Michigan Medical Malpractice Arbitration Act* § 27 A.5042; Mich Comp Laws Ann § 600.5042) geïnterpreteer word, blyk dit dat 'n kontrak onderteken kan word te enige tyd, voor of na die ontstaan van 'n eis. In die geval van behandeling in 'n noodgeval, en hierdie is die enigste uitsondering, word die ooreenkoms eers onderteken nadat sodanige mediese behandeling toegedien is, anders is so 'n ooreenkoms ongeldig. Ondertekening is dus nie 'n voorvereiste vir noodbehandeling nie. Mich Comp Laws Ann § 600.5042 Subd (1) (West Supp 1982).

³⁴⁴ "[T]his agreement to arbitrate is not a prerequisite to health care or treatment and may be revoked within 60 days after discharge by notification in writing" Mich Comp Laws Ann § 600.5042 (2) en (4); § 600.5042 (3) (West Supp 1988). Hierdie is tot voordeel van alleen die pasiënt en nie die gesondheidsorgverskaffer nie. *Morris v Metriyokool* 418 Mich 423 344 NW 2d (1984); *Madden v Kaiser Foundation Hospitals* 552 P 2d 1178 1180 (Cal 1976).

³⁴⁵ "Revocation period". In sommige state [Cal Civ Proc Code § 1295 (b) (c) (1981); Ill Rev Stat ch 10 para 209 (c) (1982); SD Codified Laws Ann § 21-25 B-1 (1979)] kan bv òf die pasiënt òf die gesondheidsorgverskaffer terugtree en in ander state Alaska Stat § 09.55.535 (c) (Supp 1982); La Rev Stat Ann § 9:4235 (1982); Me Rev Stat Ann tit 24 § 2702 (1) (c) (Supp 1982); Ohio Rev Code Ann § 2711.23 (B) (1981); Va Code Ann § 8.01-581.12 (A) (1977 & Supp 1982)] kan slegs die pasiënt terugtree. Murphy 1987 *Medical Trial Technique Quarterly* 415-416. Die tydperk waarbinne 'n ooreenkoms om te arbitreer herroep kan word, wissel. Sien in dié verband Alaska Stat § 09.55.535 (c) (Supp 1982); Cal Civ Proc Code § 1295 (c) (1981); La Rev Stat Ann § 9:4235 (1982) – binne 30 dae na uitvoering van die kontrak in Alaska, Kalifornië en Louisiana. Mich Comp Laws Ann § 600.5041 subd (3) (West Supp 1982) – binne 60 dae na ontslag vanuit 'n hospitaal in Michigan. Ohio Rev Code Ann § 2711.23 (B) (1981) – die ooreenkoms om te arbitreer word herroep by die beëindiging van die geneesheer-pasiënt se verhouding. SD Codified Laws Ann § 21-25 B-1 (1979) – geen tydsbeperking in Suid Dakota nie. Ill Rev Stat ch 10 209 (c) (1982) – enige party mag die kontrak binne 6 dae na uitvoering van die mediese behandeling of ontslag deur die hospitaal of na die laaste behandeling kanselleer.

'n Pasiënt hoef nie op die ooreenkoms se terme alleen te steun nie maar moet voorsien word van voldoende inligting deur brosjures, films, onderhoude en soortgelyke meganismes.³⁴⁶ Nie-nakoming van die statutêre vereiste bied gronde waarop die hof kan toetree met 'n bevel tot arbitrasie. Ongelukkig verskil die howe se interpretasie oor die vraag of 'n arbitrasieklousule in ooreenstemming is met statutêre terme en so byvoorbeeld is die Michigan-howe se beslissings teenstrydig oor die feit of die arbitrasie-ooreenkoms streng volgens wetgewing nagekom en beoordeel moet word.³⁴⁷

4 GEVOLGTREKKING

Teen die agtergrond van die problematiek met betrekking tot die litigasieproses en die resente ontwikkeling van gepaste geskilbeslegtingsmetodes in die alternatiewe geskilbeslegtingsproses, is daar gekonsentreer op geskilbeslegtingsmetodes wat na my mening die partye sowel as die geskil in geval van mediese wanpraktykseise sal pas.

Die alternatiewe geskilbeslegtingsproses verseker beter werkverrigting in die kader van die regsprekende gesag, skep 'n groter toeganklikheid tot geskilbeslegting vir die publiek en spreek die "patologie" van hofgedingvoering aan.

In die selektering- en ontwerpfase van 'n gepaste geskilbeslegtingsmetode word nie slegs kennis van geskilbeslegtingsprosesse vereis nie, maar ook die kennis en vermoë om geskilbeslegtingsmetodes te identifiseer en met mekaar te kan vergelyk aan die hand van basiese kenmerke, doelmatigheid en uitkomst. Aspekte wat onder die soeklig kom is byvoorbeeld die voorkeure van en bereidwilligheid tot deelname aan die geskilbeslegtingsproses deur die partye, die erns van die partye om die geskil op te los en tot 'n ooreenkoms te kom asook of 'n alternatiewe geskilbeslegtingsmetode die betrokke geskil sal pas.

³⁴⁶ Norrell 1992 *Medical Trial Technique Quarterly* 330.

³⁴⁷ *Haywood v Fowler* 475 NW 2d 458 460 (Mich Ct App 1991). Arbitrasie was beveel alhoewel die grootte van die skrif kleiner was as wat statutêr voorgeskryf is. Sien ook *McKain v Moore* 431 NW 2d 476 waar streng nakoming van die *Medical Malpractice Arbitration Act* vereis is.

Wanneer vrae met betrekking tot die soorte geskille, die partye daarby betrokke en hoe dikwels sulke geskille na vore kom beantwoord moet word, word daar in teenstelling met die tendens in die verlede, 'n toename in mediese wanpraktykgeskille verwag. Uit onderhoude³⁴⁸ met prokureursfirmas (wat hulle onderskei het as "wanpraktykprokureurs") en die Griffiers van die Hooggeregshof in Pretoria en Johannesburg, blyk dit duidelik dat die aantal mediese wanpraktyksake waar wel gelitigeer is, nie as 'n betroubare maatstaf kan dien van die hoeveelheid sake wat wel in dié verband voorkom nie. In die verlede is geskille van hierdie aard op 'n vroeë stadium ontmoedig of buite die hof geskik vanweë hoë regskoste en nie-beskikbaarheid van mediese getuies.

Die bestaande geskilbeslegtingsproses vir mediese wanpraktykseise is litigasie, 'n proses wat leemtes toon waar faktore soos tydsverloop, kostes, die impak van ongunstige publisiteit op die mediese professie, die kompleksiteit van die geskil, onvoldoende getuies en partye wat nie altyd in hulle beste belang die bevel kry wat hulle benodig (of wou hê!) nie.

Van die gepaste geskilbeslegtingsmetodes wat op 'n mediese wanpraktykgeskil toegepas kan word is die dienste van 'n ombudspersoon, keuringspanele en die opname van arbitrasieklousules in mediese kontrakte.

Wat die ombudspersoon aanbetref, kan so 'n neutrale derde party in 'n vrywillige, informele en privaatproses poog om partye tot die oplos van 'n geskil en 'n ooreenkoms te begelei. Dit is aan te beveel dat 'n ombudspersoon verbonde moet wees aan die instansie waarvan 'n lid ondersoek word. Die ombudspersoon evalueer die mediese wanpraktykseis in private en informele verrigtinge ten einde in 'n vroeë stadium vas te stel of die eis gegrond is al dan nie. Die proses is vrywillig in soverre die benadeelde pasiënt nie van die keuringsproses gebruik wil maak nie maar direk tot litigasie wil oorgaan. Hoewel die beslissing (verslag) van die ombudspers-

³⁴⁸ AT Trollip verbonde aan Webber Wentzel Bowens Johannesburg (telefoniese gesprek op 12 April 1995); F Haupt verbonde aan Haupt en Gerneke Pretoria (telefoniese gesprekke gedurende 1992 – 1994); verskeie besoeke is gedurende die studietydperk aan die kantore van die Griffiers in Pretoria en Johannesburg gebring.

soon, wat aan beide partye beskikbaar gestel word, in die algemeen nie bindend is nie, kan dit wel as *prima facie* getuienis gebruik word in 'n geregshof indien die pasiënt 'n aksie teen die geneesheer sou instel.

Die Suid-Afrikaanse ombudspersoon het gegriefde partye aangehoor in verband met die mediese behandeling deur geneeshere en hospitale en sy werksaamhede was eerder versoenend as beoordelend van aard. Ernstige griewe is na die Gesondheids Beroepe Raad verwys vir ondersoek en optrede ooreenkomstig die toepaslike wetgewing. Ongelukkig is die ombudspersoonsamp weens finansiële oorwegings afgeskaf.

Alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes wat soortgelyk is aan die funksies van 'n ombudspersoon is keuringspanele, onafhanklike deskundige bevindings, feiteseindings en –bevindings, ADR geskep deur wetgewing, adviserende ondersoek en aanbevelingsopinie, fasiliteerder en konsiliator.

Vanweë toenemende wanpraktykseise is daar toenemende kommer oor die probleme wat deur die litigasieproses meegebring word. Keuringspanele was benoem om dié probleme aan te spreek. Keuringspanele dien as 'n voorverhoormeganisme met die doel om wanpraktykseise te selekteer, ongefundeerde eise te ontmoedig en waar wel 'n *prima facie*-saak uitgemaak word, 'n vroeë skikking te probeer bewerkstellig. Hoewel die samestelling en procedure van keuringspanele verskil, bestaan dit hoofsaaklik uit medici, regslui en lede van die publiek. Keuringspanele mag in al die state in Amerika 'n beslissing gee ten opsigte van aanspreeklikheid. Daar is egter meningsverskille oor die bevoegdhede van keuringspanele om beslissings oor die bestaan en omvang van skade en die waarde van skadevergoeding te maak. Die beslissing is nie-bindend van aard en daardie eis kan steeds oor geliti-geer word. In meeste state mag die hof kennis neem van die beslissings van keuringspanele.

Kritiek teen keuringspanele sou nie uitbly nie en die volgende argumente word daarteen aangevoer:

- Dit maak inbreuk op die reg tot gelyke beskerming wat deur die Konstitusie gewaarborg word.

- Keuringspanele misken die behoorlike regsproses aangesien daar inbreuk gemaak word op die reg van toegang tot die howe.
- Keuringspanele maak inbreuk op die reg tot 'n jurieverhoor.
- Deur oponthoude toe te laat, maak keuringspanele inbreuk op die "due process"-beginsel.
- Die samestelling van keuringspanele bestaande uit regsgeleerdes en nie-regsgeleerdes (met gelyke magte) maak inbreuk op die *trias politica*-leerstuk.
- 'n Party teen wie 'n paneelbeslissing gegee is, kan benadeel word indien die beslissing toegelaat word gedurende die verhoor in 'n geregshof.
- Beperkings ten opsigte van koste en sekuriteitstelling is 'n verdere beletsel vir die voornemende litigant.

Na ontleding en evaluering van hierdie besware is tot die gevolgtrekking gekom dat die kritiek nie houdbaar is nie en dat keuringspanele 'n waardevolle gepaste geskilbeslegtingsmetode is.

'n Gepaste geskilbeslegtingsmetode ter beslegting van mediese wanpraktyksgeskille wat onder die soeklig gekom het is arbitrasie. In 'n geneesheer-pasiënt-kontrak (of gesondheidsorgverskaffer-pasiënt-kontrak) ter verskaffing van mediese dienste word by wyse van 'n arbitrasieklousule in die kontrak voorsiening gemaak vir vrywillige bindende arbitrasie. 'n Behoorlike evaluering van arbitrasie as geskilbeslegtingsmeganisme vir mediese wanpraktykseise toon aan dat die klaarblyklike voordele daarvan enige moontlike nadele oortref.

Weens inkonsekwentheid van Amerikaanse hofbeslissings oor arbitrasie-ooreenkomste in mediese dienskontrakte, word 'n groot aantal van hierdie kontrakte in die pre-arbitrasiestadium gelitigeer. Daar blyk verskillende benaderings by howe te wees oor die geldigheid en die uitwerking van hierdie ooreenkomste. Soms word 'n ooreenkoms ooreenkomstig die norme van die

kontraktereg beoordeel, of die geldigheid daarvan word aan die nie-nakoming van bepaalde wetgewing gekoppel met die gevolg dat 'n arbitrasiebevel geweier word. In ander gevalle weer, beskou die howe die arbitrasie-ooreenkoms as bindend en word die partye beveel om hulle aan arbitrasie te onderwerp.

Ongelukkig negeer pre-arbitrasielitigasie die hoofogmerke van arbitrasie, naamlik regverdigheid, spoed, ekonomiese voordele en deskundigheid van die paneellede, om maar enkeles te noem. Die howe is nie duidelik oor die "cut and dried" reëls³⁴⁹ vir die geldigheid/ongeldigheid van arbitrasieklousules in mediese dienskontrakte nie maar benader die kwessie van die afdwingbaarheid van arbitrasie-ooreenkomste eerder vanuit 'n magdom uitsonderings en skuiwergate.

By geleentheid is gesê:

It appears that when the courts invalidate an arbitration clause, they do so not out of concern over an invalid contract but out of a fear that arbitration is not the best forum for medical malpractice claims. A court's true motivation for refusing the order arbitration may come not from some invalid contract consideration but instead from an underlying sense of concern for a consistent standard of care in medical care or simply as a response to an affront on the court's public tort jurisdiction.³⁵⁰

Mediese sorg beskik inherent oor deliktuele sowel as kontraktuele invloede. Die aktiwiteite en ingrepe wat inherent aan mediese sorg is bring noodwendig elemente van beide die deliktereg en die kontraktereg in die spel. Aangeleenthede soos die welsyn en veiligheid van die publiek, die normatiewe sorgsaamheidsplig ("duty of care") kwaliteitsorg en die toekenning en kwantum van kompensasie aan onregmatig benadeelde slagoffers lê op die terrein

³⁴⁹ Norrell 1992 *Medical Trial Technique Quarterly* 325. "Although most courts have not expressly stated the extent to which specific provisions in the physician patient contract are void and unenforceable for reasons of public policy, some uneasy combination of the doctrines of unequal bargaining power contracts of adhesion, economic duress, and unconscionability today block any private effort to contract out of the judicially mandated liability rules for medical malpractice."

³⁵⁰ Dulen 1992 *Journal of Dispute Resolution* 337.

van die deliktereg terwyl aspekte soos kontrakteervryheid, wilsooreenstemming en prestasie deur die norme van die kontraktereg gereël word. Mediese wanpraktyk as eisoorzaak het om begryplike rede binne die deliktereg as normkompleks beslag gekry, aangesien die deliktereg 'n element van "afskrikking het wat by private arbitrasie ontbreek.³⁵¹

In hierdie opsig konsentreer teenstanders van arbitrasie op die welbekende argument dat 'n pasiënt wat mediese behandeling benodig, noodwendig in 'n swakker onderhandelingsposisie verkeer as die geneesheer of gesondheidsorgverskaffer en die pasiënt verbeur of doen afstand van sy/haar regte sonder voldoende inligting. Sulke teenstanders voer aan dat 'n mediese dienskontrak wat 'n arbitrasieklousule bevat 'n adhesiekontrak is en dat die arbitrasie-ooreenkoms gevolglik ongrondwetlik, teen openbare beleid is en as sodanig nietig en onafdwingbaar is.

Myns insiens is die teenoorgestelde juis waar, en ek baseer my standpunt op wetgewing en regspraak.³⁵² Regslui het 'n sleutelrol om te vervul met betrekking tot die beskerming van die pasiënt se regte wanneer daar adviseer en onderhandel moet word oor die beste meganisme vir die oplossing van 'n mediese wanpraktykgeskil. Pasiënte moet behoorlik ingelig wees oor die oogmerke wat met 'n arbitrasie-ooreenkoms nagestreef word en oor presies wat die aard, omvang en veral die regsuitwerking daarvan is. 'n Pasiënt is nie geneë om as 'n party betrek te word by 'n proses waarvoor hy/sy nie behoorlik ingelig is nie en veral waar hy/sy in die proses van sy/haar regte afstand doen.

Indien 'n eiser goed ingelig is rakende arbitrasie en veral oor die doelwitte van redelikheid, spoed en kostevoordele, asook die statutêre beskermingsmaatreëls ten opsigte van sy/haar regte, dan is daar nie sprake van 'n regtens onaanvaarbare afstanddoening of ondergeskiktheid nie. Arbitrasie is 'n absolute gelyke proses aan litigasie en die eiser word op geen wyse ontnem van 'n

³⁵¹ Dulen 1992 *Journal of Dispute Resolution* 338.

³⁵² Aangehaal in Hoofstuk 6.

regverdige proses deur afstand te doen van sy/haar reg van toegang tot die howe.

Eisers is soms ongelukkig oor die samestelling van die arbitrasiepaneel waar ook 'n geneesheer as paneellid optree. Geen staat het tot dusver om hierdie rede arbitrasiewetgewing op konstitusionele gronde afgeskaf nie. Geneesheerpaneellede lewer weens hul mediese kundigheid 'n konstruktiewe bydrae tot 'n regverdige proses. Die geneesheer is slegs een van 'n aantal paneellede wat arbitreer onder die leiding van 'n regs kundige en indien die geneesheer partydig of onprofessioneel optree, sal die geneesheer gou uitgewys word as die "seer duim" op die paneel.

Arbitrasie is 'n lewensvatbare alternatief en toepaslike metode vir dispuutoplossing in die mediese wanpraktykarea. Dit beskik oor die eienskap van 'n verbruikersvriendelike proses. Arbitrasie van mediese wanpraktykdispute sal die aanvaarding van kontrak (eerder as delik) as regsbasis vir 'n eis grootliks bevorder. 'n Kontrak waarin die voorwaardes waaronder mediese sorg/dienste gelewer word, sowel as beswaarmakingsprosedures- en arbitrasieklausules opgeneem is, bied 'n uitstekende geskilbeslegtingsmeganisme vir geskille op grond van beweerde mediese wanpraktyk. ADR kan 'n enorme bydrae lewer tot die welsyn van gesondheidsorggebruikers en die gemoedsrus van gesondheidsorgverskaffers.

SLOT

SAMEVATTING, GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS

Gesinsbeplanning en bevolkingsontwikkeling

Snelle bevolkingsaanwas en oorbevolking in Suid-Afrika en die res van die wêreld vereis dat aspekte soos gesinsbeplanning en bevolkingsontwikkeling in perspektief aangespreek moet word. In hierdie studie is bepaalde juridiese perspektiewe ondersoek.

Die reg is in wese konserwatief van aard en wel om goeie redes, waarvan regsekerheid, stabiliteit en orde die vernaamste is. Die reg is egter ook dinamies van aard, hoewel die pas grotendeels tydsaam is en nie altyd na wense tred hou met veranderde omstandighede en openbare oortuigings nie, ten minste nie genoegsaam op die gebied van gesinsbeplanning en bevolkingsbeheer nie. Dit is en bly die verantwoordelikheid van die regsgeleerde om met toepaslike kennis, vaardigheid en ervaring die gang van die regsontwikkeling te stuur. Sou die regsgeleerde apaties hierteenoor staan, of verandering vrees of huiwerig wees om te verskil, laat dit ruimte vir diegene wat nie oor genoegsame kennis, vaardigheid en ervaring beskik nie om sonder behoorlike besinning blindelings in die regsverkeer in te meng.

Bevolkingsgroei is gedurende die eerste helfte van die vorige eeu onder wêreldvolkere aangemoedig en enige vorm van bemoeiing met 'n persoon se fertiliteit of prokreasie is as immoreel, onaanvaarbaar en teen die openbare belang bestempel. Gedurende die tweede helfte van die vorige eeu is daar ingesien dat oorbevolking 'n "tydbom" is wat verskeie nadele inhou byvoorbeeld werkloosheid, armoede, agterstande, hongersnood, misdaad, geweld, agteruitgang, tekort aan en verswakking van mediese dienste, onderrigfasiliteite en behuising, destabilisasie, verstedeliking en uitputting van hulpbronne.

Die vernaamste oorsake van oorbevolking in Suid-Afrika is die waardes en houdings van 'n derdewêreldse komponent van die bevolking wat daarop

neerkom dat groot gesinne as 'n aanwinst beskou word. Ongeletterdheid en gebrek aan inligting en opvoeding oor gesinsbeplanning en die nadele van oorbevolking is aan die orde van die dag en onvoldoende voorligting en dienste rakende kontrasepsie, gekoppel met die vrou se swak statusposisie in sekere gemeenskappe dra by tot oorbevolking. Voeg hierby die invloed wat sekere kerklike en sosiale drukgroepe teen kontrasepsie predik en die nou reeds bekende politiekery oor sogenaamde verskuilde apartheidsmatreëls en die oorbevolkingsprentjie lyk rampspoedig vir die Suid-Afrikaanse infrastrukture, soveel so dat die gehalte en duur van ons lewensbestaan deur 'n bevolkingsontploffing bedreig gaan word.

Beoogde regstellende en voorkomingsmatreëls, naamlik gesinsbeplannings- en geboortebepenkings is nie simptome van aard nie, maar wel oorsaaklik van aard. Kontrasepsie word aanbeveel om buitengewone bevolkingsaanwas te stuit.¹ Sterilisasie word om kontraseptiewe, terapeutiese en eugenetiese redes uitgevoer² en as kontraseptiewe metode blyk dit die gewildste en effektiwste vorm te wees.

Elke mens het die reg op liggaamlike en psigiese integriteit, 'n reg op prokreasie wat insluit die reg om 'n persoonlike, private en vrywillige besluit te kan neem om kinders te hê of nie en hoe ver (tydsgewys) die kinders uitmekaar gespaseer word. Elke mens het ook die reg op opvoeding, en toegang tot kennis en inligting rakende middele wat noodsaaklik is vir die

¹ Hoewel die studie toegespits is op sterilisasie as kontraseptiewe metode, wil ek tog wel aanmoedigings en/of ontmoedigingsbonusse aanbeveel ten opsigte van gesinsbeplanning en bevolkingsontwikkeling. Die gemeenskapsbelang gaan mettertyd al hoe groter druk plaas op individuele belange om ter wille van oorlewing, verantwoordelike gesinsbeplanning toe te pas ten einde 'n bevolkingsontploffing te verhoed. Verantwoordelike en billike bonusse sou belastingkortings of werksbonusse vir 'n maksimum van twee kinders, behuisingsvoordele waar een of beide ouers gesteriliseer is, gratis sterilisasiedienste en bepaalde siekteverlof vir sterilisasieprosedures kon insluit. Deur kraamverlof in te perk of gratis mediese dienste vir swanger vroue met meer as drie kinders te laat verval, word groter gesinne ontmoedig.

² Sien Hoofstuk 2 *Administrator v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 593E waar die hof ongelukkig nie uitgewei het oor die opmerking dat die beslissing slegs geld ten aansien van sterilisasies wat om sosio-ekonomiese redes gedoen is en dat ander oorwegings mag geld waar sterilisasies om ander redes uitgevoer is. Ek veronderstel die hof het kontraseptiewe en terapeutiese redes in gedagte gehad (en nie eugenetiese en strafregtelike redes nie).

uitoefening van die reg op gesinsbeplanning. Voorts het elke mens die reg op sosiale sekuriteit rakende gesondheid, voldoende lewenstandaard en omgewingsbeskerming.

Oorwegings wat by sterilisasie geld is aspekte wat 'n geneesheer vooraf in konsultasies vir die pasiënt moet uitlig, naamlik dat die sterilisasie by vroue onmiddellike effektiwiteit bewerkstellig;³ dat die sterilisasiemetode hoogs effektief⁴ en onomkeerbaar is; dat geen opvolgbehandeling geverg word nie; dat geen metaboliese inmenging plaasvind nie; dat nuwe-effekte of nadele minimaal tot geen is en sterftesyfers onder vroue in die algemeen afneem.

Benewens die pasiënt se oorwegings ten aansien van en wens vir sterilisasie en die pas genoemde oorwegings in die algemeen, moet die geneesheer die pasiënt volledig inlig oor die sterilisasiemetode wat chirurgies uitgevoer gaan word, die risiko's daaraan verbonde, die gevolge daarvan, alternatiewe metodes in plek daarvan en beklemtoon dat toestemming deur die pasiënt vooraf skriftelik vereis word.⁵

Die pasiënt kan redelikerwys aanvaar dat die geneesheer soos 'n redelike geneesheer in soortgelyke omstandighede met die nodige sorg en vaardigheid sal optree in die voorbereiding van die pasiënt vir sterilisasie sowel as die uitvoering van die sterilisasie. Toestemming tot benadeling of toestemming tot die risiko van benadeling kan nie onvoorwaardelik gegee word nie. Toestemming behoort myns insiens⁶ slegs die geneesheer se aanspreeklikheid uit te sluit waar die geneesheer nie-nalatig opgetree het nie. Risiko's lê opgesluit in mediese prosedures, dit is inherent in die mediese wetenskap as

³ 'n Manlike pasiënt moet eers 'n spermtoets aflê wat negatiewe resultate oplewer en tot tyd en wyl moet 'n ander vorm van kontrasepsie toegepas word.

⁴ Die geneesheer behoort die suksessyfer uit te lig sonder om 'n waarborg vir sukses te gee.

⁵ Sien Aanhangsel A Toestemming tot Sterilisasievorm wat ek ontwerp het as aanbeveling.

⁶ Sien Aanhangsel A Toestemming tot Sterilisasievorm wat ek ontwerp het as aanbeveling.

sodanig en om 'n sterilisasie as 'n "100% sukses" te waarborg sou uiters dwaas wees.

Die "action for wrongful conception" in die Amerikaanse reg

Mediese wanpraktykseise kan verskeie vorme aanneem en in hierdie studie word die aksie vir ongewenste konsepsie/swangerskap in die besonder nagevors. Na twee van die ander mediese wanpraktykseise wat in die kader van ongewenste swangerskap/geboorte/lewe val, naamlik die aksie vir ongewenste geboorte en die aksie vir ongewenste lewe, word slegs terloops verwys aangesien die beginsels rakende die aksie vir ongewenste geboorte redelik uitgekristalliseer is en die aksie vir ongewenste lewe nie haalbaar is nie.

Die gemelde aksies het met 'n feitelike situasie te doen, soos byvoorbeeld 'n sterilisasie-operasie wat nie behoorlik of enigsins uitgevoer is nie, 'n kontraseptiewe metode wat oneffektief is of geensins aangewend is nie, 'n onsuksesvolle aborsie, versuim om vroeë swangerskappe te diagnoseer en 'n nalatige versuim deur die geneesheer om aan die ouers die nodige inligting te verskaf wat hulle in staat kon stel om die keuse om óf konsepsie te vermy óf om swangerskap te beëindig, uit te oefen.

In Amerika en hier te lande heers 'n terminologiese verwarring en ek doen die sambreelterm "aksie vir ongewenste swangerskap/geboorte/lewe" aan die hand waaronder die volgende begryp moet word:

- Met die aksie vir ongewenste konsepsie (swangerskap) eis die ouers van 'n normale gesonde kind gebore na 'n onsuksesvolle sterilisasie (juis om swangerskap te voorkom) of 'n onsuksesvolle aborsie (om swangerskap te beëindig) skadevergoeding van die geneesheer op grond van sy nalatige handeling – die kind sou nie verwek of gebore gewees het as dit nie vir die geneesheer se nalatigheid was nie.
- Met die aksie vir ongewenste geboorte eis die ouers skadevergoeding van die geneesheer waar 'n kind (wat hulle wou gehad het) met fisiese

en/of psigiese gebreke gebore is op grond van die geneesheer se nalatige versuim om die ouers in te lig (of korrek in te lig of voldoende in te lig) rakende die moontlikheid dat die onverwekte of ongebore kind gestremd kan wees. Sodoende is die ouers die geleentheid ontsê om 'n keuse te kon uitoefen of hulle konsepsie wou voorkom of die swangerskap wou beëindig. Die nalatige versuim van die geneesheer spruit voort uit die feit dat 'n genetiese defek of fisiese gebrek nie deur voor-konsepsie of voor-geboortelike berading of toetse betyds of enigsins gediagnoseer is nie.

- Met die aksie vir ongewenste lewe stel 'n kind wat met 'n liggaamlike of geestelike gebrek gebore is 'n eis in teen die geneesheer omrede die geneesheer gefaal het om te verhoed (byvoorbeeld deur middel van 'n sterilisasie, 'n aborsie of voorgeboortelike genetiese advies aan die ouers) dat die eiser gebore word. Die verwyf tref die geneesheer, nie omdat die eiser met gebreke gebore is nie, maar omdat die eiser gebore is. Hierdie is egter 'n aksie wat na alle waarskynlikheid nie in Suid-Afrika sal posvat nie omdat 'n geregshof (in werklikheid niemand nie) in 'n posisie is of sal wees om 'n toestand van nie-bestaan met 'n toestand van bestaan met gebreke, te vergelyk.

Die twee vernaamste gronde waarop die aksie vir onregmatige konsepsie gebaseer word, is nalatigheid (mediese wanpraktyk) en kontrakbreuk. In die Amerikaanse reg lê die aksie oorwegend op die gebied van die deliktereg, wat baie eenvoudiger en meer doeltreffend is as die kontraktuele basis en word as wanpraktyksaksies hanteer.

Die eiser moet by die instel van die mediese wanpraktykseis (nalatigheidseis) die bestaan van die geneesheer se regsplig en die verbreking van die regsplig deur die geneesheer, skade en/of nadeel vir die pasiënt en die regstreekse gevolg van die verbreking van die regsplig, bewys. Nalatige optrede kan in verskeie stadia van die sterilisasieproses voorkom en is enige optrede wat ontbreek aan die nodige sorg, vaardigheid en kennis wat regtens van 'n

geneesheer as professionele persoon in soortgelyke omstandighede vereis word.

Dit is van kardinale belang dat die geneesheer vooraf ingeligte toestemming van die pasiënt moet verkry. Die pasiënt moet ingelig word oor risiko's en voordele van die sterilisasie-operasie asook die wyse waarop die operasie uitgevoer gaan word (sterilisasie-metode). Ongeag of die tradisionele gemeenskapsopvatting ten opsigte van die leerstuk van ingeligte toestemming of die "versigtige pasiënt"-opvatting toegepas word, is dit baie belangrik dat toestemming tot sterilisasie met volledige voorafgaande inligting gepaardgaan en versuim om dit te bekom, stel die nalatige geneesheer aanspreeklik vir die nadelige gevolge wat kan intree. Indien die pasiënt bewus is van die risiko's verbonde aan 'n onsuksesvolle sterilisasie-operasie kan die pasiënt moontlike nadelige gevolge beperk deur alternatiewe kontraseptiewe metodes toe te pas.

Nalatigheid wat in die operatiewe stadium intree (dit wil sê in die uitvoering van die sterilisasie-operasie as sodanig) is moeilik bewysbaar aangesien die bewysmateriaal in die menslike liggaam opgesluit lê en slegs bekom kan word deur middel van 'n tweede operasie of deur post-operatiewe toetse op die materiaal wat tydens die operasie verwyder is. Die *res ipsa loquitur*-leerstuk word in die Amerikaanse reg, veral op die gebied van mediese wanpraktykseise, suksesvol toegepas. Die Suid-Afrikaanse reg daarenteen het, wat mediese wanpraktykseise betref, verknog gebly aan 'n 1924 Appèlhofbeslissing⁷ waarin die toepassing van die *res ipsa loquitur*-leerstuk afgewys is maar in ander tipe eise wel toegelaat is. 'n Regsaanpassing wat aanbeveel kan word is 'n afwyking van die verouderde regsinding (deur die Appèlhof alleenlik, aangesien die Appèlhof nie absoluut gebonde is aan 'n vorige Appèlhofuitspraak nie) omdat empiriese omstandighede en die gemeenskapsverwagtinge dit verg.

⁷ *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438.

In kort kom die *res ipsa loquitur*-leerstuk daarop neer dat "die feite vanself spreek", dus is die feite met betrekking tot 'n gebeurtenis sodanig dat nalatige optrede daaruit afgelei kan word. 'n Afleiding van nalatigheid kan gemaak word in die afwesigheid van 'n aanvaarbare verduideliking. 'n Nadelige gevolg het ingetree en dit is veroorsaak deur iets wat onder die beheer van die verweerder was en nie sou plaasgevind het nie indien die verweerder wel die nodige sorg en vaardigheid aan die dag gelê het. Die eiser kan die *res ipsa loquitur*-argument aanvoer waar hy min of geen getuienis tot sy beskikking het nie en die hof wil oorreed om nalatigheid aan die verweerder se kant te bevind. Die verweerder kan getuienis aanvoer om aan te toon dat die nadelige gevolge nie verband hou met enige nalatige optrede aan sy kant nie. Dit moet egter nooit uit die oog verloor word nie dat sekere sterilisasies nog steeds onsuksesvol kan wees sonder enige nalatigheid aan die geneesheer se kant vanweë rekanalisasie ('n natuurlike proses) van die Fallopiusbuis of *vas deferens*. Ten einde regspraak te ontgaan moet die geneesheer ook in die post-operatiewe stadium die nodige toetse en konsultasies doen ten einde uitvoering aan sy sorgsaamheidsplig te gee.

Kontraktbreuk as eisoorzaak ontstaan waar die geneesheer aan die pasiënt in die pre- of post-operatiewe stadium die sukses van die sterilisasie waarborg. Die kans op sukses vir die eiser in sulke gevalle is skraal. Die Amerikaanse hofe pas 'n versigtige benadering toe aangesien dit in die algemeen hoogs onwaarskynlik is dat 'n resultaat in die mediese wetenskap gewaarborg word. Getuienis wat geverg word ter bewys van die bestaande waarborg is byvoorbeeld 'n pre-/post-operatiewe kontrak wat die sukses waarborg. Openbare beleidsoorwegings (veral uit die geledere van die versekeringswese) ontmoedig andersyds veral kontraktuele eise teen geneesheer aangesien 'n toename in wanpraktykseise defensiewe en duur mediese dienste meebring. Wat van die Amerikaanse hofe egter uit die oog verloor is die rede waarom mense juis kontrasepsie toepas, 'n oorweging wat van belang is wanneer die kontrak beoordeel word en skadevergoeding eventueel bereken word. Die openbare belang vereis andersyds dat daar nie kontraktueel aan die gesinsverband afbreuk gedoen behoort te word nie.

Inligting oor die geprivilegieerde verhouding tussen geneesheer en pasiënt is slegs van dié twee partye bekombaar. 'n Opinie of gerusstelling is nie 'n waarborg nie. 'n Sukseswaarborg in 'n geneesheer-pasiëntkontrak is nie vanselfsprekend nie en moet uitdruklik gegee word. Verskeie toetse kan aangewend word om vas te stel of die geneesheer wel 'n stelling gemaak het wat sodanig was dat die pasiënt dit redelikerwys kon interpreteer as 'n onderneming dat die gewenste resultaat sal intree – die "clear proof standard" is egter die betroubaarste.

Die pasiënt moet bewys dat die pasiënt die geneesheer redelikerwys geglo het en dat die waarborg die pasiënt oortuig het om die sterilisasie te laat doen. Die pasiënt moet voorts ook bewys dat die geneesheer besoek is as gevolg van 'n reeds genome besluit om die sterilisasie te laat doen.

Die problematiek lê myns insiens egter nie in die vraag of die eisoorzaak deliktueel of kontraktueel van aard is nie, maar in die berekening van skadevergoeding en dan in die besonder die koste verbonde aan die grootmaak en opvoeding van 'n onbeplande kind.

Die oogmerke met die toekenning van skadevergoeding stem in die Amerikaanse en die Suid-Afrikaanse reg ooreen, naamlik om die benadeelde in die posisie te plaas waarin die benadeelde sou wees indien die delik nie plaasgevind het nie. In die Amerikaanse reg word die voorkoming van onregmatige optrede en die vergoeding van alle nadele veroorsaak aan die benadeelde ook beklemtoon - twee oogmerke wat myns insiens in die Suid-Afrikaanse skadevergoedingsreg inbegrepe is.

Ouers het die reg om 'n prokreasiekeuse uit te oefen, naamlik die keuse om 'n kind te hê of nie te hê nie en dit is 'n fundamentele reg wat deur die Amerikaanse Konstitusie erken word. Vanweë die feit dat die Amerikaanse publiek hoë verwagtinge van die doeltreffendheid van kontrasepsie koester, is daar geen twyfel oor waarom ouers in die geval van ongewenste swangerskappe en geboortes, skadevergoeding van 'n nalatige geneesheer eis nie.

Die tipe skadevergoeding wat in die Amerikaanse reg verhaal kan word, sluit onder andere skadevergoeding vir die volgende nadele/skade in:

- mediese uitgawes en hospitaalkoste vir die mislukte sterilisasie-operasie;
- mediese uitgawes en hospitaalkoste vir die swangerskap;
- verlies aan *consortium* tydens swangerskap;
- pyn en lyding tydens swangerskap⁸;
- koste verbonde aan die swangerskap (voorgeboortesorg);
- emosionele verleentheid verbonde aan 'n onbeplande kind;
- fisiese nadeel (ook komplikasies) tydens swangerskap;
- psigiese nadeel tydens swangerskap;
- verlies aan verdienste tydens swangerskap;
- mediese uitgawes en hospitaalkoste vir die bevalling;
- pyn en lyding tydens die bevalling;
- fisiese nadeel tydens die bevalling;
- psigiese nadeel tydens die bevalling;
- koste verbonde aan nageboortesorg;
- grootmaakkoste;⁹

⁸ Waarby senuspanning en ongerief ingesluit kan word.

⁹ Bepaalbare ekonomiese veranderinge soos om 'n groter gesin te onderhou. Dit is juis die toestaan van grootmaakkoste vir 'n gesonde normale kind wat die probleemarea is.

- addisionele koste verbonde aan die grootmaak van 'n fisies- en/of psigies-gestremde kind;
- mediese uitgawes en hospitaalkoste vir die regstellende proses (byvoorbeeld tweede sterilisasie-operasie of aborsie);
- pyn en lyding verbonde aan die regstellende proses;
- fisiese nadeel verbonde aan die regstellende proses;
- psigiese nadeel verbonde aan die regstellende proses;
- enige verlies wat direk voortspruit uit nalatigheid;¹⁰

Die Amerikaanse howe pas een van vier benaderings toe in die berekening van skadevergoeding, naamlik "geen verhaal" ("no recovery"), "beperkte verhaal" ("limited recovery"), "volle verhaal" ("full recovery") en "voordeel-afweging" ("benefit offset").

Die "geen verhaal"-benadering is 'n benadering wat in die minderheid aangewend word en is aanvanklik deur die Amerikaanse howe toegepas. Dit is myns insiens 'n onaanvaarbare benadering wat gelukkig met verloop van tyd in onbruik geraak het. 'n Delikspleger moet aanspreeklik gestel word vir skade veroorsaak deur sy/haar nalatigheid. Die element van nadeel lê nie in die kind se lewe as sodanig nie, maar eerder in die ekonomiese las wat so 'n ongewenste/onbeplande kind meebring met betrekking tot versorging van die kind saam met die res van die familie. Deur skadevergoeding te weier word inbreuk gemaak op die grondwetlike reg van 'n party(e) om 'n keuse uit te oefen of die party(e) 'n kind wil hê of nie en indien die party(e) wel 'n kind wil hê, wat die grootte van die gesin moet wees en indien die party(e) nie 'n kind wil hê nie, om die reg tot kontrasepsie of aborsie uit te oefen. Dit is totaal ongefundeerd om hierdie tipe delik (ongewenste konsepsie/swangerskap) uit te sonder as 'n delik waarvoor daar geen verhaal van skadevergoeding bestaan

¹⁰ Enige redelike voorsienbare skade.

nie – die geboorte van 'n onbeplande kind is nie altyd 'n oorheersende voordeel nie.

Kritiek teen die "beperkte verhaal"-benadering bied terselfdertyd steun vir die "volle verhaal"-benadering. Wat dit die beperkte verhaal van skadevergoeding aanbetref, word slegs skadevergoeding vir die ongewenste swangerskap en daaropvolgende geboorte toegestaan maar die koste verbonde aan die grootmaak en opvoeding van die ongewenste/onbeplande normale gesonde kind word geweier.

Verskeie redes (geskoei op die gemeenskapsopvatting) kan aangevoer word waarom die meerderheid Amerikaanse howe beperkte verhaling van skadevergoeding toestaan.¹¹ Word elke rede op die keper beskou, blyk dit dat 'n ongedefinieerde gemeenskapsopvatting (wat van staat tot staat verskil) voorkeur geniet bo die duidelike regsbeginsele wat die doeleindes met en die aard van skadevergoeding juridies ten grondslag lê. Die gemeenskapsopvatting kan emosioneel belaaï wees en hou soms nie tred met ontwikkeling en verandering nie. So byvoorbeeld word 'n kind as 'n seën, 'n oorheersende voordeel en nie as 'n nadeel beskou nie en word geag dat 'n ongewenste/onbeplande kind emosioneel benadeel sal word deur die wete dat sy/haar grootmaakkoste deur 'n derde party betaal word. Die gemeenskap kan gerieflik so 'n opvatting huldig omdat gemeenskapslede nie self die skade/nadeel gely het vir die voorsienbare nadelige gevolge wat uit 'n nalatige mediese prosedure spruit nie. Gemeenskapsprogramme word in die onderskeie state van owerheidsweë by wyse van wetgewing ingestel om bystand tot gesinsbeplanning te verleen. Deur skadevergoeding vir die grootmaakkoste van 'n onbeplande kind te weier, word die doel van die gemeenskapsprogramme verydel, en daarmee ook die doel van skadevergoeding.

¹¹ Sien Hoofstuk 2 3.3 Die problematiek rakende die berekening van skadevergoeding met besondere verwysing na koste verbonde aan die grootmaak van 'n kind 3.3.1 "Limited recovery rule".

Die nadelige gevolg wat na 'n mislukte sterilisasie intree is juis dit wat verhoed wou word, naamlik die ekonomiese stabiliteit van die gesin wat benadeel word. Die nadeel lê nie in die geboorte van 'n kind as sodanig opgesluit nie, maar eerder in die finansiële verpligtinge verbonde aan die grootmaak van die kind. Die voorreg om 'n welgeskape gesonde kind te hê behoort myns insiens nie 'n juridiese beletsel te wees vir die verhaal van skadevergoeding nie. Die argument "the benefit of life should not be outweighed by the expense of supporting it"¹² is misplaas. Deur die toestaan van grootmaakkoste word nie afbreuk gedoen aan die lewe van 'n mens nie - daar word intendeel sin aan die lewe gegee indien iemand na behore na liggaam en siel versorg word, dit wil sê in staat gestel word om 'n menswaardige bestaan te kan voer.

Deur die klem oorwegend op die weiering aldan nie van grootmaakkoste te plaas, word 'n rookskerm oor die wesenlike kwessie geplaas, naamlik "liability breeds responsibility".¹³ Grootmaakkoste is redelik voorsienbaar en is 'n nadelige gevolg wat kousaal verbind kan word met die nalatigheid van 'n geneesheer. Dit is myns insiens uiters onbillik om grootmaakkoste voortspuitend uit 'n nalatige daad deur 'n geneesheer te weier, maar wel kompensasie vir pyn en lyding, verlies aan verdienste en mediese uitgawes wat uit dieselfde nalatige daad spruit, toe te staan. Dit is moeilik om te begryp hoe die toestaan van hierdie vorme van skadevergoeding 'n kind minder emosioneel sal benadeel as juis die verhaling van grootmaakkoste. Wat ookal die tipe skadevergoeding wat geëis word, die kind bly ongewens/onbeplan, dit vorm die aksiegrond en moet deur die eiser bewys word. Die kind kan eerder emosioneel benadeel voel in geval grootmaakkoste geweier word.

Die "emotional bastard"-beswaar kan ontkom word deur nie van die "voordeel afweging"-benadering gebruik te maak nie. Deur volle skadevergoeding toe

¹² *Cockrum v Baumgartner* 447 NE 2d 385 389 (Ill 1983).

¹³ *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 (Wyo 1982) die minderheidsuitspraak.

te staan sal dit onnodig wees om die emosionele nadeel met die emosionele voordeel te vergelyk en hoef die Amerikaanse hoewe slegs finansiële nadeel te bereken. Deur skadevergoeding in die vorm van grootmaakkoste te weier, word die finansiële stabiliteit van die gesin aangetas en word die deur oopgelaat vir aborsies en ook vir aannemings, met laasgenoemde wat gewis 'n emosionele nadeel vir die onbeplande/ongewenste kind kan inhou. Skade/nadeel lê nie in die kind opgesluit nie, maar in die koste verbonde aan die grootmaak en opvoeding van die kind.

'n Reg sonder 'n remedie ter afdwinging en beskerming daarvan, is waardeeloos. Reproduksieregte word grondwetlik gefundeer en daar bestaan gepaardgaande verpligtinge om behoorlike sorg en vaardigheid aan die dag te lê wanneer 'n party sy/haar regte in dié verband uitoefen. Deur skadevergoeding te weier word die benadeelde verder benadeel aangesien die grootste gedeelte van die skade/nadeel, naamlik koste verbonde aan die grootmaak van die onbeplande kind, deur die benadeelde self gedra moet word.

In die Amerikaanse reg behoort volle skadevergoeding toegestaan te word vir:

- mediese uitgawes en hospitaalkoste vir die mislukte sterilisasie, swangerskap, bevalling en regstellende operasie;
- verlies aan consortium in die voorgeboorte- en nageboortestadia;
- pyn en lyding tydens sterilisasie, swangerskap, die bevalling en die regstellende mediese proses;¹⁴
- koste verbonde aan voorgeboortesorg;
- koste verbonde aan nageboortesorg, in besonder koste verbonde aan die grootmaak en opvoeding van die onbeplande kind;

¹⁴ Waarby sensuspanning en ongerief of emosionele verleentheid verbonde aan 'n onbeplande kind, ingesluit kan word.

- fisiese nadeel¹⁵ tydens die sterilisasie, swangerskap, die bevalling en regstellende mediese proses;
- psigiese nadeel tydens die sterilisasie, swangerskap, die bevalling en regstellende mediese proses;
- verlies aan verdienste tydens swangerskap en tydens die sterilisasie, swangerskap, die bevalling en regstellende mediese proses; en
- enige redelike voorsienbare skade wat direk voortspruit uit die nalatigheid van die geneesheer.

Ondanks hofbeslissings¹⁶ tot die teendeel is die koste verbonde aan die grootmaak van 'n onbeplande kind nie te spekulatief en onseker van aard nie. Berekenings kan moeilik wees, maar nie onoorkombaar nie. Solank voordele en nadele van dieselfde belang afgeweg word, is die berekening haalbaar. Berekeninge gedoen in geval van gewone wanpraktykseise, berekeninge gedoen deur aktuarisse, boedelbeplanners, statistici en versekeringsmaatskappye aan die hand van reeds bestaande en erkende basiese riglyne, kan goedskiks gebruik word. Daar is myns insiens geen regverdiging vir 'n onderskeid tussen hierdie tipe wanpraktykseise en enige ander delik waar skadevergoeding bereken moet word nie.

Grootmaakkoste is die regstreekse, natuurlike en voorsienbare gevolg van die geneesheer se nalatige uitvoering van die sterilisasie. Betaling van dié koste val nie buite die kader van die geneesheer se sorgsaamheidsplig teenoor die pasiënt nie.

'n Probleem wat myns insiens kan voorkom is bedrieglike of fiktiewe eise van ouers wat vir 'n suksesvolle beroep op die ongewenste swangerskap-aksie

¹⁵ Ook komplikasies.

¹⁶ Sien hieroor Hoofstuk 2 3.3 Die problematiek rakende die berekening van skadevergoeding met besondere verwysing na koste verbonde aan die grootmaak van 'n onbeplande (ongewenste) kind. 3.3.1 "Limited recovery rule" • Die "spekulatiewe skadevergoedingsteorie" (a) Koste verbonde aan die grootmaak van 'n onbeplande kind is te spekulatief en onseker van aard.

moet kan aantoon dat hulle nie 'n kind wou hê nie of indien hulle betyds of korrek ingelig was oor die gebrek van die kind, hulle die swangerskap betyds sou laat beëindig het. Die Amerikaanse juriste se toepassing van die siviele proses- en bewysreg asook die "law of torts" is geensins ondoeltreffend nie en geregverdigde eise behoort van bedrieglike eise onderskei te kan word. Dit is ook onnodig vir die Amerikaanse wetgewer om in besonder te handel met die tipe wanpraktyksdelikte waar die howe by magte is om volgens die gemenerereg daarvoor uitsluitel te gee.

In kort: die delikspleger is deliktueel aanspreeklik vir skade wat die voorsienbare resultaat is van sy nalatigheid en aangesien deliktuele aanspreeklikheid verantwoordelikheid meebring, is volle skadevergoeding noodsaaklik vir die gelede skade/nadeel. Aanneming of aborsie blyk tereg volgens die oorgrote meerderheid van die Amerikaanse howe se uitsprake nie redelike stappe te wees om die mitigasieplig uit te oefen nie.

"Action for wrongful conception" in die Suid-Afrikaanse reg

Die aksies gebaseer op ongewenste swangerskappe of geboortes blyk 'n realiteit in die Suid-Afrikaanse reg te wees, ondanks onverklaarbare pessimisme daaroor. Die aksies kan deliktueel of kontraktueel gefundeer word.¹⁷

Mediese wanpraktyk het normaalweg 'n deliktuele basis. 'n Geneesheer is deliktueel aanspreeklik in die Suid-Afrikaanse reg waar hy/sy nie die nodige

¹⁷ Byvoorbeeld *Behrman v Klugman* 1988 (W) ongerapporteerde – die aksie was gebaseer op beweerde kontrakbreuk met beweerde nalatigheid in die alternatief. *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) – die aksie was gebaseer op kontrakbreuk omdat die eiser versuim het om die tydsbepaling van 'n aanmaningskrywe aan 'n owerheidsinstansie na te kom en gevolglik nie deliktueel kon eis nie. *Chalk v Fassler* ongerapporteerde WPA-beslissing soos bespreek in Strauss 1995 SAPM 12-13 16 – die aksie was kontraktueel gebaseer. *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) – die aksie was deliktueel en kontraktueel gebaseer. *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) – die aksie was deliktueel gefundeerd. *Samahie v KwaZulu Natal Provincial Administration* ongerapporteerde beslissing – die aksie was deliktueel van aard. Richard 16 Junie 1996 *Sunday Times* 2. Uit die ongerapporteerde beslissings van *Thomas v Kaaplandse Provinsiale Administrasie* (*Die Burger* 17 Februarie 1993 8); *Weldrick v Moller* (*Die Volksblad* 13 Augustus 1996 3); *Van Loggerenberg v Pilcher* (*Rapport* 18 Julie 1997) en *Mattheus v Graubard* (*Beeld* 15 Mei 1997) blyk dit onge-

sorg en vaardigheid aan die dag gelê het wat van 'n redelike geneesheer in dié betrokke situasie verwag word nie en gevolglik is daar 'n kousale verband tussen sy nalatige optrede en die nadeel wat die pasiënt tref.¹⁸ Skade of nadeel kan deliktueel, ook wat mediese wanpraktykseise aanbetref, met die *actio legis Aquiliae*¹⁹ en die aksie vir pyn en lyding²⁰ verhaal word.

Met die *actio legis Aquiliae* kan skadevergoeding in geldvorm verhaal word vir gelede sowel as vir toekomstige vermoënskade. Daar behoort met dié aksie uit die volgende gelede en toekomstige vermoënskade geëis te kan word vir:

- mediese uitgawes en hospitaalkoste²¹ vir die mislukte sterilisasie;
- mediese uitgawes en hospitaalkoste vir die regstellende sterilisasie-operasie;
- mediese uitgawes en hospitaalkoste vir die bevalling;
- mediese uitgawes en hospitaalkoste vir die voor-geboorte stadium;
- mediese uitgawes en hospitaalkoste vir die na-geboorte stadium;
- koste verbonde aan die grootmaak en opvoeding van 'n onbeplande kind;
- verlies aan inkomste;²²

lukkig nie uit die beriggewings deur hofverslaggewers wat die basis van die aksies is nie.

¹⁸ Byvoorbeeld 'n sterilisasie is geensins uitgevoer nie of nie na behore uitgevoer nie (dws 'n onsuksesvolle resultaat), konsepsie het teen die wens van die persoon plaasgevind en 'n ongewenste/onbeplande swangerskap en geboorte het gevolg.

¹⁹ Nalatigheid is die vereiste skuldvorm.

²⁰ Nalatigheid is die vereiste skuldvorm.

²¹ Dié koste behoort tot die ouderdom van 18 jaar of totdat die kind selfonderhoudend word, vergoed te word deur die delikspleger (geneesheer). Die laasgenoemde aanspreeklikheidsperk moet egter 'n billike perk wees aangesien daar van die benadeelde pasiënt verwag kan word om sy/haar skade redelikerwys te beperk (mitigasieplig) sodat die delikspleger nie aanspreeklik gestel word vir skade wat beperk of verhoed kon gewees het nie.

²² Sien Hoofstuk 3 1.2 vir 'n kort bespreking.

- verlies aan verdienvermoë (toekomstige inkomste)²³ asook
- suiwer ekonomiese verlies as gevolg van nalatige wanvoorstelling.²⁴

Kortom: 'n Eis vir skadevergoeding word deliktueel ingestel waar die eiser haar of hom in 'n swakker posisie bevind na die delikpleging as voor die pleging. Met die aksie vir pyn en lyding word kompensasië in geldvorm betaal vir persoonlikheidsnadeel (nie-vermoënskade). 'n Benadeelde pasiënt behoort die volgende te kan eis met dié aksie:

- kompensasië vir pyn en lyding²⁵ tydens die swangerskap;
- kompensasië vir pyn en lyding tydens die bevalling;
- kompensasië vir pyn en lyding tydens die na-geboorte stadium;
- kompensasië vir pyn en lyding tydens die regstellende sterilisasië-operasië;
- kompensasië vir verlies aan lewensgeniëting en
- kompensasië vir verkorte lewensverwagting.²⁶

Kompensasië behoort dus geëis te kan word vir pyn en lyding, verlies aan lewensgeniëtinge en verkorting van lewensverwagting.

Die kontraktuele basis van 'n mediese wanpraktykseis is minder bekend aan die Suid-Afrikaanse reg. Ingevolge 'n ooreenkoms gee die pasiënt die geneesheer 'n mandaat om die pasiënt medies te ondersoek, 'n diagnose te maak en te behandel. Versuim die geneesheer om die nodige sorg en vaardigheid in die uitvoering van 'n ooreenkoms aan die dag te lê, of voer die

²³ Sien Hoofstuk 3 1.3 vir 'n kort bespreking.

²⁴ Sien *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA).

²⁵ Sien Hoofstuk 3 1.3 vir 'n kort bespreking.

²⁶ Waar die benadeelde weens die nadelige gevolg van die delikspleger se nalatige optrede nie meer aan die lewensaktiwiteite soos voorheen kan deelneem nie of waar die

geneesheer die mandaat nie uit nie,²⁷ is die geneesheer aanspreeklik op grond van kontrakbreuk en vir die betaling van skadevergoeding. Weens die persoonlike en vertroulike aard van mediese dienste, is dit te betwyfel of Suid-Afrikaanse howe 'n bevel vir spesifieke nakoming vir die lewering van mediese dienste sal verleen.

Dit blyk problematies te wees om die inhoud van 'n kontrak (veral die gee van 'n waarborg) tussen geneesheer en pasiënt te bewys. Die howe is by ontstentenis aan 'n uitdruklike waarborg huiwerig om 'n stilswyende of ongekwalifiseerde waarborg in 'n kontrak in te lees.²⁸

Om 'n kontrak tussen pasiënt en geneesheer op skrif te stel, 'n verskynsel wat nog grootliks onbekend is in die Suid-Afrikaanse mediese kringe, hou vir beide partye voordele in. Skrif gee vergestaltung aan die inhoud van die kontrak, dit gee die regte en verpligtinge van die partye weer, dit dui aan of daar 'n waarborg²⁹ tot 'n suksesvolle resultaat gegee is en dit spesifiseer ook 'n geskilbeslegtingsmetode³⁰ aan indien daar 'n geskil tussen die partye sou ontstaan.

benadeelde se natuurlike lewensverwagtinge deur die benadeling verkort is, kan kompensasie geëis word. Sien Hoofstuk 3 1.3.

²⁷ Bv in die *Edouard*-saak (*Edouard v Administrator*, Natal 1989 2 SA 368 (D)) het die eiser skadevergoeding geëis op grond van kontrakbreuk vanweë die versuim om 'n pasiënt te steriliseer. Bv in die *Chalk*-saak (*Chalk v Fassler* ongerapporteerde WPA-beslissing) het die eiseres skadevergoeding geëis vir verlies aan inkomste en onderhoudskoste vir die onbeplande kind.

²⁸ In *Chalk v Fassler* is met die vraag gehandel of 'n onderneming om 'n aborsie uit te voer *per se* 'n klousule van die kontrak is dat die aborsie beslis suksesvol sal wees en dat 'n onsuksesvolle sterilisasie die geneesheer aanspreeklik sal stel vir skadevergoeding op grond van kontrakbreuk. Die regter het daarop gewys dat die risiko van mislukking verbonde aan 'n aborsie so afdoende is dat 'n chirurg nie 'n waarborg van sukses sal gee nie. Die regter moes myns insiens onderskei het tussen die suksespeil van aborsies en die gesondheidsrisiko's/komplikasies wat kan intree nadat 'n aborsie uitgevoer is. Die mediese ingreep van aborsie is so 'n tipe operasie waar die metodes wat gebruik word om die foetus te verwyder nie veel ruimte laat vir feilbaarheid nie. Dat komplikasies kan intree na die aborsie, is gewis vanweë die impak wat die ingreep kan hê op die gesondheid van die pasiënt.

²⁹ Sien Aanhangsel A waar die Toestemming tot Sterilisasie óf as aanhangsel tot die gesondheidsorg/diens kontrak kan dien óf self as kontrak kan dien met die nodige aanpassing.

³⁰ Sien Hoofstuk 6 waar die onderskeie toepaslike geskilbeslegtingsmetodes aangedui is.

In die *Edouard*-saak het beide die hof *a quo* en die Appèlhof die skadevergoedingseis vir nie-vermoënskade³¹ op grond van kontrakbreuk geweier. Verskeie redes³² vir die bevinding is deur dié howe aangevoer:

- Dit sal onvanpas wees om dié tipe eis by die kontraktereg in te voer aangesien dit eerder by die deliktereg tuishoort.³³
- Wanneer 'n delikselement soos liggaamlike besering (nadeel) by kontrakbreuk ter sprake kom, kom dit daarop neer dat 'n "parasietelement" in die gebied van die kontraktereg, waar skadevergoeding alleenlik vir vermoënskade verhaal kan word, ingevoer word.³⁴
- Die Appèlhof is nooit versoek om die geldigheid van die skadevergoedingseis vir nie-vermoënskade op grond van kontrakbreuk met 'n kontraksaksie te beslis nie.³⁵
- Geen hofbeslissing kon gevind word waar 'n eis vir skadevergoeding vir nie-vermoënskade op grond van kontrakbreuk toegestaan is nie³⁶ en die *Edouard*-saak was die eerste waarin die vraag na vore gekom het.³⁷

³¹ Pyn en lyding, verlies aan lewensgenietinge, emosionele skok, ongerief, ontsiering - alles voortspruitend uit liggaamlike nadeel. *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 385J-386B.

³² Sien die volledige bespreking van die hof *a quo* en Appèlhof se uitsprake in Hoofstuk 3.2.2.7 Die hof ten opsigte van nie-vermoënskade en 2.3.3 Kruisappèl van respondent en beslissing van die hof.

³³ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 386D 394D-H 395D-E 369B F. Sien ook *Government of the Republic of South Africa v Ngubane* 1972 2 SA 601 1980 2 SA 814 (A).

³⁴ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 386E-F waarin verwys word na De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 202 asook Wessels *Law of Contract* par 3196 en 3197 ter steuning van die deliktuele basis.

³⁵ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 387A-C. Dit is ook as rede aangevoer waarom die Appèlhof in *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) nie *Jockie v Meyer* 1945 AD 354 wou aanvaar as gesag vir dié standpunt nie.

³⁶ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 388B-C; *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 594A-B.

³⁷ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 594F-595C.

- Die aangehaalde hofbeslissings waar skadevergoeding toegeken is vir ongerief bied nie gesag vir die uitbreiding van die algemene reël in die Romeins-Hollandse reg nie.³⁸
- Ingevolge die gevestigde gemeenregtelike beginsels mag skadevergoeding vir nie-vermoënskade nie toegestaan word in geval van kontrakbreuk nie.³⁹
- Die Appèlhof sal nie die gemenerereg goedsmoeds wysig of aanpas sonder geldige redes nie, soos byvoorbeeld op grond van motiveerbare en gefundeerde beleidsoorwegings.⁴⁰
- Wysiging of aanpassing moet deur die wetgewer en nie deur die hof plaasvind.⁴¹
- Dit is onseker in welke mate die Suid-Afrikaanse hof beïnvloed was deur die Engelse reël dat nominale skadevergoeding toegelaat mag word in geval van kontrakbreuk.⁴²
- Die hof is gekant teen kasuïstiese, stuksgewyse veranderinge, veral waar daar 'n bestaande deliktuele remedie vir nie-vermoënsverlies beskikbaar is.⁴³
- Die hof wil nie 'n verandering in dié verband toelaat nie aangesien uitbreiding van hierdie soort skadevergoeding die deur kan oopmaak vir 'n groot aantal kontraksaksies waarvan elkeen die potensiaal het vir

³⁸ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 388B-C; *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 594A-B.

³⁹ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 386F en 388A verwys na Voet 45.1.9 en 9.2.11 en 39.2.1; *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 596E-F.

⁴⁰ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 596G-H.

⁴¹ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 596F-H.

⁴² *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 594F-595C.

⁴³ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 389C-391D.

die verhaal van een of ander vorm van nie-vermoënskade (byvoorbeeld teleurstelling en geestelike of emosionele trauma).⁴⁴

- Skuld speel geen rol in die berekening van 'n skadevergoedingseis weens kontrakbreuk nie. Gevalle kom voor waar 'n party miskien geen deliktuele aksie het nie omdat skuld nie bewys kan word nie, maar dan wel skadevergoeding met 'n kontraksaksie vir dieselfde nadeel/skade kan verhaal.⁴⁵
- 'n Kontraktuele aksie vir skadevergoeding is oordraagbaar maar 'n deliktuele eis vir pyn en lyding nie. Indien 'n eis vir nie-vermoënsverlies kontraktueel akkommodeer kan word, sal die kontraktuele eis (en nie 'n deliktuele eis nie) oordraagbaar wees by afsterwe van die benadeelde.⁴⁶
- 'n Party wat kontrakbreuk pleeg is bo en behalwe vir die daadwerklike verlies wat daaruit voortspruit, ook aanspreeklik vir verliese wat binne die redelike verwagtinge van die partye lê. Die fouterende party is dus ook aanspreeklik vir skade/verlies wat nie regstreeks veroorsaak is nie, ongeag wat die omvang of erns daarvan is. Kragtens die deliktereg is die fouterende party in 'n beter posisie om die gevolge van sy onregmatige daad te voorsien.⁴⁷

Ondanks die Appèlhofbeslissing in *Administrator, Natal v Edouard*⁴⁸ is ek van mening dat die skadevergoedingseis vir nie-vermoënskade op grond van kontrakbreuk wel verhaalbaar is met 'n kontraksaksie en ek beveel dit om die volgende redes aan:

⁴⁴ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 393H-394C.

⁴⁵ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 597E-F.

⁴⁶ *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 597E-F.

⁴⁷ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 393H-394C. Die tydstip van voorsienbaarheid van skade is die tydstip van die pleeg van die onregmatige daad.

⁴⁸ 1990 3 SA 581 (A).

- Indien dié tipe nadeel binne die partye se oorweging was ten tye van kontraksluiting as 'n moontlike gevolg van kontrakbreuk, behoort die nadeel gekompenseer te word.
- Te oordeel aan regter Thirion se begripsoms krywing van pyn en lyding, is dit 'n omvattende term vir fisiese pyn, skok, ongerief, ontsiering en verlies van lewensgenietinge, alles voortspruitend uit liggaamlike nadeel, dit wil sê nie-vermoënskade.⁴⁹ Die regter gaan voort deur 'n reeks hofbeslissings uit te wys waarin skadevergoeding toegeken is as gevolg van ongerief,⁵⁰ maar weier desondanks die eis vir nie-vermoënskade op grond van kontrakbreuk.
- Christie, 'n kenner van die kontrakreg, is 'n voorstander van die kwalifisering van die algemene reël, naamlik dat benewens die algemene reël waar skadevergoeding geëis kan word vir vermoënskade op grond van kontrakbreuk, skadevergoeding ook geëis behoort te kan word vir ongerief, dit wil sê, vir nie-vermoënskade. Christie steun op *Jockie v Meyer*⁵¹ waarin goedkeuring verleen is aan 'n reeks beslissings⁵² waarin *Burton v Pinkerton* nagevolg is.⁵³
- Hoewel regter Thirion ongerief, 'n vorm van pyn en lyding as 'n liggaamlike nadeel, dit wil sê nie-vermoënsverlies tipeer, handhaaf hy

⁴⁹ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 385J-386B.

⁵⁰ *Burton v Pinkerton* 1867 LR 2 EX 340; *Smith and Watermeyer v Union Steamship Co* (1867) 5 SEARLE 311; *Ward v Gardner* (1905) 16 EDC 73; *Reed v Eddles* 1920 OPD 69; *Bester v Smit* 1976 4 SA 751 (K) 1977 3 SA 818 (K); *Commissioner of Public Works v Dreyer* 1910 EDL 325; *Bennett v Shaw* (1902) 19 SC 248.

⁵¹ 1945 AD 354.

⁵² *Burton v Pinkerton* 1867 LR 2 EX 340; *Smith and Watermeyer v Union Steamship Co* (1867) 5 SEARLE 311; *Ward v Gardner* (1905) 16 EDC 73; *Reed v Eddles* 1920 OPD 69; *Bester v Smit* 1976 4 SA 751 (K) 1977 3 SA 818 (K); *Commissioner of Public Works v Dreyer* 1910 EDL 325; *Bennett v Shaw* (1902) 19 SC 248.

⁵³ 1867 LR 2 Ex 340. Hoewel regter Thirion Christie kritiseer omdat die Appèlhof nooit in die *Jockie*-saak versoek is om oor die geldigheid van die eis te beslis nie, het die Appèlhof ook nie 'n negatiewe obiter-opmerking gemaak nie. Wessels se kritiek op Christie se standpunt is totaal ongegrond aangesien die hofsake waarop Christie steun vir sy standpunt wel op kontrak gebaseer is. Regter Thirion gee Christie gelyk wat dit die kontraksbasis aanbetref. *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 387A-C G; Christie *The Law of Contract in South Africa* 523-524.

myns insiens met respek 'n te eng siening wat regsontwikkeling kniehalter. Aan die een kant maak hy ruimskoots voorsiening vir 'n breë terminologie, maar andersyds laat hy toe dat die benadeelde verder benadeel word deur die afwysing van nie-vermoënsverlies op grond van kontrakbreuk.

- Die feit dat net 'n troosgeld (*solatium*) betaal word as kompensasie vir liggaamlike nadeel en die nadeel vir nie-vermoënsverlies nie in geldwaarde na behore vergoed kan word nie, ontmoedig tog nie die eis nie. Om nie-vermoënsverlies op grond van kontrakbreuk in Street se woorde as "the parasitic element of damage found in the field of contract" te bestempel, is ongefundeerd en onjuis.⁵⁴
- Die eng siening van regter Thirion word ook verder geïllustreer in sy verwysing na die Engelse reg en die invloed daarvan op die Suid-Afrikaanse reg. Ondanks die feit dat die regter na goeie Engelse gesag verwys, wil hy nie 'n kasuïstiese en stuksgewyse benadering volg wanneer verandering in die Suid-Afrikaanse reg voorgestaan word nie.⁵⁵ Hy verwys na McGregor⁵⁶ wat drie verskillende hoofde van skadevergoedingseise vir nie-vermoënsverlies weens kontrakbreuk onderskei, naamlik fisiese ongerief, pyn en lyding, verlies aan lewensgenieting en lewensverwagting en angs/kommer. Die regter⁵⁷ volstaan egter deur te verwys na die afwykende *House of Lords*-hofbeslissing⁵⁸ waarin nie-vermoënskade geweier is.
- Om 'n oorvloed van skadevergoedingseise vir nie-vermoënskade op grond van kontrakbreuk te vrees as sou elke geval van kontrakbreuk aanleiding gee tot teleurstelling en tot 'n skadevergoedingseis vir nie-

⁵⁴ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 386F.

⁵⁵ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 389C-391D.

⁵⁶ McGregor *Damages* par 65 soos aangehaal in *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 388E-389A.

⁵⁷ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 389A.

⁵⁸ *Addis v Grammophone Co Ltd* 1909 AC 488.

vermoënskade (wat voorheen nie die geval sou wees nie), is 'n oordrewe standpunt en een wat myns insiens te veel deur Kerr beïnvloed is.⁵⁹ Dit plaas 'n onaanvaarbare vraagteken op die regbank se onderskeidingsvermoë om 'n gefundeerde eis van 'n ongefundeerde eis te onderskei en oewerlose aanspreeklikheid hok te slaan.

- Wat die howe egter uit die oog verloor, is gevalle waar 'n benadeelde nie meer 'n deliktuele eis kan instel teen die delikspleger nie, byvoorbeeld as gevolg van tydsbeperkinge as gevolg van die vervaltermyne wat op deliktuele eise van toepassing is. Dit laat 'n onbevredigende gevoel.⁶⁰
- Die Suid-Afrikaanse reg is armer daaraan toe omdat 'n konserwatiewe en oorversigtige benadering gevolg word. Die regsprekende gesag is veronderstel om die subjek-subjekverhouding te harmoniseer en enige balansversteuring te herstel.
- Die uitspraak teen die toekenning van nie-vermoënskade op grond van kontrakbreuk laat 'n mens met "some sense of uneasiness".⁶¹
- Nie-vermoënskade gebaseer op kontrakbreuk is myns insiens binne die oorweging van die partye ten tye van kontraksluiting. Die swangerskap, ongerief, pyn en lyding, verlies aan lewensgenieting, die geboorte en die onderhoud van 'n ongewenste kind, is alles regstreekse en natuurlike gevolge wat uit die kontrakbreuk voortspruit, en wat binne die oorweging van die partye by kontraksluiting as moontlike gevolge van kontrakbreuk val.

⁵⁹ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 393E-G; Kerr *The Principles of the Law of Contract* 438.

⁶⁰ Weens die tydsbeperking in terme van die *Wet op Beperking van Regsgedinge (Provinsiale en Plaaslike Besture)* 94 van 1970 moes die Edouards die eis kontraktueel baseer.

⁶¹ Taitz 1991 *THRHR* 142.

Die kritiek ten opsigte van die "action for wrongful life" word in die Suid-Afrikaanse reg in die saak van *Friedman v Glicksman*⁶² in ooreenstemming met die heersende Amerikaanse standpunt hanteer, wat myns insiens korrek is. Verskeie redes vir die weiering van sodanige aksie word aangevoer:

- Aangesien die eisorsaak by hierdie tipe aksie ontbreek, word die belangrikste vraag, naamlik of 'n onregmatige daad gepleeg is, onbeantwoord gelaat.
- Daar bestaan geen regsbasis in Suid-Afrika vir die berekening van skadevergoeding wat namens die kind geëis word nie. Die hof is nie in staat om die waarde van nie-bestaan en die waarde van 'n gebrekkige bestaan met mekaar te vergelyk nie.⁶³
- Die aksie is *contra bonos mores* en teen die openbare beleid.⁶⁴

Net soos daar in die Amerikaanse howe groot gewag gemaak is van die openbare beleid en die vraag of die aksie vir ongewenste swangerskap *contra bonos mores* is vir soverre die grootmaakkoste vir 'n gesonde, normale, onbeplande kind geëis kan word, is daar in die Suid-Afrikaanse howe⁶⁵ ook met die kwessie gehandel.

⁶² 1996 1 SA 1134 (W) 1140D-F. Sien die bespreking van die enigste hofsaak wat tot dusver in die Suid-Afrikaanse reg verwys het na die "action for wrongful life" en vir oorweging van so 'n tipe eis. Hoofstuk 3 2.5.4 Beslissing.

⁶³ *Friedman v Glicksman* 1996 1 SA 1134 (W) 1139I-1142C verwys na die Amerikaanse standpunt dat 'n lewe met of sonder fisiese gebreke meer waardevol is as geen lewe. 'n Aanneme deur die hof wat nie noodwendig waar is nie, maar hoogstens 'n onge-toetste stelling, hoewel die stelling nie "toetsbaar" is aangesien niemand in staat is om 'n lewe met nie-bestaan te vergelyk nie.

⁶⁴ Sien die Amerikaanse regspraak soos aangehaal in Hoofstuk 2 waaronder vn 177 *Curlender v Bio-Science Laboratories* 106 Cal App 3d 811 165 Cal Rptr 477 (1980); wat die minderheidstandpunt verteenwoordig en wel skadevergoeding toegestaan het.

⁶⁵ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 372H-385E.

Die Suid-Afrikaanse howe het myns insiens ongelukkig nie voldoende aandag gegee aan die onderskeie standpunte⁶⁶ rakende die houdbaarheid en omvang van die onderhoudseis as skadevergoedingseis nie.

Daar is tereg in die *Edouard*-saak⁶⁷ beslis dat die kontrak vir sterilisasie geldig en afdwingbaar is. Ongelukkig plaas die hof, in die lig van die heersende openbare mening, 'n konserwatiewe demper op kontrasepsie, enersyds omdat die *man se toestemming* vereis word, wat onnodig is⁶⁸ en andersyds omdat die indruk gelaat word dat sterilisasie slegs vir getroude pare 'n aanvaarde vorm van kontrasepsie is, hoewel dit tog sekerlik ook deur pare wat saamwoon, toegepas kan word.

Die gunstige opmerking in die *Edouard*-uitspraak ten opsigte van die Staat se gesinsbeplanningsveldtogte in belang van die gemeenskap met die doel om bevolkingsgroei te beperk en 'n redelike lewenstandaard daar te stel, is te verwelkom.⁶⁹

Die howe pas die gemeenskapshoudings en –waardes in hofbeslissings toe mits dit algemeen in die gemeenskap aanvaar word en dit duidelik is dat dit in belang van die welvaart van die gemeenskap en vir 'n gesonde gemeenskapsbelang geld. Hierdie waardes en beleidsoorwegings het al tot regsreëls ontwikkel. Howe wend dit aan om van aanvaarde regsreëls af te wyk of dit te wysig ten einde regsontwikkeling deur middel van nuwe regsreëls te bevorder.

Die algemene beginsel vir die berekening van skadevergoeding vergestalt die openbare beleid. Die benadeelde party is geregtig om in dieselfde posisie geplaas te word waarin hy sou wees indien die kontrak behoorlik uitgevoer

⁶⁶ Soos volledig uiteengesit in Hoofstuk 2 3.2 Skadevergoedingstendense in die VSA, 3.3 Die problematiek rakende die berekening van skadevergoeding met besondere verwysing na kostes verbonde aan die grootmaak van 'n kind en 2.3.4 Beperking van skade.

⁶⁷ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 372H-J.

⁶⁸ Eie kursivering.

⁶⁹ *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) 376A-B.

was of in 'n posisie geplaas te word waarin hy sou wees indien die delik nie gepleeg was nie.

Die Suid-Afrikaanse howe het met die *Edouard*-saak die geleentheid⁷⁰ gehad om van die wesentlike besware teen die toekenning van skadevergoeding in die vorm van grootmaakkoste soos geopper in talle Amerikaanse hofsake en ook in die *Edouard*-saak self, te oorweeg.

Dit is vreemd dat die hof, ondanks al die besware wat geopper is,⁷¹ nie die openbare moraliteitsoorwegings na behore, indien enigsins, in aanmerking geneem het nie, maar tot gevolgtrekking gekom het dat dié tipe eis nie teen die openbare beleid⁷² is nie. Die hof het oorwegend op die doelmatigheids-oorwegings gekonsentreer, wat nie 'n gemene deler met die moraliteitsoorwegings het nie.

Die Amerikaanse howe is uit hoofde van die openbare beleid oorwegend teen die bestaan van skadevergoeding vir die grootmaakkoste van 'n normale, gesonde kind gekant en dit sou vir die Suid-Afrikaanse howe aanbeveel te wees om wel die openbare moraliteitsoorwegings onder die soeklig te plaas.

Regter Thirion se mening dat dié tipe eise min voorkom en alleen kontrakterende partye raak, is met respek, foutief. Hierdie tipe eise, gebaseer op mislukte kontraseptiewe metodes en middels, is aan die toeneem namate groter eise deur die publiek aan die mediese wetenskap en praktyk gestel word. Baie van die eise word buite die hof geskik en sake wat op die hofrolle voorkom, is nie werklik 'n getroue weergawe van die werklike hoeveelheid van die eise wat voorkom nie. Die eise raak myns insiens nie net die kontrakterende partye nie. Ongeag of die eis kontraktueel of deliktueel

⁷⁰ Sien Hoofstuk 3 2.2.4 Die hof ten opsigte van *boni mores* (c) Openbare beleidsoorwegings by die toekenning van skadevergoeding.

⁷¹ Sien Hoofstuk 3 2.2.4 (c) (i) Openbare moraliteitsoorwegings; *Edouard v Administrator*, Natal 1989 2 SA 368 (D) 380E-381C.

⁷² *Edouard v Administrator*, Natal 1989 2 SA 368 (D) 380B-385G.

gebaseer word, is die dokter-pasiëntverhouding gewoonlik vervat in 'n mondelinge ooreenkoms. Die hantering en beslissing van dié tipe eise is van kardinale belang vir die benadeelde pasiënt sowel as die beweerde delikspleger-geneesheer. Die pasiënt wil na behore vergoed word. In geval van 'n delik wil die benadeelde in die posisie geplaas word asof die delik nie plaasgevind het nie en in geval van kontrakbreuk wil die benadeelde in die posisie geplaas word waarin hy sou wees indien die kontrak na behore uitgevoer is. Daar moet egter in hierdie delikate kwessie, daadwerklik gepoog word om medici nie met nadelige beslissings tot die nie-lowering van sekere mediese dienste of die lowering van negatiewe mediese dienste aan te spoor nie. Regter Thirion se siening dat 'n geneesheer sy aanspreeklikheid kan ontkom deur aldus te kontrakteer, is myns insiens, met respek, 'n verkeerde siening. 'n Geneesheer behoort nie toegelaat te word om die gevolge van 'n nalatige/opsetlike handeling te ontkom nie. Aanspreeklikheid vir nadelige gevolge wat natuurlikerwys ingetree het en waarvoor die geneesheer nie regtens verwyt kan word nie, kan egter wel uitgesluit word.

Dieselfde argument sal ook geld indien die eis kontraktueel gebaseer word, want 'n geneesheer wat nie sy kontraktuele verpligtinge met die nodige vaardigheid/deskundigheid uitvoer nie, of nie sy ooreengekome kontraktuele verpligtinge nakom nie, behoort nie toegelaat te word om sy aanspreeklikheid kontraktueel uit te sluit nie, ondanks die feit dat skuld nie 'n rol speel nie.

Die siening van die Appèlhof was in meer as een opsig te verwelkom. Wat die Appèlhof se terminologie met betrekking tot die aksie betref, naamlik "pregnancy claim" in teenstelling met die verkeerde terminologie van die hof *a quo*, naamlik "action for wrongful birth", is die Appèlhof se terminologie baie meer aanvaarbaar. Die Appèlhof het ook nie geskroom om van die moraliteitsoorwegings wat deur die verweerder (appellant) geopper is, te vergelyk met soortgelyke Amerikaanse moraliteitsoorwegings nie. Hierby word die gedagte dat die geboorte van 'n normale en gesonde kind nie 'n nadeel vir die

ouers is nie en dat die ouerskapslas nie vergelykbaar met ouerskapsvoordele is nie, ingereken.⁷³

Die korrekte standpunt is myns insiens die volgende: onregmatigheid is nie geleë in die ongewenste geboorte van die kind nie, maar in die voorafgaande kontrakbreuk (of delik) wat tot die geboorte van die kind en die gevolglike finansiële verlies aanleiding gegee het.⁷⁴ Appèlregter Van Heerden bevraagte tereg die oorwoë Amerikaanse siening dat onregmatigheid slegs bestaan in gevalle van konsepsie/geboorte van 'n siek of abnormale kind en nie in geval van 'n normale en gesonde kind wat verwek/gebore is nie.

Die Suid-Afrikaanse Appèlhof het egter, sonder om na die "full recovery"-reël te verwys, aanklank gevind by van die redes waarom grootmaakkoste verhaal moet word. Tereg wys die Appèlhof op die feit dat 'n gesonde en normale onbeplande kind nie altyd 'n seën is nie; so 'n kind kan 'n dwelmverslaafde of selfs 'n psigopaat wees wat gewis nie die ouers in enige opsig bevoordeel nie. Die feit dat 'n kind nie vir aanneming aangebied is nie maar gehou is, laat die "emotional bastard"-teorie faal. Grootmaakkoste word nie deur 'n "surrogaatouer" (die geneesheer) betaal ter nakoming van 'n onderhoudsplig nie, maar word addisioneel betaal tot die onderhoudskoste wat die ouers verplig is om uit hoofde van ouerskap/onderhoudsplig⁷⁵ te betaal. Grootmaakkoste dra addisioneel by tot die onderhoudsplig en vervang nie die onderhoudsplig as sodanig nie.

Kortom: die nadeel veroorsaak deur die nalatige optrede van die geneesheer lê nie in die menselewe of ouerskap nie, maar in die onbeplande en ongewenste geboorte. Gevolglik word skadevergoeding geëis vir skade wat die ouers nooit sou gehad het as dit nie vir die nalatigheid van die geneesheer was nie. Al hou ouerskap voordele in waaronder vreugde en liefde die ver-

⁷³ Die kind is 'n seën, 'n rede tot feesviering en nie 'n nadeel wat gekompenseer moet word nie. Binne die waardesisteme wat in 'n gemeenskap geld, mag die voordeel van lewe nie minder weeg as die uitgawes om lewe te onderhou nie.

⁷⁴ Hierdie standpunt verteenwoordig die minderheidstandpunt.

⁷⁵ Die onderhoudsplig is onlosmaaklik deel van ouerskap.

naamste is, doen dit nie afbreuk nie aan die feit dat die ouers juis kontraseptiewe voorsorg geneem het om die konsepsie/swangerskap te voorkom.

Wat die doelmatigheidsoorwegings⁷⁶ aanbetref het die hof *a quo* in die *Edouard*-saak gewys op die problematiek in die berekening van skadevergoeding, maar tog ook daarop gewys dat die hof nie 'n *non possumus*-houding moet hê nie. Die probleem is nie onoorbrugbaar nie. Vrese ten aansien van onbeperkte aanspreeklikheid en 'n toename in dié tipe sake, is ongegrond. Beginsels met betrekking tot die verwyderdheid van skade⁷⁷ en die bepaling van skadevergoeding is voldoende beperkings op die *quantum* van skadevergoeding.

Dit is egter jammer dat die hof *a quo* in die *Edouard*-saak, wat die berekening van skadevergoeding aanbetref, slegs na die spekulatiewe aard en onrealistiese omvang van grootmaakkoste as skadevergoeding verwys het en nie na die onderskeie teorieë oor die berekening van skadevergoeding nie.

Regter Goldblatt dui in *Friedman v Glicks*⁷⁸ aan dat die Amerikaanse regspraak goed binne die *Aquiliense* aksie pas.⁷⁹ Dit geld veral ten opsigte van die nadeel/skade element waarop in die navorsing gekonsentreer is en waarby die Suid-Afrikaanse hof by die Amerikaanse reg baat kan vind. Soos aangedui, is dit ongelukkig nie altyd behoorlik na waarde geskat en toegepas nie.

Afgesien van die problematiek met betrekking tot die materiële regsaspekte van die "action for wrongful conception", bestaan daar ook problematiek in verband met die beslegting van mediese wanpraktyksgeskille. Regsprakti-

⁷⁶ Sien Hoofstuk 3 2.2.4 (c) (ii) Doelmatigheidsoorwegings.

⁷⁷ "Remoteness of damages".

⁷⁸ 1996 1 SA 1134 (W) 1139G-1140A.

⁷⁹ Daar moet egter nie uit die oog verloor word dat die Amerikaanse deliktereg met die sogenaamde "duty to take care"-beginsel werk terwyl in die Suid-Afrikaanse reg dit nie 'n skuld-element is nie, maar 'n onregmatigheidselement. Die skuldelement in die Suid-Afrikaanse deliktereg is dié van die redelike man.

syns ondervind omvangryke bewys- en prosesregtelike probleme en mediese praktisyne, hetsy as 'n party tot 'n siviele geding of as mediese deskundige getuie, voel ontuis in 'n vreemde hofatmosfeer met die tipiese vyandige kruisondervraging eie aan die siviele litigasieproses. Benadeelde pasiënte ondervind eweneens probleme met lang, uitgerekte, duur en spanningsvolle hofsake.

Die Amerikaanse regstelsel plaas groot klem op die onaantasbaarheid van die regte van die pasiënt en geen geneesheer⁸⁰ word as verhewe bo die reg en die gemeenskap gestel nie. Die publiek verwag niks minder nie as gewaarborgde sukses. Die aantal buitensporige mediese wanpraktykseise neem toe⁸¹ en regspraktisyne floreer kostegewys in die "lawyers paradise". Mediese praktisyne reageer terug met die sogenaamde "silent medical treatment" deur onwilligheid om hulleself bloot te stel aan vyandige en beledigende kruisondervraging teen die betaling van lae getuiegelde. Sommige medici vermy sekere mediese behandeling waaraan groter risiko's as die gewone verbonde is en ander medici toon weer 'n oormatige versigtigheid wat tot onnodige, duur, uitgerekte toetsing van die pasiënt aanleiding gee. In hierdie gevalle word die pasiënt benadeel deur 'n ontsegging/weerhouding van mediese dienste of deur aangewese te wees op onbekostigbare mediese dienste. Ongeag of die bekende en geëerde vaderlike figuur van die Suid-Afrikaanse geneesheer plek begin maak vir 'n persoonlik onbetrokke geneesheer, is dit net soveel makliker om die "gesiglose" verweerder te dagvaar as die bekende. Die pasiënt het baie meer bewus geword van fundamentele regte en dring aan op beter gesondheidsdienste en –sorg, sosiale sekerheid, behuising, voedsel, kleding en werkseleenthede. Die pasiënt het verbruikersbewus geraak met die gevolg dat kwaliteitsdienste en –sorg verwag word. Te midde van medies-tegnologiese ontwikkeling en hoë vlakke van spesialisasie, word risiko's en ongewenste resultate moeiliker aanvaar en lei tot onrealistiese verwagtinge.

⁸⁰ Die sogenaamde "saint" figuur is vervang met 'n "gesiglose" verweerder as gevolg van die dehumanisering van en spesialisering in die mediese wetenskap.

⁸¹ Die toename van mediese wanpraktykseise word na verwys as die "unruly horse".

Van die geneesheer word die optrede van 'n *diligens paterfamilias* verwag, naamlik dat 'n redelike geneesheer die skade of nadeel redelikerwys sou voorsien en voorkom het.⁸² Die graad van sorg en vaardigheid wat redelikerwys van 'n geneesheer in 'n gegewe situasie verwag kan word, is grootliks 'n kwessie van getuienis. Vanweë 'n geneesheer se besondere kennis en vaardigheid ten opsigte van 'n mediese onderwerp, is 'n mediese deskundige getuie beter as 'n hof daartoe in staat om gevolgtrekkings te maak en 'n opinie oor die feite te vorm en is sulke opiniegetuienis toelaatbaar.

Die alternatiewe geskilbeslegtingsproses

Twee struikelblokke vir die medies-deskundige getuie is kruisondervraging en swak vergoeding in die vorm van getuiegelde. Die professionele kundigheid van die deskundige getuie asook die voorbereiding en aanbieding van die deskundige getuienis, bied grootskaalse ruimte vir indringende kruisondervraging. Te midde van 'n vreemde hofatmosfeer kan die deskundige vyandigheid ervaar wanneer sy kennis, insig, ervaring, kundigheid en integriteit tot die uiterste beproef word deur opposisionele regsverteenwoordigers.

Dit word aanbeveel dat voorsittende beamptes hulle wye diskresie om misbruik of irrelevantheid uit te skakel, ten volle sal aanwend om vyandige, inkriminerende of beledigende kruisondervraging te verbied. Die hoofdoel van kruisondervraging is om die waarheid te bepaal, om getuienis aan die lig te bring wat 'n bepaalde party se saak bevorder en die juistheid van die teenkant se getuienis aan te veg en om die getuies van die teenparty se geloofwaardigheid te toets. Dit word aanbeveel dat daadwerklik besin moet word oor die streng formele adversatiewe stelsel waarin howe in die Suid-Afrikaanse reg 'n passiewe rol speel.⁸³

⁸² *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430.

⁸³ Sien die verwysing na die *Court Process Project* deur Griesel 2001 *De Rebus* 9 waarin 'n vereenvoudiging van die siviele prosesreg in die vooruitsig gestel word.

Prosessuele tegnieke uit die Amerikaanse reg wat die probleem met deskundige getuies kan ondervang, is egter tegnieke wat nie water hou nie.⁸⁴ 'n Prosessuele opname in Suid-Afrika lewer ook nie veel op nie. Bestaande prosedures wat wel nuttig aangewend kan word om deskundige getuienis behoorlik en op 'n aanvaarbare wyse te evalueer, is die assessor in die landdroshof, die skeidsregter in die Hooggeregshof en voorverhoorsamesprekings.

'n Assessor⁸⁵ in die landdroshof is 'n kundige en ervare persoon oor die onderwerp waaroor die geskil handel en word deur 'n party versoek om in 'n raadgewende hoedanigheid op te tree en 'n verslag oor die geskil uit te bring. 'n Algemene mediese praktisyn of mediese spesialis of professor in die mediese wetenskap is persone wie se bekwaamheid, reputasie en kundigheid van kardinale belang kan wees in die evaluering van mediese getuienis. Lae assessorstariewe, onnodige verdragings in hofprosedure en werkdruk veroorsaak dat assessore nie dikwels gebruik word nie. Indien die kwessies rakende tariewe en verdragings aangespreek kan word en 'n paneellys van beskikbare kundiges vooraf saamgestel kan word, kan assessore bydra tot die oplossing van die beslegtingsproblematiek.

In die Hooggeregshof⁸⁶ kan die hof, met toestemming van die partye, enige wetenskaplike of tegniese aangeleentheid wat 'n ondersoek verg, na 'n skeidsregter vir ondersoek en verslag verwys. 'n Verslag deur 'n skeidsregter kan deur die hof aanvaar word as 'n verslag wat die uitwerking van 'n hofbe-

⁸⁴ Sien Hoofstuk 4 (e) Prosessuele tegnieke. Die volgende is in Amerika op die proef gestel:

- (1) Gebruikmaking van gesaghebbende medies-wetenskaplike werke sonder om op *viva voce* medies-deskundige getuienis te steun.
- (2) Geneesheer word voor die voet gedagvaar om as getuienis op te tree.
- (3) Kruisondervraging word tydens die blootleggingstadium afgehandel.
- (4) Liberalisering van 'n mediese kwalifikasie in 'n spesifieke vertakking van die professie.

⁸⁵ Sien 3.1 (Hoofstuk 4) vir 'n volledige bespreking van assessore in die landdroshof.

⁸⁶ Sien 3.2 (Hoofstuk 4) vir 'n volledige bespreking van skeidsregters in die Hooggeregshof.

vinding het. Hierdie prosessuele tegniek is myns insien van onskatbare waarde aangesien die skeidsregter, wat 'n deskundige is oor die onderwerp waaroor die geskil handel, self die medies-deskundige getuienis afneem. So 'n werkwyse sal die deskundige getuie wat die hofatmosfeer as vreemd en ongemaklik kan ervaar, baie meer op sy gemak stel aangesien hy met begrip deur 'n medekundige aangehoor word en hy sy deskundige getuienis kan aflê sonder vrees vir afbrekende, vyandige kruisondervraging.

Regter Seligson het in *Montres Rolex SA v Kleinhans*⁸⁷ tereg op die leemte gewys wat in die *Wet op die Hooggeregshof*⁸⁸ in verband met die ondersoek na skadevergoeding deur 'n skeidsregter, bestaan. Benewens my aanbeveling vir sodanige uitbreiding van die skeidsregter se bevoegdhede, beveel ek ook aan dat dié prosedure gebruik moet word sonder dat dit vir die hof nodig is om die partye se toestemming vir die aanstelling van 'n skeidsregter vooraf te bekom.

Mediese deskundige getuies kan in voorverhoorsamesprekings byvoorbeeld ooreenkom oor watter mediese aangeleentheid wedersyds erken word en sodoende word die geskilpunte verminder en uitgestip. Voorverhoorsamesprekings hou baie voordele ter inkorting en afhandeling van 'n aksie in. Benewens die geskilpunte wat uitgeklaar word, is daar geleentheid vir wysiging van pleitstukke, verskaffing van verdere besonderhede wat redelikerwys vir verhoordoeleindes benodig word, blootlegging van stukke, voorbereiding van bundels vir die verhoor, skikkings, vermindering van deskundige getuies, rigtinggewing van die hofverrigtinge,⁸⁹ verwysing na 'n ander hof, verwysing na mediasie, arbitrasie of beslissing deur 'n derde party, skriftelike verklarings ter bewys van feite en welke dokumente (afskrifte) sonder verdere bewys as getuienis sal dien, konsolidasie van verhore en *quantum* van skadevergoe-

⁸⁷ 1985 1 SA 55 (K).

⁸⁸ Wet 59 van 1959.

⁸⁹ Bv 'n aanduiding op wie die onus om te bewys rus, die aanwysing wie met die verrigtinge moet begin, ensomeer.

ding. In kort, voorverhoorsamesprekings dien as voorraadopname om moeite en koste te beperk of te voorkom.⁹⁰

Hoewel voorverhoorsamesprekings⁹¹ deur regsverteenwoordigers in regterskamers wyd gekritiseer is vanuit onder andere regtersgeledere as "bemoeiing deur regters met partye se skikkingsonderhandelings", is die voorskrif in dié betrokke situasie duidelik dat geen bepaling so uitgelê moet word dat 'n regter voor wie 'n voorverhoorkonferensie plaasvind by skikkingsonderhandelings betrokke raak nie. Die Reël 37(8)-verrigtinge kom handig te pas waar 'n party opstandig is, of onwillig is in voorverhoorsamesprekings om saam te werk. Die regter het egter geen bevoegdheid om partye tot 'n ooreenkoms te dwing nie. Verdere voordele is dat die regter 'n aanwysing kan gee wat die effektiewe verloop van die verhoor kan bevorder en selfs afwykings van die tydsbepalings kan beveel.

In die landdroshof kan voorverhoorsamesprekings te enige tyd gehou word, terwyl dit in die Hooggeregshof slegs na *litis contestatio* kan plaasvind, en wel ten minste ses weke voor die verhoor. Dit is myns insiens jammer dat samesprekings op so 'n laat stadium van siviele verrigtinge plaasvind, wanneer daar alreeds vir verhoor voorberei word. Daar is tot en met *litis contestatio* reeds baie moeite met die opstel van pleitstukke gedoen. Hoe gouer partye ná uitreiking van die dagvaarding en die liassering van die verweerskrif tot samesprekings oorgaan, hoe gouer kan die geskil moontlik opgelos of geskik word. Die resultate wat met die samesprekings bereik word, kan ook bydra tot die verwydering van onnodige voorbereiding vir verhoor en die uitskakeling of minimalisering van regskoste. Die voordeel wat in die landdroshof bestaan ten opsigte van voorverhoorverrigtinge wat te enige tyd gehou kan word, word egter ongelukkig gekanselleer deur die nadeel dat voorverhoorsamesprekings nie verpligtend is nie.

⁹⁰ Sien die bespreking in Hoofstuk 4 3.3 (b) Voorverhoorsamesprekings in die Hooggeregshof (i) Reël 37 *Lekota v Editor, Tribute Magazine and Another* 1995 2 SA 706 (W).

⁹¹ In terme van Reël 37(8).

Voorverhoorsamesprekings gee die geleentheid tot herbesinning oor stygende verhoorkoste, of daar met die verhoor voortgegaan moet word of nie, of die verhoor in 'n geregshof afgehandel moet word en of dit nie dalk kostegewys voordeliger sal wees om dit op 'n gepaste alternatiewe wyse af te handel nie en of daar 'n moontlikheid van 'n skikking bestaan. Voorverhoorsamesprekings met die oog op 'n skikking moet nie beoordeel word as die uitweg van 'n verloorder of 'n swakkeling nie. Die regspraktisyn sal sy kliënt moet help om die korrekte perspektief hieroor te kry.

Die term aan Jan en Alleman bekend vir die nie-judisiële geskilbeslegtingsproses is "ADR" oftewel "alternatiewe geskilbeslegting". Ek is van mening dat die term "gepaste geskilbeslegtingsproses"⁹² die korrekte term is vanweë die feit dat die gekose geskilbeslegtingsmetode gepas moet wees vir die betrokke geskil asook vir die partye tot die geskil.

Die alternatiewe geskilbeslegtingsproses is vrywillig en privaat van aard en is 'n besondere proses waar die betrokke partye self die prosedures, geskilpunte, remedies, forum, tyd sowel as plek van die verrigtinge bepaal en beheer. Die omvang en tydsduur van verrigtinge en die koste daaraan verbonde word tot die minimum beperk en daar word met die ADR-metode 'n wen-wensituasie bewerkstellig.

Hoewel die ontwikkeling van ADR hier te lande nog in sy kinderskoene is en ondanks lastige vrae,⁹³ kan dit nie ontken word nie dat die alternatiewe geskilbeslegtingsproses in Amerika grootliks en in die Suid-Afrikaanse arbeidsreg hoofsaaklik, die toets geslaag het. Regspraktisyne pas feitlik daagliks die grondslag van ADR in die vorm van skikkingsonderhandeling toe en in dié opsig bestaan alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes so lank as die regspraktyk self, hoewel dan in 'n ietwat verskuilde en ongetipeerde vorm.

⁹² "Appropriate dispute resolution" – "ADR".

⁹³ Sien Hoofstuk 5 5 Samevatting waar die vrae kortliks vermeld word met my antwoorde daarop in vne 176 tot 187.

ADR komplementeer die judisiële proses deur "toegang tot die reg" 'n werklikheid vir almal in die gemeenskap te maak. 'n Goeie balans moet in die benadering tot ADR gehandhaaf word en daar moet teen 'n oor- of onderbektoneering gewaak word. Die reëls van natuurlike geregtigheid wat die siviele prosesreg onder andere ten grondslag lê, mag onder geen omstandighede ondermyn word nie.

In die selektering- en ontwerpfasie van 'n gepaste geskilbeslegtingsmetode word nie slegs kennis van geskilbeslegtingsprosesse vereis nie, maar ook die kennis en vermoë om geskilbeslegtingsmetodes te identifiseer en met mekaar te kan vergelyk aan die hand van basiese kenmerke, doelmatigheid en uitkomst. Aspekte wat onder die soeklig kom, is byvoorbeeld die voorkeure van en bereidwilligheid tot deelname aan die geskilbeslegtingsproses deur die partye, die erns van die partye om die geskil op te los en tot 'n ooreenkoms te kom en ook of 'n bepaalde alternatiewe geskilbeslegtingsmetode die betrokke geskil sal pas.

'n Toename in mediese wanpraktyksake word in Suid-Afrika verwag vanweë die gemeenskap se veranderde ingesteldheid jeens en die verwagtinge en eise wat aan medici en verskaffers van gesondheidsorg gestel word. In die verlede is geskille op 'n vroeë stadium ontmoedig of buite die hof geskik op voorwaardes wat nie altyd gunstig of gewens is nie, vanweë hoë regskoste en die nie-beskikbaarheid van mediese getuienis. Die huidige geskilbeslegtingsproses is litigasie, 'n proses met leemtes wat betref tydsbestek, kostes, die impak van ongunstige publisiteit op die mediese professie, kompleksiteit van die geskil, onvoldoende getuienis en 'n wen-verloor- of verloor-verlooruitslag.

Alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes kan beter werkverrigting in die kader van die regsprekende gesag verseker deur dit aan te vul en vir die publiek groter toeganklikheid te skep wat mediese wanpraktykgeskille betref. Partye moet egter 'n bereidwilligheid tot deelname aan die alternatiewe geskilbeslegtingsproses toon, ernstig wees om die geskil op te los en inderdaad ooreenkom om die alternatiewe metode op die betrokke geskil toe te pas. Die grootste nadeel van die ADR-proses is dat indien partye nie wil ooreen-

kom om hulle geskil op 'n nie-judisiële wyse te laat besleg nie, dan kan die geskil nie sodanig besleg word nie.

Teen die agtergrond van die problematiek met betrekking tot die litigasieproses⁹⁴ en die resente ontwikkeling van gepaste geskilbeslegtingsmetodes in die alternatiewe geskilbeslegtingsproses is ek van mening dat geskilbeslegtingsmetodes wat die partye sowel as die geskil in geval van mediese wanpraktykseise sal pas, die volgende is: die mediese ombudspersoon, mediese keuringspanele en geneesheer-pasiëntkontrakte wat 'n arbitrasieklausule bevat.

Die ombudspersoon, 'n neutrale derde party, evalueer die mediese wanpraktykseis in private en informele verrigtinge ten einde die meriete van die eis vas te stel en 'n verslag daaroor op te stel. Hoewel die verslag nie-bindend van aard is, kan dit as *prima facie* getuigenis gebruik word in 'n geregshof indien die pasiënt 'n aksie teen die geneesheer sou instel.

Dit is betreurenswaardig dat die Suid-Afrikaanse mediese ombudspersoonsamp weens finansiële oorwegings afgeskaf is. Gesien in die lig van mediese sorg en dienste wat nie in alle opsigte aan aanvaarbare standaarde voldoen nie en 'n toename in skadevergoedingseise gevolglik verwag kan word, het die mediese ombudspersoon 'n geweldige groot rol te speel, selfs al is die werksaamhede net versoenend en nie beoordelend van aard nie soos wat die situasie was voor die afskaffing van die amp. Gegriefde partye kan aangehoor word in verband met die mediese behandeling en sorg wat deur geneeshere en hospitale toegepas word. Die mediese ombudspersoon, verkieslik 'n gekwalifiseerde medikus, behoort die eis te kan evalueer en 'n aanbeveling te kan doen oor die houdbaarheid van die eis, of dit vatbaar sal wees vir verwysing na die Gesondheids Beroepe Raad en/of vir litigasie.

Alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes wat soortgelyk is aan die funksies van 'n ombudspersoon is keuringspanele, onafhanklike deskundige bevindings,

⁹⁴ Hoofstuk 4.

feitesendings en -bevindings, ADR geskep deur wetgewing, adviserende ondersoek en aanbevelingsopinie, fasiliteerder en konsiliator.

Ondanks kritiek⁹⁵ teen keuringspanele, byvoorbeeld dat dit inbreuk sou maak op die reg tot gelyke beskerming, die reg tot 'n jurieverhoor, die reg van toegang tot die howe, op die *trias politica*-leerstuk en die "due process"-beginsel, beveel ek mediese keuringspanele aan as 'n voorverhoormeganisme met die doel om wanpraktykseise te keur, ongefundeerde eise te ontmoedig en waar daar wel 'n *prima facie*-saak uitgemaak word, 'n vroeë skikking te probeer bewerkstellig.⁹⁶ Hoewel die samestelling en prosedure van keuringspanele verskil, bestaan dit hoofsaaklik uit medici en regsliu.⁹⁷

In 'n geneesheer-pasiënt-kontrak⁹⁸ ter verskaffing van mediese dienste word deur middel van 'n arbitrasieklausule in die kontrak voorsiening gemaak vir vrywillige bindende arbitrasie. In die Amerikaanse reg, wat as model ten opsigte van die arbitrasie-ooreenkomste in mediese dienskontrakte dien, is daar 'n inkonsekwentheid oor die geldigheid en uitwerking van hierdie ooreenkomste. Soms word die ooreenkoms ooreenkomstig die norme van die kontraktereg beoordeel en soms word die geldigheid daarvan aan die nienakoming van bepaalde wetgewing gekoppel, met die gevolg dat 'n arbitrasiebevel geweier word. In ander gevalle weer, beskou die howe die arbitrasie-ooreenkoms as bindend en word partye beveel om hulle aan arbitrasie te onderwerp. Die howe is nie duidelik oor die "cut and dried"-reëls vir die geldigheid/ongeldigheid van arbitrasieklausules in mediese dienskontrakte nie maar benader die kwessie van die afdwingbaarheid van arbitrasie-ooreenkomste eerder vanuit 'n magdom uitsonderings en skuiwergate. In die

⁹⁵ Sien die bespreking in Hoofstuk 6 3.2.2 (f) van die besware asook die aanduidings dat die besware nie houdbaar is nie. Aan die doeleindes van toegang tot die howe, "due process", die *trias politica*-leerstuk en gelyke beskerming word juis deur die keuringspaneel statuur gegee.

⁹⁶ Sien Aanhangsel C Voorgesteide Model vir 'n Mediese wanpraktyk-keuringspaneel.

⁹⁷ In sommige keuringspanele dien ook lede van die publiek.

⁹⁸ Of gesondheidsorgverskaffer-pasiënt-kontrak.

proses word die hoofmerke en voordele naamlik regverdigheid, spoed, ekonomiese voordele en deskundigheid van die paneellede negeer.

Mediese sorg bevat inherente deliktuele en kontraktuele elemente. Die aktiwiteite en ingrepe wat inherent aan mediese sorg is bring noodwendig elemente van beide die deliktereg en die kontraktereg in die spel. Aangeleenthede soos die welsyn en veiligheid van die publiek, die normatiewe sorgsaamheidspelig ("duty of care") kwaliteitsorg en die toekenning en *quantum* van kompensasie aan onregmatig benadeelde slagoffers lê op die terrein van die deliktereg, terwyl aspekte soos kontrakteervryheid, wilsooreenstemming en prestasie deur die norme van die kontraktereg gereël word. Mediese wanpraktyk as eisoorzaak het om begryplike redes binne die deliktereg as normkompleks beslag gekry, aangesien die deliktereg 'n element van "afskrikking het wat by private arbitrasie ontbreek".

Teenstanders van arbitrasie konsentreer op die argument dat 'n pasiënt wat mediese behandeling benodig, noodwendig in 'n swakker onderhandelingsposisie verkeer as die geneesheer of gesondheidsorgverskaffer en die pasiënt verbeur of doen afstand van sy/haar regte sonder voldoende inligting. Dié teenstanders voer verder aan dat 'n mediese dienskontrak wat 'n arbitrasieklousule bevat 'n adhesiekontrak is en dat die arbitrasie-ooreenkoms gevolglik ongrondwetlik, teen die openbare beleid en as sodanig nietig en onafdwingbaar is.

Myns insiens het regslui 'n sleutelrol om te vervul met betrekking tot die beskerming van die pasiënt se regte wanneer daar adviseer en onderhandel moet word oor die beste meganisme vir die oplossing van 'n mediese wanpraktyksgeskil. Pasiënte moet behoorlik ingelig wees oor die oogmerke wat met 'n arbitrasie-ooreenkoms nagestreef word en oor presies wat die aard, omvang en veral die regsuitwerking daarvan is.⁹⁹ 'n Pasiënt is nie

⁹⁹ Sien Aanhangsel D Aanbevole arbitrasieklousules in 'n ooreenkoms tussen pasiënt en geneesheer/gesondheidsorgverskaffer.

geneë om as 'n party betrek te word by 'n proses waaroor hy/sy nie behoorlik ingelig is nie en veral waar hy/sy in die proses van sy/haar regte afstand doen. Voorts is pasiënte soms ongelukkig oor die samestelling van 'n arbitrasiepaneel waar 'n geneesheer as paneellid optree. Indien 'n eiser na behore ingelig is oor arbitrasie en die voordele en doelwitte daarvan met betrekking tot billikheid, spoed, kostebevele en kundigheid, behoort daar nie sprake te wees van regtens onaanvaarbare afstanddoening of ondergeskiktheid nie. Arbitrasie is 'n gevestigde geskilbeslegtingsmetode en die eiser word met uitsondering van 'n appèlgeleentheid, op geen wyse van 'n regverdige proses ontnem deur 'n afstanddoening van die reg van toegang tot die howe nie.

Geneesheerpaneellede lewer weens hul mediese kundigheid 'n konstruktiewe bydrae tot 'n regverdige proses. Die geneesheer is slegs een van 'n aantal lede wat arbitreer onder die leiding van 'n regs kundige en indien die geneesheer partydig of onprofessioneel optree, sal die geneesheer se optrede gou uitgewys word as onreëlmstig.

Arbitrasie van mediese wanpraktyksgeskille sal die aanvaarding van kontrak bó delik as regs basis vir 'n eis grootliks bevorder. 'n Kontrak waarin die voorwaardes waaronder mediese sorg/dienste gelewer word, sowel as beswaarmakingsprosedures- en arbitrasieklousules opgeneem is, bied 'n uitstekende geskilbeslegtingsmeganisme vir geskille op grond van beweerde mediese wanpraktyk.

Die voorgestelde alternatiewe geskilbeslegtingsmetodes op die terrein van mediese wanpraktyk, is gemik op die welsyn van die pasiënt en die gemoedsrus van die medici en gesondheidsorgverskaffers. In Suid-Afrika is daar met vrug kennis geneem van die Amerikaanse reg rakende die "action for wrongful conception" sowel as die ADR-metodes ter oplossing van mediese wanpraktyksgeskille.

Die beslegting van mediese wanpraktyksgeskille behoort in die lig van die voorafgaande studie minder problematies te wees, nie alleen wat die toepassing van die materiële reg op die "action for wrongful conception" betref

nie, maar ook wat betref die toepassing van gepaste geskilbeslegtingsmetodes. Dit word vertrou dat die voorgestelde ADR-metodes daartoe sal lei dat forums geskille spoediger en goedkoper, maar steeds op 'n professionele wyse, sal oplos. Die medici en gesondheidsorgverskaffers sal standarde en die gehalte van die uitvoering van hulle verpligtinge moet opskerp aangesien nalatige optrede voortaan nie meer soos in die verlede regs aanspreeklikheid gaan ontkom nie. Ook die judisiële proses sal terselfdertyd in staat gestel word om doeltreffend uitvoering te gee aan die beslegting van geskille wat nie binne die "ADR-jurisdiksie" val nie.

AANHANGSEL A

TOESTEMMING TOT VRYWILLIGE STERILISASIE¹

Ek, die ondergetekende,

..... (volle name en van)

..... (identiteitsnommer)

..... (woonadres)

..... (werksadres)

stem hiermee vrywillig, sonder enige onbehoorlike beweegrede of enige geweld, dwang, bedrog of verpligting toe tot die volgende, naamlik dat:

1. Dr. (volle name, van en praktyksnommer)
van (werksadres) my moet steriliseer in
die (hospitaal/kliniek) by wyse van die
..... sterilisasieprosedure (spesifiseer die
prosedure wat gevolg moet word) waarvan die besonderhede deur
dr. (volle name en van) aan my verduidelik is.

Ek begryp en aanvaar ook dat:

1. die effek van 'n suksesvolle sterilisasie my steriel en onbekwaam maak om kinders te verwek;
2. die sterilisasie-operasie onomkeerbaar is;

¹ Die vorm kan ook aangepas word vir ongeletterde of gestremde persone wat 'n sterilisasie verlang, waar die vorm dan met die nodige professionele leiding namens die persoon voltooi word en onderteken word by wyse van 'n handtekening/merk in teenwoordigheid van 'n Kommissaris van Ede wat die identiteit en handtekening/merk bevestig as die betrokke aansoeker-pasiënt s'n.

3. die sterilisasie 'n chirurgiese proses is wat risiko's inhou, welke risiko's aan my verduidelik is deur dr. (volle name en van);
4. ek my toestemming kan herroep voordat die sterilisasieproses 'n aanvang neem en dat geen ander dienste of voordele van my weerhou sal word as gevolg daarvan nie;
5. daar tydelike kontraseptiewe metodes en middels bestaan wat aangewend kan word vir gesinsbeplanning in plaas van sterilisasie;
6. geen waarborg gegee kan word dat ek steriel sal wees nie;²
7. enige ander mediese prosedure wat nodig mag wees en insidenteel tot die sterilisasieproses is, uitgevoer mag word en stem ek daartoe in.

Gedateer te hierdie dag van 20

GETUIES:

.....
HANDTEKENING VAN PASIËNT

1.

2.

² Dit is moontlik om 'n vrywaringsklousule te vervat in die toestemming ingevolge waarvan die geneesheer gevrywaar word teen enige eise wat mag ontstaan uit 'n onsuksesvolle sterilisasie en die daaropvolgende geboorte van 'n kind. Myns insiens behoort die klousule aangepas te word met die woorde "... uit 'n onsuksesvolle sterilisasie as gevolg van die nie-nalatige handeling van die geneesheer". Soos aangevoer in Hoofstuk 1 sou dit uiters onbillik teenoor die pasiënt wees om die geneesheer in geval van toestemming tot benadeling (of die risiko van benadeling) vir 'n versuim om te steriliseer of 'n nalatige handeling nog steeds skotvry te laat afkom.

AANHANGSEL B ¹

ALTERNATIEF VIR LITIGASIE IN DIE VSA

STATE	ALTERNATIEF VIR LITIGASIE
ALABAMA	<p>Vrywillige, bindende arbitrasie 1975 Ala Code Sec 6-5-485.</p>
ALASKA	<p>Voorverhoor keuringspaneel 1976 Alaska Stat Sec 09 55 536.</p> <p>Voorlegging/indiening van eise is verpligtend, tensy die hof afstand doen van hierdie vereiste of indien die partye toestem tot arbitrasie. Die uitslag van die keuringspaneel is toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor. Die <i>Alaska Supreme Court</i> het hierdie wetgewing as grondwetlik bevestig in <i>Keeves v Humana Hospital Alaska Inc</i> 750 P 2d 343 (1988).</p> <p>Vrywillige arbitrasie 1976 Alaska Stat Sec 9 55 535</p>
ARIZONA	<p>Voorverhoor keuringspaneel 1975 Rev Stat Ann Sec 12-567. In 1989 herroep.</p> <p>Verpligte onderwerping aan 'n voorverhoor paneel. Die <i>Arizona Supreme Court</i> het die grondwetlikheid van die 1975 wet bevestig in <i>Eastin v Broomfield</i> 570 P 2d 744 (1977).</p> <p>Arbitrasie <i>Uniform Arbitration Act</i>. Partye kan skriftelik toestem. 1962 Ariz Rev Stat Ann Sec 12-150 <i>et seq.</i></p>
ARKANSAS	<p>Voorverhoor keuringspanele 1975 Arkansas Act 638, laws 1975. In 1985 herroep.</p> <p>Vrywillige keuringspanele. Resultate ontoelaatbaar in ander verrigtinge.</p> <p>Vrywillige arbitrasie <i>Uniform Arbitration Act</i>. Vrywillige arbitrasie alleenlik toelaatbaar in mediese gevalle. 1969 Ark Stat Ann 16-108-201-224.</p>

¹ Sien 'n volledige bespreking van sommige Amerikaanse alternatiewe vir litigasie in Hoofstuk 6 Gepaste geskilbeslegtingsmetodes ter oplossing van mediese wanpraktyksgeskille 3 Keuse van 'n gepaste geskilbeslegtingsmetode.

<p>COLORADO</p>	<p>Voorverhoor keuringspaneel 1988 Colo Rev Stat Sec 13-22-401-409.</p> <p>Verpligte keuringspaneel vir eise van \$50 000 of minder word deur arbitrasiepaneel beslis. Bevindings van die paneel is nie toelaatbaar by 'n verhoor nie. 1988 Colo Rev Stat Sec 13-22-311.</p> <p>Howe kan mediasie vereis in gevalle van mediese beseeringseise. 1988 Colo Rev Stat Sec 13-64-403.</p> <p>Vrywillige arbitrasie 1990 Colo Rev Stat Sec 13-22-402.</p> <p>Verpligte arbitrasie 'n Verpligte arbitrasie loodsprogram is gestig.</p>
<p>CONNECTICUT</p>	<p>Voorverhoor keuringspaneel 1977 Conn Gen Stat Sec 38-19c; 38-19f.</p> <p>Vrywillige voorverhoor keuring vind plaas. Eenparige beslissings deur lede van die paneel is by 'n verhoor toelaatbaar (geregshof).</p>
<p>DELAWARE</p>	<p>Voorverhoor keuringspaneel 1976 Del Code Ann tit 18 Sec 6801-6814.</p> <p>Vrywillige onderwerping aan 'n paneel indien enige van die partye dit vereis. Die resultate is toelaatbaar as <i>prima facie</i> getuienis by 'n daaropvolgende hofverhoor (geregshof). Deskundige getuienis mag vereis word vir die paneel. <i>Uniform Arbitration Act</i> bepaal prosedures. Del Code Ann tit 5701-5725.</p>
<p>DISTRIK VAN COLUMBIA</p>	<p>Vrywillige bindende arbitrasie</p>
<p>FLORIDA</p>	<p>Voorverhoor keuringspaneel 1985 Fla Stat Sec 766.106 107.</p> <p>Die hof mag vereis dat 'n eis voor 'n arbitrasie paneel dien. Die uitslag is nie toelaatbaar by 'n daaropvolgende verhoor (geregshof) nie. Hierdie wetgewing is ongrondwetlik bevind in <i>Aldana v Holub</i> 381 So 2d 231 (Fla 1980).</p> <p>Vrywillige bindende arbitrasie 1988 Fla Stat Sec 766.207.</p>
<p>GEORGIA</p>	<p>Vrywillige arbitrasie</p> <p>Vrywillige arbitrasie onderhewig aan hersiening deur 'n geregshof. Beslissing is bindend slegs indien vooraf ooreengekom daartoe. 1978 Ga Code 9-9-61-63. In 1987 gewysig.</p>

HAWAII	<p>Voorverhoor keuringspaneel Verpligte indiening van wanpraktykseis aan 'n mediese eis konsiliasie-paneel. Uitslag is nie toelaatbaar by 'n verhoor (geregshof) nie. In 1987 gewysig. 1976 Hawaii Rev Stat 671-11 50 -20.</p> <p>Abitrasie Verpligte nie-bindende arbitrasie vir alle sake waar \$150 000 eise (of minder) betrokke is. 1986 Hawaii Rev Stat 601-20.</p>
IDAHO	<p>Voorverhoor keuringspaneel Verpligte indiening van eis vir oorweging deur 'n keurings-paneel. Uitslag is nie toelaatbaar by 'n verhoor nie (geregshof). 1976 Idaho Code 6-1001-1011. <i>Uniform Arbitration Act</i> bepaal prosedures. 1975 Idaho Code 7-801-922</p>
ILLINOIS	<p>Voorverhoor keuringspaneel Verpligte indiening van mediese wanpraktykseis tensy alle partye afstand doen daarvan. Uitslag is nie toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor nie. Die verpligte paneelproses is ongrondwetlik verklaar deur die Illinois <i>Supreme Court</i> in <i>Bernier v Burris</i>, 497 NE 2d 763 (1986) <i>Wright v Central Du Page Hospital Association</i> 374 NE 2d 763 (1976). 1985 Ill Rev Stat Ch 110, Sec. 2-1012-1020. In 1990 herroep.</p> <p>Vrywillige arbitrasie Vrywillige arbitrasie ooreenkomste met 'n herroepingsklousule. 1976 Ill Rev Stat Ch 10-201 et seq. In 1977 gewysig.</p>
INDIANA	<p>Voorverhoor keuringspaneel Verpligte indiening van eis, tensy partye anders ooreengekom het of indien die geëisde bedrag minder is as \$15,000. Die beslissing van die paneel is by 'n daaropvolgende verhoor in 'n geregshof toelaatbaar. Die Indiana <i>Supreme Court</i> het die grondwetlikheid van die verpligte paneelvereiste bevestig in <i>Johnson v St. Vincent Hospital</i> 404 NE 2d 585 (1980). 1975 Ind Code 16-9 5-9-1 tot 10. In 1987 gewysig. <i>Uniform Arbitration Act</i> bepaal prosedures. 1985 Ind Code 34-4-2-1-22.</p> <p>Abitrasie Geskrewe arbitrasie ooreenkoms geldig en onherroepbaar</p>
IOWA	1981 Iowa Code 679 A1.

KALIFORNIE	<p>Vrywillige arbitrasie 1975 Cal Civ Proc Code Sec 1295.</p>
KANSAS	<p>Voorverhoor keuringspanele Vrywillige indiening van mediese wanpraktykseise indien 'n party dit versoek. 1976 Kan Stat Ann 65-4901. Beslissing toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor. Kan Stat Ann 60-3501-3509. In 1987 gewysig. <i>Uniform Arbitration Act</i> aangeneem, maar nie vir deliksaksies nie. 1973 Kan Stat Ann 5-401 <i>et seq.</i> In 1987 gewysig.</p>
KENTUCKY	<p>Arbitrasie Geskrewe arbitrasie ooreenkoms is geldig en onherroepbaar. 1984 Ky Rev Stat 417-050.</p>
LOUISIANA	<p>Voorverhoor keuringspanele Verpligte indiening van mediese wanpraktykseise, behalwe eise ingedien vir bindende arbitrasie of waar partye afstand gedoen het van die vereiste. Die beslissing van die paneel is toelaatbaar by enige daaropvolgende paneel. Die Louisiana <i>Supreme Court</i> het die grondwetlikheid van hierdie wetgewing bevestig in <i>Everett v Goldman</i> 359 So 2d 1256 (1978). 1976 La Rev Stat Ann 40:1299 47. Arbitrasie Vrywillige herroepbare arbitrasie-ooreenkomste is toelaatbaar. 1975 La Rev Stat Ann 9:4230-4236.</p>
MAINE	<p>Voorverhoor keuringspanele Verpligte indiening van mediese wanpraktykseise aan 'n prelitigasie keurings- en mediasie paneel behalwe waar die partye anders ooreengekom het. Enige bevinding wat eenparig en ongunstig is vir die eiser (wat nalatigheid en kousaliteit betref), is toelaatbaar by 'n daaropvolgende verhoor in 'n geregshof. Vir alle eise ingedien na 1 Januarie 1991 word die paneel se blootlegging geag blootlegging soos in geval van hoflitigasie te wees by 'n daaropvolgende verhoor. Me Rev Stat Ann tit 24, 2851-2859. In 1989-1990 gewysig. Arbitrasie <i>Uniform Arbitration Act</i> prosedures word gevolg. 1967 Me Rev Stat Ann tit 14, 5927-49. Arbitrasieprosedures moet volledig aan pasiënte verduidelik word. Me Rev Stat Ann tit 24, 2701-2715. In 1977 herroep.</p>

MARYLAND	<p>Voorverhoor keuringspaneel</p> <p>Verpligte indiening van eise aan 'n gesondheidseis arbitrasiepaneel. Die paneel se beslissing rakende skuld word geag korrek te wees en die toekenning is toelaatbaar as getuienis by 'n daaropvolgende hofverhoor. 1976 Md Cts & Jud Proc Code Ann 3-2A-03 tot -06. In 1989 herroep.</p> <p><i>Uniform Arbitration Act</i> bepaal die prosedures.</p> <p>Md Cts & Jud Proc Code Ann 3-201-224.</p>
MASSACHUSETTS	<p>Voorverhoor keuringspaneel</p> <p>Verpligte indiening van mediese wanpraktykseise aan 'n mediese wanpraktyktribunaal. Die beslissing van die tribunaal is toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor. Die Massachusetts <i>Supreme Court</i> het die grondwetlikheid van hierdie wetgewing bevestig in <i>Paro v Longwood Hospital</i> 369 NE 2d 993 (Mass 1977).</p> <p>1975 Mass Gen Laws Ann ch 231, sec 601.</p>
MICHIGAN	<p>Voorverhoor keuringspaneel</p> <p>Verpligte indiening van eise aan 'n paneel.</p> <p>In 1993 herroep deur SB 270 CH-2.</p> <p>Arbitrasie</p> <p>Pasiënte en voorsieners mag 'n herroepbare arbitrasie ooreenkoms aangaan om dispute te beheer. Die Michigan <i>Supreme Court</i> het die grondwetlikheid van hierdie wetgewing bevestig in <i>Morris v Metriyakool</i> 344 NW 2d 736 (1984).</p> <p>1975 Mich Comp Acts 600 5040-565, 500, 3051-3062.</p> <p>In 1993 gewysig. Partye kan 'n geskrewe ooreenkoms aangaan wat bindende arbitrasie spesifiseer indien skade \$75 000 of minder beloop. Partye wat voor die regsgeding kennis gekry het, kan toestem tot bindende arbitrasie vir 'n bedrag hoër as \$75 000.</p>
MINNESOTA	Geen
MISSISSIPPI	Geen
MISSOURI	<p>Voorverhoor keuringspaneel</p> <p>Omvergewerp in <i>State ex rel Cardinal Glenning Memorial Hospital v Geartner</i> 583 SW 2d 107 (Mo 1979).</p> <p><i>Uniform Arbitration Act</i> prosedures.</p> <p>1980 Mo Rev Stat 435 350-470.</p>

MONTANA	<p>Voorverhoor keuringspanele</p> <p>Verpligtend tensy die partye hulle aan arbitrasie onderwerp. Beslissing van die paneel is nie toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor nie. Die Montana <i>Supreme Court</i> het die grondwetlikheid van hierdie wetgewing bevestig in <i>Linder v Smith</i> 629 P 2d 1187 (1981). 1977 Mont Code Ann 27-6-101 – 704. <i>Uniform Arbitration Act</i> prosedures. 1985 Mont Code Ann 27-5-111-324.</p>
NEBRASKA	<p>Voorverhoor keuringspaneel</p> <p>Verpligte hersiening van die mediese wanpraktykseis tensy die eiser afstand gedoen het van sy reg tot 'n verhoor deur die paneel. Die bevinding van die paneel is toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor. Die Nebraska <i>Supreme Court</i> bevestig die grondwetlikheid van hierdie wetgewing in <i>Prendergast v Nelson</i> 256 NW 2d 657 (1977). 1976 Neb Rev Stat 44-2840-2841.</p>
NEVADA	<p>Voorverhoor keuringspanele</p> <p>Verpligte indiening van eise. Bevindings nie toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor nie. 1985 Nev Rev Stat 41A 003-069. <i>Uniform Arbitration Act</i> bepalings</p>
	<p>Arbitrasie</p>
	<p>Partye mag skriftelik toestem tot arbitrasie. Afdwingbaar tensy daar gronde bestaan vir herroeping. 1969 Nev Rev Stat 38.015-255.</p>
NEW HAMPSHIRE	<p>Voorverhoor keuringspanele</p> <p>Vrywillige indiening van mediese wanpraktykseise deur enige party aan die professionele wanpraktykspaneel. Die paneel se beslissing is nie toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor nie. 1972 NH Rev Stat Ann 5198-A:1 tot A:10. <i>Uniform Arbitration Act</i> prosedures. 1929 NH Rev Stat Ann 542-1-10. In 1945 gewysig.</p>

NEW JERSEY	<p>Voorverhoor keuringspaneel</p> <p>'n Eis ingedien met toestemming van die partye en die paneel se eenparige bevinding is toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor. Voor 1983 was 'n paneelbeslissing onderhewig aan verpligte hersiening. Die <i>New Jersey Supreme Court</i> het die grondwetlikheid van die 1978 wetgewing bevestig en die siening dat 'n eis vir verpligte hersiening ongrondwetlik is, verwerp <i>Perna v Pirozzi</i> 457 A 2d 431 (1983). NJCPR 4.21-1. In 1983 gewysig. In 1988 herroep.</p> <p>Vrywillige arbitrasie</p> <p>Vrywillige arbitrasie van mediese eise deur geskrewe ooreenkoms, indien die eis hoër is as \$20,000. Van toepassing op alle delikseise rakende persoonlike beserings behalwe motorvoertuigdelikseise. 1985 NJCPR 4.21A-1 - A-8.</p>
NEW MEXICO	<p>Voorverhoor keuringspaneel</p> <p>Verpligte indiening van mediese wanpraktykseise vir verhoor deur paneel. Paneelbevinding is nie toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor nie. 1976 NM Stat Ann 41-5-14 – 20.</p> <p>Arbitrasie</p> <p><i>Uniform Arbitration Act procedures.</i></p> <p>Partye mag skriftelik toestem tot arbitrasie. Afdwingbaar tensy gronde bestaan vir herroeping. 1978 NM Stat Ann 44-7-1 – 7-22.</p>
NEW YORK	<p>Voorverhoor keuringspaneel</p> <p>Verpligte indiening van mediese wanpraktykseise aan 'n mediese wanpraktykspaneel. Die eenparige opinie van die paneel is toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor. Die hoogste hof van New York het die grondwetlikheid van die wetgewing bevestig in <i>Treyball v Clark</i> 483 NE 2d 1136 (NY 1985). Tans is 'n prekalender konferensie vir elke wanpraktykseis verpligtend en vervang 'n formele verhoor. NY Jud Act 148-a. In 1974 herroep.</p> <p>Arbitrasie</p> <p>Verweerder kan aanspreeklikheid erken indien die eiser toestem tot arbitrasie. Indien die eiser weier, kan die verweerder se erkenning van aanspreeklikheid nie gebruik word vir 'n ander doel nie (NY Public Health Sec 4406-2). HMO's kan arbitrasie klousules in kontrakte insluit maar kan nie arbitrasie as voorwaarde stel vir aansluiting nie. 1991 NY CPLR Sect 3045.</p>

NOORD-CAROLINA	<p>Voorverhoor keuringspanele</p> <p>Arbitrasie <i>Uniform Arbitration Act</i> beginsels. Partye kan skriftelik toestem tot arbitrasie. Afdwingbaar tensy grond vir herroeping.</p> <p>Mediasie</p> <p>1991-loodsprogram daargestel om pre-verhoor mediasie in siviele aksies te vereis, insluitende mediese aanspreeklikheidsaksies (program eindig in 1995). 1973 NC Gen Stat 1-567 1.</p>
NOORD-DAKOTA	<p>Voorverhoor keuringspanele</p> <p>Verpligte indiening van mediese wanpraktykseise aan 'n mediese hersieningspaneel. Die bevinding is toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor. 1977 ND Cent Code 26-40 1-17. In 1981 herroep. <i>Uniform Arbitration Act</i> prosedures. 1987 ND Cent Code 32-29 2-01-2-20.</p>
OHIO	<p>Voorverhoor keuringspanele</p> <p>Vrywillige indiening van mediese wanpraktykseise aan 'n arbitrasie paneel indien alle partye toestem. Beslissing is nie toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor nie. Voor die 1987-wysiging was indiening verpligtend en resultate was toelaatbaar. Die Ohio <i>Supreme Court</i> het die grondwetlikheid van hierdie 1975 wetgewing bevestig in <i>Beatty v Akron City Hospital</i> 424 NE 2d 586 (Ohio 1981). 1975 Ohio Rev Code Ann 2711 21. In 1987 gewysig.</p> <p>Arbitrasie</p> <p>Partye kan skriftelike onherroepbare arbitrasie ooreenkomste aangaan voordat dienste verskaf word. 1975 Ohio Rev Code Ann 24, 6 2711 22-24.</p>
OKLAHOMA	<p>Arbitrasie</p> <p><i>Uniform Arbitration Act</i> beginsels; partye kan skriftelik toestem tot arbitrasie. 1978 Okla Stat tit 15 801 <i>et seq.</i></p>
OREGON	<p>Arbitrasie</p> <p><i>Uniform Arbitration Act</i> beginsels. 1979 Ore Rev Stat 36 300. In 1989 gewysig.</p>

PENNSYLVANIA	<p>Voorverhoor keuringspanele</p> <p>Arbitrasie</p> <p>Verpligte indiening van mediese wanpraktykseise aan 'n arbitrasiepaneel. Die feitebevindings deur die paneel is toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor. Enige skadevergoedingseis toegestaan deur die paneel is nie toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor nie. Die Pennsylvania <i>Supreme Court</i> het die vereiste van verpligte indiening verwerp in <i>Mattes v Thompson</i> 421 A 2d 190 (Pa 1980). Panele kan bestaan solank deelname vrywillig is en die uitslag nie bindend is nie.</p> <p>1975 Pa Stat Ann tit 40, 1301.308.</p>
RHODE ISLAND	<p>Voorverhoor keuringspaneel</p> <p>Slegs daardie persone met kennis, bekwaamheid, ondervinding of opleiding kwalifiseer as deskundiges en alleen daardie persone word toegelaat om te getuig. Die voorverhoor keuringspanele word ongrondwetlik bevind in <i>Boucher v Saveed</i> 459 A 2d 87 (RI 1983).</p> <p>1976 RI Gen Acts 10-19-1-10. In 1981 herroep.</p> <p><i>Uniform Arbitration Act</i> beginsels.</p> <p>1929 RI Gen Laws 10-3-1. In 1985 heringestel.</p>
SUID-CAROLINA	<p>Arbitrasie</p> <p><i>Uniform Arbitration Act</i> beginsels. Uitgesluit is voorbehandeling kontrakte vir gesondheidsorg en eise vir persoonlike besering.</p> <p>1978 SC Code Ann 15-48-10.</p>
SUID-DAKOTA	<p>Arbitrasie</p> <p>Partye kan toestem tot arbitrasie vir dienste in die verlede en toekoms. Herroepbaar ten aansien van toekomstige dienste.</p> <p>1976 SD Codified Laws Ann 21-25B-1.</p>
TENNESSEE	<p>Voorverhoor keuringspaneel</p> <p>Verpligte indiening van mediese wanpraktykseise aan 'n wanpraktykshersieningspaneel. Die aanbevelings van die paneel is toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor.</p> <p>1975 Tenn Code Ann 29-26-101, 114. In 1985 herroep.</p> <p><i>Uniform Arbitration Act</i> beginsels.</p> <p>1983 Tenn Code Ann 29-5-30.</p>

TEXAS	<p><i>Uniform Arbitration Act</i> beginsels. Nie van toepassing op persoonlike beseringsaksies tensy regsverteenvoerders van beide partye skriftelik advies ten gunste daarvan gelewer het.</p> <p>1979 Tex Civ Stat Sec 224-238.6.</p>
UTAH	<p>Voorverhoor keuringspaneel</p> <p>Verpligte indiening van eise aan die paneel. Paneel se bevindings is nie toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor nie.</p> <p>Arbitrasie</p> <p>Beslissings van die pre-litigasie paneel mag geag word bindende arbitrasie te wees indien beide partye skriftelik toestem.</p> <p>1985 Utah Code Ann 78-14-16.</p>
VERMONT	<p>Voorverhoor keuringspaneel</p> <p>Arbitrasie</p> <p>Vrywillige arbitrasie mag deur die eiser gekies word voor die verhoor. 'n Party mag onttrek uit die arbitrasieproses met skriftelike toestemming van al die ander partye. In 1991 gewysig (afhangend van aanvaarding van die universele gesondheidsorgdekkingsplan). Vermont se vrywillige arbitrasie wetgewing vir mediese aanspreeklikheidseise stel 'n verpligte proses daar. Die arbitrasie paneel se beslissing is bindend indien daar vooraf 'n ooreenkoms is tussen die partye dat die beslissing toelaatbaar is as getuieis by 'n daaropvolgende hofverhoor.</p> <p>1975 Vt Stat Ann tit 12 7001-7008.</p>
VIRGINIA	<p>Voorverhoor keuringspaneel</p> <p>Vrywillige indiening van mediese wanpraktykseise op versoek van enige party. Die paneel se besluit is toelaatbaar by 'n daaropvolgende verhoor. Die Virginia <i>Supreme Court</i> bevestig die grondwetlikheid van hierdie wetgewing in <i>Speet v Bauai</i> 377 SE 2d 397 (Va 1989).</p> <p>1976 Va Code 8 01-581 – 581.12 2.</p> <p>Vrywillige arbitrasie</p> <p>Vrywillige arbitrasie toelaatbaar. Versekeraars mag deur arbitrasie gebind word indien hulle daartoe toegestem het voor indiening van so 'n eis.</p> <p>1976 Va Code 8.01-581-12.</p>
WASHINGTON	Geen
WES-VIRGINIA	Geen

WISCONSIN	<p>Voorverhoor keuringspanele Verpligte indiening van mediese wanpraktykseise. Bevinding van paneel, behalwe rakende skade, is toelaatbaar by enige daaropvolgende hofverhoor. Die beslissing van die informele panele is nie toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor nie. In 1986 is die voorverhoor keuringspaneel vervang met 'n verpligte mediasie paneel. 1977 Wis Stat 655.01-03. In 1986 herroep.</p> <p>Mediasie Die direkteur van staatshowe het 'n mediasie sisteem in werking gestel op 1 September 1986. 1985 Wis Stat 655 42 et seq. In 1989 gewysig.</p>
WYOMING	<p>Voorverhoor keuringspanele Verpligte indiening van alle professionele wanpraktykseise aan 'n professionele hersieningspaneel. Die beslissing van die paneel is nie toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor nie (Wyo Stat 9-2-1501-1512). Indiening van alle mediese wanpraktykseise aan 'n mediese hersieningspaneel is verpligtend. Die beslissing van die paneel is nie toelaatbaar by 'n daaropvolgende hofverhoor nie. Die Wyoming <i>Supreme Court</i> herroep die 1986 wetgewing in <i>Hoem v Wyoming</i> 756 P 2d 780 (Wyo 1988). 1989 Wyo Stat 9-2-1701-1712.</p>

AANHANGSEL C

VOORGESTELDE MODEL VIR 'N MEDIESE WANPRAKTYKSKEURINGSPANEEL¹

- 'n Keuringspaneel-bevinding behoort as 'n voorvereiste gestel te word alvorens 'n aksie in 'n geregshof gebaseer op 'n delik of 'n kontrak teen 'n geneesheer of gesondheidsorgverskaffer ingestel mag word. Enige aksie wat sonder die vereiste voorlegging aan 'n keuringspaneel ingestel word, behoort met koste van die hand gewys te word.
- Die Gesondheidsdiens Beroepe Raad² in samewerking met die Prokureursorde van Suid-Afrika behoort verantwoordelik te wees vir die samestelling van 'n lys kundiges op die gebied van die mediese en regs wetenskap onderskeidelik.³ Vir samewerkingsdoeleindes kan 'n mediese regs komitee bestaande uit verteenwoordigers van die Gesondheids Beroepe Raad en die Prokureursorde die aanwysing en samestelling van die keuringspaneellede doen.
- Persone wat kan en bereid is om as paneellede op te tree.
- Die keuringspaneel behoort binne 10 weeksdag saamgestel en aangewys te word.
- Die keuringspaneel behoort uit 'n regspraktisyn en twee mediese praktisyns⁴ te bestaan.

¹ By die opstel van die model vir 'n mediese (wanpraktyks-) keuringspaneel het ek die vroegtydige vasstelling van die meriete van 'n wanpraktyksaksie in gedagte. Die doel wat 'n keuringspaneel moet dien is om geskille met meriete teen medici en gesondheidsorgverskaffers te identifiseer en vroegtydig op te los (in elke geval voor die geskil in 'n geregshof beslis moet word). Merietelose eise moet ontmoedig word deur die terugtrekking of afwysing daarvan.

² Of die Aptekersraad of die Raad op Verpleging – enige oorkoepelende beheerliggaam van die betrokke afdeling wat mediese dienste of gesondheidsorg verskaf.

³ Persone wat as paneellede kan en bereid is om op te tree.

⁴ Die twee mediese praktisyns moet uit dieselfde spesialisveld as die verweerder kom. In geval waar 'n hospitaal of ander gesondheidsorginstansie 'n disputant is, sal dit wys wees om 'n hospitaalbestuurder, 'n geneesheer en 'n regsgeleerde as paneellede aan te wys. Die regspraktisyn behoort iemand te wees wat hom as 'n kundige op die

- Die samestelling en aanwysing vind plaas nadat 'n kennisgewing van aksie deur die benadeelde pasiënt (klaer) teen 'n geneesheer of gesondheidsorgverskaffer aan die betrokke geneesheer of gesondheidsorgverskaffer beteken is en die oorspronklike by die betrokke mediese-regskomitee geliasseer is. Die keuringspaneel behoort binne 10 weeksdade saamgestel en aangewys te word.
- Die prosedure vir 'n keuringspaneel behoort soos volg daaruit te sien:
 - Kennisgewing van die eis

Dit moet 'n kort, skriftelike uiteensetting van die feite bevat waarop die eis gebaseer is.⁵
 - Betekening en liassing van die eis

'n Afskrif van die kennisgewing van die eis moet aan die opposisie beteken word en die oorspronklike kennisgewing moet by die kantoor van die mediese-regskomitee geliasseer word.
 - Tydperk vir reaksie op die kennisgewing

Die opponer het 10 weeksdade tyd om op die eis te reageer en skriftelik daarop te antwoord. Die antwoord op die eis moet 'n uiteensetting gee van die opponer se weergawe van die feite.⁶
 - Betekening en liassing van die antwoord op die eis

'n Afskrif van die antwoord moet aan die klaer beteken word en die oorspronklike antwoord moet by die kantoor van die mediese-regskomitee geliasseer word.

mediese regsgebied onderskei het. In sommige Amerikaanse mediese keuringspanele is die derde keuringspaneellid, 'n lid uit die gemeenskap.

⁵ Soortgelyk aan 'n beëdigde verklaring ter ondersteuning van 'n aansoek.

⁶ Sy "verweer" op die eis. Soortgelyk aan 'n beantwoordende eedsverklaring in 'n bestrede aansoek.

- Samestelling van die paneel

Die samestelling van die paneel vind plaas deur die mediese-regskomitee sodra die kennisgewing van die eis geliasseer is.

- Verhoordatum

Binne 60 kalenderdae na die kennisgewing van die eis ingedien is, moet die aangewese keuringspaneel die verhoordatum vasstel en die betrokke partye dienooreenkomstig in kennis stel van die aanhoor van die eis deur die saamgestelde keurings-paneel.

- Bewysstukke

Alle skriftelike bewysstukke moet ten minste 5 weksdae voor die verrigtinge van die keuringspaneel 'n aanvang neem, aan die paneel die oorspronklike en aan elke party afskrifte beskikbaar gestel word.

- Verhoorverrigtinge

Partye en getuies⁷ lê mondeling getuienis af. Die verrigtinge is informeel, vertroulik en geen rekord van die verrigtinge word gehou nie. Die skriftelike eis en antwoord op die eis is rigtinggewend in die afneem van die getuienis en help om die verrigtinge kort en bondig te hou.

- Beslissing

⁷ Die getuies, hetsy gewone getuies, hetsy deskundige getuies kan deur die paneel of op versoek van die partye opgeroep word tot die aflegging van getuienis. Die paneel kan ook skriftelike aflegging van getuienis (byvoorbeeld in die vorm van beëdigde verklarings) aanvra en oorweeg. Die deskundige getuie moet 'n kundige wees in die afdeling van die mediese wetenskap waaroor die geskil handel. Die spesialis-geneesheer kan selfs versoek word om 'n fisiese ondersoek en toetse op die klaerer te doen.

- 'n Skriftelike beslissing moet binne 30 kalenderdae na voltooiing van die verhoor, plaasvind.
- Die keuringspaneel moet aan die hand van die feitelike gegewens voor die paneel vasstel of aan die vereiste standaard van sorg en vaardigheid deur die geneesheer of gesondheidsorgverskaffer voldoen is.
- Indien skade of nadeel aan die pasiënt bevind is, kan die paneel 'n aanbeveling maak rakende skadevergoeding en genoegdoening.
- Die beslissing moet skriftelik wees en enige afwykende beslissings van 'n paneellid moet ook skriftelik aange-teken word.
- Die effek van die beslissing is soortgelyk aan die beslissing van 'n deskundige adviesraad.⁸
- Die effek van die beslissing is nie-bindend nie, maar aanduidend.
- Die paneelbeslissing⁹ is toelaatbaar as getuienis in enige geregshof, uitgesonderd die bedrag wat as skadevergoe-ding aanbeveel is.

●● Privilegie

- Geen paneellid mag gedagvaar word of beveel word om getuienis in 'n geregshof af te lê oor die keuringspaneel-verrigtinge nie.¹⁰

⁸ "Expert Advisory Board".

⁹ Ook die afwykende beslissing.

¹⁰ Waar byvoorbeeld dieselfde wanpraktyksaksie ingestel word gebaseer op dieselfde feite.

- Paneellede is gevrywaar teen enige siviele aanspreeklikheid wat mag voortspruit uit bevindings, opinies en gevolgtrekkings wat gemaak is in die uitvoering van 'n paneellid se keuringsverpligtinge.

- **Kostes**

- Indien die keuringspaneel in die guns van die eiser beslis en die verweerder se skikkingsvoorstel (gelykstaande aan die voorgestelde bedrag van die keuringspaneel) deur die eiser verwerp word, mag die eiser 'n aksie in 'n geregshof instel. Indien die eiser in terme van die hofbevel nie ten minste 25% meer ontvang as die voorgestelde skikkingsbedrag nie, moet die eiser die redelike koste van die verweerder asook die regskoste van die verweerder se verdediging in die hofgeding betaal.
- Indien die verweerder versuim om 'n aanbod te maak in ten minste dieselfde bedrag as die voorgestelde bedrag van die keuringspaneel, mag die eiser 'n aksie in die hof instel. Die verweerder sal aanspreeklik wees vir die eiser se redelike koste asook die regskoste vir die instel van die aksie indien die verweerder 'n ongunstige uitspraak in die geregshof kry.
- Indien die paneelbeslissing nie in die eiser se guns is nie, mag die eiser hom nog steeds tot die hof wend. Die eiser sal aanspreeklik gehou word vir die redelike koste van die verweerder asook die regskoste van die verweerder se verdediging indien die eiser onsuksesvol in die hofgeding is.

- **Regsverteenvoording**

Disputante sal geregtig wees op regsverteenvoording.

AANHANGSEL D

AANBEVOLE OORWEGINGS BY DIE OPSTEL VAN 'N ARBITRASIEKLOUSULE VERVAT IN 'N OOREENKOMS TUSSEN 'N PASIËNT EN GENEESHEER OF GESONDHEIDSORGVERSKAFFER¹

- 'n Persoon² wat mediese diens of gesondheidsorg ontvang van 'n geneesheer³ of gesondheidsorgverskaffer,⁴ is geregtig op die invoeding van 'n arbitrasieklausule in die geneesheer/gesondheidsorgverskaffer-pasiëntooreenkoms, om enige geskil, kontroversie of kwessie voortspuitend uit gemelde⁵ mediese diens of gesondheidsorg te laat arbitreer.
- 'n Persoon wat noodbehandeling of –sorg ontvang, word ook die opsie gegee om hom, selfs na die uitvoering van die noodbehandeling of –sorg, op 'n arbitrasieklausule te beroep.
- Slegs die pasiënt mag die arbitrasieklausule kanselleer en die kansellasië moet skriftelik (met 'n ontvangserkenning daarop aangebring) wees. Die kansellasië van die arbitrasieklausule moet binne 60 werks-

¹ Die toets wat ek deurgaans toegepas het by die opstel van die arbitrasieklausule is dat die kontrakbepalings en gevolge van nie-nakoming, binne die redelike verwagtinge van die partye geval het en dat die partye voldoende inligting ontvang het voor die ondertekening van die ooreenkoms (dit wil sê ingeligte toestemming moes gegee het).

² Pasiënt.

³ Mediese diensverskaffer.

⁴ Onder die term mediese diensverskaffers en gesondheidsorgverskaffers moet inbegryp word enige individu, vennootskap, inrigting, instansie, regspersoon wat gelisensieer is deur die Staat om mediese dienste of gesondheidsorg in die mediese wetenskap te verskaf, insluitende 'n beampte, 'n verteenwoordiger, 'n werknemer wat in die uitvoering van werksverpligtinge handel. Onder die begrip "in die mediese wetenskap" moet, benewens elke afdeling van die mediese wetenskap, ook verstaan word aptekerswese, verpleegkunde, homeopatie en chiropraktika.

⁵ Onder die term mediese diens en gesondheidsorg word verstaan enige handeling wat verrig word (of moet word) of behandeling wat uitgevoer of verskaf word (of moet word) deur sodanige mediese diensverskaffer (geneesheer) of gesondheidsorgverskaffer aan of ten behoeve van 'n pasiënt in die loop van 'n pasiënt se mediese diagnose, sorg en behandeling.

dae nadat die betrokke mediese diens of gesondheidsorg gestaak is, gedoen word.

- Die kern van arbitrasie moet kortliks skriftelik aan die pasiënt verduidelik word, naamlik dat arbitrasie 'n vrywillige, nie-judisiële, informele, vinnige, goedkoop en eenvoudige proses is wat deur 'n deskundige op die mediese regsgebied hanteer sal word, die arbitersbevinding sal finaal wees, maar onderworpe egter aan hersiening maar nie aan appèl nie.
- Die opskrif van die ooreenkoms,⁶ sowel as die sub-opskrif⁷ moet in hoofletters en vetdruk wees om die pasiënt se aandag daarop te vestig.
- Die klousules rakende die kansellasie van die arbitrasieklousule en voorvereiste vir mediese dienste/gesondheidsorg behoort ook in hoofletters en vetdruk gedruk te word.
- Die aangaan van die ooreenkoms bevattende die arbitrasieklousule is nie 'n voorvereiste vir die ontvangs van mediese dienste en/of gesondheidsorg nie.⁸
- Die aangaan van die ooreenkoms bevattende die arbitrasieklousule doen geensins afbreuk aan die verpligtinge van die geneesheer of gesondheidsorgverskaffer wat redelikerwys met die nodige sorg, vaardigheid en kundigheid teenoor die pasiënt uitgeoefen moet word nie.
- Die ooreenkoms geld vir die duur van 'n spesifieke mediese diens/behandeling/sorg-program van 'n pasiënt of vir die duur van die medies-professionele verhouding.⁹

⁶ Geneesheer/gesondheidsorgverskaffer-pasiënt-ooreenkoms.

⁷ Arbitrasieklousule.

⁸ Dit wil sê dit is nie 'n "vat dit of los dit"-ooreenkoms nie.

⁹ Ten einde rompslomp uit te skakel, behoort daar nie vir elke ander mediese toestand 'n kontrak opnuut voltooi en onderteken te word nie; die arbitrasie-ooreenkoms is van

- 'n Getekende afskrif van die ooreenkoms moet by afloop van die mediese diens/behandeling/sorg-program tot die beskikking van die pasiënt gestel word.

toepassing op die algehele medies-professionele verhouding tussen geneesheer en pasiënt. 'n Uitsondering in dié verband moet egter gemaak word ten opsigte van spesifieke eenmalige mediese behandeling/sorg/dienste deur gesondheidsorg/diensverskaffers. Op die ooreenkoms moet die mediese toestand waarvoor mediese diens/behandeling/sorg vereis word, dit wil sê die diagnose, aangedui word.

BIBLIOGRAFIE

Boeke

American Law Institute *Restatement of the law* (St Paul American Law Institute Publishers 1965)

Anderson GA *Medical care: the rights of minors* (Madison State Capital 1980)

Annas GJ *American Health Law* (Little Brown Boston 1990)

Anstey M *Negotiating conflict* (Juta Kaapstad 1991)

Barnard AH, Cronjé DSP en Olivier PJJ *Die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg* (Butterworths Durban 1986)

Barnett LD en Reed EF *Law society and population issues in a new field* (Cap & Gown Press Houston Texas 1985)

Benjamin P, Jacobus R en Albertyn C (reds) *Strikes, lock-outs and arbitration in South African labour law* (Juta Kaapstad 1989)

Bernstein R (red) *Handbook on arbitration practice* (Sweet & Maxwell London 1987)

Blank RH *Regulating reproduction* (Columbia Uni Press 1992)

Boberg PQR *The Law of Persons and the Family* (Juta Kaapstad 1977)

Bosman DB, Van der Merwe IW en Hiemstra LW *Tweetalige Woordeboek 8e uitg* (Nasionale Boekhandel Bpk Tafelberg Uitgewers Kaapstad 1984)

Bosman F (red) *Social welfare law* (Lex Patria Pretoria 1982)

Brill A *Nobody's business: the paradoxes of privacy* (Addison-Wesley Reading Massachusetts 1990)

Burley-Allen M *Listening, the forgotten skill* (Wiley New York 1982)

Butler D en Finsen E *Arbitration in South African law and practice* (Juta Kaapstad 1993)

Cappelletti M en Garth B (reds) *Access to justice: A word survey* (Giuffre 1978)

Cappelletti M en Tallon D *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation* (Giuffre 1973)

Christie RH *The law of contract in South Africa* (Butterworths Durban 1981)

Claassen NJB en Verschoor T *Medical Negligence in South Africa* (Digma Pretoria 1992)

Cohen ML *Law and population classification plan Law and population monograph series Law and population programme* The Fletcher School of Law and Diplomacy Administered with the cooperation of Harvard University (Tufts University Medford Massachusetts 1976)

Community Mediation Centre *Mediation and conflict resolution* (Harrisonburg Virginia USA 1991)

Creighton-Zollar A *Adolescent pregnancy and parenthood: an annotated guide* (Garland New York 1990)

Cronje DSP en Heaton J *Casebook on the law of persons and family law* (Butterworths Durban 1990)

Danzon PM *Medical malpractice: theory, evidence and public policy* (Harvard University Press 1985)

Davis G *Law and practice of arbitration in South Africa* (Butterworths Durban 1966)

De Bono R *Conflicts: a better way to resolve them* (Penguin Books Ltd Harmond Worth 1985)

De Wet JC en Yeats JP *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (Butterworths Durban 1978)

Dienes CT *Law, politics and birth control* (London University of Illinois Press Urbana Chicago 1972)

Donaldson PJ *Nature against us: the United States and the world population crisis* (University NC Press 1990)

Du Plessis LM en Du Plessis AG *Inleiding tot die Reg* (Juta Kaapstad 1995)

Ehrlich PR *The Population Bomb* (Ballantine Books New York 1968)

Engel J *Die Volledige Suid-Afrikaanse Gesondheidsgids* (Southern Boekuitgewers Halfweghuis 1996)

Erasmus HJ en Van Loggerenberg DE *Jones en Buckle The Civil Practice of the Magistrates' Courts in South Africa* (Juta Kenwyn 1996)

Erasmus HJ, Breitenbach AM en Van Loggerenberg DE *Superior Court Practice* (Juta Kaapstad 1994)

Eser A en Hirsch HA (reds) *Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch* (Stuttgart Enke 1980)

Finmore M en Van der Merwe R *Introduction to Labour Relations in South Africa* (Butterworths Durban 1996)

Fisher R en Ury W *Getting to yes: negotiating agreement without giving in* (Penguin Books New York 1991)

Giesen D *International medical malpractice law* (Bielefeld Gieseng 1998)

Ginnings AT *Arbitration-practical guide* (Gower Aldershot England 1984)

Goldberg SB, Green J en Sander FE *Dispute resolution* (Little Brown & Co Boston 1985)

Goldberg SB, Sander FE en Rogers N *Dispute Resolution Negotiation Mediation and Other Processes* (Aspen Law & Business Colo 1995)

Gordon I, Turner R en Price TW *Medical Jurisprudence* (Livingstone Edinburgh 1953)

Grayson HJ *Liability of physicians and hospitals for acts or omissions of others (vicarious liability)* (C Boardman Co 1976)

Greenhills JJ *Obstetrics* 11e uitg (WB Saunders Co Philadelphia & London 1955)

Hahlo HR en Kahn E *The South African Legal System* (Juta Kaapstad 1968)

Hahlo HR *The South African law of husband and wife* (Juta Kaapstad 1975)

Harms LTC *Civil Procedure in the Supreme Court: Students' Edition* (Butterworths Durban 1995)

Harper FV *The law of torts* (Boston Little Brown 1986)

Hiller MC *Medical ethics and the law* (Ballinger Pub Co 1981)

Hoffman LH en Zeffertt D *South African Law of Evidence* (Butterworths Durban 1988)

Holmes HB, Hoskins BB en Gross M *Birth control and controlling birth: woman-centered perspectives* (Clifton NJ Humana Press 1981)

Isaacs SL *Population law and policy: source materials and issues* (Human Sciences Press 1981)

Jackson RM en Powel JL *Professional Negligence* 2e uitg (Sweet & Maxwell Londen 1987)

Jacobs MS en Ehlers NEJ *Law of attorneys' costs and the taxation thereof* (Juta Kaapstad 1979)

Jacobs MS *The law of arbitration in South Africa* (Juta Kaapstad 1977)

Jordaan J, Tshabalala M en Mfono Z *Bevolkingsgroei – ons tydborn Die oplossing* (Van Schaik Pretoria 1991)

- Joubert WA (red) *The Law of South Africa* (Butterworths Durban 1999)
- Jurgens HW en Tegtmeyer H (reds) *Beitrage zu bevölkerungsfragen* (Boldt 1987)
- Kay M *Essential business law: arbitration* (Sweet & Maxwell London 1980)
- Kellogg EH *Law, population and human rights in the United States Law Population monograph series Medford Massachusetts Law and population program The Fletcher School of Law and Diplomacy* (Tufts University Medford Massachusetts 1975)
- Kellogg EH, Kline DK en Stepan J *The world's laws and practices on population and sexuality education Law and populaton monograph series no 25 Medford Massachusetts Law and Population Program The Fletcher School of Law and Diplomacy administered with the cooperation of Harvard University* (Tufts University Medford Massachusetts 1975)
- Kerr AJ *The principles of the law of contract* (Butterworths Durban 1989)
- Kindregan CP *Cases and materials on family planning law and population policy* (Boston Legal-Medical Studies 1974)
- Kionka EJ *Torts in a nutshell* (St Paul Minn West Pub 1992)
- Kloss DM en Raisbeck BL *Law and population growth in the United Kingdom Law and population monograph series Medford Massachusetts Law and population program Fletcher School of Law* (Tufts University Medford Massachusetts 1973)
- Konotey-Ahulu FID *Medical considerations for legalizing voluntary sterilization: sickle cell disease as a case in point Medford Massachusetts Law and population program Fletcher School of Law* (Tufts University Medford Massachusetts 1973)
- Lee LT en Larson A *Population and law: a study of the relations between population problems and law* (Durham North Carolina Leiden Rule of Law Press 1971)

Lee R en Morgan D (reds) *Birthrights: law and ethics at the beginnings of life* (Routledge London 1989)

Lee RW *Family, things and succession* (Butterworths Durban 1983)

Leigh-Taylor N *Doctors and the law* (Law Soc Oyez 1976)

Liu A *The right to reproduce and the right to found a family* (Dartmouth Brookfield USA 1980)

Lombardi A *Medical Malpractice Insurance: a legislator's view* (Syracuse Uni Press 1978)

Lötter C en Mosime K *Arbitration at work: practice and procedure in individual dismissal disputes* (Juta Kaapstad 1993)

Ludlam JE *Informed consent* (American Hospital Assosication 1978)

Mackie KJ *A handbook of dispute resolution: ADR in action* (Routledge London 1991)

Malaniuk W *Das verfügungsrecht über den eigenen Körper* (1959)

Marshall EA *Gill: the law of arbitration* (Sweet & Maxwell London 1983)

Martin CRA *Law relating to medical practice* (Pitman Medical 1979)

Mason JK en McCall Smith RA *Law and medical ethics* (Butterworths London 1983)

Mason JK *Medico-legal aspects of reproduction and parenthood* (Aldershot Hants Dartmouth 1990)

McGillis D *Minor dispute processing: a review of recent developments in R Tomasié and M Feeley (eds) Neighbourhood justice: Assessment of and emerging idea* (Longman New York 1982)

McGregor H *McGregor on damages* (Sweet & Maxwell London 1988)

McLean S *Legal issues in human reproduction* (Dartmouth Publishing Co Ltd Aldershot 1990)

McLean SAM (red) *Legal issues in medicine* (Gower Publishing Co Ltd Aldershot 1981)

McQuoid-Mason DJ en Strauss SA *Medicine, dentistry, pharmacy, veterinary practice and other health professions* [In Joubert WA (red) *The Law of South Africa* Vol 17 (Butterworths Durban 1999)]

Meredith P en Thomas L (reds) *Planned parenthood in Europe: a human rights perspective* (Routledge Kegan & Paul 1986)

Moore WC *The mediation process, practical strategies for resolving conflict* (Jossey-Bass Publishers San Francisco 1986)

Neethling J, Potgieter JM en Visser PJ *Deliktereg* 2e uitg (Butterworths Durban 1992)

Neethling J, Potgieter JM en Visser PJ *Deliktereg* 3d uitg (Butterworths Durban 1996)

Newey J *Official referees' courts – practice and procedure* (Butterworths London 1988)

Norrie K *Family planning and the law* (Dartmouth Pub Co Brookfield USA 1991)

Norrie KMckK *Family planning practice and the law* (Gower 1991)

Odendaal HJ (red) *Ginekologie* (Juta Kaapstad 1989)

Overall C *Ethics and human reproduction: a feminist analysis* (Boston Massachusetts Allen & Unwin 1987)

Parris J *Arbitration: principles and practice* (Collins London 1985)

Parris J *The law and practice of arbitrations* (George Godwin Limited Groot Brittanje 1974)

Partan DG *Population in the United Nations system Developing the legal capacity and programs of UN agencies* Law and population book series no 3 (AW Sijthoff Leiden Rule of Law Press Durham NC 1973)

Paxman JM *Law and planned parenthood: A handbook compiled and edited for the International Planned Parenthood Federation Panel on law and planned parenthood* (International Planned Parenthood Federation London England 1980)

Paxman JM, Lee LT en Hopkins SB *Expanded roles for non-physicians in fertility regulation: Legal Perspectives* (Medford Massachusetts 1971)

Pegalis E en Wachman HF *American Law of Medical Malpractice* (Lawyers Co-operative NY 1981)

Petchesky RP *Abortion and woman's choice: the state, sexuality, and reproductive freedom* (Northeastern University Press 1990)

Petersen W en Petersen R *Dictionary of demography: biographies* (Greenwood Press 1985)

Pilpel HF *Brief survey of US population law* Address delivered at the International Advisory Committee on Population and Law OECD Paris 1/04/1974 Law and population programme The Fletcher School of Law and Diplomacy Administered with the cooperation of Harvard University (Tufts University Medford Massachusetts 1975)

Pretorius HN *Burgerlike Prosesreg in die Landdroshowe* (Butterworths Durban 1986)

Pretorius P *Dispute resolution* (Juta Kaapstad 1993)

Prosser WL en Keeton WP *Prosser and Keeton on the law of torts* (St Paul Minn West Pub Co 1984)

Reilly P *Genetics, law and social policy* (Harvard University Press 1977)

Rodman H en Trost J (reds) *The adolescent dilemma: international perspectives on the family planning rights of minors* (Praeger Pub 1986)

Rogers NH en Salem RA *A student's guide to mediation and the law* (Bender New York 1987)

Schmidt CWH *Bewysreg* (Butterworths Durban 1989)

Schoonees PC (red) *HAT Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* 1e uitg (Voortrekkerpers Klerksdorp 1970)

Schwär TG, Loubser JD en Olivier JA *Die ABC van Geregtelike Geneeskunde* (HAUM Pretoria 1985)

Sehgal BPS *Population control and the law: Problems, policies, remedial measures* (Dup & Dup Publications Rajouri Garden New Delhi 1989)

Sharpe G *Doctors and the law* (Butterworths London 1978)

Sloan IJ *The law governing abortion, contraception and sterilization* (Oceana 1988)

Smith GP *Genetics, ethics and the law* (Garland STPM Press 1981)

Steadman F in Pretorius P (red) *Dispute Resolution* (Juta Kaapstad 1993)

Stepan J en Kellogg EH "The world's laws on contraceptives Law and Population Programme Monograph series Fletcher School of Law and Diplomacy (Medford Massachusetts 1974)

Strauss SA *Doctor patient and the law: a selection of practical issues* 2de uitg (JL Van Schaik Pretoria 1984)

Strauss SA *Doctor, patient and the law* 1ste uitg (Van Schaik Pretoria 1979)

Strauss SA en Strydom MJ *Suid-Afrikaanse Geneeskundige Reg* (Van Schaik Pretoria 1967)

Taylor JL *The doctor and negligence* (Pitman Medical 1971)

Theron FF en Grobler CJF *Kontrasepsie: teorie en praktyk* (Academica Pretoria 1988)

Trollip AT *Alternative dispute resolution in a contemporary South African context* (Butterworths Durban 1991)

United Nations Fund for Population Activities *Law and Population* (New York United Nations for Population Activities 1976)

United Nations Fund for Population Activities *Survey of laws on fertility control* (New York United Nations Fund for Population Activities 1979)

Ury WL, Brett JM en Goldberg SB *Getting disputes resolved, designing systems to cut the costs of conflict* (Jossey-Bass Publishers San Francisco 1986)

Van der Merwe NJ en Olivier PJJ *Die onregmatige daad in die SA reg* (Van der Walt Pretoria 1989)

Van der Vyver JD en Joubert DJ *Persone- en familiereg* (Juta Kaapstad 1985)

Van der Vyver JD en Van Zyl FJ *Inleiding tot die regs wetenskap* (Butterworths Durban 1982)

Van Jaarsveld SR en Van Eck BPS *Kompendium van Suid-Afrikaanse arbeidsreg* (Lex Patria Kaapstad 1992)

Van Rensburg ADJ *Normatiewe voorsienbaarheid as aanspreeklikheidsbe-grensingsmaatstaf in die privaatreg* (Butterworths Durban 1972)

Verschoor T en Alberts RW *Uitsprake van die Mediese Raad 1e uitg* (Digma Roodepoort 1986)

Voet 4.8.1 (Gane se vertaling)

Walton A en Victoria M *Russell on the law of arbitration* (Stevens London 1982)

Walton A *Russell on arbitration* (Stevens & Sons London 1979)

Weinberg RD *Family Planning and the Law* 2e uitg (Oceana Publications Dobbs Ferry NY 1979)

Wessels JW *The law of contract in South Africa* (Butterworths Durban 1951)

Wiechers M *Verloren van Themaat Staatsreg* 3e uitg (Butterworths Durban 1981)

Wigmore J *Evidence* [In Hoffman LH en Zeffertt D *South African Law of Evidence* 2e uitg (Butterworths Durban 1970)]

Kommissieverlae

Hoexter-Kommissie Fifth and Final Report of the Commission of Inquiry into the Structure and Functioning of the Courts RP 78/1983

Hoexter-Kommissie First Interim Report of the Commission of Inquiry into the Rationalisation of the Provincial and Local Division of the Supreme Court RP 1/1997

SA Regskommissie *Alternative Dispute Resolution* 1997 Projek 94 Werkstuk 8

Technical Analysis in US Department of Health, Education and Welfare Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice to the Department of Health Education and Welfare (Appendix) Pub No (OS) 73-89 (1973) Hew Report

Kongresse/Symposiums/Forums

Berman DH en Fox DT *The Hammarskjöld Forums The role of law in population planning Case studies on the role of law in the settlement of international disputes Working paper and proceedings of the 16th Hammarskjöld Forum* (Oceana Publications NY Dobbs Ferry 1972)

Crous AJ *ADR: A "prescription" for the welfare of health care consumers with specific reference to voluntary contractual arbitration* Referaat gelewer by The Twentieth World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy 19-23 Junie 2001 Vrije Universiteit Amsterdam

Legal Forum on Access to Justice Universiteit Durban-Westville 12-19 November 1995

Vorster WS (ed) *The Right to Life Issues in Bioethics*. A collection of papers presented at the 12th Symposium of the Institute for Theological Research (UNISA) held at the University of South Africa in Pretoria on 7 and 8 September 1988

Regspraak

A v B and C 1976 4 SA 31 (SR)

Abayer SA (Pty) Ltd v Viljoen 1990 2 SA 647 (A)

Abdo NO v Senator Insurance Company Ltd and Another 1983 4 SA 721 (OK)

Addis v Gramophone Co Ltd 1909 AC 488

Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk 1979 3 SA 824 (A)

Administrateur, Transvaal v Van der Merwe 1994 4 SA 347 (A)

Administrator, Natal v Edouard 1990 3 SA 581 (A)

Aetna Insurance Co v Kennedy 301 US 389 (1937)

Aker Verdal A/S v Neil F Lampson Inc 65 Wash App 177 828 P 2d 610 (1992)

Albala v City of New York 54 NY 2d 269 429 NE 2d 786 445 NY S 2d 108 (1981)

Aldana v Holub 381 So 2d 231 (Fla 1980)

Anaconda Federation Credit Union v West 157 Mont 175 483 P 2d 909 (1971)

Anderson v Wiener 100 AD 2d 919 474 NY S 2d 801 (AD 2 Dept 1984)

Anonymous v Hospital 33 Conn Sup 126 366 A 2d 204 (1976)

Atlanta Obstetrics and Gynecology Group v Abelson 260 Ga 711 398 SE 2d 557 (1990) 392 SE 2d 916 (1990)

Attorney General v Johnson 282 Md 274 385 A 2d 57 (1978) *appeal dismissed*

Navorsingsverslae

Barnett LD *Population policy and the US Constitution Kluwer Nijhoff studies in human issues: an international series in the social sciences* (Kluwer-Nijhoff Publishing Boston 1982)

Davis WH *The circle chart for the Harvard Negotiation Project* (Harvard University Press 1989)

Sadie JL *A reconstruction and projection of demographic movements in the RSA and TBVC countries* (Navorsingsverslag nr 148 Unisa 1988)

Sipila H *Status of women and family planning* Report of the special rapporteur appointed by the economic and social council under resolution 1326 (XLIV) (New York United Nations 1975)

Staff of Columbia Human Rights Law World Population Control Rights and Restrictions (*red*) *Family Service Association Review of America* (New York 1976)

Stepan J *Population Reports Series E Number 6 Law and Policy* Maart-April 1981 Population Information Program The John Hopkins University Baltimore Maryland E

Attorney General v Johnson 439 US 805 (1978)

Authority v Graves 314 SE 653 (1984).

Azzolino v Dingfelder 71 NC App 289 322 SE 2d 567 (1984)

Azzolino v Dingfelder 315 NC 103 337 SE 2d 528 (1985) *cert denied*

Azzolino v Dingfelder 479 US 835 (1986)

Baldwin v Sanders 223 SE 2d 602 (SC 1976)

Ball v Mudge 64 Wash 2d 247 391 P 2d 201 (1964)

Bani-Esraili v Lerman 485 NY S 2d 708 (Sup 1985) 127 Misc 2d 202 (1985)

Bani-Esraili v Lerman 121 AD 2d 192 513 NY S 2d 382 (1985)

Bani-Esraili v Lerman 503 NY S 2d (AD 1 Dept 1986)

Bani-Esraili v Lerman 69 NY 2d 807 505 NE 2d 947 (NY 1987)

Bathke v Rahn 116 P 2d 640 (Cal Dist Ct App 1941)

Bayat v Bombay Steamship Navigation Co (1905) 26 NLR 107

Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost 1991 4 SA 559 (A)

Beardsley v Wierdsma 650 P 2d 288 (Wyo 1982)

Becker v Schwartz 46 NY 2d 401 386 NE 2d 807 413 NY S 2d 895 (1978)

Begin v Richmond 555 A 2d 363 (Vt 1988)

Behrmann and Another v Klugman 1988 (W) ongerapporteerd

Benjamin v Sobac South African Building and Construction (Pty) Ltd 1989 4 SA 940 (K)

Bennett v Shaw (1902) 19 SC 248

Benyon v Garden Grove Medical Group 100 Cal App 3d 698 161 Cal Rptr 146 (1980)

Berman v Allan 80 NJ 421 404 A 2d 8 (1979)

Bernier v Burris 113 Ill 2d 219 497 NE 2d 763 (1986)

Bernstein v Bester 1996 4 BCLR 449 (CC); 1996 2 SA 751 (CC)

Bester v Easigas (Pty) Ltd 1993 1 SA 30 (K)

Bester v Smit 1976 4 SA 751 (K); 1977 3 SA 818 (K)

Betancourt v Gaylor 136 NJ Super 69 344 A 2d 336 (1976)

Birth Control Centers Inc v Reizen 743 F 2d 352 (6th Cir 1984)

Bishop v Byrne 265 F Supp 460 (SD W Va 1967)

Blake v Cruz 108 Idaho 253 698 P 2d 315 (1984)

Blanchette v Barrett 229 Conn 256 640 A 2d 74 (1994)

Blash v Glisson 173 Ga App 104 325 SE 2d 607 (1984)

Blyth v Van den Heever 1980 1 SA 191 (A)

Boddie v Connecticut 401 US 371 (1971)

Bolger v Youngs Drug Products Corporation 103 S Ct 2875 (1983)

Boone v Mullendore 416 So 2d 718 (Ala 1982)

Bosman v AA Mutual Insurance Co Ltd 1977 2 SA 407 (K)

Botes v Van Deventer 1966 3 SA 182 (A)

Boucher v Sayeed 459 A 2d 87 (RI 1983)

Bowman v Davis 48 Ohio St 2d 41 356 NE 2d 496 (1976)

Bowman v Doherty 235 Kan 870 686 P 2d 112 (1984)

Brady v United States 397 USA 742 (1970)

Braun v Blann and Botha NNO and Another 1984 2 SA 850 (A)

Bravery v Bravery [1954] All ER 67

Briel v Van Zyl; Rolenyathe v Lupton-Smith 1985 4 SA 163 (T)

Broemmer v Abortion Services of Phoenix Ltd 840 P 2d 1015 (Ariz 1992)

Brooks v Illinois Masonic Hospital and Medical Center 240 Ill App 3d 521 (1992)

Brown v Colm 11 Cal 3d 639 522 P 2d 688 114 Cal Rptr 128 (1974)

Brown v Siang 107 Mich App 91 309 NW 2d 575 (1981)

Bruggeman v Schimke 239 Kan 245 718 P 2d 635 (1986)

Bruneau v Quick 447 A 2d 742 (Conn 1982)

Buck v Bell 47 S Ct 584 274 NS 200 (1927)

Bull v Taylor 1965 4 SA 29 (A)

Buls and Another v Tsatsarolakis 1976 2 SA 891 (T)

Buraczynski v Eyring 919 SW 2d 314 (Tenn 1996)

Burger v Administrateur, Kaap 1990 1 SA 483 (K)

Burke v Rivo 406 Mass 764 551 NE 2d 1 (1990)

Burns v Hanson - A 2d – 249 Conn 809 1999 WL 540 266 (Conn 1999) 5

Burns v Hanson 734 A 2d 964 (Conn 1999)

Burton v Pinkerton 1867 LR 2 EX 340

Bushman v Burns Clinic Medical Center 83 Mich Ct App 453 268 NW 2d 683 (1978)

Butler v Rolling Hill Hospital 400 Pa Super 141 582 A 2d 1384 (1990)

Byrd v Wesley Medical Center 237 Kan 215 699 P 2d 459 (1985)

CAM v RAW 237 NJ Super 532 A 2d 556 (App Div 1990)

Canterbury v Spence 464 F 2d 771 (1972)

Caradori v Fitch 200 Neb 186 263 NW 2d 649 (1978)

Cardinal Glennon Memorial Hospital v Gaertner 583 SW 2d 107 (Mo 1979)

Carer v Strode 904 P 2d 489 (Haw 1995)

Carey v Population Services International 431 US 678 (1977)

Carter v Sparkman 335 So 2d 802 (1976)

Castell v De Greef 1993 3 SA 501 (K)

Chavez v Saums 1 Kan App 2d 564 P 2d 62 (1977)

Chester v Oldman 1914 TPD 67

Cho v Kempler 2 Cal Reprtr 167 (1960)

Christensen v Thornby 192 Minn 123 255 NW 620 (1934)

Christiansen v Connell 2 Ill 2d 332 118 NE 2d 262 (1954)

Clapham v Yanga 102 Mich App 47 300 NW 2d 727 (1980)

Clapham v Yanga 335 NW 2d 1 (Mich 1982)

Clegg v Chase 89 Misc 2d 810 391 NY S 2d 966 (Sup Ct 1977)

Clevenger v Haling 379 Mass 154 394 NE 2d 1119 (1979)

Cobbs v Grant 8 Cal 3d 229 502 P 2d 1 104 Cal Rptr 505 (1972)

Cockrum v Baumgartner 464 US 846 (1983)

Cockrum v Baumgartner 95 Ill 2d 193 447 NE 2d 385 (1983) *cert denied*

Cockrum v Baumgartner 99 Ill App 3d 271 425 NE 2d 968 (1981) rev'd

Coleman v Garrison 281 A 2d 616 (Del Super Ct 1971) appeal dismissed sub nom

Coleman v Garrison 327 A 2d 757 (Del Super 1974) aff'd 349 A 2d 8 (Del 1975)

Coleman v Garrison 349 A 2d 8 (Del 1975) modified in part by *Garrison v Medical Center of Delaware Inc* 581 A 2d 288 (Del 1990)

Coley v Commonwealth Edison Co 703 F Supp (ND Ill 1989)

Collins v Hard 431 Pa 378 246 A 2d 808 (1968)

Cominsky v Arlen 55 AD 2d 304 390 NY S 2d 122 (NY App Div 1976)

Commissioner of Public Works v Dreyer 1920 EDL 325

Compass Motors Industries (Pty) Ltd v Callguard (Pty) Ltd 1990 2 SA 520 (W)

Cone Textile (Pty) Ltd v Ayres 1980 4 SA 728 (ZA)

Continental Casualty Co v Empire Casualty Co 713 P 2d 384 (Colo App 1985)

Cook v Swinfen [1967] 1 WLR 457 (CA)

Coon v Nicola 21 Cal Rptr 2d 846 (Cal Ct App 1983)

Coopers SA (Pty) Ltd v Deutsche Gesellschaft für Schädlungsbekämpfung mbH 1976 3 SA 352 (A)

Coronation Brick (Pty) Ltd v Strachan Construction Co (Pty) Ltd 1982 4 SA 371 (D)

Cowe v Forum Group Inc 575 NE 2d 630 (Ind 1991)

Cox v Stretton 77 Misc 2d 155 352 NY S 2d 834 (Sup Ct 1974)

Crawford v Kirk 929 SW 2d 633 (Tex App 1996)

Crewdson v Burlington NRR Co 234 Neb 631 452 NW 2d 270 (1990)

Cruzan v Harmon 760 SW 2d 408 (1990)

CS v Nielson 767 P 2d 504 (Utah 1988)

Curlender v Bio-Science Laboratories 106 Cal App 3d 811 165 Cal Rptr 477 (1980)

Curtis v Loether 415 US 189 (1974)

Custodio v Bauer 251 Cal App 2d 303 59 Cal Rptr 463 (1967)

Darner Motor Sales Incorporated v Universal Underwriters Insurance Co 682 P 2d 388 (Ariz 1984)

Debora S v Sapega 56 AD 2d 841 392 NY S 2d 79 (1977)

Depenbrok v Kaiser Foundation Health Plan 79 Cal App 3d 167 144 Cal Rptr 724 (1978)

Diesen v Samson SLT 49 1971

Dinatale v Lieberman 409 So 2d 512 (Fla Dist Ct App 1982)

DKT Memorial Fund Ltd v Agency for International Development 887 F 2d 275 (DC Cir 1989)

Doe v Bolten 410 US 179 (1973)

Doe v Irwin 615 F 2d 1162 (6th Cir) cert denied 449 US 829 (1980)

Doerr v Villate 74 Ill App 2d 332 220 NE 2d 767 (1966)

Doiron v Orr 86 DLR 3d 719 (Ontario High Court of Justice 1978)

Doyle v Giuliucci 62 Cal 2d 606 43 Cal Rptr 697 401 P 2d 1 (1965)

Du Toit v Green and Fitzgerald (1895) 6 EDC 128

Dumer v St Michael's Hospital 69 Wis 2d 766 233 NW 2d 372 (1975)

Durban City Council v Minister of Justice 1966 3 SA 529 (D)

Dutch Reformed Church v Town Council of Cape Town (1898) 15 SC 14

East Providence Credit Union v Geremia 103 RI 597 239 A 2d 725 (1968)

Eastin v Broomfield 116 Ariz 576 570 P 2d 744 (1977)

Edouard v Administrator Natal 1989 2 SA 368 (D)

Eisbrenner v Stanley 106 Mich App 351 308 NW 2d 209 (1981)

Eisenstadt v Baird 405 US 438 92 S Ct 1029 31 L Ed 2d 349 (1972)

Elliott v Brown 361 So 2d 546 (Ala 1978)

Ellis v Sherman 512 Pa 515 A 2d 1327 (1986)

Emeh v Kensington, Chelsea and Fulham Area Health Authority and Others
[1984] 3 All ER 1044 (CA)

Emerson v Magendantz 689 A 2d 409 (RI 1997)

Emory University v Porubiansky 282 SE 2d 903 (Ga 1981)

Esterhuizen v Administrator, Transvaal 1957 3 SA 710 (T)

Etheridge v Medical Center Hospitals 237 Va 87 376 SE 2d 525 (1989)

Etkind v Suarez No S 98 G 1978 (Sup Ct Georgia) - SE 2d – 271 Ga 352
1999 WL 450 109 (Ga) 99 FCDR 2512

Everett v Goldman 359 So 2d 1256 (La 1978)

Evins v Shield Insurance Co Ltd 1980 2 SA 814 (A)

Ex Parte Peterson 253 US 300 (1920)

Ex Parte Peterson 55 AD 2d 304 390 NY S 2d 122 (NY App Div 1976)

Eyre v Measday [1986] 1 All ER 488 (CA)

Farley v Salow 67 Wis 2d 393 227 NW 2d 76 (1975)

Fassoulas v Ramey 450 So 2d 822 (Fla 1984)

Federated Insurance Co Ltd v Britz 1981 4 SA 74 (T)

Feinberg v Pfeifer Co 322 SW 2d 163 (Mo Ct App 1959)

Ferreira v Ferreira 1977 4 SA 618 (O)

Firelock Inc v District Ct 766 P 2d 1090 (Colo 1989)

Fischer v Union Trust Co 138 Mich 612 101 NW 852 (1904)

Flanagan v Williams 87 Ohio App 3d 768 623 NE 2d 185 (1993)

Flowers v District of Columbia 478 A 2d 1073 (DC 1984)

Friedman v Glicksman 1996 1 SA 1134 (W)

Fulton-DeKalb Hospital Authority v Graves 252 Ga 441 314 SE 2d 653 (1984)

Gagne v Bertram 43 Cal 2d 481 275 P 2d 15 (1954)

Gale v Obstetrics and Gynecology of Atlanta PC 213 Ga App 614 445 SE 2d 366 (1994)

Garcia v Von Milsky 602 F 2d 51 (2d Cir 1979)

Garrison v Foy 486 NE 2d 5 10 (Ind Ct App 1985)

Garwood v Locke 522 SW 2d 892 (Tex Civ App 1977)

Gildner v Thomas Jefferson University Hospital 451 F Supp 692 (ED Pa 1978)

Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the Department of Health and Social Security (1984) 1 AH ER 365 (QB) (1985) 1 All ER 533 (CA)

Girdley v Coats 825 SW 2d 295 (Mo 1992)

Girdley v Coats No 17117 1991 WL 116734 (Mo Ct App July 3 1991)

Gist v French 288 P 2d 1003 (Cal Ct App 1955)

Gleitman v Cosgrove 49 NJ 22 227 A 2d 689 (1967)

Golden v Johnson Memorial Hospital Inc 66 Conn App 518 A 2d (2001)

Gouws v Montesse Township and Investment Corp (Pty) Ltd (2) 1964 3 SA 609 (T)

Government of the Republic of South Africa v Ngubane 1972 2 SA 601 (A)

Graham v Scissor-Tail Incorporated 623 P 2d 165 (Cal 1981)

Grasso v Grasso 1987 1 SA 48 (K)

Griffin v Colver 16 NY 489 (1958)

Griswold v Connecticut 381 US 479 85 S Ct 1678 14 L Ed 2d 510 (1965)

Groenewald v Groenewald 1998 2 SA 1106 (A)

Gross v James A Recabaren MD Inc 253 Cal Rptr 3d 820 (Cal Ct App 1988)

Guill v Major of Hoboken 21 NJ 574 122 A 2d 881 (1956)

H West and Son Ltd and Another v Shephard 1964 AC 326 (HL) ([1963] 2 All ER 625)

Hackworth v Hart 474 SW 2d 377 (Ky 1971)

Hadley v Baxendale (1854) 9 EX 341

Hahn v Taeft 115 AD 2d 946 497 NY S 2d 522 (AD 4 Dept 1985)

Hannons Detective Agency (Pty) Ltd v Wannenburg 1956 3 SA 459 (T)

Harbeson v Parke-Davis Inc 98 Wash 2d 460 656 P 2d 438 (1983)

Hardin v Farris 87 NM 143 530 P 2d 407 (Ct App 1974)

Harris v Metriyakool 418 Mich 423 344 NW 2d 736 (1984)

Harten v Coons 502 A 2d 1363 (10th Cir 1974)

Hartke v McKelway 228 US App DC 139 104 S Ct 425 78 LED 2d 360 (1983)

Hartke v McKelway 526 F Supp 97 (DC Dist Ct 1981) 707 F 2d 1544 (DC Cir 1983)

Hartke v McKelway 707 F 2d 1544 (DC Cir 1983) *cert denied* 464 US 983 (1983)

Hawkins v McGee 84 NH 114 146 A 641 (1929)

Hayes v Hall 477 SW 2d 402 (Tex Civ Ct App 1972) *rev'd* 488 SW 2d 412 (Tex 1973)

Haywood v Fowler 475 NW 2d 458 (Mich Ct App 1991)

Heller v Frankston 504 Pa 528 475 A 2D 1291 (1984)

Hendricks v President Insurance Co Ltd 1993 3 SA 158 (K)

Hernandez v Cirimo AC 21138 (8 January 2002)

Herrera v Roessing 533 P 2d 60 (Colo Ct App 1975)

Hershley v Brown 655 SW 2d 671 (Mo App 1983)

Hester v Dwivedi 89 Ohio St 3d 575 (2000)

Hewat v Rendal 1925 TPD 679

Heywood v Wellers 1976 QBd 446 (CA) ([1976] 1 All ER 300)

Hickman v Group Health Plan Inc 396 NW 2d 10 (Minn 1986)

Hickman v Myers 632 SW 2d 869 (Tex Ct App 1982)

Hilleary v Garvin 238 Cal Rptr 247 (Cal Ct App 1987)

Hitzemann v Adam 246 Neb 201 518 NW 2d 102 (1994)

HL v Matheson 450 US 398 (1981)

Hobbs and Wife v London and South Western Railway Co 1875 LR 10 QB 111 (44 LJ QB 49; 32 LT 252)

Hoem v State 756 P 2d 780 (Wyo 1988)

Hofmeyr v Clear (1881) 1 SC 232

Holiday Inns v Olsen 692 SW 2d 850 (Tenn 1985)

Hoven v Kelble 79 Wis 2d 444 256 NW 379 (1977)

Howard v Lecher 53 AD 2d 420 386 NY S 2d 460 (1976) *aff'd*

Howard v Lecher 42 NY 2d 109 366 NE 2d 64 397 NY S 2d 363 (1977)

Hudson v Parvin 582 So 2d 403 (Miss 1991)

Huffman v Lindquist 234 P 2d 34 (Cal 1951)

Hyperchemicals International (Pty) Ltd v Maybaker Agrichem (Pty) Ltd 1992 1 SA 89 (W)

Ibhayi City Council v Yantolo 1991 3 SA 655 (OK)

In re CDM 627 P 2d 607 (Alaska 1981)

In re Estate of Duncan 87 Colo 149 285 P 757 (1930)

In re Grady 85 NJ 235 426 A 2d 467 (1981)

In re Guardianship of Eberhardy 102 Wis 2d 539 307 NW 2d 881 (1981)

International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley 1990 1 SA 680 (A)

Jackson v Anderson 230 So 2d 503 (Fla Dist Ct App 1970)

Jackson v Bumgardner 318 NC 172 347 SE 2d 743 (1986)

Jackson v Bumgardner 71 NC App 107 321 SE 2d 541 (NC App 1984)

Jackson v Horizon Holidays Ltd [1975] 1 WLR 1468 (CA) ([1975] 3 All ER 92)

Jacobs v Parks Butchery (Edms) Bpk 1946 EDL 313

Jacobs v Theimer 519 SW 2d 846 (Tex 1975)

James G v Caserta 175 W Va 406 332 SE 2d 872 (1985)

Jarvis v Swan Tours Ltd [1973] 1 All ER 71 (CA)

Jiron v Mahlab 99 NM 425 659 P 2d 311 (1983)

Jockie v Meyer 1945 AD 354

Johnson v Elkins 241 Kan 407 736 P 2d 935 (1987)

Johnson v St Vincent Hospital 273 Ind 374 404 NE 2d 585 (1980)

Johnson v University Hospitals of Cleveland 44 Ohio St 3d 49 540 NE 2d 1370 (1989)

Johnsons v Yeshiva University 53 AD 2d 523 384 NY S 2d 455 (1976) *aff'd*

Johnsons v Yeshiva University 42 NY 2d 818 364 NE 2d 1340 396 NY S 2d 647 (1977)

Jones v Malinowski 299 Md 257 473 A 2d 429 (1984)

Jones v National Coal Board (1957) 2 QB 55; (1957) 2 All ER 155; (1957) 2 WLR 760

Jones v State Board of Medicine 97 Idaho 859 555 P 2d 399 (1976) *cert denied*

Jones v State Board of Medicine 431 US 914 (1977)

Jorgensen v Meade-Johnson Laboratories Inc 483 F 2d 237 (10th Cir 1973)

JPM v Schmid Laboratories Inc 178 NJ Super 122 428 A 2d 515 (1981)

Karl J Pizzalotto MD Ltd v Wilson 444 So 2d 143 (La App 1 Cir 1983)

Karlsons v Guerinot 57 AD 2d 73 394 NY S 2d 933 (1979)

Keeton v R 1906 EDC 56

Kemp v Randfontein Estates Gold Company 1996 1 SA 373 (W)

Keyes v Humana Hospital Alaska 750 P 2d 343 (Alaska 1988)

Kingsbury v Smith 122 NH 237 442 A 2d 1003 (1982)

Knop v Johannesburg City Council 1995 2 SA 1 (A)

Knox v Koch (1883) 2 SC 382

Kopari v Moeti 1993 3 SA 184 (B)

Kruger v Coetzee 1966 2 SA 428 (A)

Kruger v De Bruyn 1943 OPD 38

Kruger v Secretary for Inland Revenue 1972 1 SA 749 (K)

Lacy v GD Searle and Co 484 A 2d 527 (Del Super 1984)

Lacy v Green 428 A 2d 1171 (Del Super 1981)

Lampert v Hefer 1955 2 SA 507 (A)

Lane v Cohen 201 So 2d 805 (Fla Dist Ct App 1967)

La Point v Shirley 409 F Supp 118 (WD Tex 1976)

Lekota v Editor, 'Tribute' Magazine, and Another 1995 2 SA 706 (W)

Leon Bekaert Southern Africa (Pty) Ltd v Rauties Transport (Pty) Ltd 1984 1 SA 814 (W)

Leong v Kaiser Foundation Hospital 788 P 2d 164 (Haw 1990)

Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers (SA) (Pty) Ltd 1985 1 SA 475 (A)

Linda D v Fritz C 38 Wash App 288 687 P 2d 223 (1984)

Linder v Smith 629 P 2d 1187 (Mont 1981)

Liningner v Eisenbaum 764 P 2d 1202 (Colo 1988)

Lobel v Simmons 1969 4 SA 537 (W)

Lovelace Medical Center v Mendez 111 NM 336 805 P 2d 603 (1991)

LTA Construction Ltd v Minister of Public Works and Land Affairs 1992 1 SA 837 (K)

Lymberry v Jeffries 1925 AD 236

MA v United States 951 P 2d 851 (Alaska 1998)

Macomber v Dillman 505 A 2d 810 (Me 1986)

Madden v Kaiser Foundation Hospitals 522 P 2d 1178 (Cal 1976)

Maggard v McKelway 627 SW 2d 44 (Ky Ct App 1981)

Marais v Pilkington 1905 TS 650

Marciniak v Lundborg 153 Wis 2d 59 450 NW 2d 243 (1990)

Maritime and General Insurance Company v Skyunit Engineering (Pty) Ltd 1989 1 SA 867 (T)

Martineau v Nelson 311 Minn 92 247 NW 2d 409 (1976)

Mason v Western Pennsylvania Hospital 286 Pa Super 354 428 A 2d 1366 (1981)

Mason v Western Pennsylvania Hospital 499 Pa 484 453 A 2d 974 (1982)

Mattos v Thompson 421 A 2d 190 (Pa 1980)

McAllister v Ha 496 SE 2d 577 (1998)

McCutcheon v Smith 199 Ga 685 35 SE 2d 144 (1945)

McDaniel v Ong No 1-98 – 3437 Circuit Court Cook County (1999)

McDougald v Garber 73 NY 2d 246 536 NE 2d 372 538 NY S 2d 937 (1989)

McKay and Another v Essex Area Health Authority and Another [1982] 2 All ER 770 (CA)

McKernan v Aasheim 102 Wash 2d 411 687 P 2d 850 (1984)

McKinstry v Valley Obstetrics – Gynaecology Clinic PC 327 NW 29 507 (Mich App 1982)

McMahon v Field (1881) 7 QBD 591 (50 LJ QB 552; 45 LT 381)

McNeal v United States 689 F 2d 1200 (4th Cir 1982)

McQuaid v Michou 85 NH 299 157 A 881 (1932)

Mechanical and General Inventions Company and Lehwess v Austin and the Austin Motor Company (1935) AC 346; (1935) All ER 22

Medinas v Spindler No 415394 (Cal Super Ct Alameda County 1973)

Menday v Protea Insurance 1976 1 SA 565 (OK)

Meyers v Abramson 1951 3 SA 438 (K); 1952 3 SA 121 (K)

Milde v Leigh 28 NW 2d 530 (ND 1947)

Miller v Dubart 637 SW 2d 183 (Mo Ct App 1982)

Miller v Johnson 231 Va 177 343 SE 2d 301 (1986)

Miller v Rivard 585 NY S 2d 523 180 AD 2d 331 (1992)

Miner v Walden 422 NY S 2d 335 (NY Sup Ct 1979)

Minister of Police v Skosana 1977 1 SA 31 (A)

Minister van Polisie v Ewels 1975 3 SA 590 (A)

Mitchell v Dixon 1914 AD 519

Mitchell v Maison Libson 1937 TPD 13

Modern Homes Construction Co v Burke 219 Ga 710 135 SE 2d 383 (1964)

Moore v Fragatos 321 NW 2d 781 (Mich App 1982)

Moore v Lucas 405 So 2d 1022 (Fla Dist Ct App 1981)

Morris v Freudenfeld 135 Cal App 3d 23 185 Cal Rptr 76 (1982)

Morris v Metriyakool 418 Mich 423 344 NW 2d 736 (1984)

Morris v Sanchez 746 P 2d 184 (Okla 1987)

Motor Industry Fund Administrators (Pty) Ltd and Another v Janit and Another 1994 3 SA 56 (W)

Mukheiber v Raath 1999 3 SA 1065 (HHA)

Munn v Illinois 94 US 113 (1876)

Naccash v Burger 223 Va 406 290 SE 2d 825 (1982)

Nanke v Napier 346 NW 2d 520 (Iowa 1984)

Nelson v Krusen 678 SW 2d 918 (Tex 1984)

Neptune v Masilyah No 341454 (Cal Super Ct San Diego County 1975)

Obstetrics and Gynecologists William G Wixted MD, Patrick M Flanagan MD, William F Robinson MD Ltd v Pepper 693 P 2d 1259 (Nev 1985)

Ochs v Borelli 187 Conn 253 445 A 2d 883 (1982)

Ortwein v Schwab 410 US 656 (1973) (*per curiam*)

O'Toole v Greenberg 470 NY S 2d 31 (AD 2 Dept 1983)

O'Toole v Greenberg 64 NY 2d 427 477 NE 2d 445 (NY 1985)

O'Toole v Greenberg 98 AD 2d 814 488 NY S 2d 143 (Ct App 1985)

Overseas Tankship (UK) Ltd v Morts Dock and Engineering Co Ltd [1961] 1 All ER 404 (PC) (*Wagon Mound No 1*)

P v Portadin 179 NJ Super Ct App Div 465 432 A 2d 556 (1981)

Pagitt v City of Keokuk 206 NW 2d 700 (Iowa 1973)

Papp v Legal and General Assurance Society Ltd 1966 2 SA 113 (OK)

Park v Chessin 88 Misc 2d 222 387 NY S 2d 204 (1976)

Park v Chessin 60 AD 2d 80 400 NY S 2d 110 (1977)

Parker v Children's Hospital 483 Pa 106 394 A 2d 932 (1978)

Parkes v Parkes 1916 CPD 702

Paro v Longwood Hospital 373 Mass 645 369 NE 2d 985 (1977)

Peele (Edms) Bpk v Die Administrateur, Oranje-Vrystaat 1982 3 SA 261 (O)

Perna v Pirozzi 92 NJ 446 457 A 2d 431 (1983)

Peters v Gelb 303 A 2d 685 (Del Super Ct 1973) 314 A 2d 901 (Del 1974)

Phillips v United States 508 F Supp 537 (1980)

Pitre v Opelousas General Hospital 517 So 2d 1019 (La App 1987) writ granted 519 So 2d 105 (La 1987)

Pitre v Opelousas General Hospital 530 So 2d 1151 (La 1988)

Planned Parenthood Federation of America Inc v Heckler 712 F 2d 650 (DC Cir 1983)

Planned Parenthood v Casey 505 US 833 (1992)

Policanssky Bros v Hermann and Canard 1911 TPD 319

Prendergast v Nelson 199 Neb 97 256 NW 2d 657 (1977)

Pringle v Administrator Transvaal 1990 2 SA 379 (W)

Public Health Trust v Brown 388 So 2d 1084 (Fla Dist Ct App 1980)

R v Amod 1958 2 SA 658 (N) 661

R v Basson 1946 CPD 479

R v Manda 1951 3 SA 158 (A)

R v Mofokeng 1928 AD 132

R v Qwabe (A) 1939 PH H15

R v Taylor 1927 CPD 16

R v Vilbro 1957 3 SA 223 (A)

Raja v Michael Reese Hospital and Medical Center 104 S Ct 149 464 US 846
78 Led 2d 139 (1983)

Ramirez v Superior Court Santa Clara County 103 Cal App 3d 746 163 Cal
Rptr 223 (Ct App 1980)

Raner v Mutzenbach (1902) 19 SC 341

Re Estate of Duncan 87 Colo 149 285 P 757 (1930)

Recsei's Estate v Meine 1943 EDL 277

Reed v Eddles 1920 OPD 69

Reef Lefebvre (Pty) Ltd v SA Railways and Harbours 1978 4 SA 961 (W)

Regal v African Superslate (Pty) Ltd 1963 1 SA 102 (A)

Renslow v Mennonite Hospital 67 Ill 2d 348 367 NE 2d 1250 (1977)

Reyneke v Mutual and Federal Insurance Company Ltd 1991 3 SA 412 (W)

Reynolds v Graves 3 Wis 371 (1854)

Rhodes v California Hospital Medical Center 76 Cal App 3d 606 143 Cal Rptr 59 (1978)

Richter and Another v Estate Hamman 1976 3 SA 226 (K)

Rieck v Medical Protective Co 64 Wis 2d 514 219 NW 2d 242 (1974)

Rinard v Biczak 177 Mich App 412 287 NW 2d 441 (1989)

Rivera v New York 404 NY S 2d 950 (Ct Cl 1978)

Rivera v State 94 Misc 2d 157 404 NY S 2d 950 (1978)

Robak v United States 658 F 2d 471 (7th Cir 1981)

Robins v Finestone 308 NY 543 127 NE 2d 330 (1955)

Robinson v Parrish 720 F 2d 1548 (1983) 251 Ga 496 306 SE 2d 922 (Ga 1983)

Robinson v Randfontein Estates GM Co Ltd 1925 AD 173

Roe v Ministry of Health 1954 2 All ER 131

Roe v Wade 410 US 113 93 S Ct 705 35 L Ed 2d 147 (1973)

Rogala v Silva 16 Ill App 3d 63 305 NE 2d 571 (1973)

Rohe v Shivde 203 Ill App 3d 181 (1998)

Rosini v Cunana 503 NY S 2d 969 (Sup 1986) 132 Misc 2d 246 (1986)

Rouse v Wesley 494 NW 2d 7 (Mich Ct App 1992)

S v Adams 1983 2 SA 577 (A)

S v Booï 1964 1 SA 224 (OK)

S v Cele 1965 1 SA 82 (A)

S v Gouws 1967 4 SA 527 (OK)

S v Harris 1965 2 SA 340 (A)

S v Januarie 1980 2 SA 598 (K)

S v Makaula 1964 2 SA 575 (OK)

Sacks v Taljaard 1912 CPD 472

Sala v Tomlinson 73 AD 2d 724 422 NY S 2d 506 (1979)

Salvarino v Nelson no C 25436 (Cal Super Ct LA County 1974)

Samahie v KwaZulu Natal Government Sunday Times 16 Junie 1996 2

San Antonio Independant School District v Rodriquez 411 US 1 (1973)

Sanders v H Nouri MD Inc 688 SW 2d 24 (Mo App 1985)

Santam Insurance Co Ltd v Vorster 1973 4 SA 764 (A)

Santam Versekeringsmaatskappy Bpk v Leibrandt 1969 1 SA 604 (K)

Sard v Hardy 367 A 2d 525 (Md Ct Spec App 1976) *rev'd* 379 A 2d 1014 (1977)

Sard v Hardy 281 Md 432 379 A 2d 1014 (1977)

Sardi v Standard General Ins Co Ltd 1977 3 SA 776 (A)

Schork v Huber 648 SW 2d 861 (Ky 1983)

Schroeder v Perkel 87 NJ 53 432 A 2d 834 (1981)

Schulz v Butt 1986 3 SA 667 (A)

Scott and Fetzer Co v Montgomery Ward and Co 112 Ill 2d 378 98 Ill Dec 1 493 NE 2d 1022 (1986)

Seattle First National Bank v Shoreline Concrete Co 91 Wash 2d 230 234 588 P 2d 1308

Seley v GD Searle Co 67 Ohio ST 2d 192 423 NE 2d 831 (1981)

Shaheen v Knight 11 D & C 2d 41 (Pa County Ct 1957)

Sherlock v Stillwater Clinic 260 NW 2d 169 (Minn 1977)

Shessel v Gay 139 Ga App 429 228 SE 2d 361 (1976)

Siemienec v Lutheran General Hospital 134 Ill App 3d 480 NE 2d 1227 (1985)

Siemienec v General Hospital 117 Ill 2d 230 512 NE 2d 691 Ill Dec 288 (1987)

Silbereisen Bros v Lamont 1927 TPD 382

Siman and Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd 1984 2 SA 888 (A)

Simmerer v Dabbas (2000) 89 Ohio St 3d 586 Ohio Lawyers Weekly www.ohiolawyersweekly.com

Simmons v Hertzman 99 Ohio App 3d 453 651 NE 2d 13 (1994)

Simon v St Elizabeth Medical Center 3 Ohio Op 3d 164 355 NE 2d 903 (CP 1976)

Skinner v Oklahoma 316 US 535 (1942)

Smit v Abrahams 1994 4 SA 1 (A)

Smith and Watermeyer v Union Steamship Co (1867) 5 SEARLE 311

Smith v Cote 128 NH 231 513 A 2d 341 (1986)

Smith v Gore 728 SW 2d 738 (Tenn 1987)

Smith v United States 392 F Supp 654 (ND Ohio 1975)

Sorkin v Lee 78 AD 2d 180 434 NY S 2d 300 (1980) *dissent*

Speck v Finegold Pitt Legal J Sept 1 1976 253 (Pa County Ct 1976)

Speck v Finegold 268 Super 342 408 A 2d 496 (Pa 1979)

Speck v Finegold 268 Pa Super 342 408 A 2d 496 (1979) *mod* 439 A 2d 110 (1981)

Speck v Finegold 497 Pa 77 439 A 2d Super Ct 110 (1981)

Spires v Kim 203 Ga App 302 416 SE 2d 780 (1992) (*cert denied*)

St Augustine's Hospital (Pty) Ltd v Le Breton 1975 2 SA 530 (D)

Stallman v Youngquist 125 Ill 2d 267 531 NE 2d 355 (1988)

Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd 1994 4 SA 747 (A)

State Ex Rel Cardinal Glennon Memorial Hospital v Gaertner 583 SW 2d 107 (Mo 1979)

State Ex Rel Strykowski v Wilkie 81 Wis 2d 491 261 NW 2d 434 (1978)

Steitz v Gifford 19 NE 2d 661 (NY 1939)

Stephens v Spiwak 61 Mich App 647 233 NW 2d 124 (1975)

Stewart v Long Island College Hospital 58 Misc 2d 432 296 NY S 2d 41 (1968) *mod*

Stewart v Long Island College Hospital 35 AD 2d 531 313 NY S 2d 502 (1970)

Stills v Gratton 55 Cal App 3d 698 127 Cal Rptr 652 (1976)

Stribling v De Quevedo No 246 (Pa Ct CP Lackawanna County 1977)

Stribling v De Quevedo Pa Super 432 A 2d 239 288 Pa Super 436 (1977)

Strohmaier v Associates in Obstetrics and Gynecology 122 Mich App 116 332
NW 2d 432 (1989)

Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie v O'Malley 1977 3 SA 394 (A)

Sullivan v O'Connor 363 Mass 579 296 NE 2d 183 (1973)

Sutkin v Beck 629 SW 2d 131 (Tex App 1982)

Szekeres v Robinson 102 Nev 93 715 P 2d 1076 (1986)

Techni-Pak Sales (Pty) Ltd v Hall 1968 3 SA 231 (W)

Teeters v Currey 518 SW 2d 512 (Tenn 1974)

Terrell v Garcia 496 SW 2d 124 (Tex Civ App 1973) *cert denied* 415 US 927
(1974)

Thake and Another v Maurice [1985] 2 WLR 215 ([1984] 2 All ER 513)

Thake and Another v Maurice [1986] 2 WLR 337 (CA) ([1986] 1 All ER 497)

Tomlinson v Siehl 459 SW 2d 166 (Ky 1970)

Total South Africa (Pty) Ltd v Bekker NO 1992 1 SA 617 (A)

Treyball v Clark 65 NY 2d 589 483 NE 2d 1136 493 NY S 2d 1004 (1985)

Trichel v Caire 427 So 2d 1227 (La App 2 Cir 1983) 434 So 2d (La 1983)

Tropi v Scarf 31 Mich Ct App 240 187 NW 2d 511 (1971)

Turpin v Sortini 119 Cal App 3d 658 174 Cal Rptr 128 (1981) *rev'd*

Turpin v Sortini 31 Cal 3d 220 643 P 2d 954 182 Cal Rptr 337 (1982)

Udale v Bloomsbury Area Health Authority (1983) 2 All ER 522 QB

Union Government v Warneke 1911 AD 657

United States v Kras 409 US 434 (1973)

University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of Arizona County of Maricopa 136 Ariz 579 667 P 2d 1294 (1983) (*en banc*)

University of Miami v Echarte 585 So 2d 293 (Fla Ct App 1991)

Vaccaro v Squibb Corp 52 NY 2d 809 418 NE 2d 386 436 NY S 2d 871 (1980)

Van Aswegen v Lombaard 1965 3 SA 613 (A)

Van der Westhuizen v Coetzee 1968 1 SA 249 (K)

Van Reenen v Ocean Accident and Guarantee Corp Ltd 1962 4 SA 232 (K)

Van Wyk v Lewis 1924 AD 438

Vance v TRC 229 Ga App 608 494 SE 2d 714 (1997) (*cert denied*)

Vanhoover v Berghoff 90 Mo 487 3 SW 72 (1887)

Vaughn v Shelton 514 SW 2d 870 (Tenn App 1974)

Viccaro v Milunsky 406 Mass 777 551 NE 2d 8 (1990)

Victoria Falls and Transvaal Power Co Ltd v Consolidated Langlaagte Mines Ltd 1915 AD 1

Vilord v Jenkins 226 So 2d 245 (Fla Dist Ct App 1969)

Walker v Moss No C 19428 (Cal Super Ct Orange County 1974)

Ward v Gardner (1905) 16 EDC 73

Waring and Gillow Ltd v Sherborne 1904 TS 340

Webster v Reproductive Health Services 492 US 490 (1989)

Weintraub v Brown 98 AD 2d 339 470 NY S 2d 634 (1983)

Weintraub v Brown NY App Div (2nd Dept) (12/30/1983) 10 FLR 1193

Wentzel v Montgomery General Hospital Inc 293 Md 685 447 A 2d 1244 (1982)

Wessels v Johannesburg Municipality 1970 3 SA 633 (W)

West v Underwood 132 NJL 325 40 A 2d 610 (1945)

Westergaard v Turbow No 176001 (Cal Super Ct Orange County 1973)

Wheeler v St Joseph Hospital 133 Cal Rptr 775 (Cal Ct App 1976)

White v United States 510 F Supp 146 (D Kan 1981)

Whitney v Stearns 16 Mc 394 (1839)

Wilbur v Kerr 275 Ark 239 628 SW 2d 568 (1982)

Wilczynski v Goodman 73 Ill App 3d 51 391 NE 2d 479 (1979)

William Grant and Sons Ltd v Cape Wine Distillers Ltd 1990 3 SA 897 (K)

Williams v University of Chicago Hospitals 179 Ill 2d 80 227 Ill Dec 793 688 NE 2d 130 (1997)

Williams v Van Biber 886 SW 2d 10 (Mo App 1994)

Wilmington Med Center Inc v Coleman 298 A 2d 320 (Del 1972) 327 A 2d 757 (Del Super Ct 1974) *affd*

Wilmington Med Center Inc v Coleman 349 A 2d 8 (Del 1975)

Witt v St Vincent's Medical Center 252 Conn 363 746 A 2d 753 (2000)

Wolford v Davis 764 P 2d 161 (Okla 1988)

Woods v Holy Cross Hospital 591 F 2d 1164 (5th Cir 1979)

Wright v Central Du Page Hospital Association 63 Ill 2d 322 347 NE 2d 740 (1991)

Wroth and Another v Tyler [1973] 1 All ER 897 (CL)

Zapata v Rosenfeld 811 SW 2d 182 (Tex App Houston (1st Dist) 1991)

Zepeda v Zepeda 41 Ill App 2d 240 190 NE 2d 849 (1963)

Ziamba v Sternberg 45 AD 2d 230 357 NY S 2d 265 (1974)

Staatskoerante

Staatskoerant GK 1843 van 1 Oktober 1993

Staatskoerant GK R1352 van 10 Oktober 1997

Staatskoerant GK R1984 van 22 Desember 1995

Tydskrifartikels

Ablin KK "Res ipsa loquitur and expert opinion evidence in medical malpractice cases: strange bedfellows" 1996 *Virginia Law Review* 325-355

Adler R "The Gillick case: a question of law?" 1985 *Journal of the Law Society of Scotland* 341-346

Adomeit "Die missglueckte sterilisation" 1981 *JURA* 196

Advocate "Medical treatment yet again: when is it medical?" 1978 *BML* 163

AHS "Torts – an unplanned, unwanted child born with incurable genetic disease, neurofibromatosis, has no wrongful life cause of action against physicians who negligently performed vasectomy and abortion procedures. The parents have a cause of action in tort against the physicians to recover expenses attributable to the birth and rearing of the child in addition to damages for mental distress and physical inconvenience resulting from the child's birth *Speck v Finegold* 439 A 2d 110 (Pa)" 1982 *Journal of Family Law* 167-174

Alvarez I "A critique of the motivational analysis in wrongful conception cases" 2000 *Boston College Law Review* 585-626

Anderson EA en Richard CH (reds) "The reconstruction of family policy" 1991 *Family Studies* 281

ANM "Judicial limitations on damages recoverable for the wrongful birth of a healthy infant" 1982 *Virginia Law Review* 1311-1331

Annot "Recovery against physician on basis of breach of contract to achieve particular result or cure" 1972 *ALR* 1221

Anon "A cause of action for wrongful life in California: breech birth or abortion?" 1982 *Golden Gate University Law Review* 423-447

Anon "A conflict of choice: California considers statutory authority for involuntary sterilization of the severely mentally retarded" 1982 *Whittier Law Review* 495-516

Anon "A preference for nonexistence: wrongful life and a proposed tort of genetic malpractice" 1982 *Southern California Law Review* 477-510

Anon "A question of competence: the judicial role in the regulation of pharmaceuticals" 1990 *Harvard Law Review* 773-793

Anon "*Alquijay v St Luke's Roosevelt-Hospital* 473 NE 2d 244 (NY): the inequitable umbrella of wrongful life" 1986 *Journal of Contemporary Law* 137-149

Anon "Alternative methods of dispute resolution" 1993 *Civil Engineering Contractor* 21-23

Anon "Assumption of risk and strict products liability" 1982 *Harvard Law Review* 872-891

Anon "*Azzolino v Dingfelder* 323 SE 2d 567 (NC): wrongful life – the ultimate tort" 1985 *Detroit College of Law Review* 921-936

Anon "*Burke v Rivo* 551 NE 2d 1 (Mass): a Massachusetts approach to wrongful pregnancy" 1992 *New England Law Review* 963-993

Anon "Bystander emotional distress claims in medical malpractice actions" 1992 *The American Journal of Trial Advocacy* 605-623

Anon "*Cangelosi v Our Lady of the Lake Regional Medical Center* [542 So 2d 90 (La)]: *res ipsa loquitur* in Louisiana medical malpractice actions" 1991 *Tulane Law Review* 1283-1289

Anon "Cause of action for 'wrongful life': a suggested analysis" 1970 *Minnesota Law Review* 58-81

Anon "Child rearing expenses as a compensable damage in a wrongful conception case: *Burke v Rivo* 551 NE 2d 1 (Mass)" 1991 *Creighton Law Review* 1643-1665

Anon "Constitutional law – Maryland circuit courts have *parents patriae* jurisdiction to authorize guardians to consent to sterilization of incompetent minors when the procedure is medically necessary" 1982 *University of Baltimore Law Review* 467-475

Anon "Contraception" *New York Times* 9 Desember 1984 bl 29 kol 1-6.

Anon "Contraceptive controversy" 1985 *Family Law* 72-73

Anon "Court of appeal ruled DHSS notice on family planning contrary to law" 1985 *Medico-Legal Journal* 47-54

Anon "Court rules children have the right to obtain contraceptives" 1980 *The Los Angeles Daily Journal* 3

Anon "*Curlender v Bio-Science Laboratories* 165 Cal Rptr 477 – recognition of a new cause of action for wrongful life" 1981 *Saint Louis University Law Journal* 455-472

Anon "*Curlender v Bio-Science Laboratories* 165 Cal Rptr 477 and *Turpin v Sortini* 643 P 2d 954 (Cal): the rise and fall of wrongful-life in California" 1982 *Southwestern University Law Review* 369-394

Anon "Current legal developments: antenatal injuries" 1974 *International and Comparative Law Quarterly* 181-182

Anon "Damages – loss of enjoyment of life – New York Court of Appeals denies loss-of-enjoyment damages to comatose plaintiffs – *McDougald v Garber* 73 NY 2d 246, 536 NE 2d 372 538 NYS 2d 937 (1989)" 1989 *Harvard Law Review* 811-817

Anon "Developments in the law: medical technology and the law" 1990 *Harvard Law Review* 1519-1676

Anon "Doctors' discretion" 1985 *Solicitors' Journal* 721

Anon "Effect of legalized abortion on wrongful life actions" 1981 *Florida State University Law* 137-156

Anon "Family planning unit's claims trimmed in suit for US aid" 1984 *New York Law Journal* 4

Anon "Gesinsreëling in Suid-Afrika" 1980 *Vrouevolksdiens* 1-2

Anon "*Harbeson v Parke-Davis Inc* 656 P 2d 483 (Wash): a major step forward in the evolution of wrongful life" 1984 *Journal of Contemporary Law* 203-215

Anon "House of Lords rules DHSS guidance on contraception lawful: the *Gillick* case (Great Britain)" 1985 *Medico Legal Journal* 234-238

Anon "Injuries to unborn children: United Kingdom" 1973 *International and Comparative Law Quarterly* 375-377

Anon "Issues in medical law in Canada/Aspects de droit medical Canadien" 1981 *McGill Law Journal* 671-1067

Anon "Jurisdiction: the Superior Court possesses jurisdiction over petitions for sterilization of incompetents – In the Matter of *CDM* 627 P 2d 607 (Alaska)" 1982 *UCLA-Alaska Law Review* 213-221

Anon "Kids and contraception – who's at the controls?" 1981 *Children's Legal Rights Journal* 27-30

Anon "Liability for wrongfully causing one to be born: development of a tort for 'wrongful life' " 1978 *University of West Los Angeles Law Review* 53-66

Anon "Medicine and the law" 1984 *BML* 93-94

Anon "Mental health law – proposed legislation: involuntary sterilization of the mentally incompetent in Illinois" 1983 *Southern Illinois University Law Journal* 227-245

Anon "Minister of Justice takes steps to initiate an alternative simplified procedure in the lower courts" 1987 *Nuntius* 12-13

Anon "*Nelson v Krusen* 678 SW 2d 918 (Tex): Texas denies wrongful life claim" 1985 *Baylor Law Review* 513-527

Anon "Non-consensual sterilization of the mentally retarded – analysis of standards for judicial determinations" 1981 *Western New England Law Review* 689-714

Anon "Parent and child: parental notification of minor's contraceptive use" 1984 *Utah Law Review* 196-202

Anon "Preconception negligence: reconciling an emerging tort" 1979 *Geo Law Journal* 1239

Anon "Preparing and trying the medical malpractice case" 1996 *Pennsylvania Bar Inst* 430

Anon "Press reports re population remain depressing ARAG National The Abortion Reform Movement" 1991 *Newsletter* 2

Anon "Product liability – duty to warn – *Macdonald v Ortho Pharmaceutical Corp*" 1985 *American Journal of Law and Medicine* 136-137

Anon "Products liability – oral contraceptives – a manufacturer of prescription drugs is not liable where the prescribing doctor would not have been able to relate the manufacturer's warning to the patient *Seley v GD Searle Co* 67 Ohio ST 2d 192 423 NE 2d 831 (1981)" 1981 *Capital University Law Review* 383-388

Anon "Professional confidence in relation to young persons who seek treatment concerning pregnancy or contraceptive advice" 1985 *Medico-Legal Journal* 47-54

Anon "Public policy over metaphysics: wrongful birth and wrongful life in *Harbeson v Parke-Davis Inc* 656 P 2d 483 (Wash)" 1985 *University of Puget Sound Law Review* 511-536

Anon "Qualifying an expert in New Jersey medical malpractice cases: a standard in need of reform" 1988 *Rutgers Law Journal* 153-173

Anon "Qualifying the medical malpractice expert: *Melville v Southward* (791 P 2d 383 (Colo) liberalizes the age-old standards" 1992 *The American Journal of Trial Advocacy* 585-603

Anon "Right not to be born – New Jersey becomes the third state to recognize wrongful life as a cause of action" 1985 *Seton Hall Law Review* 880-906

Anon "Rights and liabilities of the parties – natural childbirth" 1979 *Journal Family Law* 309

Anon "*Robak v United States* (503 F Supp 982): a precedent-setting damage formula for wrongful birth" 1982 *Chicago Kent Law Review* 725-764

Anon "Selected materials on wrongful life – birth" 1982 *Record of the Association of the Bar of the City of New York* 583-588

Anon "Sex education: the dissemination of family planning services and contraceptives in public school" 1987 *Journal of Legal Medicine* 587-611

Anon "Should mom and dad be told? New regulations on teen contraception" 1982 *Children's Legal Rights Journal* 4-6

Anon "State legislatures: 1974 bills" 1974 *Family Planning/Population Reporter* 124-125

Anon "State legislatures: 1978 bills" 1978 *Family Planning/Population Reporter* 101

Anon "Sterilization of persons who are developmentally disabled" 1987 *Michigan Bar Journal* 724-726

Anon "Sterilization of the developmentally disabled: shedding some myth-conceptions" 1981 *Florida State University Law Review* 599-643

Anon "Sterilization technology and decision making: rethinking the incompetents rights" 1986 *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 275-304

Anon "Sterilization: a remedy for the malady of child abuse?" 1989 *The Journal of Contemporary Health Law and Policy* 245-262

Anon "Taking the tort out of court-administrative adjudication of medical liability claims: is it the next step?" 1991 *South-Western University Law Review* 41-76

Anon "The civil liberties and human rights implications of United States international population policy" 1983 *New York University Journal of International Law and Politics* 1-319

Anon "The injury of birth: Minnesota's statutory prohibition of postconception negligence actions" 1988 *William Mitchell Law Review* 701-758

Anon "The legal recognition of medical malpractice tort claims based upon theories of wrongful birth and wrongful life" 1985 *North Carolina Central Law Journal* 274-294

Anon "The man from Samaria – still a moral ideal in our law" 1976 *Codicillus* 15-16

Anon "The option of alternative dispute resolution" 1992 *Industrial Relations Journal of South Africa* 66-69

Anon "The unborn child and the constitutional conception of life" 1971 *Iowa Law Review* 994-1014

Anon "The wrongful life controversy: *Curlender v Bio-Science Laboratories* 165 Cal Rptr 477 and *Turpin v Sortini* 174 Cal Rptr 128" 1982 *Idaho Law Review* 237-254

Anon "Title X Pregnancy Counseling Act: pro and con" 1991 *Congressional Digest: an independent monthly featuring controversies in Congress, pro & con* 195-224

Anon "To be or not to be: the Pennsylvania General Assembly eliminates wrongful birth and life actions" 1989 *Villanova Law Review* 681-696

Anon "Tort damages – wrongful birth – Illinois appellate court, first district, allows parents to recover costs of rearing a child – *Cockrum v Baumgartner* 425 NE 2d 968 (Ill)" 1982 *Southern Illinois University Law Journal* 111-135

Anon "Tort law – emotional distress and wrongful life claims in DES litigation: injury without remedy – *Payton v Abbott Laboratories* 437 NE 2d 171 (Mass)" 1984 *Western New England Law Review* 1037-1058

Anon "Tort law – New Jersey allows wrongful life damages – *Procanik v Cillo* 478 A 2d 755 (NJ)" 1986 *Arizona Law Journal* 361-378

Anon "Tort law – prenatal injuries – Supreme court of Illinois refuses to recognize cause of action brought by fetus against its mother for unintentional infliction of prenatal injuries – *Stallman v Youngquist* 125 Ill. 2e 267, 531 NE 2d 355 (1988)" 1988 *Harvard Law Review* 823-828

Anon "Tort law – the judicial system's wrongful conception of wrongful life – *Turpin v Sortini* 643 P 2d 954 (Cal)" 1983 *Western New England Law Review* 493-509

Anon "Tort law – to be or not to be: the wrongful life cause of action – *Turpin v Sortini* 643 P 2d 954 (Cal)" 1983 *Campbell Law Review* 435-450

Anon "Tort law: wrongful birth and wrongful life actions – *Siemieniec v Lutheran General Hospital* 512 NE 2d 691 (Ill)" 1988 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 57-65, 859-865

Anon "Tort liability for wrongful life" 1983 *University of New South Wales Law Journal* 133-142

Anon "Torts – an action for wrongful life brought on behalf of the wrongfully conceived infant" 1977 *Wake Forest Law Review* 712-727

Anon "Torts – medical malpractice – damages for emotional and mental anguish are available in an action for wrongful birth – cause of action for wrongful life is not cognizable at law" 1980 *Seton Hall Law Review* 952-965

Anon "Torts – medical malpractice - 'wrongful life' claim is not cognizable, but 'wrongful birth' claim allows recovery for emotional trauma suffered by parents" 1980 *Rutgers Camden Law Journal* 507-515

Anon "Torts – parents in wrongful birth action are entitled to recover the extraordinary expenses of raising a defective child to age of majority but are not entitled to recover ordinary expenses of rearing a normal or defective child – *Ramey v Fassoulas* 414 So 2d 198 (Fla)" 1982 *Florida State University Law Review* 312-325

Anon "Torts – the Wisconsin Supreme Court addresses wrongful pregnancy causes of action – *Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 (Wis)" 1991 *Marquette Law Review* 575-587

Anon "Torts – wrongful birth – public policy forbids award of damages for expense of raising a healthy, but unwanted child – *Wilbur v Kerr* 628 SW 2d 568 (Ark)" 1982 *University of Arkansas at Little Rock Law Journal* 593-604

Anon "Torts – wrongful birth and wrongful life – where negligence of physicians precludes patient's right to abort mongolid child, parents have limited cause of action for wrongful birth, but child has no cause of action for wrongful life" 1979 *Hofstra Law Review* 257-272

Anon "Torts – wrongful birth and wrongful life" 1979 *Missouri Law Review* 167-183

Anon "Torts and the unborn – the rights of parent and child: a symposium" 1982 *South Carolina Law Review* 659-817

Anon "Toward full recovery – the future of damage awards in wrongful pregnancy cases" 1991 *Suffolk University Law Review* 735-764

Anon "*Turpin v Sortini* 643 P 2d 954 (Cal): 'wrongful life' and public policy" 1982 *Western State University Law Review* 249-261

Anon "Unemancipated minors' rights of access to contraceptives without parental consent or notice – the squeal rule and beyond" 1983 *Oklahoma City University Law Review* 219-250

Anon "US enjoined from enforcing 'squeal rule' " 1983 *New York Law Journal* 1, 15

Anon "*Wilbur v Kerr* 628 SW 2d 568 (Ark): the tort of wrongful birth in Arkansas" 1983 *Arkansas Law Review* 429-450

Anon "World population ARAG National The Abortion Reform Movement" 1991 *Newsletter* 3

Anon "Wrongful birth - theories of recovery and allowable damages" 1982 *The Alabama Lawyer* 658-674

Anon "Wrongful birth actions: the case against legislative curtailment" 1987 *Harvard Law Review* 2017-2034

Anon "Wrongful birth and emotional distress damages: a suggested approach" 1977 *University of Pittsburgh Law Review* 550-560

Anon "Wrongful birth and wrongful life: analysis of the causes of action and the impact of Utah's statutory breakwater" 1984 *Utah Law Review* 833-863

Anon "Wrongful birth damages: mandate and mishandling by judicial fiat" 1978 *Valparaiso University Law Review* 127-174

Anon "Wrongful birth theories of recovery and allowable damages" 1982 *Alabama Lawyer* 658-674

Anon "Wrongful birth: a child of tort comes of age" 1981 *University of Cincinnati Law Review* 65-81

Anon "'Wrongful birth': should liability be imposed upon a physician who fails to warn parents of the risks of defects in their unborn children?" 1979 *Gonzaga Law Review* 891-905

Anon "Wrongful conception" 1979 *William Mitchell Law Review* 464-508

Anon "Wrongful conception: North Carolina's newest prenatal tort claim – *Jackson v Bumgardner* 347 SE 2d 743 (NC)" 1987 *North Carolina Law Review* 1077-1109

Anon "Wrongful life – a child born with Tay-Sachs disease has a cause of action in tort, where a genetic testing laboratory fails to inform its prospective parents of their status as carriers of Tay-Sachs genes" 1980 *Journal of Family Law* 363-368

Anon "Wrongful life and wrongful birth causes of action – suggestions for a consistent analysis" 1980 *Marquette Law Review* 611-642

Anon "Wrongful life and wrongful birth: the current status of negligent genetic counseling" 1985 *Cooley Law Review* 175-191

Anon "Wrongful life and wrongful pregnancy" 1985 *Journal of Juvenile Law* 159-164

Anon "Wrongful life recognized in Washington: *Harbeson v Parke-Davis* 656 P 2d 483 (Wash)" 1983 *Montana Law Review* 291-296

Anon "Wrongful life" 1983 *Journal of Juvenile Law* 166-170, 264-266

Anon "Wrongful life: a finally recognized tort" 1984 *Journal of Juvenile Law* 127-139

Anon "Wrongful life: a legislative solution to negligent genetic counseling" 1983 *San Francisco Law Review* 77-108

Anon "Wrongful life: liability and damages after *Turpin v Sortini* 643 P 2d 954 (Cal)" 1982 *Whittier Law Review* 639-655

Anon "Wrongful life: the child's cause of action for negligent genetic counseling in Texas" 1985 *St Mary's Law Journal* 639-677

Anon "Contraceptive sterilization: the doctor the patient and the US Constitution" 1973 *University of Florida Law Review* 327

Anon "*Hathaway v Worcester City Hospital* – the right to be sterilized" 1974
Temp LQ 403

Anon "Human Sterilization" 1950 *Iowa Law Review* 251

Anon "Sterilization and family planning: the physician's civil liability" 1968
Geo Law Journal 976

Anon "Woman's right to voluntary sterilization" 1972 *Buffalo Law Review* 291

Anthony FW "The medical, legal and ethical connection by physicians with cases of malpractice which have no criminal factors" 1936 *New England Journal of Medicine* 115 ev

Apfel D "Obstetrical negligence: hypertension in pregnancy" 1992 *Trial* 32-35

Appleton SF "Beyond the limits of reproductive choice: the contributions of the abortion-funding cases to fundamental-rights analysis and to the welfare-rights" 1981 *Columbia Law Review* 721-758

Appleton SF "The abortion-funding cases and population control: an imaginary lawsuit (and some reflections on the uncertain limits of reproductive privacy)" 1979 *Michigan Law Review* 1688-1723

Appley EJ "Two decades of reproductive freedom litigation and activism in Georgia: from *Doe v Bolton* 98 S Ct 739 to *Atlanta v Operation Rescue* Civil Action No D-61462 Superior Court Fulton County (March 28, 1990)" 1991 *Georgia State Bar Journal* 34-41

Asaro A "The judicial portrayal of the physician in abortion and sterilization decisions: the use and abuse of medical discretion" 1983 *Harvard Women's Law* 51-102

Ashe MT "Review: Life and death with liberty and justice by Grisez G & Boyle JM" 1981 *Law and Justice* 47-50

Ashman A "Can't make doctor pay for rearing unplanned child" 1984 *American Bar Association Journal* 138-139

Ashman A "Family planning clinics not required to squeal" 1984 *American Bar Association Journal* 140

Ashman A "Kiss and tell – squeal rule enjoined" 1983 *American Bar Association Journal* 829-830

Ashman A "She lied about birth control, but he must support child" 1983 *American Bar Association Journal* 1148-1150

Ashman A "Wrongful life: Measuring damages" 1982 *American Bar Association Journal* 1313

Atkin WR "Parents and children: Mrs Gillick (*Gillick v West Norfolk & Wisbech Area Health Authority* (1985) 3 All ER 402) in the House of Lords" 1986 *New Zealand Law Journal* 90-93

Atkins NG "Products liability insurance indemnity for defective products" 1971/72 *BML* 130-131

Atkinson NN "How the National Practitioner Data Bank affects medical malpractice clients" 1994 *Practical Litigator* 35-44

Averbach R "Aids for the improvement of the doctor-lawyer relationship" 1956 *Insurance Law Journal* 237 ev

Backhouse CB "Involuntary motherhood: abortion, birth control and the law in nineteenth century" 1983 *Canada The Windsor Yearbook of Access to Justice* 61-130

Bainbridge JS "After botched sterilization" 1984 *The National Law Journal* 4

Bainbridge JS "Doctor must pay for child after botched sterilization" 1984 *National Law Journal* 44

Bainham A "Handicapped girls and judicial parents" 1987 *The Law Quarterly Review* 334-339

Bainham A "Recent cases: contraceptive advice and treatment – whether DHSS notice lawful – capacity of child under 16 to consent *Gillick v West*

Norfolk & Wisbech Area Health Authority (1984) 1 All ER 365" 1984 *Journal of Social Welfare Law* 287-290

Bainham A "The balance of power in family decisions" 1986 *Cambridge Law Journal* 262-284

Baker TS "After Warnock" 1987 *Law and Justice* 92-98

Bamford J "Dalton shield starts losing in court" 1980 *American Lawyer* 31-33

Barchilon J "Clinical report – a case of a failed abortion" 1978 *Medical Trial Technique Quarterly* 257-289

Barnett LD "Population control and child mortality: constitutional issues in recent demographic research" 1979 *Hamline Law Research* 57-82

Barre SC " 'Meeting the needs of living – a child's right to bring a wrongful life action for medical malpractice in New Jersey – *Procanik v Cillo*" 1986 *Rutgers Law Review* 557-588

Barron EJ "A parent's right to seek sterilization for an incompetent minor" 1981 *The Forum* 1081-1101

Bartimus J en Eaton CJ "Should you accept the case?" 1996 *Trial* 50-52

Barton C "Family law (family planning services for young people)" 1986 *Law Teacher* 55-57

Batten DE "*McAllister v Ha* 496 SE 2d 577 (NC 1998): wrongful conception or misconception" 1999 *Wake Forest Law Review* 915-934

Beck PW en Soskis CW "Sterilization in Pennsylvania" 1981 *Temple Law Quarterly* 213-236

Bedikian MA "Overview of alternative dispute resolution techniques" 1986 *Michigan Bar Journal* 876-881

Belli MM "An ancient therapy still applied: the silent medical treatment" 1956 *Villa Nova Law Review* 250-275

Bennett B "Setting the standard? Clinical practice guidelines and medical negligence litigation" 1997 *The University of New South Wales Law Journal* 707-723

Benshof J "The establishment clause and government-funded natural family planning programs: Is the constitution dancing to a new rhythm?" 1987 *New York University Journal of International Law & Politics* 1-33

Bernier BL "Handling prenatal liability cases" 1981 *Pennsylvania Bar Association Quarterly* 97-110

Best M "Unemancipated minors' rights of access to contraceptives without parental consent or notice – the squeal rule and beyond" 1983 *Oklahoma City University Law Review* 219-247

Bey-Berkson C "Wrongful life, wrongful birth: a pathfinder for a legal and moral dilemma" 1988 *Legal Reference Services Quarterly* 63-116

Bickenbach JE "Damages for wrongful conception: *Doiron v Orr* (1978) 86 DLR (3d) 719" 1980 *University of Western Ontario Law Review* 493-503

Binetti MS "The child's right to life, liberty and the pursuit of happiness – suits by children against parents for abuse, neglect and abandonment" 1981 *Rutgers Law Review* 100

Bingham T "The judge as juror: the judicial determination of factual issues" 1985 *Current Legal Problems* 1-27

Birth JW "The quality of life" 1982 *The Law Society's Gazette* 839

Blackbeard M "Actions for wrongful birth and wrongful life" 1996 *THRHR* 711-715

Blackbeard M "Die aksie vir 'wrongful life': to be or not to be?" 1991 *THRHR* 57-74

Blank RH "Human sterilization: emerging technologies and re-emerging social issues (and legal considerations; United States)" 1984 *Science, Tech-*

nology, and Human Values: *Journal of the Society for Social Studies of Science* 8-20

Bloch B ea "Abortion and Sterilization Act of 1975 – experience of the Johannesburg hospital pregnancy advisory clinic" 1978 *SAMJ* 861-864

Block NM "Wrongful birth: the avoidance of consequences doctrine in mitigation of damages" 1985 *Fordham Law Review* 1107-1125

Blommaert AK "*Negotiorum gestio* and the life-rescuer" 1981 *TSAR* 123-135

Bloom LH "The legacy of *Griswold* (25th Anniversary of *Griswold v Connecticut* and the Right to Privacy)" 1990 *Ohio Northern University Law Review* 511-544

Blum JD "Hospitals, new medical practice guidelines, CQI, and potential liability outcomes" 1992 *Saint Louis University Law Journal* 913-945

Blumstein JF "Constitutional perspectives on governmental decisions affecting human life and health" 1976 *Law and Contemporary Problems* 231-305

Boberg PQR "An action for wrongful life" 1964 *SALJ* 498-502

Boberg PQR "Who can sue for wife's or child's medical expenses?" 1979 *SALJ* 525-531

Bogdan FW "Wrongful birth: who owes what to whom and why?" 1983 *Washington and Lee Law Review* 123-141

Boldt MM "Tort law – wrongful birth and wrongful life actions – damages – the Pennsylvania Supreme Court has held that an infant cannot bring an action for wrongful life, but parents of the infant can maintain a cause of action for wrongful birth and recover damages for mental distress and physical inconvenience incident to the birth *Speck v Finegold* 497 Pa 77 439 A.2d 110 (per curiam)" 1983 *Duquesne Law Review* 1113-1136

Bolner J en Jacobsen R "The right to procreate: the dilemma of over population and the United States judiciary" 1979 *Loyola Law Review* 235-262

Bolton MA "Whatever happened to Eve? A comment" 1988 *Manitoba Law Journal* 219-226

Boothman RC "Torts – Wrongful pregnancy – when defendant's negligence or breach of contract in a sterilization procedure allows the conception and birth of a healthy child, damages may be recovered in an action for wrongful pregnancy without reduction for the value of the benefits derived from the child - *Bushman v Burns Clinic Medical Center* PC 83 Mich App 453 268 NW 2d 683 (1978)" 1978 *University of Detroit Journal of Urban Law* 184-201

Bopp J, Bostrom BA en McKinney DA "The 'rights' and 'wrongs' of wrongful birth and wrongful life: jurisprudential analysis of birth related torts" 1989 *Duquesne Law Review* 461-515

Boulle L "ADR applications in administrative law" 1993 *Acta Juridica* 138-156

Boumil MM "Dispensing birth control in public schools: Do parents have a right to know?" 1988 *Seton Hall Law Review* 356-377

Boutchee K "Genetic counseling and medical malpractice: recognizing a cause of action for wrongful life" 1982 *Thurgood Marshall Law Review* 154-178

Bovbjerg RR "Medical malpractice: research and reform" 1993 *Virginia Law Review* 2155-2208

Bowker WF "Minors and mental incompetents: consent to experimentation, gifts of tissue and sterilization" 1981 *McGill Law Journal* 951-977

Boyle J "Human action, natural rhythms, and contraception: a response to Noonan" 1981 *The American Journal of Jurisprudence* 32-46

Boyle JP "The sterilization controversy: a new crisis for the Catholic hospital?" 1980 *The Jurist* 208-210

Boyle R "Medical malpractice screening panels: a judicial evaluation of their practical effect" 1981 *University of Pittsburgh Law Review* 939-960

Bradley DC "A woman's right to choose" 1978 *The Modern Law Review* 365-382

Brahams D "Birth of handicapped child after negligent sterilisation (from the *Lancet*) (Great Britain)" 1984 *Medico-Legal Journal* 250-251

Brahams D "Confidentiality and under-age girls who seek contraceptive advice" 1983 *Medico-Legal Journal* 188-189

Brahams D "Damages for unplanned babies – a trend to be discouraged?" 1983 *New Law Journal* 643-645

Brahams D "Doctors' duty of care to give advice in therapeutic and non-therapeutic contexts" 1987 *Medico Legal Journal* 188-190

Brahams D "Medicine selective reduction of pregnancy" 1988 *The Law Society's Gazette* 25-27

Brahams D "Parental consent – does doctor know best after all? The Gillick case" 1985 *New Law Journal* 8-10

Brahams D "Pregnancy following sterilisation" 1986 *Medico-Legal Journal* 60-64

Brahams D "Selective reduction of pregnancy" 1988 *Law Society Gazette* 25-27

Brahams D "The Gillick case: a pragmatic compromise" 1986 *New Law Journal* 75-77

Brahams D "The morning-after pill: contraception or abortion?" 1983 *New Law Journal* 417-418

Brahams D "Under-age girls and contraception: The parent's right to be informed" 1983 *Medico-Legal Journal* 248-252

Brannigan V "Oral contraceptives and breast cancer: a consumer toxic tort" 1990 *Journal of Consumer Policy* 201-214

Braverman P "Wrongful conception: who pays for bringing up baby?" 1978 *Fordham Law Review* 418-436

Breckinridge JP "Torts – Expanding the right of recovery for preconception torts" 1978 *Tulane Law Review* 893-900

Brenner MT "International family planning" 1985 *Houston Journal of International Law* 155-173

Broome AH "Cross-examination of a defendant in a medical malpractice case" 1990 *Trial Lawyers Quarterly* 42-51

Brown GA "Wrongful life: a misconceived tort: an introduction" 1981 *UC Davis Law Review* 643-471

Brown H "A visitor's perspective on South African mediation – not always the answer" 1988 *De Rebus* 873-874

Brown H "A visitor's perspective on South African mediation" 1994 *De Rebus* 61-64

Brown LA "The concept of certainty regarding medical expert testimony" 1991 *Medical Trial Technique Quarterly* 205-224

Browne P "Judicial reflections" 1982 *Current Legal Problems* 1-24

Brownlie S "Wrongful life: is it a viable cause of action in South Africa?" 1985 *Responsa Meridiana* 18-35

Brynard DJ "Die Advokaat-Generaal: ombudsman of ombudsmuis?" 1988 *De Rebus* 217-224

Buchanan GS "The right of privacy: past, present, and future (25th Anniversary of *Griswold v Connecticut* and the Right to Privacy)" 1990 *Ohio Northern University Law Review* 403-510

Buckle J "The extra cost of mental handicap" 1984 *The Law Society's Gazette* 2047

Bunnell D "Is a statutory ban on wrongful birth actions constitutional?: *Hickman v Group Health Plan Inc* 396 N.W. 2d 10 (Minn. 1986)" 1987 *Stetson Law Review* 161-195

Burke DJ "Notes and comments - Wrongful pregnancy: child rearing damages deserve full judicial consideration" 1988 *Pace Law Review* 313-372

Burman S en Rudolph D "Repression by mediation: mediation and divorce in South Africa" 1990 *SALJ* 251-278

Burnett BA "Voluntary sterilization for persons with mental disabilities: the need for legislation" 1981 *Syracuse Law Review* 913-955

Burns JJ ea "Adolescents' use of a hospital-based contraceptive program (based on a study of the Adolescent Reproductive Health Care Program, Columbia-Presbyterian Medical Center, New York City 1977-80)" 1982 *Family Planning Perspectives* 224-225

Burt RA "Privacy and contraception in the American and Irish constitutions" 1988 *Saint Louis University Public Law Review* 287-296

Bush D "Fertility-related state laws enacted in 1982 (laws affecting sterilization, abortion, insurance benefits for pregnancy-related health care, family planning services and information, and maternal and infant health; United States)" 1983 *Family Planning Perspectives* 111-116

Butler D "South African legislation – the need for reform" 1994 *Comparative and International Law Journal of South Africa* 118-163

Butler DW "Challenging an arbitrator's award: remittal and setting aside" 1990 *Stellenbosch Law Review* 252-270

Butler DW "Expediting commercial arbitration proceedings: recent trends" 1994 *SAMerclJ* 251-290

Butler DW "The arbitrator and the rules of evidence" 1988 *Professional Builder* 25-28

Buxton R "The rules of evidence as applied to arbitrations" 1992 *Arbitration* 229-234

Cain J "Non-consensual surgery: the unkindest cut of all" 1977 *ND Law* 291

Caldwell JC en Srinivasan K "Notes and commentary New data on nuptiality and fertility in China" 1984 *Population and Development Review* 71-79

Cappelletti M "Alternative dispute resolution process within the framework of the world-wide access-to-justice movement" 1993 *The Modern Law Review* 287

Capron AM "Informed decision making in genetic counseling: a dissent to the wrongful life debate" 1973 *Indiana Law Journal* 581-604

Carey LG "Wrongful conception as a cause of action and damages recoverable" 1979 *Missouri Law Review* 589-599

Carey TJ "Physician's liability for pre-conception torts" 1979 *Notre Dame Lawyer* 696-715

Carlton DM "Fraud between sexual partners regarding the use of contraceptives" 1983 *Kentucky Law Journal* 593-615

Carlyle T "Common practice and the standard of care in medical negligence" 1985 *JR* 145-165

Carnevale PJ en Pegnetter R "The selection of mediation tactics in public sector disputes: A contingency analysis" 1985 *Journal of Social Issues* 65-81

Carpenter G "Public opinion – the judiciary and legitimacy" 1996 *SAPL* 110

Carrol LM "Recovery for wrongful conception: who gets the benefit – the parents or the public?" 1979 *New England Law Review* 784-811

Carstens PA "Prophylaxis against medical negligence : a practical approach" 1988 *De Rebus* 345-348

Carter PI "Binding arbitration in malpractice disputes : the right prescription for HMO patients?" 1997 *Hamline Journal of Public Law and Policy* 423-451

Carter PI en St Lawrence JS "Adolescents' competency to make informed birth control and pregnancy decisions: An interface for psychology and the law" 1985 *Behavioural Sciences & the Law* 309-319

Casamassima AC "Spoliation of evidence and medical malpractice" 1994 *Pace Law Review* 235-299

Champlin R en Winslow D "Elective sterilization" 1965 *University of Pennsylvania Law Review* 415

Chandr C "Surgical sterilization in the United States: Prevalence and characteristics 1965-1995" 1998 *Vital and Health Statistics* 2

Chapman C "To boldly go where no one has gone before: the final frontier of Illinois expert witness testimony in medical malpractice cases" 1990 *Loyola University Chicago Law Journal* 757-809

Chapman S "Debating the question of 'wrongful life'" 1982 *Medicine and Law* 105-107

Chervin CI "The title X family planning gag rule: can the government buy up constitutional rights?" 1989 *Stanford Law Review* 401-434

Cheslik JM "Wrongful conception" 1985 *Federation of Insurance Counsel Quarterly* 289-309

Chitwood M "Utah and publicly funded contraceptive service: The struggle to prevent minor from sponging off the government" 1987 *Journal of Contemporary Law* 277-299

Christie RH "ADR principles and practice, by HJ Brown and AL Marriott: review" 1994 *SALJ* 451-454

Ciecka JE "Estimating the costs of children in wrongful birth cases" 1984 *The Trial Lawyer's Guide* 297-308

Clark HH "Wrongful conception: a new kind of medical malpractice?" 1979 *Family Law Quarterly* 259-274

Clarke JA "The Chinese population policy: A necessary evil?" 1987 *New York University Journal of International Law and Politics* 321-354

Clarkson J "Constitutional law – first amendment – domestic family planning organizations are not impermissibly infringed upon by denial of funding to foreign family planning organizations that perform or promote abortion *DKT Memorial Fund Ltd v Agency for Int'l Dev* 887 F 2d 275 (DC Cir 1989)" 1991 *Suffolk Transnational Law Journal* 578-591

Cleaver B "Wrongful birth" 1991 *SALJ* 47-66

Clinite BJ "Wrongful birth: the appropriate measure of damages" 1982 *Illinois Bar Journal* 772-779

Closen ML en Wittenberg JD "*Bergstreser v Mitchell* 577 F 2d 22: recognition of an action for personal injury caused by preconception negligence" 1979 *Journal of the Missouri Bar* 42-47

Coaker J "Notes and comments: pre-trial conferences" 1960 *SALJ* 368-371

Cochran SC "Wrongful life: the tort that nobody wants" 1983 *Santa Clara Law Review* 847-865

Coetser PSJ "Integrering van gesinsbeplanning met maatskaplikewerk-dienslewering" 1979 *Volkswelsyn en Pensioene* 26-29

Cohen C "Mediation: giving the law a human face" 1992 *De Rebus* 126-128

Cohen C "Mediation: terminology is important" 1993 *De Rebus* 221-222

Cohen CP "International fora for the vindication of human rights violated by the US international population policy" 1987 *New York University Journal of International Law & Politics* 241-266

Cohen T "The insurance ombudsman – an alternative dispute resolution forum for the insurance industry" 1996 *SAMercLJ* 252

Coliver S en Newman F "Using international human rights law to influence United States foreign population policy: Resort to courts or congress" 1987 *New York University Journal of International Law and Politics* 53-91

Collins EF "An overview and analysis: prenatal torts, pre-conception torts, wrongful life, wrongful death, and wrongful birth: time for a new framework" 1984 *Journal of Family Law* 677-711

Comment "No recovery rule" 1976 *Colorado Law Review* 1187 1197

Comment "Strict liability: a 'lady is waiting' for wrongful birth cases" 1974 *Cal WL Review* 136

Cook RJ "US population policy, sex discrimination and principles of equality under international law" 1987 *New York University Journal of International Law & Politics* 93-142

Cooley JW "Arbitration vs mediation – explaining the differences" 1986 *Judicature* 263-269

Cooper RJ "House of Lords. Contraception for under 16's doctor's liability *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the Department of Health and Social Security*" 1986 *Journal of Criminal Law* 150-153

Cooper WJ "Pregnancy after sterilisation: causes of action for parent and child" 1972/73 *Journal of Family Law* 12

Cope V "Must hospitals give the morning-after pill?" 1989 *Trial* 92-94

Cotler VK "The FDA, contraception and RU-486" 1990 *Women's Rights Law Reporter* 123-136

Cowling MG "Finally in arbitration" 1994 *SALJ* 306

Cowper F "London letter contraceptive advice for children" 1985 *New York Journal* 2

Coyle M "Free speech or family planning? Case before high court" 1990 *The National Law Journal* 3

- Cray E "The wrongful life dilemma" 1982 *California Lawyer* 52-53
- Crous AJ "Die beslegtingsproblematiek van mediese wanpraktyksgeskille" 1996 *THRHR* 219-232
- Crystal-Kirk D "Embryo arrest: The 'no-man's-land' between contraception and abortion" 1989 *Medico-Legal Journal* 111-117
- Cusine DJ "Family law Contraceptive advice to the under-sixteens" 1985 *Journal of the Law Society of Scotland* 217-220
- Cynkar RJ "*Buck v Bell* 'felt necessities' v Fundamental values" 1981 *Columbia Law Review* 1418-1461
- Dales DG "Wrongful life: new cause of action recognized based upon medical malpractice theory *Turpin v Sortini* 643 P 2d 954 (Cal)" 1983 *Nebraska Law Review* 175-199
- Danzon PM "The frequency and severity of medical malpractice claims: a new evidence" 1986 *Law and Contemporary Problems* 57-84
- Darquin J "The role of the legislature and the judiciary in decision making on behalf of incompetents" 1982 *Wisconsin Law Review* 1167-1227
- Davies PJ "Damages to severe injured children" 1982 *The Modern Law Review* 333-338
- Davis D "Let it stand: when the word of the arbitrator is final" 1994 *Finance Week* 25
- De Blois M "Het recht op leven van gehandicapte babies" 1989 *NJB* 1146-1148
- De Cruz SP "Parents, doctors and children: the Gillick case and beyond" 1987 *Journal of Social Welfare Law* 93-108
- De Groot GJ "Moderne ontwikkelingen rond de medische aansprakelijkheid van het ziekenhuis" 1980 *Gezondheidsrecht* 4

De Hoog PA "Naar een werkelijke rechtsbescherming voor medisch gelaedeerden" 1988 *NJB* 8-10

De Jager FJ "Manufacturer's liability Defective pharmaceutical products" 1980 *BML* 234-236

De Jager FJ "Produkte-aanspreeklikheid: Ontstaansredes en rigsnoere vir verdere ontwikkeling" 1978 *De Jure* 283-293

De Jager FJ en Van der Merwe SWJ "Products liability" 1979 *BML* 81-83

De Vos "Alternative Dispute Resolution From An Access-to-Justice Perspective" 1993 *TSAR* 155-158

De Vos WLeR " 'n Beskouing oor die *Wet op Howe vir Kort Proseses en Bemiddeling in Sekere Siviele Sake* 103 van 1991" 1992 *TSAR* 381-393

De Vos WLeR " 'n Kritiese beskouing oor die voor-verhoorsamesprekings in die hooggeregshof" 1989 *TSAR* 585-592

De Vos WLeR "Aktiewe regterlike optrede in Suid-Afrika" 1991 *TSAR* 353-371

De Vos WLeR "Alternative dispute resolution from an access-to-justice perspective" 1993 *TSAR* 155-158

De Vos WLeR "Die rol van die hof en die partye in the Engelse en Franse siviele proses" 1988 *TSAR* 216-231, 377-395

De Vos WLeR "Dispute resolution, edited by P Pretorius: book review" 1995 *TSAR* 279

De Vos WLeR en Van Loggerenberg DE "The activism of the judge in South Africa" 1991 *TSAR* 592-610

De Vries DL en Rifkin AM "Wrongful life, wrongful birth, and wrongful pregnancy: judicial divergence in the birth-related torts" 1985 *The Forum* 207-221

De Waal MJ "Kontraktereg: kontrak – remedies by kontrakbreuk – skadevergoeding – of verhaal kan word vir onderhoud van kind na onsuksessvolle sterilisasie – of ontasbare verlies (intangible loss) *ex contractus* verhaal kan word" 1990 *De Rebus* 711-714

De Witt WO "ADR, the civil law approach" 1995 *Arbitration* 38

Dean J "Medical malpractice 'discovery rule' rejected in wrongful birth or wrongful life actions arising from negligent sterilization operations" 1983 *American Journal of Trial Advocacy* 511-512

Demetrio TA "Client questionnaires for medical malpractice cases" 1995 *Practical Litigator* 45-58

Dendy M "Arbitration at work" 1993 *De Rebus* 911

Dendy M "Borderland between contract and delict" 1989 *Annual Survey of South African Law* 118

Denkin FJ "New Jersey Developments *In re Grady* – voluntary sterilization and the retarded" 1982 *Rutgers Law Review* 567-590

Denyer RL "Interim payments and interest in personal injury cases" 1985 *The Law Society's Gazette* 3435-3436

Derouin J "*In re Guardianship of Eberhardy*: the sterilization of the mentally retarded" 1982 *Wisconsin Law Review* 1199-1227

Derouin J "The role of the legislature and the judiciary in decisionmaking on behalf of incompetents: a student forum" 1982 *Wisconsin Law Review* 1167-1227

Deutsch E "Das therapeutische privileg des Arztes: Nichtaufklarung: Zugunsten des Patienten" 1988 *Reform des Arztrechts NJW* 24

Deutsch E "Reform des artrechts" 1978 *NJW* 31-34

Diamond A "Multi-party arbitrations: a plea for a pragmatic piecemeal solution" 1991 *Arbitration International* 403-409

Dickens BM "Reproduction law and medical consent" 1985 *University of Toronto Law Journal* 255-286

Diesfeld HJ "The significance of social security systems for health and population policies in developing countries" 1979 *Economics: a biannual collection of recent German contributions to the field of economic science* 58-67

Dihle G "Physicians and surgeons – damages – parents of an unplanned child, in suit for wrongful conception may recover damages for medical expenses, pain and suffering, loss of consortium, and costs of rearing the child to maturity" 1978 *North Dakota Law Review* 619-626

Dillon C "Review of recent cases: arbitration" 1990 *De Rebus* 191-192

Dinsdale CE "Child v parent: a viable new tort of wrongful life?" 1982 *Arizona Law Review* 391-420

Dixon-Mueller R "US international population policy and 'the woman question'" 1987 *New York University Journal of International Law and Politics* 143-167

Doberman A "Advertising for abortion services and contraceptives" 1986 *Annual Survey of American Law* 655-669

Docksai MF "FDA considers depo-provera as contraceptive" 1983 *Trial* 15-16

Doherty JL "Massachusetts medical malpractice law: a review of recent decisions" 1984 *Massachusetts Law Review* 30-38

Doll CB "Torts – Public policy precludes tort action to recover damages for misrepresentations concerning birth control made during sexual relationship between consenting adults, where alleged wrong results in birth of normal, healthy child *CAM v RAW* 237 NJ Super 532 568 A 2d 556 (App Div 1990)" 1990/91 *Journal of Family Law* 237-241

Donahue SM "*In re Debra B*: the best interest standard in court-authorized sterilization of the mentally retarded" 1987 *Maine Law Review* 209-232

Donaldson J "Alternative dispute resolution" 1992 *Arbitration* 102-106

Donovan JL (Jr) "Wrongful birth and wrongful life: questions of public policy" 1982 *Loyola Law Review* 77-99

Donovon P "Challenging the teenage regulations: the legal battle (decisions blocking the United States Department of Health and Human Services rule requiring federally funded family planning clinics to inform the parent or guardian of any minor for whom they had prescribed contraceptives)" 1983 *Family Planning Perspectives* 126-130

Donovon P "Fertility-related state laws enacted in 1981 (laws affecting abortion, services to minors, pregnancy-related insurance, family-planning services, sterilization, sex education and population commissions)" 1982 *Family Planning Perspectives* 63

Dorst G "Wrongful life: a tort resuscitated" 1983 *American Journal of Trial Advocacy* 167-176

Du Plessis PW "Arbitration – a new approach" 1980 *De Jure* 377-390

Du Plessis PW "Procedural rules: The Supreme Court and the rules for the conduct of arbitrations" 1987 *The Professional Builder* 22-23

Du Plessis PW "The Association of Arbitrators' rules" 1982 *De Rebus* 608-609

Duddy CC "Wrongful life: exploring the development of a new tort" 1985/86 *New England Law Review* 635-671

Dudziak ML "Just say no: Birth control in the Connecticut Supreme Court before *Griswold v Connecticut*" 1990 *Iowa Law Review* 915-939

Dugmore PBG "Mediation an important organisation development intervention" 1989 *Paratus* 58-59

Dulen M "Twenty years later ... contractual arbitration as medical malpractice tort reform" 1992 *Journal of Dispute Resolution* 325-340

Durkan TR "Torts – wrongful birth – New Jersey recognizes emotional distress damages in a wrongful birth action involving a deformed child – *Berman v Allan* 80 NJ 421 404 A 2d 8 (1979)" 1980 *Washington Law Review* 701-714

Ebers S "The right of privacy and minors' confidential access to contraceptives" 1984 *New York Law School Human Rights Annual* 131-149

Echlin RS "The rights of the unborn plaintiff" 1974 *Faculty of Law Review* 75-81

Edelman L en Carr F "The Mini-trial: an alternative dispute resolution procedure" 1987 *The Arbitration Journal* 7-14

Editorial "A moral question" 1983 *The National Law Journal* 12

Editorial "End the 'squeal' rule" 1983 *The National Law Journal* 12

Editorial "Family planning decision (from the Stockton Record)" 1989 *The Los Angeles Daily Journal* 6

Editorial "Good judgment (Solicitor General's views on squeal rule)" 1983 *The National Law Journal* 12

Editorial "Harassing Planned Parenthood (from Washington Post)" 1987 *The Los Angeles Daily Journal* 4

Editorial "Judge issues permanent bar to 'squeal rule' " 1983 *New York Law Journal* 1

Editorial "Parental rights" 1985 *New York Law Journal* 1045-1046

Editorial "Under-age girls and contraception – The GMC's latest guidelines" 1986 *The Medico-Legal Journal* 3-4

Eekelaar JM "The eclipse of parental rights" 1986 *The Law Quarterly Review* 4-9

Effron J "Alternatives to litigation: factors in choosing" 1989 *Modern Law Review* 480-497

Einheuser LM "Tort law – wrongful conception – recovery of child-rearing expenses is denied when the purpose of sterilization was therapeutic, not economic *Hartke v McKelway* 707 F 2d 1544 (DC Cir 1983)" 1984 *University of Detroit Journal of Urban Law* 651-662

Eisner LJ "Case notes Constitution law – Maryland circuit courts have *parens patriae* jurisdiction to authorize guardians to consent to sterilization of incompetent minors when the procedure is medically necessary *Wentzel v Montgomery General Hospital Inc* 293 Md 685 447 A 2d 1244 (1982)" 1982 *Baltimore Law Review* 467-475

Eisner LJ "Constitutional law – commercial speech – federal statute prohibiting mailing of unsolicited contraception advertisements violates first amendment as applied to accurate mailings that contribute to informed decision making" 1985 *Baltimore Law Review* 367-379

Eitel DR, Hegeman RJ en Evans ER "Medicine on trial: physicians' attitudes about expert medical witnesses" 1997 *Journal of Legal Medicine* 345-360

Erasmus HJ "Hervorming van die siviele prosesreg" 1992 *SALJ* 645-651

Evans A "Damages for personal injuries: further cause for concern" 1982 *The Modern Law Review* 329-333

Eveleigh E "Differences in techniques between the judge and the arbitrator" 1987 *Judicial Techniques in Arbitration and Litigation (lecture series)* 77-104

Ey DW (Jnr) "Torts – negligence – child has cause of action for preconception medical malpractice" 1978 *Vanderbilt Law Review* 218-226

Fahey TM "Torts, wrongful conception, measuring the damages incurred by the parents of an unplanned child: *Sherlock v Stilwater Clinic* 260 NW 2d 169 (Minn Sup Ct 1977)" 1978 *De Paul Law Review* 249-258

Fain CF "Wrongful life: legal and medical aspects" 1986/87 *Kentucky Law Journal* 585-631

Farber HS en White MJ "A comparison of formal and informal dispute resolution in medical malpractice" 1994 *The Journal of Legal Studies* 777-806

Faris J "ADR community dispute resolution and the court system" 10 April 1996 *Community Mediation Update CDRT Newsletter* No 10 7

Faris JA "Exploring the alternatives in 'alternative dispute resolution' " 1994 *De Jure* 331-340

Faris JA "Reconciling alternative dispute resolution (ADR) and judicial dispute resolution" 1992 *Codicillus* 7-12

Farley JU en Tokarski SS "Law and population policy: Some suggestions for determining priorities and estimating impact Law and Population Monograph Series no 27 (1975) Law and Population Programme The Fletcher School of Law and Diplomacy administered with the cooperation of Harvard University Tufts University Medford Massachusetts" 1975 *Columbia Human Rights Law Review* 415-445

Faro LMC "Wetgeving rond medische hulpmiddelen" 1990 *NJB* 377-382

Farrel LE "Population policies and proposals: when big brother becomes big daddy" 1984 *Brooklyn Journal of International Law* 83-114

Farrell MJ "Medication malpractice: claims, culprits and defenses" 1992 *The American Journal of Trial Advocacy* 65-107

Feenstra R "The historical development of delictual liability for killing and for the infliction of bodily harm" 1972 *Acta Juridica* 227-237

Feinberg J "Comment: wrongful conception and the right not to be harmed (Discussion of respecting liberty and preventing harm: limits of state intervention in prenatal choice" 1985 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 57-77

Feinberg P "Negotiating without giving in – III: satisfying interests" 1991 *BML* 63-64

Fells RE "Managing the process of negotiation" 1986 *Employee Relations* 17-22

Fendant J "Medical Clinic Court strikes down agreement to arbitrate any future malpractice claim as a contract of adhesion in which 'the weaker party has no choice as to its terms ... (but) to sign ... or to forego treatment'" 1985 *Association of Trial Lawyers of America Law Reporter* 157-158

Finch J "No wrongful life" 1982 *New Law Journal* 235-236

Finch-Noyes CAP "Case comment: the Eve (*Eve re* 31 DLR 4th 1) decision" 1987 *Canadian Journal of Family Law* 375-383

Finch-Noyes CAP "Sterilization of the mentally retarded" 1986 *Canadian Journal of Family Law* 277-299

Finsen E "Alternative dispute resolution" 1990 *Juta's South African Journal of Property* 39-41

Finsen E "The case for arbitration" 1988 *De Rebus* 636-638

Fischer-Zernin V en Junker A "Arbitration and mediation: synthesis or anti-thesis?" 1988 *Journal of International Arbitration* 21-40

Flax K "Women's rights and the proposed family protection act" 1981 *University of Miami Law Review* 141-163

Fleming LL "Case notes Abortion and birth control – regulations issued by Secretary of the Department of Health and Human Services ... *Planned Parenthood Federation of America Inc v Heckler* 712 F 2d 650 (DC Cir 1983)" 1984 *Journal of Family Law* 361-364

Flemming HCJ "Voorverhoorprosedures: die wysiging van hofreël 37" 1991 *THRHR* 759-774

Fletcher GP "The right and the reasonable" 1985 *Harvard Law Review* 949-982

Forrest JD "The end of IUD marketing in the United States: what does it mean for American women?" 1986 *Family Planning Perspectives* 52-55

Forrest MF "Rights and liabilities of the parties – natural childbirth" 1979 *Journal of Family Law* 309-332

Fortin JES "Legal protection for the unborn child" 1988 *MOD LR* 54-83

Fortin JES "Notes of cases: Can you ward a foetus?" 1988 *MOD LR* 768-775

Fortin JES "Sterilization, the mentally ill and consent to treatment" 1988 *The Modern Law Review* 634-642

Foutz TJ " 'Wrongful life': the right not to be born" 1980 *Tulane Law Review* 480-499

Fowler VH "Jurisdictional statement (25th Anniversary of *Griswold v Connecticut* and the Right to Privacy)" 1990 *Ohio Northern University Law* 373-394

Franklin D "Geboortebepanking – 'n volledige gids vir elke vrou" *Huisgenoot* 10 Desember 1992 32 156

Fruchter J "Doctors on trial: a comparison of American and Jewish legal approaches to medical malpractice" 1993 *American Journal of Law & Medicine* 453-495

Fuchsberg A "Common defenses in medical negligence cases" 1989 *Trial Lawyers Quarterly* 51-57

Fuller LL "Arbitration" 1978 *Harvard Law Review* 353 396

Fuller LL "Mediation – its forms and functions" 1971 *Southern California Law Review* 305-339

Furman S "Unwanted pregnancy – the role of the general practitioner" 1980 *South African Medical Journal* 941-942

Galen M "Birth-control options limited by litigation: Just whose fault is it?" 1986 *The National Law Journal* 1

Gallagher K "Wrongful life: should the action be allowed?" 1987 *Louisiana Law Review* 1319-1331

Garfinkle JE "*Burke v Rivo*: Toward a more rational approach to wrongful pregnancy" 1991 *Villanova Law Review* 805-830

Garvey W "Alternative methods of dispute resolution" 1992 *Civil Engineering Contractor* 22-23

GFZ "Torts – parent may not recover cost of rearing healthy, normal child who is born because of failed sterilization procedure ... *Smith v Gore* 728 SW 2d 738 (Tenn)" 1987/88 *Journal of Family Law* 886-891

Giesen D "Medical malpractice and the judicial function in comparative perspective" 1993 *Medical Malpractice Law International* 3-16

Giesen D & Fahrenhorst I "Civil liability arising from medical care – principles and trends" 1984 *International Legal Practitioner* 80-85

Gillespie J "Physician-patient arbitration agreements : procedural safeguards may not be enough" 1997 *Journal of Dispute Resolution* 119-132

Glazer S "Birth control: the choices are limited" 1988 *Editorial Research Reports* 566-579

Gold RB en Daley D "Public funding of contraceptives, sterilization and abortion services, fiscal year 1990" 1991 *Family Planning Perspectives* 204-211

Gold RB en Macias J "Public funding of contraceptive sterilization and abortion services, 1985" 1986 *Family Planning Perspectives* 259-264

Goldberg BA "The sterilization of incompetents and the late probate court in California: how bad law makes hard cases" 1986 *Pacific Law Journal* 1-30

Goldhar J "The right to reproduce" 1989 *Law Institute Journal* 708-709

Goldschmidt 1991 *Arizona State Law Journal* 1015

Goldschmidt J "Where have all the panels gone? A history of the Arizona Medical Liability Review Panel" 1991 *Arizona State Law Journal* 1013-1019

Goldsmith LS "A look at the relationships of parties involved in medical malpractice litigation with a view toward helping the patient" 1993 *The Journal of Legal Medicine* 125-138

Goldstein C en Hirsch HL "Wrongful life" 1982 *Medical Trial Technique Quarterly* 279-292

Goldstein C en Hirsh HL "Wrongful birth: judicial reticence with an emerging tort: the negligent performance of genetic counseling" 1981 *University of Dayton Law Review* 115-133

Gooding SS "One more mouth to feed: a look at physician's liability for the negligent performance of sterilization operations" 1983 *Arizona Law Review* 1069-1079

Gorby JD " 'Right' to an abortion, the scope of fourteenth amendment 'personhood' and the Supreme Court's birth requirement" 1979 *Southern Illinois University Law Journal* 1-36

Gorley AR "Advantages and disadvantages of the arbitration procedure" 1988 *De Rebus* 339-344

Gosfield AG "Medical necessity in medicare and medicaid: the implications of professional standards review organizations" 1978 *Temple Law Quarterly* 229-280

Gould RMJ "Procreation: a choice for the mentally retarded" 1984 *Washburn Law Journal* 359-378

Grant B en Schwikkard P "People's courts" 1991 *SAJHR* 304-316

Grant I "Forced obstetrical intervention: a charter analysis" 1989 *University of Toronto Law Journal* 217-257

Green LW "Promoting the one-child policy in China" 1988 *Journal of Public Health Policy* 273-283

Green W "The odyssey of depo-provera: contraceptives, carcinogenic drugs, and risk-management analyses" 1987 *Food Drug Cosmetic Law Journal* 567-587

Greene SB "Preconceptional tort liability – *Renslow v Mennonite Hospital*" 1978 *DePaul Law Review* 891-910

Greenfield KN "*Curlender v Bio-Science Laboratories* (165 Cal Rptr 477) California grants a cause of action in wrongful life to the severely defective infant plaintiff" 1982 *California Western Law Review* 270-290

Greenwald AE "Deposing medical experts" 1990 *Trial* 54-57

Gregerson MC "Resolving the conflict in wrongful birth actions – *Cockrum v Baumgartner* (425 NE 2d 968 Ill)" 1982 *DePaul Law Review* 409-431

Griffith SS "Patients' rights" 1982 *Annual Survey of American Law* 487-511

Griffiths L "Civil litigation in the nineties" 1991 *Arbitration* 168-171

Grobler J "Litigasiekoste" 1992 *Nuntius* 74-75

Grobler N "The *Mediation in Certain Divorce Matters Act, 1987*" 1990 *Consultus* 133

Grosboll D "Sterilization abuse: current state of the law and remedies for abuse" 1980 *Golden Gate University Law Review* 1147-1189

Grubb A "Case and comment: Failed sterilization: Is a claim in contract or negligence a guarantee of success?" 1986 *The Cambridge Law Journal* 197-200

Grubb A "Contraceptive advice and doctors – a law unto themselves?" 1988 *The Cambridge Law Journal* 12-14

Grubb A "Medical law – failure of sterilization – damages for 'wrongful conception' " 1985 *The Cambridge Law Journal* 30-32

Grubb A "The emergence and rise of medical law and ethics" 1987 *Law Review* 241-267

Grubb A en Pearl D "Medicine, health, the family and the law" 1986 *Family Law* 227-240

Grubb A en Pearl D "Sterilization and the courts" 1987 *The Cambridge Law Journal* 439-464

Guttman RA "Nonrecognition of future childrearing expenses in wrongful conception cases" 1984 *Journal of Juvenile Law* 491-493

Hackett J "Procreative choice for the incompetent developmentally disabled *Conservatorship of Valerie N* (707 P 2d 760 Cal)" 1986 *DePaul Law Review* 95-131

Hackleman TJ "Violation of an individual's right to die: the need for a wrongful living cause of action" 1996 *University of Cincinnati Law Review* 1355-1381

Haig PI "Compensation for errors in gynaecological operations" 1982 *New Zealand Law Journal* 210-211

Hammar E "Overpopulation – everybody's baby" 1980 *African Insight* 170-174

Hamner BA "Family law Right of unemancipated minor to receive contraceptives without notice to parents" 1980 *American Journal of Trial Advocacy* 470-473

Hampton LP "The continuing debate over recoverability of the costs of child-rearing in 'wrongful conception' cases: searching for appropriate judicial guidelines" 1986 *Family Law Quarterly* 45-60

Handford PR "Moral damage in Germany" 1978 *ICLQ* 849-875

Hardee-Cleaveland K en Banister J "Fertility policy and implementation in China" 1988 *Population and Development Review* 245-286

Hardt KF "Physician's negligence giving rise to the birth of a healthy but unplanned child: a summary of damages recoverable by the parents" 1983 *University of Richmond Law Review* 403-420

Harlow C "Notes of cases Gillick: A comedy of errors" 1986 *The Modern Law Review* 768-776

Harmer DL "Structure and content of a reasoned award" 1988 *Arbitration* 163-166

Harris B "Arbitration: a normal incident of commercial life – but for how long?" 1992 *Arbitration* 153-158

Harris B "Documents – only arbitrations" 1984 *Arbitration* 221-224

Harris SW "Torts – preconception – infant's right to a cause of action – *Albala v City of New York* 54 NY 2d 269 429 NE 2d 786 445 NYS 2d 108 (1981)" 1982 *Tennessee Law Review* 195-211

Harrison JB "Wrongful pregnancy: recovery for raising a healthy child" 1983 *Northern Kentucky Law Review* 341-353

Harvey T "The action for wrongful life in England and the United States" 1985 *The International and Comparative Law Quarterly* 423-441

Hausmaninger C "Civil liability of arbitrators – comparative analysis and proposals for reform" 1990 *Journal of International Arbitration* 7-48

Havard J "Medical negligence litigation adversarial system: a battleground for expert witnesses" 1989 *The Law Society's Gazette* 4-5

Havighurst J "Private reform of tort law dogma: market opportunities and legal obstacles" 1986 *Law and Contemporary Problems* 143 ev

Hayes R en Hayes SC "Permanent disability and common law rights to compensation" 1982 *The Australian Law Journal* 643-657

Heister ME "Tort law – wrongful birth and wrongful life actions – damages" 1980 *Duquesne Law Review* 1009-1018

Heister ME "Torts – cause of action on behalf of parents for the negligent sterilization of mother resulting in the birth of an unwanted child held sufficiently supported by case law to warrant denial of motion for summary judgment and to allow claimant-parents to prove all items of damage including the anticipated cost of rearing the child less any benefit conferred by the birth" 1978/79 *Drake Law Review* 503-512

Henderson S "Contractual problems in the enforcement of agreements to arbitrate" 1972 *Medical Malpractice Va Law Review* 974 956

Henley ES "The use of pretrial mediation and arbitration in medical negligence cases" 1994 *Medical Trial Technique Quarterly* 524-546

Hernandez BE "To bear or not to bear: Reproductive freedom as an international human right" 1991 *Brooklyn Journal of International Law* 309-358

Hersch P "Comments tort liability for 'wrongful life' " 1983 *University of New South Wales Law Journal* 133-142

Hilliard L " 'Wrongful birth': Some growing pains" 1985 *The Modern Law Review* 224-229

Hofkorrespondent *Weldrick v Moller* Ongerapporteerde beslissing "Mislukte sterilisasie: vrou wen siviele eis" 13 Augustus 1996 *Die Volksblad* 3

Hofman BD "The squeal rule: Statutory resolution and constitutional implications – burdening the minor's right of privacy" 1984 *Duke Law Journal* 1325-1357

Hoggett B "The unborn child and the law of tort" 1976 *Solicitors' Journal* 807-829

Holden FD "Birth control and the liability of physicians and pharmacists" 1973 *University of California Davis Law Review* 255-274

Holmes HB, Hoskins BB en Gross M "Birth control and controlling birth: Women-centered perspectives" 1983 *Ethics* 644-645

Holt DK "Wrongful pregnancy" 1982 *South Carolina Law Review* 759-795

Holt RN "Drug regulation, product liability, and the contraceptive crunch. Choices are dwindling" 1987 *The Journal of Legal Medicine* 533-553

Hooggeregshofverslaggewer "PE arts verloor appél in sterilisasieszaak" 7 April 1997 *Die Burger* 3

Hooggeregshofverslaggewer "Saak teen PE arts uitgestel tot Julie" 5 Desember 1995 *Die Burger* 5

Hooggeregshofverslaggewer "Vrou wen eis teen ginekoloog ná swangerskap" 13 Augustus 1996 *Die Burger* 3

Hooggeregshofverslaggewer *Thomas v Kaaplandse Provinsiale Administrasie* Ongerapporteerde beslissing "Man eis oor vrou weer lewe skenk" 17 Februarie 1993 *Die Burger* 8

Horneman HC "Wrongful birth – Women who become pregnant after undergoing negligently performed sterilizations may recover for damages resulting from their pregnancy and the birth of a normal, healthy child, but may not recover the costs of rearing the child *Beardsley v Wierdsma* 650 P 2d 288 (Why 1982)" 1983 *Journal of Family Law* 571-574

Horowitz AB "Torts: wrongful birth and wrongful life causes of action" 1984 *Annual Survey of American Law* 675-692

Horton RWV "Legal implications of ineffective sterilization" 1985 *Legal Studies* 296-313

Hosek NL "Minors' right of privacy" 1984 *Journal of Juvenile Law* 170-177, 435-441

Hosek NL "Minors' right of privacy: access to contraceptives without parental notification" 1983 *Journal of Juvenile Law* 99-115, 238-245

Hubben HB "Gezondheidsrecht: Beginselen of belangenafweging?" 1989
NJB 1588-1590

Hubben HB "Levensbeëindiging bij ernstig gehandicapte pasgeboren" 1989
NJB 914-915

Hughes RL "Recognition of wrongful life actions: trend or aberration?" 1987
Tort and Insurance Law Journal 672-685

Hulls D "Structuring personal injury awards" 1990 *The Law Society Gazette*
27-31

Hurter E "Dispute resolution by P Pretorius: book review" 1995 *THRHR* 152-
153

Hutchinson J en Jowell K "Mediation and arbitration through IMSSA: the
attitudes and perceptions of management and unions" 1990 *South African
Journal of Labour Relations* 5-18

Irvine A "Balancing the right of the mentally retarded to obtain a therapeutic
sterilization against the potential for abuse" 1988 *Law and Psychology
Review* 95-122

Isaacs SL "Reproductive rights 1983: an international survey" 1982 *Columbia
Human Rights Law Review* 311-353

Isaacs SL "The law of fertility regulation in the United States: a 1980 review"
1980 *Journal of Family Law* 65-96

Isaacs SL en Holt R "Drug regulation, product liability, and the contraceptive
crunch" 1987 *The Journal of Legal Medicine* 533-553

Jackson A "Action for wrongful life, wrongful pregnancy, and wrongful birth in
the United States and England" 1995 *Loyola of Los Angeles International and
Comparative Law Journal* 535-613

JAM "Wrongful life – cause of action on behalf of parents for medical
expenses and loss of wife's services and on behalf of infant for 'wrongful life'

permitted against defendant obstetricians" 1978 *Journal of Family Law* 199-204

Jankowski KJ "Wrongful birth and wrongful life actions arising from negligent genetic counseling: the need for legislation supporting reproductive choice" 1988/89 *Fordham Urban Law Journal* 27-62

JCF "Wrongful birth/life – a child may maintain a cause of action for wrongful life and parents may maintain a cause of action for wrongful birth where but for the negligent advice of the defendant doctor or health care provider, the mentally or physically impaired child would not have been born. Siblings have no cause of action for wrongful birth based on the deprivation of protection *Azzolino v Dingfelder* 322 SE 2d 567 (NC)" 1985 *Journal of Family Law* 110-115

Jecker NS "The ascription of rights in wrongful life suits" 1987 *Law and Philosophy* 149-165

Jefferies R "Alternative dispute resolution and the ombudsman" 1996 *Arbitration* 67

Jensen EM "The standard of proof of causation in legal malpractice cases" 1978 *Cornell Law Review* 666-681

Johnson KB ea "A fault-based administrative alternative for resolving medical malpractice claims" 1989 *Vanderbilt Law Review* 1365-1406

Jones JB ea "Adolescents' use of a hospital-based contraceptive program (based on a study of the Adolescent Reproductive Health Care Program, Columbia-Presbyterian Medical Center, New York 1977-1980)" 1982 *Family Planning Perspectives* 224-225

Jones MA "Consent to medical treatment by minors after Gillick" 1986 *Professional Negligence* 41-45

Jones MA "Doctor knows best" 1984 *The Law Quarterly Review* 355-360

Jones MA "Recent cases – children – contraceptive advice and treatment – whether DHSS notice lawful capacity of child under 16 to consent *Gillick v West Norfolk and Wnebch Area Health Authority* (1985) 1 All ER 533 Court of Appeal" 1985 *Journal of Social Welfare Law* 157-162

Jones NF "Re-thinking the role of the lawyer in the arbitration process" 1987 *Arbitration* 229-231, 285

Jonker I "*Mattheus v Graubard* Ongerapporteerde beslissing R1,7m geëis van arts nadat aborsie misluk" 15 Mei 1997 *Beeld* 5

Joubert DJ "Contracts between doctors and patients" 1969 *SALJ* 290-298

Joubert WA "*Pinchin and another NO v Santam Insurance* 1963 2 SA 254 (W)" 1963 *THRHR* 295-297

Judin M "The beauty of arbitration" 1996 *Financial Mail* 30

Julien AS "Depo-provera: Next battle ground" 1983 *New York Law Journal* 1

Kahn E "Conflict of laws" 1977 *Annual Survey of SA Law* 564-573

Kahn E "Conflict of laws" 1990 *Annual Survey of SA Law* 554-557

Kahn E "Conflict of laws" 1992 *Annual Survey of SA Law* 673-692

Kashi JS "Case of the unwanted blessing: wrongful life" 1977 *University of Miami Law Review* 1409-1432

Keenan DC "Deposing the defendant doctor: preparation is crucial" 1990 *Trial* 69-71

Keith DL "Medical expert testimony in Texas medical malpractice cases" 1991 *Baylor Law Review* 1-138

Kelley PJ "Wrongful life, wrongful birth and justice in tort law" 1979 *Washington University Law Quarterly* 919-963

Kellogg EH "Reform of laws affecting population growth: recent developments Law and Population Monograph Series Law and Population Programme Fletcher School of Law Medford Massachusetts" 1975 *The Journal of International Law and Economics* 1-36

Kemp D "Discounting compensation for future loss" 1985 *The Law Quarterly Review* 506-572

Kennedy B "The trend toward judicial recognition of wrongful life: a dissenting view" 1983 *UCLA Law Review* 473-501

Kennedy I "Testing for HIV infection: the legal framework" 1989 *Law Society Gazette* 30-35

Keown J "The ashes of aids and the phoenix of informed consent" 1989 *The Modern Law Review* 790-800

Kerr G "Shorter articles, comments and notes medical treatment of children" 1984 *Northern Ireland Legal Quarterly* 185-193

Kerr M "Arbitration and the courts – the UNCITRAL Model Law" 1984 *Arbitration* 3-16

Kerr M "International arbitration v litigation" 1980 *Journal of Business Law* 164-180

Kerr M "The Arbitration Act 1979" 1980 *The Modern Law Review* 45-58

Kerrane D "Damages for wrongful pregnancy" 2000 *Journal of Contemporary Legal Issues* 467-471

Keyserlingk EW "A right of the unborn child to prenatal care – the civil law perspective" 1982 *Revue de droit (Universite de Sherbrooke)* 49-90

Keyserlingk EW "The Eve (*Eve, Re 31 DLR 4th 1*) decision – a common law perspective" 1987 *Revue Generale De Droit* 657-675

Khouzam NN "A review of the presuit screening provisions of the *Comprehensive Medical Malpractice Reform Act*" 1990 *The Florida Bar Journal* 27-30

Kimball SL "The personal injury lawsuit: modern attila?" 1988 *TSAR* 91-103

Kinduren CP "Cases and materials on family planning Law and population policy" 1974 *Boston Legal-medical Studies*

King PA "The juridical status of the fetus: a proposal for legal protection of the unborn" 1979 *Michigan Law Review* 1647-1687

King PA "Treatment and minors: Issues not involving lifesaving treatment" 1985 *Journal of Family Law* 241-265

Kinney ED en Gronfein WP "Indiana's malpractice system: no-fault by accident?" 1991 *Law and Contemporary Problems* 169-193

Klein AS "Medical malpractice and measure and element of damages in connection with sterilization or birth control procedures" 1969 *ALR* 909

Klodowski HF (Jr) "Wrongful life and a fundamental right to be born healthy *Park v Chessin; Bekker v Schwarz*" 1978 *Buffalo Law Review* 537-561

Kloss DM en Raisbeck BL "Law and population growth in the United Kingdom Law and population monograph series Medford Massachusetts 1973 Law and Population programme Fletcher School of Law"

Knight MH "A misapplied public policy" 1990 *George Mason University Law Review* 153-169

Knoppers D "Recent developments: legislative reforms in reproductive technology" 1986 *Ottawa Law Review* 663-719

Koehn SB "Hospital corporate liability: an effective solution to controlling private physician incompetence?" 1979 *Rutgers Law Review* 32

Kohnen DA en Zoellner RM "Wrongful life: existence v non-existence – is life always preferable?" 1986 *Federation of Insurance and Corporate Counsel* 211-246

Koskoff TI "Physician insure thyself" 1979 *Trial* 4

Kouri RP "Non-therapeutic sterilization-malpractice, and the issues of 'wrongful birth' and 'wrongful life' in Quebec law" 1979 *Canadian Bar Review* 89-105

Kriegler M "Legal professional privilege as a right: whence, when and whose?" 1991 *SALJ* 613-618

Kronisch MW "Wrongful death, wrongful birth, wrongful life: the evolution of prenatal tort law" 1980 *Trial* 34-36

Kuper M "Formation of AFSA: the Arbitration Foundation of SA" 1996 *Consultus* 124-125

Lambert TF "Medical malpractice – Nevada Supreme Court invalidates and refuses to enforce a pre-treatment arbitration agreement between plaintiff patient and defendant Medical Clinic Association of Trial Lawyers of America Law Reporter" 1985 *Atla Law Reporter* 157-158

Lambert TF "Professional negligence – medical malpractice – wrongful birth – case of the bungled sterilization operation on plaintiff-mother – damages ..." 1984 *Association of Trial Lawyers of America* 197-199

Landman AA "Alternative dispute resolution in a contemporary South African context by AT Trollip: book review" 1992 *SAMercLJ* 392-393

Latz RS "No-fault liability and medical malpractice – a viability analysis" 1989 *Journal of Legal Medicine* 479-525

Laufer JA "Medical malpractice – wrongful life – *Turpin v Sortini* 643 P 2d 954 (Cal)" 1982 *Akron Law Review* 313-323

Launey GV "*Sherrod v Berry* (827 F 2d 195): the hedonic valuation of human life" 1989 *Journal of the Missouri Bar* 273-277

Le Marc S "Mediasie en arbitrasie in dispuutoplossing" 1992 *Entrepreneur* 14-15

League AP "Wrongful birth: fact patterns giving rise to causes of action distinguished and discussed" 1980 *Hamline Law Review* 59-107

Ledvina P "Notes damages *Curlender v Bio-Science Laboratories* (165 Cal Rptr 477): A rational step toward judicial recognition of wrongful life" 1981 *Oklahoma Law Review* 614-625

Lee LT "Law and Family Planning Law and Population Programme the Fletcher School of Law and Diplomacy Tufts University Medford Massachusetts" 1971 *Studies in Family Planning* 87

Lee S "A reversible decision on consent to sterilisation" 1987 *The Law Quarterly Review* 513-515

Lehr GM en Hirsh HL "Wrongful conception, birth and life: a question of viability" 1983 *Medicine and Law* 199-208

Leonard JJ "Medical negligence: perspective on the coming decade" 1981 *The Forum* 403-415

Levy MH "Mediation – not always the answer" 1983 *De Rebus* 873-874

Levy MH en Mowatt JG "Mediation in the legal environment" 1991 *De Jure* 63-76

Lewis C "Damages for wrongful birth" 1983 *The Law Society's Gazette* 1045-1046

Lewis CJ "Consenting to an operation: the surgeon's duty of disclosure" 1983 *The Law Society's Gazette* 2667-2671

Lewis CJ "Damages for unplanned baby" 1985 *The Law Society's Gazette* 261-262

Lewis CJ "Medical negligence update" 1986 *The Law Society's Gazette* 2493-2495

Lewis CJ "Medical negligence: the difficulties of proof" 1983 *The Law Society's Gazette* 1647-1648

Lewis CJ "Sterilisation and the surgeon's duty of disclosure" 1986 *Professional Negligence* 38-40

Lewis CJ "The surgeon's duty of disclosure" 1985 *The Law Society's Gazette* 2645 ev

Lewis CJ en Cannell F "The politics of motherhood in the 1980's: Warnock, Gillick and Feminists" 1986 *Journal of the Law Society* 321-342

Lewis CJ en Staite N "How to start a medical negligence action" 1984 *The Law Society's Gazette* 3432-3433

Lind C "Wrongful-birth and wrongful-life actions" 1992 *SALJ* 428-446

Lionnet K "Arbitration and mediation – alternatives or opposites?" 1987 *Journal of International Arbitration* 69-74

Lippert GOF "Regmatige vrugafdrywing en sterilisasie" 1976 *Geneeskunde* 169-174

Lipton JP en Campbell CF "The constitutionality of court-imposed birth control as a condition of probation" 1989 *New York Law School Journal of Human Rights* 271-298

Litteral DP "Physicians and surgeons – actions for negligence and malpractice – complaints filed by parents of abnormal infants alleging 'wrongful life' based upon physicians' negligence which resulted in parents' decision not to terminate pregnancy, stated legally cognisable causes of action, however similar complaints, filed on behalf of abnormal infants, did not" 1980 *North Dakota Law Review* 271-278

Little B "Malpractice/wrongful birth/damages" 1984 *Illinois Bar Journal* 374-378

Locklar BL "Comment *Jackson v Bumgardner*: a healthy newborn – a blessing or a curse?" 1988 *American Journal of Trial Advocacy* 153-155

Lombardo PA "Three generations, no imbeciles: new light on *Buck v Bell*" 1985 *New York University Law Review* 30-62

Long DJ "A cause of action for 'wrongful life': Pennsylvania's judicial and legislative reaction" 1988 *Duquesne Law Review* 967-995

Loots P "Alternative methods of dispute resolution in the construction industry" 1991 *SA Builder* 8-13

Lottman MS "Sterilization of the mentally retarded: who decides?" 1982 *Trial* 61-64

Louw PF " 'Wrongful life': 'n aksie gebaseer op die onregmatige veroorsaking van lewe" 1987 *TSAR* 199-213

Lovell PA " 'The sins of the fathers' – tort liability for prenatal injuries" 1974 *The Law Society's Gazette* 531-558

Luntz H "Strict liability to the consumer" 1966 *SALJ* 355-362

Lupton ML "The right to be born: surrogacy and the legal control of human fertility" 1988 *De Jure* 36-58

Lux DM "Damages for the wrongful birth of healthy babies" 1983 *Duquesne Law Review* 605-625

Macchiaroli JA "Medical malpractice screening panels: proposed model legislation to cure judicial ills" 1990 *The George Washington Law Review* 181-260

Mackenzie L "Nuwe wetgewing: Oorsig – Wysigingswet op Vrugaafdrywing en Sterilisasie 48 van 1982" 1982 *De Rebus* 281

Magar M "Medicaid sterilization rules violated" 1981 *American Bar Association Journal* 1249

Magnet JE "Neonatal intensive care: the dilemma for medical law" 1981 *Ottawa Law Review* 343-355

Maher G "*Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the Department of Health and Social Security* (1984) 1 All ER 365 (QB) 1 All ER 533 CA" 1985 *Law and Justice* 51-57

Maidment S "Parental rights in doubt" 1984 *New Zealand Law Journal* 2

Mann FA "*Lex facit arbitrum*" 1986 *Arbitration International* 241-261

Mann FA "Note: an 'agreement in writing' to arbitrate" 1987 *Arbitration International* 171-172

Mann FA "Private arbitration and public policy" 1985 *Civil Justice Quarterly* 257-267

Mann JT "Misrepresentation of sterility or of use of birth control" 1987/88 *Journal of Family Law* 623-637

Marble M "Female sterilization less foolproof than believed" 5 Junie 1996 *Women's Health Weekly* 8

Mark DJ "Liability for failure of birth control methods" 1976 *Columbia Law Review* 1187-1204

Marsh FH "Prenatal screening and 'wrongful life' – medicine's new 'catch-22' " 1982 *American Journal of Obstetrics and Gynaecology* 745-748

Mason M "A Trojan horse goes to court: *Bolger v Young's Drug Products Corp*" 1984 *American Journal of Law & Medicine* 203-227

McClelland RM "The necessity of granting a cause of action to an unborn viable fetus under the Pennsylvania *Wrongful Death and Survival Acts*" 1983 *Duquesne Law Review* 1017-1036

McCullough RC "Torts and the unborn – the rights of parent and child: an introduction" 1982 *South Carolina Law Review* 659-661

McConkey SA "Simplifying the law in medical malpractice: the use of practice guidelines as the standard of care in medical malpractice litigation" 1995 *West Virginia Law Review* 491-523

McGee A "A bitter pill" 1986 *The Liverpool Law Review* 62-82

McGuire JE "The dilemma of public participation in the facility siting decisions and the mediation alternative" 1985 *Seton Hall Legislative Journal* 467-473

McIntyre JC (Jr) en Joseph S "Remedies under the Health Care Quality Improvement Act for doctors facing disciplinary actions: a primer for lawyers representing doctors" 1996 *The Trial Lawyer's Guide* 181-197

McIvor CL "Equitable jurisdiction to order sterilizations" 1982 *Washington Law Review* 373-387

McMullen AL "Mediation and medical malpractice disputes: potential obstacles in the traditional lawyer's perspective" 1990 *Journal of Dispute Resolution* 371-386

McPherson BH "Arbitration, valuation and certainty of terms" 1986 *Australian Law Journal* 8-17

McQuid-Mason DJ "Common-law protection of the consumer in South Africa" 1974 *Acta Juridica* 53-72

Mears CLD "Fact-finding - anything but the truth" 1984 *Law Institute Journal* 1441-1444

Mee J "Wrongful conception: the emergence of a full recovery rule" 1992 *Washington University Law Quarterly* 887-914

Mentschikoff S "The significance of arbitration – a preliminary enquiry" 1952 *Law and Contemporary Problems* 698-710

Meschievitz CS "Efficacious or precarious? Comments on the processing and resolution of medical malpractice claims in the United States" 1994 *Annals of Health Law* 123-128

Meschievitz CS "Mediation and medical malpractice: problems with definition and implementation" 1991 *Law and Contemporary Problems* 195-215

Metzloff TB "Alternative dispute resolution strategies in medical malpractice" 1992 *Alaska Law Review* 429-457

Metzloff TB "The unrealized potential of malpractice arbitration" 1996 *Wake Forest Law Review* 203-230

Meulders-Klein MT "The right over one's own body: its scope and limits in comparative law" 1983 *Boston College International & Comparative Law Review* 29-79

Meyer NM "Vonnisbespreking: *Pinchen NO v Santam Insurance Co Ltd* 1963 2 SA 254 (W): A delictual remedy for the unborn child" 1963 *SALJ* 447-450

MHP "Review of reviews: the legal personality of the unborn child by DM Yorke in the Scots Law Times (1/6/1979)" 1979 *Law and Justice* 99-100

Michel K "Court room style arbitration – a case to answer" 1988 *Arbitration* 219-220

Mildred M "Using medical research data in civil proceedings" 1983 *The Law Society's Gazette* 200-201

Milsteen JL "Recovery of childrearing expenses in wrongful birth cases: a motivational analysis" 1983 *Emory Law Journal* 1167-1197

Mitchell MJ "Taking a lesson from England: the contraceptive controversy" 1987 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law* 499-522

Mkhize P "Conflict resolution: African style" 1991 *African Law Review* 21-24

Modena-Kurpinsky M "Health and welfare. Ability of Department of Health to regulate sterilizations" 1982 *Golden Gate University Law Review* 755-758

Mone ME "How to evaluate and prepare medical malpractice cases" 1993 *Practical Litigator* 75-84

Montgomery J "Rhetoric and 'welfare' " 1989 *Oxford Journal of Legal Studies* 395-402

Montgomery JC "Law and the world population problem" 1971 *Codicillus* 30-36

Moore MM "Wrongful birth – the problem of damage computation" 1979 *UMKC Law Review* 1-14

Moore TA "Cross-examining the defence expert" 1991 *Trial* 49-52

Morano AL "The right of minors to confidential access to contraceptives" 1982 *Albany Law Review* 214-240

Morgan J "Controlling minors' fertility" 1986 *Monash University Law Review* 162-197

Moriarty F "Key win in LA" 1980 *American Lawyer* 32

Morreim EH "The concept of harm reconceived: a different look at wrongful life" 1988 *Law and Philosophy* 3-33

Morris KL "Wrongful birth in the abortion context – critique of existing case law and proposal for future actions" 1976 *Denver Law Journal* 501-520

Morrison MD "Torts involving the unborn – a limited cosmology" 1979 *Baylor Law Review* 131-168

Mowatt JG "Alternative dispute resolution: some points to ponder" 1992 *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 44-58

Mowatt JG "Are we ready to mediate?" 1987 *SALJ* 314-321

Mowatt JG "Aspects of the contractual and delictual liability of a mediator" 1996 *South African Law Journal* 672-684

Mowatt JG "Divorce mediation – the *Mediation in Certain Divorce Matters Act, 1987*" 1987 *TSAR* 47-56

Mowatt JG "Holism and the law" 1991 *SALJ* 343-349

Mowatt JG "Mediation in the legal environment" 1991 *De Jure* 63-76

Mowatt JG "Some thoughts on a mediation profession" 1993 *SALJ* 787-795

Mowatt JG "Some thoughts on mediation" 1988 *SALJ* 727-739

Mowatt JG "The high price of cheap adjudication" 1992 *SALJ* 77-86

Mowatt JG "The *Mediation in Certain Divorce Matters Act*, 1987: news, but nothing new" 1987 *De Rebus* 611-613

Muir P "Contraception for the young" 1980 *The New Zealand Law Journal* 157-160

Mullen MJ "Wrongful life: birth control spawns a tort" 1980 *John Marshall Law Review* 401-420

Mulligan K "Alternative dispute resolution" 1992 *Businessman's Law* 99-102

Munro AB "The sterilization rights of mental retardates" 1982 *Washington Law Review* 207-221

Murphy B en Downing LC "Ligation litigation" 1986/87 *Journal of Family Law* 729-742

Murphy JG ea "Can effective birth control be legislated? An analysis of factors that predict birth control utilization" 1984 *Journal of Public Health Policy* 198-212

Murphy KE "Voluntary arbitration: an alternative means of resolving medical malpractice disputes" 1987 *Medical Trial Technique Quarterly* 409-429

Mustill MJ "Arbitration: history and background" 1989 *Journal of International Arbitration* 43-55

Mustill MJ "Multipartite arbitrations: an agenda for law-makers" 1991 *Arbitration International* 393-402

Nakamura MS ea "Contraceptive use and fertility levels in Sao Paulo state, Brazil" 1980 *Studies in Family Planning* 236-246

Napley D "The sanctity of life" 1984 *The Law Society's Gazette* 3227-3228

Neethling J "Persoonlikheidsreg" 1980 *De Rebus* 281

Neethling J en Potgieter M "Deliktuele aanspreeklikheid weens bevrugting as gevolg van 'n nalatige wanvoorstelling: Die funksies van onregmatigheid, na-

latigheid en juridiese kousaliteit onder die loep *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA)" 2000 *THRHR* 162-168

Nell P "Confidentiality in arbitration" 1996 *JCI ARB* 1

Nelson AM "10 steps to savvy negotiation skills" 1995 *Boardroom* 19

Nelson NE "The selection of arbitrators" 1986 *Labour Law Journal* 703-711

Nelson-Jones RM "Personal injury interest: part II" 1984 *The Law Society's Gazette* 1825-1826

Nestor B en Gold RB "Public funding of contraceptive, sterilization and abortion services 1982 (federal and state aid)" 1984 *Family Planning Perspectives* 128-133

Nicholson LA "Damages: recovery of damages in actions for wrongful birth, wrongful life and wrongful conception" 1984 *Washburn Law Journal* 309-341

Noonan JT "A prohibition without a purpose? Laws that are not norms?" 1982 *American Journal of Jurisprudence* 14-16

Noonan JT "Christian tradition and the control of human reproduction" 1983 *Journal of Christian Jurisprudence Annual* 1-15

Norrell MA "Arbitrating medical malpractice cases against hospitals" 1992 *Medical Trial Technique Quarterly* 318-338

Norrie KMck "Common practice and the standard of care in medical negligence" 1985 *Juridical Review* 145-165

Norrie KMck "Medical malpractice: the scope of informed consent in negligence" 1983 *International and Comparative Law Quarterly* 229-236

Norrie KMck "Sterilization of the mentally disabled in English and Canadian law" 1989 *International & Comparative Law Quarterly* 387-395

Norrie KMck "Wrongful birth and the Supreme Court of South Africa" 1991 *International and Comparative Law Quarterly* 437-442

Note "Judicial limitations on damages recoverable for the wrongful birth of a healthy infant" 1982 *Virginia Law Review* 1311, 1324-1325

Note "Wrongful conception: who pays for bringing up baby?" 1978 *Fordham Law Review* 418, 427-428

Nsiah-Jefferson L "Reproductive laws, women of color, and low-income women" 1989 *Women's Rights Law Reporter* 15-39

Nurney S "Dispute resolution in international contracts: English arbitration?" 1998 *De Rebus* 53-57

O'Connell BA "Contract – physician's failure to achieve promised result – standard applied" 1980 *Massachusetts Law Review* 241-243

O'Connor P "Alternative dispute resolution: panacea or placebo?" 1992 *Arbitration* 107-115

Odams M "The influence of commerce on the changing face of dispute resolution" 1996 *Arbitration* 277

O'Keefe J en James MJ "Easing restrictions on minors' abortion rights: forced parental involvement in adolescent pregnancy decisions is both counterproductive and harmful" 1990 *Issues in Science and Science and Technology* 74-78

Olah PA "The 'squeal rule' and a minor's right to privacy" 1984 *Hofstra Law Review* 497-529

Olivier M "Arbitration digest volume, C O'Regan: book review" 1991 *De Rebus* 734

Opperman M "Sterilisatie – nooit 100 percent" *Huisgenoot* 14 Desember 1989 9

Orr MT en Torres A "The family planning program and cuts in federal spending" 1983 *Family Planning Perspectives* 176-177

O'Shea SM "*Burke v Rivo*: a Massachusetts approach to wrongful pregnancy" 1992 *New England Law Review* 963-965

Ottobre JR "Incompetents – sterilization – Court of Equity had inherent power to exercise mentally retarded individual's right to sterilization (NJ) (Case note)" 1981 *Seton Hall Law Review* 96-115

Owen DG "Problems in assessing punitive damages against manual facturers of defective products" 1982 *U Chi Law Review* 1

Oyre T "Professional liability and judicial immunity" 1998 *JCI ARB* 45

Pace DH "The treatment of injury in wrongful life claims" 1986 *Columbia Journal of Law and Social Problems* 145-166

Pace PJ "Civil liability for prenatal injuries" 1977 *MOD LR* 141-158

Paglia AD "Taking the torts out of courts – administrative adjudication of medical liability claims: is it the next step?" 1991 *South-Western University Law Review* 41-76

Pallesen MC "Wrongful pregnancy actions: Should courts allow recovery for childrearing expenses? *Burke v Rivo* 406 Mass 764 551 NE 2d (1990)" 1991 *Nebraska Law Review* 361-380

Palmer A "The best interests criterion" 1996 *Acta Juridica* 98-113

Palmer R "Justice in whose interests. A proposal for institutionalized mediation in the criminal justice system" 1997 *South African Journal of Criminal Justice* 33-45

Panna AK "Negligence: sterilisation negligently performed" 1984 *Law Institute Journal* 204

Pape JB "Physician data banks: the public's right to know versus the physician's right to privacy" 1997 *Fordham Law Review* 975-1028

Park W "Discovery" 1985 *Arbitration* 352-357

Parkinson PN "The Gillick case – just what has it decided?" 1986 *Family Law* 11-14

Parness JA en Pritchard SK "To be or not to be: protecting the unborn's potentiality of life" 1982 *University of Cincinnati Law Review* 257-298

Patterson KD "Comments – 'wrongful life' should the cause of action be recognized?" 1981/82 *Kentucky Law Journal* 163-185

Paul EW en Klassel D "Minors' right to confidential contraceptive services: The limits of state power" 1987 *Women's Rights Law Reporter* 45-63

Pawlik GL "Recent decisions wrongful life/wrongful birth. The parents of a haemophiliac alleging that they would have aborted their child but for the defendant's negligent genetic counseling, have a cause of action for the extraordinary medical expenses incurred during their child's minority *Siemieniec v Lutheran General Hospital* 512 NE 2d 691 (Ill)" 1988 *Illinois Bar Journal* 629-633

Pearl D en Pearl S "Aids: an overview of the legal implications" 1989 *The Law Society's Gazette* 28-35

Pearson FL "Liability for so-called wrongful pregnancy, wrongful birth and wrongful life" 1997 *South African Law Journal* 91-107

Peck CJ "Compensation for pain: a reappraisal in light of new medical evidence" 1974 *Michigan Law Review* 1355-1396

Peiris GL "Medical and professional privilege in Commonwealth Law" 1984 *International and Comparative Law Quarterly* 301-330

Peiris GL "The *Gillick* case: parental authority, teenage independence and public policy" 1987 *Current Legal Problems Annual* 93-122

Pelletier PE "On determining liability for 'wrongful life': *Curlender v Bio-Science Laboratories*" 1981/82 *New England Law Review* 213-237

Pemberton R "The arbitrator and the award of costs" 1988 *De Rebus* 627-630

Persky MS "Wrongful life: the dawning of a new cause of action in Illinois" 1983 *Illinois Bar Journal* 594-600

Petchesky RP "Abortion and woman's choice: the state, sexuality, and reproductive freedom" 1984 *The George Washington Law Review* 344-349

Peters JD en Peters BM "Wrongful life: recognizing the defective child's right to a cause of action" 1980 *Duquesne Law Review* 857-876

Petty C "Alternative dispute resolution in a contemporary South African context by AT Trollip: book review" 1992 *De Rebus* 656

Pilpel F "New methods of conception and their legal status" 1985 *New York Law School Human Rights Annual* 13-33

Pincus D "Employee involvement programs as alternative dispute resolution strategies" 1986 *Labour Law Journal* 520

PML " *Boone v Mullendore*. Confusion of actions in wrongful life, wrongful birth and wrongful pregnancy" 1984 *Alabama Law Review* 179-191

Podewils LA "Traditional tort principles and wrongful conception child-rearing damages" 1993 *Boston University Law Review* 407-425

Postel T "Tubal ligation: objective evidence of proximate cause (Illinois)" 1988 *Chicago Daily Law Bulletin* 88

Potgieter EA "The importance of listening" 1993 *Ex Jure* 28

Poythress NG en Murrin MR "Mock defendants' procedural justice judgments of alternative trial procedures in a medical malpractice case" 1997 *Law and Human Behavior* 257-268

Prats L en Craig CJ "Contraceptive failure: a blessed event?" 1980 *Florida Bar Journal* 587-592

Pretorius P "Alternative Dispute Resolution A Challenge to the Bar for the 1990's April 1990 *Consultus* 38-41

Pretorius P "Alternative dispute resolution" 1991 *South African Human Rights and Labour Law Yearbook* 264-270

Pretorius P "Arbitration comes of age" 1993 *Employment Law* 34-35

Prickett MDS "Right of privacy: A black view of *Griswold v Connecticut*" 1980 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 777-829

Priest GL en Pendell JW "Modern civil procedure: issues in controversy" 1991 *Law and Contemporary Problems* 1-252

PRW "Tort – cause of action for violation of infant's claimed right not to be conceived, and for deceased infant's pain and suffering resulting from her birth, allowed against specialist doctors" 1978 *Journal of Family Law* 352-356

Przetacznik F "The right to life as a basic human right" 1976 *HRJ* 585-609

Puxon M en Buchan A "Damages for sterility *Biles v Barking and Havering & Brentwood Health Authority*" 1988 *New Law Journal* 80-81

Puxon M en Buchan A "Medico-legal damages for sterility" 1988 *New Law Journal* 80-81

Rall A "The doctor's dilemma: relieve suffering or prolong life?" 1977 *SALJ* 52-54

Ramcharan BG "The right to life" 1983 *Netherlands International Law Review* 297-329

Rasor DJ "Mandatory medical malpractice screening panels: a need to re-evaluate" 1993 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 115-144

Ratcliffe JW "The Reagan population policy: an error of the third kind" 1987 *New York University Journal of International Law & Politics* 267-299

Rawson S "Family law – whether it is lawful for doctors to give contraception and abortion advice and/or to treat children under sixteen without parental knowledge or consent – capacity of under-age children to seek such attention – whether doctors so acting incur criminal liability" 1986 *The Australian Law Journal* 232-235

Rebone JW "Personhood and the contraceptive right" 1982 *Indiana Law Journal* 579-604

Rees DJ "The consumer and the risk of defects" 1980 *BML* 160

Reichman AC "Damages in tort for wrongful conception – who bears the cost of raising the child?" 1985 *Sydney Law Review* 568-590

Reitler EG "Note the title X family planning subsidies: the government's role in moral issues" 1990 *Harvard Journal on Legislation* 453-495

Rentoul B "*Cognitus interruptus*: the courts and minors' access to contraceptives" 1986 *Yale Law & Policy Review* 212-234

Reskin L "New duty to warn for birth control pill manufacturers" 1985 *American Bar Association Journal* 96-97

Reskin LR "No sterilization and no award to raise baby" 1986 *American Bar Association Journal* 85-86

Reynolds MP "*Quo vadis arbitrium ...*" 1987 *Arbitration* 75-76

Reynolds MP "The role of the solicitor" 1988 *Arbitration* 85-92

Rheingold PD "The admissibility of evidence in malpractice cases: the performance records of practitioners" 1992 *Brooklyn Law Review* 75-84

Rhoden NK "The new neonatal dilemma: live births from late abortions" 1984 *The Georgetown Law Journal* 1451-1509

Richman HS "Electronic trial notebooks: effective tools in medical negligence cases" 1995 *Trial* 46-50

Rickard C "Mom sues over botched ops" 16 Junie 1996 *Sunday Times* 2

Rinella L "The use of medical practice guidelines in medical malpractice litigation – should practice guidelines define the standard of care?" 1995 *UMKC Law Review* 337-355

Riskin LL "The special place of mediation in alternative dispute processing" 1985 *University of Florida Law Review* 19-27

RLD "Inherent *parents patriae* authority empowers court of general jurisdiction to order sterilization of incompetents" 1982 *Washington University Law Quarterly* 1177-1196

Roberts DE "The future of reproductive choice for poor women and women of color" 1990 *Women's Rights Law Reporter* 59-67

Robertson G "Damages for failed abortion" 1981 *MOD LR* 215-219

Robertson G "Damages for the birth of a child: some possible policy barriers" 1983 *Medicine, Science and the Law* 2-4

Robertson GB "Civil liability from 'wrongful birth' following an unsuccessful sterilization operation" 1978 *American Journal of Law and Medicine* 131-156

Robertson HB "Toward rational boundaries of tort liability for injury to the unborn: prenatal injuries, preconception injuries and wrongful life" 1978 *Duke Law Journal* 1401-1457

Robertson JA "Involuntary euthanasia of defective newborns: a legal analysis" 1975 *Stanford Law Review* 213-269

Robertson JA "Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth" 1983 *Virginia Law Review* 405-464

Roe R "Children and the law lords" 1986 *New Zealand Law Journal* 94-95

Roemer R "Legislation on contraception and abortion for adolescents" 1985 *Studies in Family Planning* 241-251

Rogers TD "Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing" 1982 *South Carolina Law Review* 713-757

Rogers WVH "Legal implications on ineffective sterilization" 1985 *Legal Studies* 296-313

Roraback CG "*Griswold v Connecticut*: a brief case history (25th Anniversary of *Griswold v Connecticut* and the Right to Privacy)" 1990 *Ohio Northern University Law Review* 395-401

Rosenthal AJ "International population policy and the constitution" 1987 *New York University Journal of International Law & Politics* 301-309

Rosman JA "The relationship between EMTALA and medical malpractice: too close for comfort" 1994 *The Journal of Law & Politics* 491-542

Rosoff JI "Blocking family planning (possible effects of Reagan administration proposals to replace certain categorical health and social welfare programs with block grants to the states)" 1981 *Family Planning Perspectives* 125-131

Rosoff JI en Kenney AM "Title X and its critics (section of the Public Health Service Act relating to family planning services)" 1984 *Family Planning Perspectives* 111-113

Ross JL "Comments: Preconception torts – a look at our newest class of litigants" 1978 *Texas Tech Law Review* 97-119

Rouse D "Mediation – the state of the art in 1987: a South African viewpoint" 1988 *Arbitration* 102-104

Rowe M "Arbitration – getting the best deal" 1988 *International Financial Law Review* 26-31

Rubin LA "Confronting a new obstacle to reproductive choice: encouraging the development of RU-486 through reform of products liability law" 1990/91 *New York University Review of Law and Social Change* 131-159

Rudinsky PJ "California law governing the sterilization of developmentally disabled persons changes course" 1986 *Willamette Law Review* 622-629

Rue JL "The distribution of contraceptives to unemancipated minors: does a parent have a constitutional right to be notified?" 1981 *Kentucky Law Journal* 436-452

Russo DA "Advertisements for contraceptives as commercial speech in the broadcast media" 1981 *Cape Western Reserve Law Review* 336-362

Rycroft A "Teaching alternative dispute resolution" 1993 *De Rebus* 211-213

Sachs LB "Voluntary sterilization of the non-institutionalized mentally incompetent individual: judicial involvement or abstention?" 1981/82 *New England Law Review* 527-547

Sacks AR "The alternative dispute resolution movement: wave of the future or flash in the pan?" 1988 *Alberta Law Review* 233-244

Sadik N "The current state of Africa" 1988 *Populi: Journal of the United Nations Fund for Population Activities* 4-11

Sadik N "Women and family planning" 1985 *Populi: Journal of the United Nations Fund for Population Activities* 40-52

Sadusk JF "Expert witness and advisory panels" 1958 *JAMA* 2121

Sake MJ "Medical malpractice: facing real problems and finding real solutions" 1994 *William and Mary Law Review* 693-76

Saks MJ "Malpractice misconceptions and other lessons about the litigation system" 1993 *The Justice System Journal* 7-19

Saks MJ "Medical malpractice: facing real problems and finding real solutions" 1994 *William and Mary Law Review* 693-726

Salas RM "Signposts to 1984 State of the world population" 1982 *Journal of the United Nations Fund for Population Activities* 3-12

Salas RM "State of the world population (trends and family planning programs)" 1982 *Journal of the United Nations Fund for Population Activities* 3-12

Saley S "Arbitration at work by C Lotter: book review" 1994 *Industrial Law Journal* 261

Saley S "Arbitration in South Africa: law in practice by D Butler: book review" 1994 *Industrial Law Journal* 264-265

Saltz I "Better off never born?" 1986 *American Bar Association Journal* 46-49

Sands IJ "Doctors lawyers and injured brains" 1939 *New York State Journal of Medicine* 2161-2169

Saunders LK "Legislative Research Bureau Report The quest for balance: public policy and due process in medical malpractice arbitration agreements" 1986 *Harvard Journal on Legislation* 267-268

Saylor S "The legal status of the morning-after pill: abortion or birth control?" 1991 *University of San Francisco Law Review* 401-427

Sayre SD "Abortion or adoption: a rational application of the avoidable consequences rule to the computation of wrongful conception damages" 1985 *Western State University Law Review* 781-792

Schedler G "Women's reproductive rights: is there a conflict with a child's right to be born free from defects?" 1986 *The Journal of Legal Medicine* 357-384

Scheid JH "Benefits vs burdens: the limitation of damages in wrongful birth" 1984 *Journal of Family Law* 57-98

Schnably SJ "Beyond Griswold: Foucauldian and Republican approaches to privacy" 1991 *Connecticut Law Review* 861-954

Schoemaker MA "*Stump v Sparkman*: the scope of judicial and derivative immunities under 42 USC 1983" 1979/80 *Women's Rights Law Reporter* 107-132

Schorr B "Proposed rule on teen-age birth control draws some surprising public opposition (Reagan administration proposals that federally supported clinics notify parents of girls who seek birth control help)" 1982 *Wall Street Journal* 25

Schulze H "Arbitration and mediation – when is a final opinion final?" 1990 *Codicillus* 55

Schwenkel RC "Wrongful life: an infant's claim to damages" 1981 *Buffalo Law Review* 587-610

Schwieger ED "New concepts in dispute resolution" 1986 *Labour Law Journal* 515-520

Scimonelli F "Voorligting vir 'n arbitrasie – strategie vir 'n arbitrasie- of nywerheidshofverhoor" 1993 *Entrepreneur* 5

Scott ES "Sterilization of mentally retarded persons: reproductive rights and family privacy" 1986 *Duke Law Journal* 806-865

Scott-Macnab D "Mediation – the procedure of the future" 1989 *De Rebus* 211-214

Scott-Macnab D "Mediation in the family context" 1988 *SALJ* 709-726

Scott-Macnab D "Mediation prior to small claims litigation: a human approach" 1987 *De Rebus* 619-622

Scott-Macnab D "The legal profession's declining image: is there a better way?" 1987 *De Rebus* 27-30

Scott-Macnab D en Khan MS "Mediation and arbitration as forms of dispute settlement in South African criminal law" 1985 *SACC* 103-128

Scott-Macnab D en Mowatt JG "Family mediation – South Africa's awakening interest" 1987 *De Jure* 41-52

Scott-Macnab D en Mowatt JG "Mediation and arbitration as alternative procedures in maintenance and custody disputes in the event of divorce" 1986 *De Jure* 313-324

Sebek M "Towards a practical implementation of the abortion decision: the interests of the physician, the woman and the fetus" 1976 *DePaul Law Review* 676-706

Seligson M "The Bar and change: a roadmap of the way ahead" 1990 *Consultus* 6-7

Sententia "Unwanted pregnancy and the law" 1973/74 *Business Man's Law* 222

Shapiro A "What ever happened to cervical cap?" 1987 *Harvard Women's Law Journal* 308-319

Sharpe GS "Issues in medical law in Canada/Aspects de droit medical Canadien" 1981 *McGill Law Journal* 671-1047

Shaw J "Sterilization of mentally handicapped people: judges rule OK?" 1990 *Modern Law Review* 91-106

Shaw J "Wrongful birth and the politics of reproduction: West German and English Law considered" 1990 *International Journal of Law and the Family* 52-82

Sherlock RK en Sherlock RD "Sterilizing the retarded: constitutional, statutory and policy alternatives" 1982 *North Carolina Law Review* 943-983

Shifman P "Involuntary parenthood: misrepresentation as to the use of contraceptives" 1990 *International Journal of Law and the Family* 279-296

Shindell S "Medicine vs Law: A proposal for settlement" 1953 *JAMA* 1078

Shone MA "Mental health – sterilization of mentally retarded persons – *parens patriae* power: *Re Eve*" 1987 *The Canadian Bar Review* 635-646

Shrager DS "Before you accept a case, screen the claim" 1993 *Trial* 18-20

Shurtz D "*Crawford v Kirk* 929 SW 2d 633 (Tex 1996): wrongful pregnancy and traditional tort law principles" 1998 *Texas Wesleyan Law Review* 249-272

Silva-Ruiz PF "Artificial reproduction techniques, fertility regulation: the challenge of contemporary family law" 1986 *The American Journal of Comparative Law* 125-140

Silvester S "Contract and tort (conception after sterilisation)" 1986 *Law Teacher* 204-206

Simmons BS "*Zehr v Haugen* 871 P 2d 1006 (Or. 1994) and the Oregon approach to wrongful conception: an occasion for celebration or litigation?" 1995 *Willamette Law Review* 121-146

Simon CA "Parental liability for prenatal injury" 1978 *Columbia Journal of Law and Social Problems* 47-92

Simoncelli F "Mediasie en arbitrasie in dispuutoplossing" 1992 *Entrepreneur* 14-15

Simons KL "The legal pitfalls of medical practice and how to avoid them" 1978 *De Jure* 123-133

Simpson DB "Compulsory arbitration: an instrument of medical malpractice reform and a step towards reduced health care costs?" 1993 *Seton Hall Legislative Journal* 457-471

Sims J "The need to train lawyers in arbitration practice" 1987 *New Law Journal* 540

Slade M "The death of wrongful life: a case for resuscitation?" 1982 *New Law Journal* 874-876

Slattery GF "Constitutional law – abortion – no requirement of spousal or parental consent to woman's decision to abort" 1977 *Tulane Law Review* 1279-1286

Small MA "Involuntary sterilization of mentally retarded minors in Nebraska" 1989 *Nebraska Law Review* 410-429

Smidt A "Geskilbeslegting dalk verbeter: die nywerheidshof pas aan ..." 1993 *Finansies en Tegnies* 45

Smit PC "Aspekte van die *Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie 1975*" 1976 *Tydskrif vir Regswetenskap* 156-164

Smith C "Cover story: policy on tap" 1995 *Finance Week* 29-30

Smith GP "Limitations on reproductive autonomy for the mentally handicapped" 1988 *The Journal of Contemporary Health Law and Policy* 71-89

Smith GP "The sterilization controversy (book reviews)" 1980 *The Jurist* 208-210

Smith JE "Natural law: Does it evaluate choices or acts?" 1991 *American Journal of Jurisprudence Annual* 177-201

Smith PA "The right to privacy: *Roe v Wade* revisited" 1985 *Law and Justice* 34-47

Smith RG "Contraceptive advice for children – doctor knows best" 1986 *Law Institute Journal* 428-431

Smith-Groff MK "Wrongful conception: when an unplanned child has a birth defect, who should pay the cost?" 1996 *Missouri Law Review* 135-154

Smookler J "Doctor's conspiracy of silence often makes them their own worst enemies" 1972 *The Medical Post* 27

Snyderman LJ "Wrongful life and wrongful birth claims: judicial recognition and acceptance" 1985 *Medical Trial Technique Quarterly* 15-31

Snyman PCA "Products liability in modern Roman-Dutch law" 1980 *CILSA* 177-192

Soeteman A "De waardigheid van de patient" 1988 *RM Themis* 56-72

Sokkappa PM "Sterilization petitions: developing judicial guidelines" 1983 *Montana Law Review* 127-136

Sollom T "State legislation on reproductive health in 1990: what was proposed and enacted" 1991 *Family Planning Perspectives* 82-85

Sollom T en Donovan P "State laws and the provision of family planning and abortion services in Nov/Dec" 1985 *Family Planning Perspectives* 262-266

Solove RL "Alternative means to resolve corporate disputes: a survey" 1986 *Commercial Law Journal* 133-140

Sonnekus JC "Sterilisatie – toestemming deur nie-pasiënt-gade?" 1986 *De Rebus* 369-375, 377-378

Soskis CW "Sterilization in Pennsylvania" 1981 *Temple Law Quarterly* 213-236

Southwood MD "Legal forum an access to justice" 1996 *Consultus* 29-31

Spengler "Population control: multidimensional task" 1971 *Vanderbilt Law Review* 525

Spicker SF, Bondeson WB en Engelhardt HT "The contraceptive ethos: reproductive rights and responsibilities (book reviews)" 1989 *Ethics* 987

Stanton KM "Limitation of actions in professional negligence cases" 1983 *The Law Quarterly Review* 175-178

Stanton KM "Medical malpractice: a failed vasectomy: the nature of doctor/patient contracts" 1985 *Professional Negligence* 49-50

Stark B "International human rights and family planning: a modest proposal" 1989 *Denver Journal of International Law and Policy* 59-81

Starkman B "Sterilization of the mentally retarded adult: the Eve case" 1981 *McGill Law Journal* 931-950

Starr DS "The no fault alternative to medical malpractice litigation: compensation deterrence and viability aspects of a patient compensation scheme" 1989 *Texas Technical Law Review* 803-804

Stassen JC "Die Wet op Vrugafdrijving en Sterilisatie 2 van 1975" 1976 *TSAR* 260-267

Steeffel DS "Preconception torts: foreseeing the unconceived" 1977 *University of Colorado Law Review* 621-639

Stello L "Torts – negligence – physicians are liable for the expenses of raising a child when the child's birth is the result of a negligently performed sterilization procedure - *Jones v Malinowski* 299 Md 257 473 A 2d 429 (1984)" 1985 *University of Baltimore Law Review* 380-388

Stepan J "Legal trends and issues in voluntary sterilization" 1981 *Population Reports Series E : Law and Policy* 73-103

Stepan J en Kellogg EH "The world's laws on contraceptives. Law and population monograph series Medford Massachusetts" 1974 *American Journal of Comparative Law* 615-651

Stern DN "The malpractice exposure of trial lawyers" 1980 *Litigation* 51-52

Stevens CM "The benefits of ADR for medical malpractice: adopting contract rather than tort law" 1995 *Dispute Resolution Journal* 65-69

Stewart LS "Medical incompetence: sweeping it under the rug" 1993 *Trial* 36-41

Steyn J "Adapting traditional arbitration procedures to make them more cost-effective" 1983 *Arbitration* 310-312

Steyn J "Arbitration: bringing South Africa in from the cold" 1997 *De Rebus* 197

Stipanowich TJ "Arbitration and the multiparty dispute: the search for workable solutions" 1987 *Iowa Law Journal* 473-529

Stoliker EL "*Curlender v Bio-Science Laboratories* (106 Cal App 3d 811) – filling the wrongful life vacuum" 1981 *San Fernando Valley Law Review* 113-132

Stoll H "A doctor's liability for the unwanted birth of a child" 1989 *Comparative and International Law Journal of South Africa* 206-214

Stoll SK "Torts: a duty to the unconceived" 1979 *Washburn Law Journal* 700-707

Stoll VE "Preconception tort – the need for a limitation *Renslow v Mennite Hospital*" 1979 *Missouri Law Review* 143-154

Stone FF "The nasciturus and personal injuries" 1978 *Acta Juridica* 91-96

Strasser M "Misconceptions and wrongful births: a call for a principled jurisprudence" 1999 *Arizona State Law Journal* 161-163

Stratton AB "Constitutional law – allowing a support order to benefit the mother of an illegitimate child where mother misled father concerning her use of contraceptives would violate father's constitutional right to choose whether to beget a child. However, child has right to standard of living commensurate with father's" 1982 *Journal of Family Law* 562-564

Strauss SA "Bevolkingontploffing en regshervorming in SA" 1971 *Codicillus* 37-41

Strauss SA "Bodily injury and the defence of consent" 1964 *SALJ* 179-193

Strauss SA "*Chalk v Fassler* ongerapporteerde WPA saak soos bespreek in *First South African Case on Failed Abortion: Woman's Claim for Damages in Respect of Birth of Child Refused*" 1995 *SAPM* 12-13, 16

Strauss SA "Die geneesheer as getuie in die hof" 1987 *South African Practice Management* 27

Strauss SA "Duty of care doctor towards patient may arise independent of contract" 1988 *SAPM* 18

Strauss SA "Failure of hospital to perform sterilisation of women as agreed: damages awarded by a SA court" 1989 *SAPM* 7, 18

Strauss SA "First claim against doctor for 'wrongful conception' fails" 1988 *SAPM* 6-7

Strauss SA "Geneesheer, pasiënt en die reg: 'n deliktuele driehoek" 1987 *TSAR* 1-12

Strauss SA "Medical Protection Society: unsuccessful sterilization of woman: doctor liable for child-raising costs" 1990 *SAPM* 16-17

Strauss SA "Medico-legal forum" 1988 *SAPM* 14

Strauss SA "Some comments on the *Abortion and Sterilization Act 2 of 1975*. After one year's operation: legal aspects" 1977 *SA Journal of Criminal Law and Criminology* 116-122

Strauss SA "Surgeon ordered to pay maintenance for children after unsuccessful vasectomy of father" 1986 *SA Praktyksbestuur* 33 ev

Strauss SA "The physician's liability for malpractice: a fair solution to the problem of proof?" 1967 *SALJ* 419-428

Strauss SA "Voluntary sterilisation for convenience: the case of the unwanted child" 1990 *Consultus* 93-97

Strauss SA "We need a family planning act" 1978 *Codicillus* 4-6

Straussberg GI "The failed tubal ligation: bringing a wrongful birth case to trial" 1985 *Trial* 30-33

Street L "The language of ADR – its utility in resolving international commercial disputes the role of the mediator" 1992 *Arbitration* 17-22

Strouse DS "Comment toward greater reproductive freedom: Wisconsin's new family planning act" 1979 *Wisconsin Law Review* 509-536

Sturniolo EJ "FDA's sterilization compliance program" 1981 *Food Drug Cosmetic Law Journal* 460-468

Sutherland RT "ADRASA - the legal profession's vehicle for the promotion of alternative dispute resolution in South Africa" 1991 *Consultus* 129-130

Sweeney GW "Medical malpractice: wrongful birth – preconception torts – duty to inform of genetic risks" 1979 *Akron Law Review* 390-400

Sylvia SG "One more mouth to feed: a look at physicians' liability for negligent performance of sterilization operations" 1983 *Arizona Law Review* 1069-1079

Symmons CR "Policy factors in actions for wrongful birth" 1987 *The Modern Law Review* 269-306

Taber JR "*Zehr v Haugen* [871 P 2d 1006 (Or. 1994)] and wrongful pregnancy: extending the rationale to deceitful pregnancy claims" 1995 *Oregon Law Review* 405-421

Taitz J "Maintenance damages against an erring medical authority for the birth of an unwanted child confirmed by the *Appellate Division Administrator Natal v Edouard* 1990 3 A 581 (A)" 1991 *THRHR* 138-142

Tallon JP "Torts – Cause of action on behalf of parents for the negligent sterilization of mother resulting in the birth of an unwanted child held sufficiently supported by case law to warrant denial of motion for summary judgment and to allow claimant-parents to prove all items of damage, including

the anticipated cost of rearing the child, less any benefit conferred by the birth" 1978/79 *Drake Law Review* 503-512

Taylor AS "Compensation for unwanted children" 1985 *Family Law* 147-150

Taylor J "Five stages in a practical population policy" 1968 *International Development Review* 14

Terry NP "The technical and conceptual flaws of medical malpractice arbitration" 1986 *St Louis University Law Journal* 571-631

The Centre for Dispute Resolution "Alternative methods of dispute resolution: part 1" 1992 *Municipal Engineer* 46-47

The Centre for Dispute Resolution "Alternative methods of dispute resolution: part 2" 1992 *Municipal Engineer* 48-49

The Centre for Dispute Resolution "Alternative methods of dispute resolution: part 3" 1993 *Municipal Engineer* 44-47

The Peacemakers "Arbitration and its rationale" 1985 *Employment Law* 35-36

The Peacemakers III "Initiating arbitration" 1986 *Employment Law* 79-81

The Peacemakers IV "The hearing" 1986 *Employment Law* 91-92

The Peacemakers VII "The argument and award" 1987 *Employment Law* 81-82

The Peacemakers VIII "Wrap up" 1987 *Employment Law* 97-99

Thomas DR "Commercial arbitration – justice according to law" 1992 *Civil Justice Quarterly* 166-183

Thomas WJ "The medical malpractice 'crisis': a critical examination of a public debate" 1992 *Temple Law Review* 459-527

Thrall CA "Legal images of the family in the United States: An exercise in using law as data" 1983 *Population Research and Policy Review* 53-65

Timmons JM "Where is an arbitration award made, and what are the consequences?" 1992 *Arbitration* 124-127

Topham WS "Note wrongful birth and wrongful life: analysis of the clauses of action and the impact of Utah's Statutory Breakwater" 1984 *Utah Law Review* 833-839

Trichter JG "Informed consent: the patient as an individual" 1980 *The Forum* 455-464

Trollip AT "Litigation: do it nicely, don't fight" 1991 *Finance Week* 18-19

Trotzig MA "The defective child and the actions for wrongful life and wrongful birth" 1980 *Family Law Quarterly* 15-40

Tucker JL "Wrongful life: a new generation" 1988/89 *Journal of Family Law* 673-696

Tushnet MV "Two notes on the jurisprudence of privacy" 1991 *Constitutional Commentary* 75-85

Van den Heever P "*Res ipsa loquitur* and medical accidents" 1988 *De Rebus* 59-60

Van den Heever P "The patient's right to know: informed consent in South African medical law" 1995 *De Rebus* 53-55

Van der Hoef PJ "Washington recognizes wrongful birth and wrongful life – a critical analysis *Harbeson v Parke-Davis Inc*" 1983 *Washington Law Review* 649-678

Van der Merwe AJ "Keuse tussen bemiddelingstegnieke" 1989 *Acta Academica* 92-105

Van der Merwe HW "Die behoefte aan fasiliterings- en bemiddelingsdienste in konflik in Suid-Afrika" 1990 *Acta Academica* 1-13

Van der Merwe NJ "Die aard en rol van redelikheid by aanspreeklikheid *ex delicto*" 1975 *SALJ* 174-182

Van der Merwe NJ "*Pinchin and another NO v Santam Insurance Co Ltd* 1963 2 SA 54 (W)" 1963 *THRHR* 291-295

Van der Vyver JD "Regte en regs subjektiewe van 'n foetus – aborsie – *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodo eius agitur*" 1981 *THRHR* 305-314

Van der Vyver JD "The case of a sterile father" 1979 *SALJ* 435-439

Van der Walt G "The liability of a minor representing himself to be a major when contracting" 1984 *Obiter* 100-110

Van Haersolte RAV "Abortus, leven en welzijn" 1979 *Nederlands Juristenblad* 810-811

Van Heerden D *Van Loggerenberg v Pilcher* Ongerapporteerde beslissing "Ongewenste kind bring ouers duisende in sak" 18 Julie 1997 *Rapport* 6

Van Kerken E "Alternatiewe arbitrasiemeganismes vir arbeidsgeskille" 1991 *SAMercLJ* 338-363

Van Kerken E "Arbitrasie en die howe" 1993 *Industrial Law Journal* 17

Van Loggerenberg D "Die begrippe 'akkusatories', 'adversatief' en 'inkwisitories' en die hervorming van die burgerlike (siviele) litigasieproses" 1987 *THRHR* 201-203

Van Loggerenberg D "Die hof vir klein eise: adversatief of inkwisitories" 1987 *De Rebus* 343-346

Van Niekerk GJ "People's courts and people's justice in South Africa – new developments in community dispute resolution" 1994 *De Jure* 19-30

Van Niekerk JP "Extra-judicial settlement of disputed insurance claims: arbitration and compromise" 1989 *SAMercLJ* 347-372

Van Oosten FFW "Medical developments *quo vadis* legal principles?" 1988 *Codicillus* 4-13

Van Rensburg ADJ en Potgieter JM "Die toerekening van gevolge aan 'n delikpleger" 1977 *Tydskrif vir Hedendaags Romeins-Hollandse Reg* 379-386

Van Stigt AJN "Levensbeëindiging handelen bij zwaer defecte pasgeborenen" 1989 *NJB* 1150-1154

Van Vuuren ALJ "Alternatiewe dispuutbeslegting" 1990 *De Rebus* 275-278

Van Vuuren ALJ "Negotiations: the only peaceful alternative" 1987 *Fiat Lux* 7

Van Wyk AJ en Morkel DW "Die begrip 'gemeenskap' en die *boni mores*" 1984 *Tydskrif vir Regswetenskap* 201-205

Van Wyk P "Pasiënte het nou ombudsman" 3 Maart 1996 *Rapport* 14

Van Zyl L "*Whitehead v Whitehead*: fair comment on the family advocate?" 1994 *De Rebus* 469-470

Vaughn DAJ en Shenton DW "Arbitration in long-term contracts" 1980 *De Rebus* 73-75

Veen M en De Hoog PA "Rechtsbescherping voor medisch gelaedeerden" 1988 *NJB* 568-570

Vidmar N "Are juries competent to decide liability in tort cases involving scientific/medical issues? Some data from medical malpractice" 1994 *Emory Law Journal* 885-911

Vidmar N "The unfair criticism of medical malpractice juries" 1993 *Trial Lawyers Quarterly* 9-21

Visser PJ "Die gebruik van vorige beslissings in die kwantum-bepaling van liggaamlike beserings" 1986 *DJ* 207-229

Visser PJ "Die vergoeding vir pyn en leed by liggaamlike beserings (3): Die doeltreffendheid van 'n kompensasiëbedrag" 1981 *De Rebus* 523-524

Visser PJ "Die vergoedingsbedrag vir pyn by liggaamlike beserings (4): Die kwantifiseringsproses" 1981 *De Rebus* 579-583

Visser PJ "Die vergoedingsbedrag vir pyn en leed by liggaamlike beserings (2): Skade-omvang by persoonlikheidsnadeel" 1981 *De Rebus* 476-484

Visser PJ "Kompensasie van nie vermoënskade" 1983 *THRHR* 43-61

Visser PJ "The quantum of damages in bodily and fatal injury cases" 1989 *TSAR* 290-293

Vogt LA "Constitutional law – federal statute prohibiting mailing of unsolicited advertisements for contraceptives violates first amendment *Bolger v Youngs Drug Products Corporation* 103 S Ct 2875 (1983)" 1984 *Journal of Family Law* 368-371

Vogt MD "Torts – cause of action recognized for wrongful pregnancy – measure of damages to be applied" 1979 *Wayne Law Review* 961-974

Volpe PL "My mother, my sister" 1989 *De Rebus* 369-372

Von Mehren RB "Rules of arbitral bodies considered from a practical point of view" 1992 *Journal of International Arbitration* 105-114

Wadlington W "A medical malpractice crisis in 1995?: Some conceivable scenarios" 1992 *Saint Louis University Law Journal* 897-912

Wagner M "Wrongful life: is denial of this cause of action consistent with current tort law?" 1982 *Medical Trial Technique Quarterly* 137-148

Wagner W "Screening medical malpractice cases" 1980 *Trial* 67-69, 76

Waite KJ "A reassessment of 'wrongful life' and 'wrongful birth' – *Berman v Allan* 80 NJ 42 404 A 2d (1979)" 1980 *Wisconsin Law Review* 782-800

Walker BL "Torts: a cause of action for wrongful life" 1981 *Wasburn Law Journal* 688-696

Wallis M "Civil litigation: who can afford it?" 1996 *Consultus* 124-125

Wardle LD "Parents' rights v minors' rights regarding the provision of contraceptives to teenagers" 1989 *Nebraska Law Review* 216-260

Warren DG "The law of human reproduction: an overview" 1982 *Journal of Legal Medicine* 1-57

Wasserman IM "A cross-national comparison of contraception and abortion laws" 1983 *Social Indicators Research: An International and Interdisciplinary Journal for Quality-of-life Measurement* 281-309

Waters J "Wrongful life: the implications of suits in wrongful life brought by children against their parents" 1981/82 *Drake Law Review* 411-433

Weil WT "Constitutional law – fourteenth amendment – right to privacy – contraceptives – minors – the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit has held that a statefunded family planning center's distribution of contraceptives to minors without parental notice does not violate the parents' constitutional rights *Doe v Irwin* 615 F 2d 1162 (6th Cir) *cert denied* 449 US 829 (1980)" 1981 *Duquesne Law Review* 111-121

Weiler PC "The case for no-fault medical liability" 1993 *Maryland Law Review* 908-950

Weintraub J "Population and law: legal control of the demographic process" 1974 *European Demographic Information Bulletin*

Weisberg DE "Misconception of wrongful conception" 1984 *Trial Lawyers Quarterly* 36-41

Weiss R "Wrongful birth and wrongful life: In search of a logical consistency" 1989 *Annual Survey of American Law* 507-522

Welborn CL "*Pitre v Opelousas General Hospital*: Wrongful life and wrongful conception actions in Louisiana" 1989 *Tulane Law Review* 1216-1222

Wells D "Damages – in negligent sterilization action, parents may recover child-rearing expenses which are the direct, natural and foreseeable consequences of doctor's negligence - *Jones v Malinowski* 299 Md 257 473 A 2d 429 (1984)" 1984/85 *Journal of Family Law* 451-454

Wells T "The implications of a property right in one's body" 1990 *Jurimetrics* 371-382

Wencl A en Strickland D "No-fault med mal: no gain for the injured" 1997 *Trial* 18-20

Wetter JG "A multi-party arbitration scheme for international joint ventures" 1987 *Arbitration International* 2-13

White NL "*Flowers v District of Columbia* [478 A 2d 1073 (DC): another court refuses to settle the question of damages in wrongful conception cases" 1985 *Catholic University Law Review* 1209-1224

White T "Postrevolutionary mobilization in China: the one-child policy reconsidered" 1990 *World Politics: A Quarterly Journal of International Relations* 53-76

Whitehead RB "The effect of malpractice legislation on the doctor-patient relationship" 1993 *Medical Trial Technique Quarterly* 170-193

Wiggins AL "*Marciniak v Lundborg* 450 NW 2d 243 (Wis. 1990): physicians as surrogate parents? Rolling the dice for recovery in wrongful conception cases" 1993 *The American Journal of Trial Advocacy* 839-857

Willenborg EF "Law and medicine: a report on interprofessional relations" 1954 *Ohio State Law Journal* 453-457

Williams G "The Gillick saga" 1985 *New Law Journal* 1156-1158

Williams I "Respect for religion and tradition: key to family planning in Jordan" 1985 *Populi: Journal of the United Nations Fund for Population Activities* 38-44

Williams RA "*Johnson v University Hospitals of Cleveland*: Public policy over traditional principles" 1990 *Akron Law Review* 599-610

Williams SE "Substituted judgment in medical decision making for incompetent persons: *In re Storar*" 1982 *Wisconsin Law Review* 1173-1198

Windsor F "Wrongful life: *Goldberg v Ruskin* – emerging status of wrongful life and wrongful birth" 1985 *UMKC Law Review* 161-174

Wolff RE "Wrongful life: a modern claim which conforms to the traditional tort framework" 1978 *William and Mary Law Review* 125-155

Woolner A "Verdict upheld against Ortho-Gynol gel (*Wells v Ortho Pharmaceutical Corp*)" 1986 *The National Law Journal* 3

Young IR "The unborn child and care proceedings" 1986 *The Law Society's Gazette* 1624-1625

Young RL "Contraceptive ban violates first amendment" 1983 *American Bar Association Journal* 1296

Zeisel H "The New York Expert Testimony Project: some reflections on legal experiments" 1956 *Stanford Law Review* 730-731

Zipperle GF "Torts – parent may not recover cost of rearing healthy, normal child who is born because of failed sterilization procedure. However, upon proper showing, damages for recovery of medical expenses, delivery, post-natal recuperation, pain and suffering and emotional distress during term of pregnancy are recoverable" 1988 *Journal of Family Law* 886-891

Webtuiste

Contraception Information Center *Journal of the American Medical Association* <http://www.amaassn.org/special/contra/support/ppfa/iudspb02.htm>

Hinshaw & Culbertson 1992 *Hinshaw Reports : Torts* 32 soos gevind op <http://www.hinshawlaw.com/library/torts/tortpage.cfm>

Simmerer v Dabbas Ohio Lawyers Weekly www.ohiolawyersweekly.com 2

Wetgewing

Wet op Administratiewe Geregtigheid 3 van 2000

Wet op Howe vir Kort Proses en Bemiddeling in Sekere Siviele Sake 103 van 1991

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993 (herroep)

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Mediasie in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987

Strafproseswet 51 van 1977

Wet op Arbitrasie 42 van 1965

Wet op Beperking van Regsgedinge (Provinsiale en Plaaslike Bestuur) 94 van 1970

Wet op Berekening van Skadevergoeding 34 van 1956

Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959

Wet op Geneeshere, Tandartse en Aanvullende Gesondheidsdiensberoepe 56 van 1974

Wet op Landdroshowe 32 van 1944

Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasië 2 van 1975 (herroep)

Alabama

Ala Code § 6-5-485 (a) (1975)

Ala Code § 6-5-485 (1977)

Alaska

Alaska Stat § 09.55.535 (Supp 1981)

Alaska Stat § 09.55.535 (a) (Supp 1982)

Alaska Stat § 09.55.535 (c) (Supp 1982)

Alaska Stat § 09.55.536 (Supp 1989)

Alaska Stat § 09.55.536(a) (Supp 1989)

Alaska Stat § 09.55.536(b) (Supp 1989)

Alaska Stat § 09.55.536(c) (Supp 1989)

Alaska Stat § 09.55.536(e) (Supp 1989)

Arizona

Arizona Sess Laws 1976 ch 1 sec 4 § 12 – 576(1) (1976) (*repealed* 1989)

Arizona Sess Laws ch 1 sec 4 § 12 – 567 (J) (1976)

Arizona Constitution Act 1 § 13

Arizona Constitution Act vi § 1

Arizona Medical Malpractice Act Ariz Rev Stat Ann § 12-567 (Supp 1988)

Ariz Rev Stat Ann § 12-567 (Supp 1988)

Ariz Rev Stat Ann § 12-567 (A) (Supp 1988)

Ariz Rev Stat Ann § 12-567(B)(1)-(4) (Supp 1988)

Ariz Rev Stat Ann § 12-567(D) (Supp 1988)

Ariz Rev Stat Ann § 12-567 (K) (Supp 1988)

California

Cal Civ Prac Code § 1295 (a) (b) (c) (1981)

Colorado

Colo Rev Stat § 13-22-401 to –409 (1987)

Connecticut

Conn Gen Stat §§ 38-19b to –19f (1987)

Delaware

Del Code Ann tit 18 § 6803-6814 (Supp 1988)

Florida

Florida Medical Malpractice Reform Act FI Stat Ann § 168.44 [West Supp 1981]

Fla Stat Ann § 725.01 (West 1969 & Supp 1987)

Fla Stat § 766.106-.107 (Supp 1988)

Georgia

Georgia Voluntary Sterilization Act of 1970 GA Code Ann § 84-392

Ga Code Ann § 7-402 to 403 (Supp 1982)

Hawai

Haw Rev Stat § 671-11 to –20 (1985 & Supp 1988)

Idaho

Idaho Code § 6-1001 to –1011 (1979 & Supp 1989)

Illinois

Ill Const act V1 § 1

Ill Rev Stat ch 110 § 58.2 – 10 (1975)

Ill Rev Stat ch 10 § 203 (1981)

Ill Rev Stat ch 10 § 201 (1982)

Ill Rev Stat ch 10 § 209 (c) (1982)

Indiana

Ind Code Ann § 16-9.5–5-9-1 to 9-10 (Burns 1988)

Kansas

Kan Stat Ann §§ 65-4901 to –4908 (1985 & Supp 1988)

Louisiana

La Rev Stat Ann § 40:1299.47 (F) (West 1977)

La Rev Stat Ann § 40:1299.47 (G) (4) (West 1977)

La Rev Stat Ann § 40:1299.47 (H) (West 1977)

La Rev Stat Ann § 9:4230 (1982)

La Rev Stat Ann § 9:4231 (1982)

La Rev Stat Ann § 9:4235 (1982)

La Rev Stat Ann § 40:1299.47 (West 1977 & Supp 1989)

La Rev Stat Ann § 40:1299.47(B) (1) (a) (i) (West Supp 1989)

La Rev Stat Ann § 40:1299.47 (B) (1) (c) (West Supp 1989)

La Rev Stat Ann § 40:1299.47 (C) (West Supp 1989)

Maine

Me Rev Stat Ann tit 24 § 2701 (Supp 1982)

Me Stat Ann tit 24 § 2702 (Supp 1982)

Me Rev Stat Ann tit 24 § 2702 (1) (c) (Supp 1982)

Me Rev Stat Ann tit 24 § 2851-2859 (Supp 1988)

Massachusetts

Mass Gen L ch 231 § 60 B (1986 & Supp 1989)

Mass Gen L ch 231 § 60 B para 1 (1986)

Mass Gen L ch 231 § 60 B para 5 (1986)

Mass Gen L ch 231 § 60 B para 6 (Supp 1989)

Maryland

Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2 A – 01 (6) (1984)

Md Cts & Jud Proc Code Ann § 3-2 A-01 to –09 (1984 & Supp 1989)

Michigan

Mich Comp Laws Ann § 600.5041 (West Supp 1982)

Mich Comp Laws § 566.132(g) (1967 & Supp 1986)

Michigan Medical Malpractice Arbitration Act 600.5040 – 600.5065 (West Supp 1987)

Mich Comp Laws Ann § 600.4901-4923 (West Supp 1988)

Mich Comp Laws Ann § 600.5042 (2) (3) (4) (West Supp 1988)

Michigan Medical Malpractice Arbitration Act MSA § 27 A 5001 MCL § 600.5001 (Supp 1982) PR Law Amn tit 26 § 4019 (Supp 1989)

Minnesota

Minne Stat Ann § 145.424 (West 1989)

Montana

Mont Code Ann § 27-6-15 (1989)

Mont Code Ann § 27-6-101 to –704 (1989)

Missouri

Mo Rev Stat § 1.205 (1986)

Mo Rev Stat § 538.220(2) (Supp 1991)

Mo Rev Stat § 538.225 (Supp 1991)

Mo Rev Stat § 538.230 (Supp 1991)

Nebraska

Neb Rev Stat § 44-2840 to -2847 (1984)

Nevada

Nev Rev Stat § 41 A.003-.059 (1987 & Supp 1989)

Nev Rev Stat § 41 A.016 (1) (1987)

Nev Rev Stat § 41 A.016 (2) (1987)

New Hampshire

NH Rev Stat Ann §§ 519-A:1 to :10 (1974)

New Jersey

NJ Ct CPR 4:21-6 (1988)

New Mexico

NM Stat Ann § 41-5-14 to -24 (1989)

New York

NY Jud Law § 148-a (6) (McKinney 1983)

NY Jud Law § 148-a (8) (McKinney 1983)

NY Jud Law § 148-a (1)-(7) (McKinney 1983 & Supp 1989)

Ohio

Ohio Rev Code Ann § 2711.21 to .23 (1981)

Ohio Rev Code Ann § 1335.05 (Baldwin 1982)

Ohio Rev Code Ann § 2711.21 (Anderson Supp 1988)

Pennsylvania

Health Care Services Malpractice Act (HCSMA) 40 Pa Cons Stat Ann § 1301.101-1066 (Purdon Supp 1980)

40 Pa Cons Stat Ann § 1301.102 (Purdon Supp 1980)

Rhode Island

RI Gen Laws § 10-19 (1969)

South Dakota

SD Codified Laws Ann § 21-25 B-1 (1979)

SD Codified Laws Ann § 21-55-1 (1987)

Tennessee

Tennessee Arbitration Act Tenn Code Ann § 29-5-302 (a) (1983)

Tenn Code Ann § 29-5-320 (1996)

Utah

Utah Code Ann § 78-14-12 to -16 (1987 & Supp 1989)

Vermont

Vt Stat Ann tit 12 §7002 (a) (Supp 1982)

Virginia

Va Code Ann § 8.01 - 581.12 (A) (1977 § Supp 1982)

Va Code Ann § 8.01-581.1 to -.11 (1984 & Supp 1989)

Va Code Ann § 8.01-581.3 (Supp 1988)

Washington

Initiative 120 (1991) 1992 *Washington Laws I* (Wash Rev Code § 9.02.100 (1998)) Part 1 B

Initiative 120 (1991) 1992 *Washington Laws I* (Wash Rev Code § 9.02.100(1) (1998))

Wisconsin

Wis Act 118 § 73(2)(d)(3) (*amend*)

Wis Stat Ann § 655.42-.68 (West Supp 1988)

Wis Stat Ann § 655.465(2)(a)-(c) (West Supp 1988)

Wis Stat Ann § 655.59 (West Supp 1988)

Wyoming

Wyo Stat § 9-2-1502 (1982)

Restatement (Second) of Contracts

Restatement (Second) of Contracts § 90 Comment 1 (1979)

Restatement (Second) of Contracts § 353 Comment a (1979)

Restatement (Second) of Contracts § 211 (1981)

Restatement (Second) of Contracts § 352 (1981)

Restatement (Second) of Torts

Restatement (Second) of Torts § 299 A Comment d (1965)

Restatement (Second) of Torts 1977

Restatement (Second) of Torts § 901(a) (1977)

Restatement (Second) of Torts § 917 (1977)

Restatement of (Second) Torts § 920 (1977)

Restatement (Second) of Torts (1979)

Restatement (Second) of Torts § 402 A (1979)

Restatement (Second) of Torts § 912 (1979)

United States of America

Constitution of the United States of America

General Statutes of the states

Uniform Arbitration Act (1956)