

**STRAF- EN GENEESKUNDIGREGTELIKE
ONDERSOEK NA DIE STATUTÊRE
OORTREDINGS VERBANDHOUDEND MET
SEKERE REPRODUKTIEWE MEDIESE
PROSEDURES**

INGEDIEN OOREENKOMSTIG DIE VEREISTES VIR DIE LLM-
GRAAD IN DIE FAKULTEIT REGSGELEERDHEID VAN DIE
UNIVERSITEIT VAN DIE VRYSTAAT

Deur

Belinda A. Daffue

Studentenommer: 1979050844

Studieleier: Professor H Oosthuizen

Mede-studieleier: Prof T Verschoor

Junie 2013

INHOUDSOPGAWWE

1.	INLEIDING	1
1.1.	Agtergrond.....	1
1.1.1.	Geneeskundige reg	1
1.1.2.	Grondwet.....	4
1.1.3.	Strafreg	5
1.1.4.	Gesondheidsorgsisteem in Suid-Afrika.....	10
1.1.5.	Surrogasie.....	16
1.1.6.	Aborsie	20
1.2.	Navorsingsmetodologie.....	27
1.2.1.	Uiteensetting van hoofstukke	27
1.2.2.	Waardetoevoeging.....	28
2.	MEDIESE ETIEK.....	30
2.1.	Inleiding.....	30
2.2.	Wat is etiek?	32
2.3.	Die vier pilare van mediese etiek	34
2.3.1.	Outonomie en die leerstuk van ingeligte mediese besluite	34
2.3.2.	Weldadigheid (“Beneficence”)	42
2.3.3.	Moenie benadeel nie (“non-maleficence”).....	42
2.3.4.	Regverdigbaarheid (“justifiability”).....	43
3.	PRAKTIESE TOEPASSING VAN MEDIESE ETIEK.....	45
3.1.	Toepassing op praktiese vlak by ART	45
3.2.	Toepassing van mediese etiek op surrogasie.....	49
3.2.1.	Botsende belange en beginsels	49

3.2.2.	Die regsposisie met betrekking tot surrogasie in ander lande	54
3.2.3.	Die regsposisie met betrekking tot surrogasie in Suid-Afrika	64
3.2.4.	Die etiese verpligtinge van die ginekoloog betrokke by surrogasie...68	
3.3.	Toepassing van mediese etiek op aborsie	77
3.3.1.	’n Verdelende en verwarrende kwessie.....	77
3.3.2.	Dubbele etiese standaarde by aborsie in Australië.....	78
3.3.3.	Etiek en aborsie in die Verenigde State van Amerika.....	80
3.3.4.	Eerste, tweede en derde trimester aborsies: behoort daar eties ’n onderskeid te wees?	84
3.3.5.	’n Veranderde openbare mening jeens aborsie in Suid-Afrika?	86
3.3.6.	Die reg op gewetensbeswaar	88
3.3.7.	Die reg op gewetensbeswaar en die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap	94
3.3.8.	Toestemmingskwessies by swanger kinders	96
3.3.9.	Vertroulikheidskwessies by swanger kinders	100
3.4.	Bestaan daar internasionale medies-etiese standaarde?	104
4.	DIE LEGALITEITSBEGINSEL.....	109
4.1.	Inleiding.....	109
4.2.	Geskiedkundige ontwikkeling	110
4.2.1.	<i>Nullum crimen sine lege</i> / Verbodsbepaling	114
4.2.2.	<i>Nullum poena sine lege</i> / Die misdryfskeppende artikel.....	115
4.2.3.	<i>Nullum crimen sine poena</i> / Die strafbepaling	121
4.3.	Die Grondwet en legaliteitsbeginsel.....	125
5.	DIE STATUTÊRE OORTREDINGS	129
5.1.	Inleiding.....	129

5.2.	Surrogasie	129
5.2.1	Word enige misdrywe geskep?	130
5.2.2	Wat bepaal die National Health Act?	134
5.2.3.	Die regulasies	136
5.3.	Terminasie van swangerskap.....	141
5.3.1.	Waar uitgevoer	141
5.3.2.	Gedurende watter tydperke en op watter gronde	142
5.3.3.	Misdade geskep/nie geskep nie in die Wet	148
5.3.4.	Moontlike doel en funksie van gebiedende bepalings in die Wet....	151
5.4.	Die nie-nakoming van Hoofstuk 2 van die National Health Act	152
6.	SAMEVATTING EN AANBEVELINGS.....	154
6.1.	Surrogasie	154
6.2.	Terminasie van swangerskap.....	155
6.3.	Medies-etiese beginsels	158
	BIBLIOGRAFIE.....	159
	LYS VAN SAKE	171
	LYS VAN AFKORTINGS	174
	LYS VAN WETTE	175
	OPSOMMING.....	177
	SUMMARY.....	179

1. INLEIDING

1.1. Agtergrond

1.1.1. Geneeskundige reg

Alhoewel geneeskundige reg¹ ’n internasionaal erkende vakgebied is, word dit nie as sulks as onafhanklike vakgebied in die opleiding van mediese- en regstudente algemeen in Suid-Afrikaanse universiteite aanvaar nie. Daar bestaan gevolglik ook geen eenvormige kurrikulum by die universiteite wat dit wel aanbied nie.² Wat betref onderrig in menseregte, etiek en geneeskundige reg, in samehang met mekaar, bestaan daar verder nie konsensus oor watter etiese beginsels ingesluit moet word in sodanige leerplan nie, hoe gesondheidsorgwerkers in hierdie beginsels opgelei behoort te word nie of wie die aanbieding moet hanteer nie.³ Een van die redes hiervoor mag wees dat menseregte en

¹ Die onderskeid tussen “geneeskundige reg” oftewel “medical law” en “gesondheidsreg” oftewel “health law” word nie maklik getref nie. Eersgenoemde term het die eerste keer in die 20ste eeu beslag gekry met primêre aanwendingsgebied in mediese wanpraktyke en –nalatigheid. Mettertyd is die term vergroot om ook aborsie, genadedood en orgaanoorplanting in te sluit. In die eerste dekade van die 21ste eeu het internasionale regsmediese kenners egter van “gesondheidsreg” in plaas van “geneeskundige reg” begin praat. Hiermee word bedoel dat verskeie professionele beroepe as slegs die mediese- en verplegingsgemeenskap “gesondheidsreg” gebruik en toepas en dat dit wyer strek as pasiënte en hul gesondheidsprobleme en byvoorbeeld ook van toepassing is op gesonde persone en openbare gesondheid. Aangesien die veld besig is om voortdurend te ontwikkel, word die term “biolexology” in opvolging van “gesondheidsreg” alreeds deur sommige voorgestel, maar oorwegend as prematuur in regsmediese kringe beskou. Sien Carstens en Pearmain 2007:3-4.

² Oosthuizen en Verschoor 2008:36.

³ Oosthuizen en Verschoor 2008:36. Die Wêreld Mediese Vereniging (WMV) het in 2009 ’n Handleiding vir Mediese Etiek saamgestel met die oog op die vul van hierdie *lacuna* wat betref die onderrig in mediese etiek. <http://www.wma.net/en/10home/index.html>. Toegang verkry op 21/07/2011.

mediese etiek in die verlede nie as integrale deel van mediese praktyk beskou is nie.⁴

Tradisioneel het die geneeskundige reg primêr, alhoewel nie uitsluitlik nie, gefokus op private gesondheidsorg met 'n sterk ontwikkelde privaatreksisteem⁵ as basis waarvan kontrakte- en deliktereg die belangrikste komponente gevorm het. Die uitgangspunt in die onderrig van regstudente in hierdie regsbeginsels was ooglopend dat die regsbeginsels universeel op alle gebiede van toepassing is, dit dus as sulks toegepas kan word en dat die *konteks van toepassing* soos op mediese- en sportgebied, ensovoorts irrelevant is. Wat betref die praktiese toepassing van kontrakteregbeginsels wat vry algemeen aanwending vind in die dokter-pasiëntverhouding, behoort dit egter voor die hand liggend te wees dat die toepassing op verskillende terreine, byvoorbeeld die terreine van inligting en telekommunikasie, die media of op sportgebied, sal verskil om die eenvoudige rede dat die konteks waarin die reg toegepas word nie geskei kan word van die reg self nie.⁶ In die Suid-

⁴ Oosthuizen en Verschoor 2008:36.

⁵ Die privaatreë, waaronder kontrakte- en deliktereg ressorteer, reël die regsverhouding tussen individue onderling. Daarenteen reguleer die publiekreg, waarvan die strafreg 'n onderafdeling vorm, die verhouding tussen die staatsowerheid as gesagsliggaam en die staatsonderdane. Onregmatige dade (delikte) toon ooreenkomste met misdade, maar is in wese verskillend. 'n Delik kan geformuleer word as die wederregtelike, skuldige doen of late deur 'n persoon wat tot gevolg het dat iemand anders skade ly en waaruit 'n reg op skadevergoeding vir die benadeelde persoon ontstaan. Laasgenoemde kan, indien so verkies, gevolglik 'n siviele aksie vir die verhaal van skadevergoeding of genoegdoening teen die dader instel aangesien sy private of individuele belange aangetas is. Die strafreg verbied daarenteen sekere vorms van menslike gedrag en dra 'n bepaalde sanksie teen die verbod. 'n Misdad (ook genoem misdryf of oortreding) – die verbod - kan omskryf word as die wederregtelike, skuldige handeling deur 'n persoon wat vanuit owerheidsweë bestraf word aangesien belange van die staat of die samelewing aangetas is. In Suid-Afrika setel die prerogatief om sodanige vervolging in te stel in die Nasionale Vervolgingsgesag nadat 'n klage deur 'n klaer by die Suid-Afrikaanse Polisiediens ingedien is. Dieselfde handeling kan aanleiding gee tot die instel van 'n siviele aksie sowel as kriminele vervolging. Die sanksie in die strafreg soos hierbo vermeld, behels die dreigement van benadeling vir die persoon wat sodanige verbod oortree wat die vorm van verlies aan vryheid of besittings, of 'n kombinasie van beide, kan aanneem. Die strawwe wat deur die howe opgelê kan word, word statutêr verorden. Van die beskikbare vonnisopsies is direkte gevangenisstraf, korrektiewe toesig of 'n boete. Hierdie aspek is die mees onderskeidende kenmerk tussen die strafreg en deliktereg. Sien Snyman 2006:6 en Burchell en Milton 2005:7.

⁶ Carstens en Pearmain 2007:4.

Afrikaanse regsgeeskiedenis het die suksesvolle aanwending van die toepaslike regsbeginsels in siviele aksies vir kontrakbreuk voortspruitend uit die kontraktuele verhouding tussen dokter en pasiënt op grond van kontrakbreuk dikwels, sonder te veel probleme, voorgekom. Hierdie feit het myns insiens waarskynlik spesifieke opleiding van studente in die gespesialiseerde veld van die geneeskundige reg agterweë laat bly.

Die strafreg, waar mediese beginsels ter sake is, is selde in die verlede aan Suid-Afrikaanse universiteite as onderafdeling van die leerplan van die geneeskundige reg beskou en kan die argument moontlik steeds deur sommiges geopper word dat dit nie daarin hoort nie. Die geneeskundige reg respekteer egter nie die tradisionele kompartemente soos straf-, kontrakte-, delikte-, familiereg, ensovoorts waaraan regslui gewoond is nie.⁷ Die strafreg in Suid-Afrika mag deesdae moontlik 'n groter rol wat betref die afdwinging van medies-etiese beginsels speel, aangesien die wetgewer wetgewing afgekondig het wat etiese beginsels/oorwegings nou tot statutêre verpligting/vereiste getransformeer het en die nie-nakoming daarvan aldus Oosthuizen en Verschoor tot 'n statutêre oortreding verhef het.⁸ Dit spreek dus vanself dat die strafreg, insoverre dit aansny by mediese praktyk, in die leerplan van gesondheidsorgwerkers opgeneem behoort te word.

Volgens Oosthuizen en Verschoor⁹ behoort die mediese praktisyn weens voor die hand liggende redes oor die nodige kennis rakende die regs- en etiese debatte insake kwessies soos die dokter-pasiënt verhouding, die regsraamwerk waarbinne hierdie kwessies afspeel en die rol wat die mediese praktisyn speel in die wyer vraagstukke van die bio-etiek, te

⁷ Carstens en Pearmain 2007:4.

⁸ Oosthuizen en Verschoor 2008:37. Daar sal later in hierdie navorsingswerk meer aandag aan hierdie opinie verleen word.

⁹ Oosthuizen en Verschoor 2008:37.

beskik.¹⁰ Die insluiting van geneeskundige reg in die studieplan van mediese praktisyns sal aan die nuwe geslag praktisyns inligting verskaf betreffende die kontraktuele- en vertrouensverhouding tussen dokter en pasiënt; prosedurele aangeleenthede rakende die praktisering van medisyne; mediese nalatigheid; die regulering van medisyne; die reg op privaatheid; reg op toegang tot inligting, die etiese en regs basis van ingeligte toestemming; die standaard van openbaarmaking van inligting; regskwessies rakende reproduksie en geestesgesondheid en die reg tot die skep en beëindiging van lewe. Myns insiens behoort dieselfde vereistes te geld ten aansien van opleiding van die regstudent in hierdie genoemde studievervelde. Die doelwit met die opleiding van gesondheidsorgwerkers in spesifiek mediese etiek behoort die ontwikkeling van vaardighede in en kennis van die mediese etiek en geneeskundige reg, waarby ingesluit is pasiëntesorg en navorsingsbeskerming, te omvat. Daar word ongelukkig verkeerdelik nie dieselfde prominensie en akademiese nougesetheid in Suid-Afrika as internasionaal aan die onderrig van mediese reg as dissipline verleen nie.¹¹

1.1.2. Grondwet

Die Grondwet van Suid-Afrika¹² bevat verskeie verwysings na gesondheidsorgdienste en mediese behandeling wat vanselfsprekend deel van die kurrikulum van gesondheidsorgwerkers behoort te vorm: die reg op lewe;¹³ die reg op waardigheid;¹⁴ die reg op liggaamlike en psigiese

¹⁰ Volgens die Handleiding van Mediese Etiek van die Wêreld Mediese Vereniging 2009:9 is mediese etiek nou verwant, maar nie identies aan bio-etiek nie. Laasgenoemde is 'n wye onderwerp wat oor die algemeen handel oor morele kwessies voortspruitend uit ontwikkeling op die gebied van die biologiese wetenskappe. Toegang tot hierdie handleiding is bekom van <http://www.wma.net/en/10home/> op 21/07/2011.

¹¹ Oosthuizen en Verschoor 2008:36.

¹² Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, hierna genoem die Grondwet.

¹³ Artikel 11 van die Grondwet: "Elkeen het die reg op lewe."

integriteit;¹⁵ die reg op privaatheid;¹⁶ die reg op 'n omgewing wat nie skadelik is vir gesondheid of algemene welstand nie;¹⁷ die reg op nood mediese dienste en die reg tot toegang tot gesondheidsorgdienste;¹⁸ en die reg op voldoende kos, water en gemeenskapsekuriteit¹⁹ is spesifiek hier ter sake. Dit kan kollektief gesien word as die reg op gesondheid ingevolge die Grondwet.²⁰ Alle gesondheidsorgwerkers behoort dus opleiding hierin te geniet insoverre die besondere menseregte relevant is in die lewering van gesondheidsorgdienste. Faktore soos gebrekkige kennis en vaardighede, negatiewe ingesteldheid teenoor die pasiënt en afwyking van etiese navorsingspraktyke kan 'n rol speel by die aantasting van gemelde menseregte. Goeie opleiding in hierdie aspekte is vanselfsprekend belangrik, veral in ontwikkelende lande soos Suid-Afrika.²¹

1.1.3. Strafred

Snyman²² is van oordeel dat elke regdenkende burger in Suid-Afrika die invoering van die Handves van Regte in die Grondwet verwelkom, maar

¹⁴ Artikel 10 van die Grondwet: “Elkeen het ingebore waardigheid en die reg dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word.”

¹⁵ Artikel 12(2) van die Grondwet: “Elkeen het die reg op liggaamlike en psigiese integriteit, waarby inbegrepe is die reg om besluite oor voortplanting te neem, (die reg) op sekerheid van en beheer oor die eie liggaam en (die reg) om nie sonder hul wettige ingeligte toestemming aan mediese of wetenskaplike eksperimente onderwerp te word nie.”

¹⁶ Artikel 14 van die Grondwet: “Elkeen het die reg op privaatheid, waarby inbegrepe is die reg dat hul persoon of woning nie deursoek word nie, hul eiendom nie deursoek word nie, daar nie op hul besittings beslag gelê word nie of daar nie op die privaatheid van hul kommunikasies inbreuk gemaak word nie.”

¹⁷ Artikel 24(a) van die Grondwet: “Elkeen het die reg op 'n omgewing wat nie skadelik vir hul gesondheid en welsyn is nie.”

¹⁸ Artikel 27(1)(a) van die Grondwet: “Elkeen het die reg op toegang tot gesondheidsorgdienste, met inbegrip van reprodktiewe gesondheidsorg” en artikel 27(3) bepaal “Niemand mag mediese noodbehandeling geweier word nie”.

¹⁹ Artikel 27(1)(b) van die Grondwet: “Elkeen het die reg op toegang tot voldoende voedsel en water”.

²⁰ Carstens en Pearmain 2007:26.

²¹ Oosthuizen en Verschoor 2008:36. Hierdie studie hanteer nie al die genoemde beginsels in die Grondwet vervat nie, maar verwys bloot daarna in hoeverre dit relevant tot die onderwerp van hierdie studie is.

²² Snyman 2006:27.

dat die toepassing daarvan op die gebied van die strafreg nie juis suksesvol was nie. Hy skryf die reuse toename in misdaadsyfers en die reuse afname in persoonlike veiligheid direk hieraan toe. Hy meen verder dat die administratiewe dienste (polisie en hofsisteem) nie opgewasse was vir die implementering van die Grondwet nie. Hierdie aspek verdien derhalwe oorweging in die navorsing wat hier hanteer word. Die beantwoording van die vraag of die skep van enige verdere statutêre misdrywe wat van toepassing op die mediese prosedures is wat in hierdie studie hanteer word, sal dus sinvol wees.

Slegs enkele beslissings is in die Suid-Afrikaanse Hofverslae gerapporteer waarin medici aangekla en skuldig bevind is aan die pleeg van gemeenregtelike misdade, soos byvoorbeeld strafbare manslag en moord verbandhoudend aan die uitvoer van hul pligte.²³ Geen statistiek is beskikbaar oor soortgelyke ongerapporteerde skuldigbevindings en vonnisse nie, maar sodanige vervolgings kom selde in Suid-Afrika voor. Die posisie is dieselfde ten aansien van die oortreding van statutêre bepalinge van toepassing op die mediese beroepe.²⁴ Hierdie vakuum in die beskikbaarheid van statistiek en gerapporteerde gesag en die gebrek aan vervolgings kan myns insiens egter nouliks toegeskryf word aan die feit dat geen misdade of statutêre oortredings inderdaad gepleeg word nie, maar waarskynlik eerder aan ander aanleidende oorsake wat ondersoek regverdig. Swak polisiëring, die nie-beskikbaarheid van ervare aanklaers asook gebrekkige bestuur in die gesondheidsorgsisteem speel

²³ Sien byvoorbeeld *S v Van Heerden and another* 2010(1) SASV 529 ECP, *S v Hartmann* 1975 3 SA 532 CPD, *S v Kramer* 1987 1 887 WLD. Sien ook *S v Bezuidenhout* 1985 AD (ongerapporteerde) soos aangehaal deur Strauss 1991:272.

²⁴ Sien Snyman 2006:viii waar hy na hierdie aspek verwys in die voorwoord van sy aangehaalde werk met spesifieke verwysing na die gebrek aan vervolgings vir oortredings van die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap, 92 van 1996.

waarskynlik 'n rol hierin,²⁵ maar sodanige volledige ondersoek val buite die navorsingsveld van hierdie werk.

Alhoewel daar in die onlangse verlede oor die algemeen onteenseglik in Suid-Afrika vordering gemaak is met algemene gesondheidsorg deur byvoorbeeld die insluiting en beskerming van sekere grondwetlike regte soos hierbo genoem, is huidige gesondheidsorgwetgewing steeds gefragmenteerd en dikwels oneffektief,²⁶ myns insiens ook wat die suksesvolle strafregtelike vervolging van statutêre oortredings betref. Gebrekkige bestuur en die onvoldoende voorsiening van behoorlike gesondheidsorg aan die oorgrote meerderheid van die Suid-Afrikaanse bevolking in die openbare gesondheidsorgsisteem, is insgelyks te wyte aan die bestaande ondoeltreffende wetgewende struktuur in die land.

Die oortreding van statutêre bepalings van toepassing op gesondheidsorgdienste sal uiteraard doeltreffend in die strafregstelsel hanteer moet kan word om enigsins in die doel van die wetgewer te slaag. Die algemene persepsie bestaan egter dat die Suid-Afrikaanse strafregstelsel in 'n krisis verkeer. Snyman²⁷ beskou die Suid-Afrikaanse strafregstelsel²⁸ as disfunksioneel en dat die Handves van Regte in die Grondwet nie daarin kon slaag om misdaad in toom te hou en voldoende persoonlike veiligheid vir landsburgers te verseker nie.

²⁵ Kotzé 2003:39. In die mid 1980's was daar ongeveer een aanklaer vir elke 45 gewapende roof sake welke syfer afgeneem het na een vir elke 85 in 1998. Sedert 1994 het misdaadstatistiek boonop 'n ongekende toename getoon wat die syfers onteenseglik verder laat verswak het.

²⁶ Swanepoel 2006:29.

²⁷ Snyman 2006:25.

²⁸ Die Suid-Afrikaanse strafregstelsel ("criminal justice system") bestaan uit polisiëring en wetstoepassing (die Suid-Afrikaanse Polisie), die Nasionale Vervolgingsgesag (aanklaerskorps), die regsprekende gesag (die strafhof) en korrektiewe dienste. Sien Kotzé 2003:38.

Benewens ernstige oorlading van die howe, word misdaadstatistiek deur Snyman²⁹ aangehaal wat dramatiese toename sedert 1990 toon en wat voorheen ongekennd was – veral wat betref die pleging van ernstige geweldsmisdade en ernstige ekonomiese misdaad. Hy vermeld dat volgens 'n studie en verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie in 2003/2004, daar bevind is dat die persentasie skuldigbevindings in Suid-Afrika laag is. Slegs 11% van moordsake, 5% van verkragtingsake en 3% van sake van roof met verswarende omstandighede het skuldigbevindings tot gevolg gehad, terwyl ongeveer 75% van alle ernstige misdade nooit eens die howe bereik nie.³⁰ In dieselfde verslag word vermeld dat die Suid-Afrikaanse Polisiemag verder onderbeman is en dat daar bykans dubbeld soveel sekuriteitswagte as polisieledede diens in Suid-Afrika verrig, wat aanduidend is van die polisie se onvermoë om misdaad te bekamp. Daar is reeds in 2001 deur dieselfde kommissie bereken dat misdaad Suid-Afrika ongeveer R30 biljoen per jaar kos en dat 90% persone wat geweldsmisdade pleeg, daarmee wegkom.³¹

Alle aanduidings is dat die situasie intussen versleg het. Volgens statistiek wat deur die Suid-Afrikaanse Instituut van Rasseverhoudings in 2010 saamgestel is, het die aantal skuldigbevindings as 'n gedeelte van die aantal afgehandelde sake in die tydperk 2003 tot 2008 'n afname van 22.7% getoon, terwyl slegs 39.5% van alle gerapporteerde klagtes deur die SAPD na die howe verwys is. Volgens dieselfde navorsing was daar gedurende laasgenoemde termyn 'n afname van 19.6% in die aantal

²⁹ Snyman 2006:25.

³⁰ Kotzé 2003:38.

³¹ Snyman 2006:25-26.

klagtes wat by die SAPD aangemeld is, wat myns insiens aanduidend is van die gebrek aan vertroue in die strafregstels deur die publiek.³²

Burchell³³ meen dat die strafregstels in Suid-Afrika by 'n kruispad staan en dat die aanloklike - maar gevaarlike - roetes wat dikwels deur die owerhede gevolg word, nie die antwoord vir die uitdagings in die stelsel bied nie. Hy verwys na 'blunderbuss' wetgewende reaksie op nuwe vorms van kriminaliteit; toevoegings tot die definiering van strafregtelike aanspreeklikheid, wat gevolglik buitensporige geleentheid tot die verbergings van skuld bied; die obsessiewe aanhang van 'n algehele subjektiewe beoordeling³⁴ van wederregtelikheidsbewussyn en opset; en die simplistiese uitweg van die oplegging van al hoe swaarder strawwe.³⁵ Hierdie uitgangspunt is veral relevant vir doeleindes van hierdie studie ter beantwoording van die vraag of bestaande wetgewing voldoende regulering bied vir oortredings voortspuitend uit die snelle wetenskapsontwikkeling waarmee die reg gekonfronteer word en moet tred hou. 'n Verdere vraag wat noodgedwonge na vore tree, is of die skep van meer statutêre oortredings van toepassing op gesondheidsorgdienste in Suid-Afrika hoegenaamd sinvol sal wees in die lig van die huidige oënskyynlike swak polisiëring en suksesvolle vervolging van bestaande gemeenregtelike misdade en statutêre oortredings.

By die wesenlike toename van sekere tipes misdadige gedrag is dit dikwels die gevolg dat wetgewers eenvoudig nuwe misdrywe skep met

³² Kane (ed) 2010:684.

³³ Burchell 2002:579.

³⁴ Burchell 2002:587. Burchell verklaar dat die "subjektiewe obsessie" die "objektiewe" beoordeling van opset vervang het in die 1950's toe die hof vermoed dat 'n persoon die natuurlike en waarskynlike gevolge van sy handeling bedoel het, verwerp het. In 1977 is die subjektiewe kennis van wederregtelikheid in die definisie van opset ingesluit met die beslissing in *S v De Blom* 1977 3 SA 513 A. Met die inwerkingtreding van artikel 78 van die Strafproseswet, 51 van 1977 is die subjektiewe toets vir toerekeningsvatbaarheid in die konteks van 'n verweer van geestesongesteldheid, gekodifiseer.

³⁵ Burchell 2002:586-590.

swaarder strawwe, die sogenaamde ‘blunderbuss’ opsie, eerder as om die opsporing van oortreders te verbeter en gevoelens van skuld by bestaande misdrywe te verhoog. Burchell³⁶ verwys ter illustrasie in die verband na die formulering van geldwassery en verwante oortredings as misdade, wat aanvanklik veroorsaak is deur die verberging van opbrengste voortspruitend uit onwettige dwelmhandel. Hy beskou dit as ’n goeie kontemporêre voorbeeld van waarmee die wetgewer vorendag kan kom na parlementêre druk (of paniek!), terwyl die uitgebreide definisie van die bestaande misdryf bedrog in die Suid-Afrikaanse reg voldoende sou wees om gemelde oortredings aan te spreek.

1.1.4. Gesondheidsorgsisteem in Suid-Afrika

Die Suid-Afrikaanse gesondheidsorgsisteem bestaan uit die private en openbare gesondheidssektore.³⁷ Die National Health Act 61 of 2003³⁸ definieer die term “national health system” as “the system within the Republic, whether within the public or private sector, in which the individual components are concerned with the financing, provision or delivery of health services”.³⁹ Nie-regeringsorganisasies en geloofsgebaseerde organisasies is egter ook betrokke by die verskaffing van gesondheidsorg.

Wetgewing beheer die befondsing van gesondheidsorgdienste in die privaatsektor in ’n al groter wordende mate, ook in die openbare sektor. Die tradisionele onderskeid in Suid-Afrika tussen openbare- en private gesondheidsorgbefondsing is besig om te vervaag aangesien mediese

³⁶ Burchell 2002:580.

³⁷ Carstens en Pearmain 2007:229.

³⁸ Hierdie Wet is slegs in Engels afgekondig en daarom word die Engelse titel van die Wet deurgaans hierin gebruik. Dieselfde geld vir ander Wette waarna in hierdie studie verwys word soos die Children’s Act en ander.

³⁹ Sien die woordomskeywing in artikel 1 van die Wet.

fondse al hoe meer van hul lede verwag om van openbare gesondheidsorgdienste gebruik te maak in 'n poging om die kostes vir die fonds so laag as moontlik te hou. Openbare-private vennootskappe waarvolgens die privaatsektor aangespoor word om van openbare gesondheidsorgfasiliteite gebruik te maak in die behandeling van privaatpasiënte, word egter ook deur die staat ingespan met die doel om koste-effektiwiteit van openbare gesondheidsorginstellings te verhoog.⁴⁰

Die mees fundamentele verskil tussen die openbare- en privaatsektore in Suid-Afrika is dat mediese praktisyns in privaatpraktyk onafhanklik en vir hul eie rekenings praktiseer. Hierteenoor is die mediese praktisyns in die openbare sektor van gesondheidsorg in diens van die staat en word dus deur die staat vir hul dienste vergoed. Laasgenoemde en verpleegpersoneel in diens van die staat, se dienste is bekombaar by staatsklinieke en gemeenskapsgesondheidsentra. Die meerderheid van die Suid-Afrikaanse bevolking is afhanklik van die lewering van gesondheidsorg deur die openbare gesondheidsorgsektor, terwyl die private sektor dienste aan diegene wat lede van mediese fondse is of vermoënd genoeg is om self vir die gelewerde dienste te betaal, lewer.⁴¹

Staatshospitale en mediese dienste word besit en gereguleer deur die provinsiale wetgewer van elke provinsie in Suid-Afrika. Ingevolge die Grondwet het die nasionale- en plaaslike regerings gesamentlike wetgewende gesag in die onderskeie provinsies. Alhoewel die provinsies wetlik verplig is om te verseker dat die nasionale beleid oor gesondheid ingevolge die National Health Act geïmplementeer word en dat nasionale wetgewing toegepas word, beskik provinsies ingevolge die Grondwet oor

⁴⁰ Carstens en Pearmain 2007:230.

⁴¹ Carstens en Pearmain 2007:229.

die magte om provinsiale gesondheidsbeleid te formuleer en om wetgewing uit te vaardig aangaande provinsiale gesondheidskwessies.⁴²

Ingevolge artikel 25(2) van die National Health Act moet die hoof van 'n provinsiale gesondheidsdepartement, in ooreenstemming met nasionale gesondheidsbeleid en die toepaslike provinsiale gesondheidsbeleid in die relevante provinsie, *inter alia* die volgende dienste lewer: a) gespesialiseerde hospitaaldienste; b) die provinsiale gesondheidsinligtingsstelsel beplan en bestuur; c) die befondsing en finansiële bestuur van distriksgesondheidsdienste koördineer; d) tegniese en logistieke ondersteuning bied aan distriksgesondheidsdienste; e) gesondheidsdienste beplan, koördineer en monitor, maar ook die kwaliteit van gesondheidsdienste evalueer; f) mediese- en gesondheidsdienste gedurende provinsiale rampe koördineer; en g) navorsing oor gesondheid en gesondheidsdienste onderneem of fasiliteer; h) die ontwikkeling van staats- en privaathospitale, ander gesondheidsinstellings en gesondheidsagentskappe beplan; i) voertuie, toerusting en gesondheidsorgfasiliteite voorsien en in stand hou.

Die Direkteur-generaal van die nasionale Departement van Gesondheid is verantwoordelik vir die koördinasie van dienslewering op nasionale vlak met dienslewering op provinsiale vlak. Hy/sy moet egter ook sodanige addisionele gesondheidsdienste voorsien wat nodig mag wees ten einde 'n omvattende gesondheidsorgstelsel in stand te hou. Die nasionale departement het gevolglik die magte om direk gesondheidsorgdienste te voorsien, maar slegs insoverre daar gapings in die nasionale gesondheidsorgstelsel bestaan. Hierdie bepaling is belangrik aangesien dit die nasionale Departement van Gesondheid in staat stel om provinsies

⁴² Carstens en Pearmain 2007:231.

te ondersteun in die lewering van gesondheidsorgdienste soos en wanneer dit nodig mag wees of met spesifieke programme wat doeltreffer op nasionale vlak hanteer kan word.⁴³ Ten einde bogemelde doelwitte te bereik, moet provinsiale gesondheidsdepartemente uiteraard personeel aanstel. Die Minister van Gesondheid en die nasionale Departement van Gesondheid is nie die werkgewer van sodanige personeel nie.

Die belangrikste Wet wat die mediese profesie reguleer is die Wet op Gesondheidsberoepe 56 van 1974.⁴⁴ Die Gesondheidsberoepe Raad van Suid-Afrika (hierna die GBRSA) is in terme van dié Wet geskep. Van die doelstellings van die Raad is ondermeer:

- Om die algemene belange van die publiek in sake rakende die verskaffing van gesondheidsorgdienste deur praktiserende medici te dien en te beskerm.
- Om sy magte en verantwoordelikhede in die beste belang van die publiek en ooreenkomstig die nasionale gesondheidsbeleid van die Minister van Gesondheid uit te oefen.
- Om professionele en etiese standaarde in stand te hou en te beskerm.
- Om toe te sien dat klagtes rakende persone wat ingevolge die Wet⁴⁵ geregistreer is, behoorlik ondersoek word en dissiplinêre stappe

⁴³ Carstens en Pearmain 2007:233.

⁴⁴ Joubert en Faris 2008: Vol 17 Deel 2:3. Mediese prosedures word egter deur die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 en 'n aantal ander wette soos onder andere die National Health Act 61/2003 en die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92/1996 beheer. Ander wette soos die Wet op Registrasie van Geboortes en Sterfgevälle 51/1992, die Children's Act 38/2005, die Wet op Mediese Skemas 131/1998, ensovoorts plaas sekere spesifieke pligte op mediese praktisyns. Verskeie ander wette raak die mediese profesie direk of indirek soos byvoorbeeld die Wet op Geregtelike Doodsondersoeke 58/1959, die Strafproseswet 51/1977, ensovoorts. Vir 'n volledige lys van wette wat pligte op die mediese profesie plaas en die profesie direk of indirek raak, raadpleeg Joubert en Faris 2008: Vol 17 Deel 2:3.

⁴⁵ Wet 56/1974.

ooreenkomstig die bepalings van hierdie Wet geneem word ten einde die belange van die publiek te beskerm.

- Om te verseker dat geregistreerde persone die kontitusionele regte van menswaardigheid, liggaamlike en geestelike integriteit en gelykheid van gebruikers van gesondheidsorgdienste eerbiedig en dat dissiplinêre stappe geneem word in geval van versuim om dit te doen.⁴⁶

Die Raad is die statutêre *custos morum* van die mediese professie, maar ook beskermheer van die prestige, status en waardigheid van die professie. Die Raad beskerm ook die publiek insoverre die publiek deur die optrede van medici met wie hulle in 'n professionele verhouding verkeer, geraak word.⁴⁷ Die rol van *custos morum* word deur die Raad, ongeag die feit of die geregistreerde persoon binne of buite Suid-Afrika woon en/of praktiseer, vir die staat of privaat praktiseer en of die wangedrag binne of buite Suid-Afrika gepleeg is, vervul.

Verbreking van die bepalings van die dienskontrak tussen die gesondheidsorgwerker en –werkgewer mag moontlik, afhangende van die omstandighede, ook binne die jurisdiksie van professionele regulerende liggame val. In die privaatsektor is verpleegkundiges gewoonlik in diens van die privaathospitaal en sal hul situasie in die opsig ooreenstem met dié van hul eweknieë wat in diens van die staat is. Hierteenoor is mediese praktisyns en –spesialiste selde in diens van die privaathospitaal of ander private gesondheidsorg instellings vanwaar hul praktyke bedryf word en kan hulle dus nie deur die privaathospitaal verantwoordbaar gehou word vir die nie-nakoming van hul verpligtinge ingevolge arbeidswetgewing nie.

⁴⁶ Joubert en Faris 2008:Vol 17 Deel 2:5.

⁴⁷ Joubert en Faris 2008: Vol 17 Deel 2:5.

Die tariewe wat deur privaatpraktisyns gehef mag word, moet in ooreenstemming met die bepalings van die Wet op Mededinging 89 van 1998 vasgestel word.⁴⁸ Hierdie Wet verbied mededingers om kollektief hul tariewe te beding met befonders en diensverskaffers. In 2004 het die Mededingingskommissaris besluit om drie verteenwoordigende verenigings naamlik die Raad van Gesondheidsorgbefonders (Board of Healthcare Funders) wat mediese fondse verteenwoordig, die Hospitaalvereniging van Suid-Afrika (Hospital Association of South Africa) wat privaathospitale verteenwoordig en die GBRSA wat mediese praktisyns verteenwoordig, aan te kla vir oortredings van die Mededingingswet. Na skikkingsonderhandelings tussen die partye is die organisasies beboet. Volgens Carstens en Pearmain⁴⁹ geld die Mededingingswet egter nie ten aansien van die ekonomiese bedrywighede van openbare gesondheidsdienste insoverre dit uitgevoer word met 'n nie-kommersiële, sosio-ekonomiese oogmerk nie, maar moet daarop gelet word dat die betrokke Wet nie 'n definisie van die begrip “kommersiële sosio-ekonomiese oogmerk” bevat nie.⁵⁰

Alhoewel lewe en gesondheid gekoesterde begrippe is, is dit dikwels moeilik vir die Staat om voldoende middele te voorsien om aan die gesondheidsbehoefte van burgers te voorsien – dit is ongelukkig ook in Suid-Afrika 'n harde werklikheid en word die dokter-pasiënt-verhouding onder druk geplaas.⁵¹ Selfs welvarende state beskik nie oor bodemlose reserwes vir hierdie doel nie en geskied rantsoenering desnoods gereeld. Die algemeen aanvaarde reël by die verskaffing van gesondheidsorgdienste in 'n omgewing met verminderde mediese middele

⁴⁸ Carstens en Pearmain 2007:231.

⁴⁹ Carstens en Pearmain 2007:231.

⁵⁰ Sien artikel 1 van die Mededingingswet 89/1998.

⁵¹ <http://www.wma.net/en/10home/>. Toegang verkry op 21/07/2011. Wêreld Mediese Vereniging Handleiding van Mediese Etiek 2009:6.

is dat daar nie afgewyk mag word van die algemene mediese etiese reëls as gevolg daarvan nie.⁵² Daar word van die gesondheidsorgwerker verwag om etiese standaarde, wat later hierin meer volledig bespreek word, te handhaaf in sodanige omgewing. Versuim om hierdie standaarde te handhaaf kan lei tot dissiplinêre aksie deur een van die toepaslike rade. Indien die nie-nakoming van die etiese reëls ook die verbreking van die pasiënt se grondwetlike of gemeenregtelike regte tot gevolg het, kan regsaksie moontlik ook teen die gesondheidsorgwerker volg.

Besluite rakende die inkorting van middele tot die beskikking van gesondheidsorgwerkers word gewoonlik deur die openbare gesondheidsowerhede en bestuurders van private gesondheidsorginstellings gemaak waaraan die gesondheidsorgwerker geen aandeel of inspraak het nie.⁵³ Die algemene toestand van gesondheidsorgdienste in Suid-Afrika met betrekking tot die tekort aan hulpbronne asook die regsposisie van die gesondheidsorgwerker wat in oorleg met die besluite optree en daardeur 'n statutêre oortreding in die proses begaan, verdien dus bespreking en toeligting in 'n studie van hierdie aard.

Die gesondheidsorgsisteem in Suid-Afrika is 'n beleërde sisteem wat voor felle uitdagings staan.

1.1.5. Surrogasie

Gedurende die afgelope paar dekades het 'n nuwe vertakking van die geneeskundige reg ontstaan, naamlik reprodktiewe reg. Dit behels die

⁵² Dada en McQuoid-Mason 2001:43.

⁵³ Dada en McQuoid-Mason 2001:43.

verskillende regulerende bepalings rakende menslike voortplanting met spesifieke verwysing na geassisteerde voortplantingstegnieke (oftewel ART met verwysing na die Engelse begrip “assisted reproductive technology”), die diagnosering en behandeling van embrio’s, fetusse en embriologiese navorsing.⁵⁴

Sedert die geboorte van die eerste proefbuisbaba in Brittanje 33 jaar gelede, het merkwaardige ontwikkeling plaasgevind in ’n hele reeks tegnieke wat geassosieer word met die manipulasie van reprodktiewe prosesse en die verbetering van effektiewe metodes van geassisteerde voortplantingstegnieke.⁵⁵ Praktyke soos sperm- en eierselskenking, surrogaatmoederskap en die seleksie van embrio’s voor inplanting deur middel van die diagnosering van genetiese afwykings voordat inplanting plaasvind, is nou moontlik. Hierdie tegnieke en praktyke artikuleer ongekende genetiese kennis aangaande sel- en weefselmanipulasie, wat dit nie alleen moontlik maak vir mense met verskillende vorme van infertiliteit om kinders te verwek nie, maar ook die vermoë skep om baie vroeg potensieel dodelike of ernstig misvormende toestande in embrio’s te identifiseer.⁵⁶

Surrogaatmoederskap is, soos reeds genoem, een van die uitvloeisels van die ontwikkeling op die gebied van ART. Verskillende tipes surrogasie bestaan reeds ’n geruime tyd naamlik volle en gedeeltelike surrogasie. In eersgenoemde geval verskaf die opdraggewende ouers beide gamete, die embrio word geskep met behulp van ART en met *in vitro*-bevrugting (hierna IVB genoem) in die surrogaatmoeder se uterus geplaas. In laasgenoemde word daar van die eiersel en/of spermsel van ’n

⁵⁴ Swanepoel 2006:14.

⁵⁵ Nakash en Herdiman 2007:246.

⁵⁶ Swanepoel 2006:14.

onafhanklike skenker gebruik gemaak.⁵⁷ 'n Eiersel van die surrogaatmoeder kan ook met behulp van kunsmatige inseminasie van die beoogde vader se spermselle geskied.⁵⁸ Alhoewel surrogasie in sommige gevalle die enigste manier tot voortplanting vir kinderlose pare is, het beskuldigings soos 'wombs for rent', 'baby farming', 'reproductive prostitutes' en 'stud-farm mentality' dikwels in die verlede hierdie reproduksie tegniek in 'n swak lig gestel en was dit gelaai met uitroepe ter ondersteuning van die heiligheid van die familie aan die een kant teenoor die reg van die vrou om 'n keuse uit te oefen, aan die ander.⁵⁹

In die laat 1990's en vroeë 2000's het surrogasie as praktyk hernude openbare belangstelling gewek met die publisering in die media van 'n aantal gevalle wat sekere problematiese aspekte van surrogasie beklemtoon het.⁶⁰ Ernstige vrae is gevra oor die status en regte van die kind aldus verwek, die regte van die betrokke partye, vergoeding aan die surrogaatmoeder en wettigheid aldan nie van surrogaatooreenkomste aangesien die bestaan van wetgewing in verskillende lande wisselvallig en verskillend was en daar nie eensgesindheid in die samelewing oor die wenslikheid daarvan bestaan het nie.⁶¹ Die Children's Act 38 van 2005 het sedertdien op 1 April 2010 in Suid-Afrika in werking getree en reguleer tans die vereistes vir die sluit van geldige surrogaatooreenkomste.⁶²

Oorsese mediese toerisme is nie nuut nie, maar 'n snelgroeïende fenomeen, veral ook in Suid-Afrika.⁶³ Pasiënte wat mediese behandeling

⁵⁷ Nosarka en Kruger 2005:942.

⁵⁸ Nakash en Herdiman 2007:246.

⁵⁹ Meyerson 1994:121.

⁶⁰ Wallbank 2002:271.

⁶¹ English ea 2002:205.

⁶² Sien artikels 292 tot 303 in Hoofstuk 19 van hierdie Wet. Die artikels word later hierin bespreek.

⁶³ Kirby 2007:31. Sien ook Gamble 2009:151.

verlang, het deesdae omvattende webwerwe tot hul beskikking in hul soektog vir mediese sentrums wat bereid is om hul te voorsien van 'n gesigsontrimpel tot 'n nuwe gebit, slanker heupe of selfs 'n nuwe baba. As gevolg van verskeie oorwegings het partye al hoe meer begin gebruik maak van oorgrens-surrogasie wat 'n mynveld van onvoorsiene en ongewenste regsgevolge vir die partye en die verwekte kind tot gevolg gehad het en partye dikwels remedieloos gelaat het.⁶⁴ Groot uitdagings word gevolglik aan organisasies en die wetgewende gesag in die verband gestel.⁶⁵

Meer onlangs is nuwe velde van reprodktiewe genetica gevorm, naamlik kloning asook die verbinding van somatiese selkernoordrag met stamseltegnologie. Laasgenoemde vorm 'n kragtige middel in pre-implantasie genetiese profielsamestelling, menslike embrioniese stamselverandering en kiemlynterapie.⁶⁶ Hierdie mediese prosedures, anders as surrogasie, is nuwe tegnologiese wat teen so 'n spoed ontwikkel dat dit onwaarskynlik is dat die reg hierby sal kan aanpas binne die afsienbare tyd.⁶⁷ Die vooruitgang op hierdie gebied word nie alleen deur sommiges geloof as genesend en vooruitskouend van aard nie, maar inderdaad as herskeppend aangesien tegnieke geskep word waaroor daar in die verlede maar net gefantaseer is.⁶⁸ Hierteenoor huldig ander egter die mening dat die moontlikheid vir gevaarlike etiese vergrype geskep word met die manipulasie van menslike lewe en 'n nuwe vorm van rasverbetering kan nou selfs geskied.⁶⁹ Andrews⁷⁰ meen ook dat

⁶⁴ Gamble 2009:151.

⁶⁵ Davies 2010:21.

⁶⁶ Swanepoel 2006:15.

⁶⁷ Carstens en Pearmain 2007:185.

⁶⁸ Swanepoel 2006:15.

⁶⁹ Swanepoel 2006:14-15.

⁷⁰ Andrews 2000

“Each step along the way, from sperm donation to in vitro fertilisation to surrogate mothers to embryo research, we have gradually yet inexorably moved closer and closer towards engineering human life to fulfill individual desire”.

Enige bespreking van gemelde mediese prosedures noodsaak dus die oorweging van konstitusionele kwessies en etiese en morele vraagstukke. ’n Uiteensetting van die statutêre oortredings wat deur toepaslike wetgewing in Suid-Afrika op die wetboek geplaas is, verdien derhalwe ook toeligting en is van belang enersyds vir regstudente en andersyds vir gesondheidsorgwerkers ten aansien van die geneeskundige reg as studieveld. Weens die beperkte omvang van hierdie studie is dit egter onmoontlik om die geskepte statutêre oortredings soos onlangs deur die Minister van Gesondheid⁷¹ afgekondig met betrekking tot embriologiese stamselnavorsing, met spesifieke verwysing na reprodktiewe- en terapeutiese kloning, behoorlik te hanteer en word volstaan met surrogasie en die terminasie van swangerskappe in die verband.

1.1.6. Aborsie

Aborsie is ’n kontroversiële onderwerp wat wyduiteenlopende en emosionele reaksie van kerkgroepe, politici en pro- en anti-aborsie aktiviste groepe ontlok, ook in Suid-Afrika.⁷² Die aksies van anti-aborsie aktiviste slaag op reëlmaat daarin om koerante en tydskrifte te haal deur byvoorbeeld te berig oor openbare eetstakings van persone ten einde hul teenstand teen aborsie te demonstreer of oor massabyeenkomste wat georganiseer word en waartydens duisende kerse aangesteek word ter

⁷¹ Goewermenskennisgewings R177 en R183 is op 2 Maart 2012 in Staatskoerant No 35099 afgekondig deur die Minister van Gesondheid ingevolge artikel 68 van die National Health Act.

⁷² Morroni ea 2006:37.

herinnering aan ongebore kinders wat weens aborsie gesterf het.⁷³ Hierdie gereelde, dikwels sensasionele, beriggewing is nietemin bewys van die hoë vlak van voortdurende belangstelling oor die onderwerp by die algemene publiek.

Pro-aborsie aktiviste beskou die reg op aborsie as 'n noodsaaklike voorwaarde vir die seksuele vryheid van die vrou. Die rol van die Rooms-Katolieke Kerk in Latyns-Amerika en die Karibiese Eilande in die definiëring en afdwinging van ideologieë rakende vrouwees, word deur Lucia Rayas, 'n prominente pro-aborsie aktivis aldaar, as verraderlik (“insidious”) gebrandmerk.⁷⁴ Volgens haar het die Rooms-Katolieke Kerk, wat in die betrokke lande die meeste lidmate het, 'n streng stel waardes ontwikkel waarvolgens die vrou se seksualiteit onlosmaaklik aan voortplanting gekoppel moes wees. Seksuele plesier word as boos vertolk. Vroue wat nie moederskap kies nie word as selfsugtig en onwaardig beskou. Hierdie basiese leerstellings word steeds deur die meeste wetgewing in Latyns-Amerika weerspieël en beskerm deur die patriargale staatsisteme aldaar. Sy wys uit dat die wettiging van aborsie nie vroue sal dwing om aborsies te ondergaan soos sommige konserwatiewe groepe aanvoer nie, maar dat dit bloot sal beteken dat die mening van 'n klein groepie nie afgedwing sal word op andere nie. Sy meen “*to be denied control over reproduction or sexuality is to be denied full personhood.*”⁷⁵

In Afrika is die “Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa” (hierna die Protokol genoem) deur die Organisasie vir Afrika Eenheid aangeneem op 11 Julie 2003 met

⁷³ Bürger 2011:7.

⁷⁴ Rayas 1998:22-23.

⁷⁵ Rayas 1998:27.

datum van inwerkingtreding 25 November 2005. Die primêre oogmerk van die Protokol is opsommenderwys die bevordering van vroueregte in Afrika op streeksvlak met die fokus op gelykheid en nie-diskriminasie teen vroue.⁷⁶ Die Protokol het dieselfde vertrekpunt as die “Convention of the Elimination of All Forms of Discrimination against Women” van die Verenigde Nasies wat op 3 September 1981 reeds in werking getree het. Dié vertrekpunt is dat vroue steeds benadeel en gemarginaliseer word op grond van geslag in diskriminerende wetgewing, beleid en praktyke. As aanhangsel tot die “African Charter of Human and Peoples’ Rights”⁷⁷ het die Protokol ten doel om Afrika-state aan te spoor tot die beskerming en bevordering van geslagsgelykheid van vroue in openbare en private sfere. Artikel 14 van die Protokol is betekenisvol aangesien dit aborsie direk aanspreek. Vir die eerste keer word in ’n verdrag van hierdie aard uitdruklik ’n plig op lidlande geplaas om aborsie toe te laat onder sekere voorgeskrewe toestande. Indien die Protokol vergelyk word met soortgelyke verdrae van die Verenigde Nasies en ander Europese en Inter-Amerikaanse verdrae, maar waarin aborsie nie direk aanspreek word nie, is dit duidelik dat dié Protokol die sigbaarheid van die vrou se reg op aborsie in Afrika as basiese mensereg tot op hoogste streeksvlak verhef.⁷⁸

Ondervinding wêreldwyd bewys dat beperkende wetgewing ter beëindiging van swangerskappe maar bloot gelei het tot die verkryging van onveilige aborsies. Volgens die Wêreldgesondheidsorganisasie⁷⁹ was 13% moedersterftes in 2003 globaal aan onveilige aborsies toe te skryf.

⁷⁶ Ngwena 2010:163.

⁷⁷ Deur die Organisasie vir Afrika Eenheid op 27 Junie 1981 aanvaar en het in werking getree op 21 Oktober 1986.

⁷⁸ Ngwena 2010:163.

⁷⁹ http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/978924596121/en/html.
Toegang verkry op 21/10/2012.

Bykans 95% van onveilige aborsies vind plaas in lande met 'n gebrek aan middele waarvan Afrika lande suid van die Sahara oorweldigend die hoogste siekte- en sterftesyfers weens onveilige aborsies het. 'n Geskatte 25% van alle onveilige aborsies vind boonop in Afrika plaas terwyl die risiko aan sterftes juis hier hoër is as elders.⁸⁰ Voor 1996 is daar in Suid-Afrika byvoorbeeld ongeveer 1 000 wettige aborsies jaarliks uitgevoer op hoofsaaklik blanke, middelklas vroue. Gedurende ooreenstemmende periodes is 'n geskatte 200 000 onwettige, onveilige aborsies jaarliks uitgevoer op hoofsaaklik arm, swart vroue wat gelei het tot 45 000 hospitaalopnames en 425 sterftes weens aborsie-komplikasies.⁸¹

Ongeveer 800 000 Latyns-Amerikaanse vroue word volgens skatting jaarliks in hospitale weens aborsiekomplikasies gehospitaliseer.⁸² Luis de la Barreda Solorzano, die president van die Menseregtekommissie van Mexiko het per geleentheid verklaar:

*“The question is not whether we agree or disagree with abortion, because whether or not it is legal, women have abortions, as statistics everywhere demonstrate. Rather, the option is choosing life or death for women. Maintaining the punitive laws currently in effect means choosing death.”*⁸³

Hierdie aspek is relevant by die beantwoording van die vrae of die toepaslike Suid-Afrikaanse wetgewing in sy doel slaag, of die huidige wetgewing aborsie dekriminaliseer en of die wetgewing bydra tot die vestiging van 'n gesonde reprodktiewe model in Suid-Afrika wat in hierdie navorsing hanteer sal word.

⁸⁰ Warriner en Shah 2006:35-50.

⁸¹ Morroni ea 2006:37.

⁸² Rayas 1998:24. Hierdie artikel bevat 'n uiteensetting van alle aborsie-wetgewing in die Latyns-Amerikaanse lande.

⁸³ Rayas 1998:27.

Voor die inwerkingtreding van die Wet op Vrugaafdrywing en Sterilisasie 2 van 1975, was die beëindiging van ’n swangerskap in Suid-Afrika ’n gemeenregtelike misdaad, naamlik vrugaafdrywing.⁸⁴ In 1975 is die gemeenregtelike misdaad vrugaafdrywing vervang met ’n statutêre misdryf wat in genoemde Wet geskep is. Dié Wet is egter deur die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996 herroep. ’n Radikale afwyking van die “aborsie”-bedeling is hierdeur teweeg gebring en vervang met die liberalistiese “keuse”-bedeling. Hierdie radikale afwyking blyk reeds duidelik uit die titel van die huidige Wet. Dit is insiggewend dat die woord “aborsie” vervang is met “beëindiging van swangerskap” en meer nog met “keuse van beëindiging van swangerskap”. Die wetgewer het hiermee doelgerig wegbeweeg van die term “aborsie” wat gelaai is met sosiale en morele afkeur en minagting.⁸⁵ Dit word aan die hand gedoen dat gemelde Wet, alhoewel dit reeds voor die Protokol afgekondig is, in ooreenstemming met die bepalings van die Protokol is.

’n Verdere manifestasie van die radikale afwyking van die vorige bedeling, kan in die aanhef van die huidige Wet bespeur word. Van Oosten⁸⁶ beskou die aanhef van hierdie Wet as verrassend en ongewoon in die sin dat die vorige Wet, in geen onseker terme nie, daarin deur die wetgewer veroordeel word, wat uniek in Suid-Afrikaanse wetgewing was. Hy merk verder op dat die betrokke wet ’n “*glittering array of buzzwords* (bevat) *that befits the arrival of the new ideological and political Utopia*”.⁸⁷ Die submitisie word gemaak dat die bedoeling van die wetgewer met die nuutste wetgewing duidelik is. ’n Wegbeweeg van die

⁸⁴ Ook “aborsie” genoem.

⁸⁵ Van Oosten 1999:60.

⁸⁶ Van Oosten 1999:60.

⁸⁷ Van Oosten 1999:60.

voorheen beperkende wetgewing deur die bevordering van die reprodktiewe regte van die vrou en die beheer oor haar liggaam en erkenning van die vrou se keuse tot vroegtydige toegang tot veilige en wettige beëindiging van swangerskappe ongeag haar sosio-ekonomiese status.

Daar is inderdaad uiters suksesvol daarin geslaag om aborsieverwante siektetoestande en sterftes in Suid-Afrika met 90% te verminder ná inwerkingtreding van die Wet op 1 Februarie 1997.⁸⁸ In 2004 het 'n geskatte 68 000 sterftes en 5.3 miljoen permanente of tydelike ongeskiktheidsgevalle voortgespruit uit onveilige aborsies in primêr ontwikkelende lande.⁸⁹ Die las wat hierdeur op die openbare gesondheidsorgsisteme van lande wat reeds gebuk gaan onder 'n ernstige tekort aan middele, waarvan Suid-Afrika een is, geplaas word, is dus vanselfsprekend enorm.

Die afleiding is geregverdig dat die huidige Wet in alle opsigte liberaal is en onder andere die vryheid van keuse ten aansien van reprodktiewe regte vooropstel. Die Wet is egter nie bo kritiek verheue nie. McQuoid-Mason⁹⁰ is byvoorbeeld die mening toegedaan dat die huidige Wet, insoverre dit handel oor die beëindiging van swangerskappe gedurende die derde trimester, meer beperkend is as sy voorganger. Daar word volgens hom nie in die huidige Wet voorsiening gemaak vir die wettige beëindiging van 'n swangerskap voortspruitend uit verkragting of bloedskande gedurende die derde trimester nie en derhalwe beskou hy artikels 2(1)(c) en 5(5)(b) van die huidige Wet as onkonstitusioneel. Daar word later in hierdie navorsing meer aandag hieraan geskenk.

⁸⁸ Harries 2009:464.

⁸⁹ Harries 2009:462.

⁹⁰ McQuoid-Mason 2006:121.

'n Verdere aspek wat in 'n werk van hierdie aard aandag verdien, is die bepaling van die grense van die reg op gewetensbeswaar van gesondheidsorgwerkers in verband met deelname aan die vrugafdrywingsprosedures ingevolge die huidige wetgewing. Die Wet op die Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap het 'n tekortkoming aangesien dit geen spesifieke bepalings hieroor bevat nie.⁹¹ Die Grondwet waarborg egter die reg op vryheid van gewete, godsdiens, denke, oortuiging en mening - wat by implikasie ruimte laat vir die keuse van die gesondheidsorgwerker om op grond van hierdie grondwetlike regte nie deel te neem aan die vrugafdrywingsproses nie.⁹² Gemelde grondwetlike regte is egter nie absoluut nie en word beperk deur die professionele verpligting van die gesondheidsorgwerker om aan die vrou wat die beëindiging van swangerskap versoek, haar regte ingevolge die huidige Wet uiteen te sit en te verduidelik.⁹³ Die omvang van dié verpligting sal later in die werk verder bespreek word. Die moontlike verskil in die verband tussen die posisie van die gesondheidsorgwerker in diens van die staat teenoor die posisie van dié in privaatpraktyk sal ook ondersoek word.

Snyman⁹⁴ is in die vyfde uitgawe van sy boek handelende oor die strafreg, die mening toegedaan dat 'n bespreking van die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap oorbodig is in 'n werk van daardie aard aangesien die Wet só afgewater is dat vervolgings weens oortredings van die Wet selde of byna nooit voorkom nie. Hy meen egter dat vrugafdrywing steeds 'n aktuele saak is, wat van groter belang is vir “doeleindes van ander dissiplines of vertakkings van die reg, soos

⁹¹ Ngwena 2003:4.

⁹² Moroni ea 2006:38.

⁹³ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 6.

⁹⁴ Snyman 2006:viii.

geregtelike geneeskunde”, welke mening ondersteun word. Die insluiting van hierdie onderwerp in hierdie studie is dus ooglopend sinvol.

1.2. Navorsingsmetodologie

As navorsingsmetodologie is die volgende aangewend: wetgewing en die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika is as primêre bronne bestudeer. Addisioneel hiertoe is tydskrifartikels, handboeke, hofuitsprake en verhandelings geraadpleeg as sekondêre bronne. Ander bronne sluit in die verskillende elektroniese databasisse soos die internet.

1.2.1. Uiteensetting van hoofstukke

In die bogenoemde afdelings van Hoofstuk 1 word daar kortliks verwys na die samestelling van die geneeskundige reg as vakgebied. Die belangrikheid van die geneeskundige reg as onafhanklike studieveld word vermeld en die nodigheid van opleiding aan gesondheidsorgwerkers en regstudente in die vakgebied beklemtoon. Die toepaslike bepalings van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika op gesondheidsorgdienste word uitgelig. Tekortkominge in die Suid-Afrikaanse strafregstelsel word uitgewys. Die samestelling van die Suid-Afrikaanse gesondheidsorgstelsel word uiteengesit en uitdagings hierin kortliks aangestip. Bondige agtergrondinligting oor wat die onderskeie mediese prosedures behels wat in hierdie studie bespreek sal word, word verskaf, naamlik: reprodktiewe sorg, surrogasie en die terminasie van swangerskappe (aborsie) word verskaf.

Die vraag wat etiek in die algemeen behels geniet in Hoofstuk 2 aandag. Die vier pilare van die mediese etiek word bespreek met spesifieke verwysing na ingeligte besluitneming.

In Hoofstuk 3 word die toepassing van mediese etiek op praktiese vlak met verwysing na die onderskeie mediese prosedures in Hoofstuk 1 vermeld, bespreek. 'n Bondige vergelykende uiteensetting van die regsposisie in ander lande word verskaf.

Die inhoud van en die belangrikheid in die toepassing van die legaliteitsvereiste by die skep van statutêre oortredings word vervolgens in Hoofstuk 4 hanteer.

Die onderskeie statutêre oortredings van toepassing op die mediese prosedures wat in hierdie studie hanteer word, word in Hoofstuk 5 uiteengesit.

In Hoofstuk 6 word 'n samevatting en gevolgtrekking voorsien.

1.2.2. Waardetoevoeging

In die lig van die snelle ontwikkeling van die bio-tegnologie, die veranderende eise van die samelewing en die skynbare veranderde openbare mening oor die aanvaarbaarheid van die toepassing van gemelde mediese prosedures in die praktyk, is dit van kardinale belang dat die huidige verbandhoudende misdryfskeppende wetgewing in Suid-Afrika ten aansien van gemelde mediese prosedures beoordeel moet word en besin moet word oor die sinvolheid en die effektiwiteit van bestaande wetgewing. In noue samehang hiermee is egter die beoordeling van die effektiewe funksionering van die strafregstelsel in Suid-Afrika waarin die wetgewing uiteraard toegepas moet word. Dit is teen hierdie agtergrond dat die wenslikheid aldan nie van addisionele of alternatiewe misdryfskeppende wetgewing in hierdie studie aangespreek sal word.

Die opleiding van gesondheidsorgwerkers en regstudente in die geneeskundige reg as onafhanklike studieveld word lukraak aan Suid-Afrikaanse universiteite aangebied en geen eenstemmigheid bestaan oor die ideale leerplan daarvoor nie. Hierdie studie stel in die vooruitsig om 'n bydrae te lewer tot die geneeskundige reg as onafhanklike studieveld deur die belangrikste statutêre oortredings wat gepleeg kan word in die surrogasie-proses en die terminasie van swangerskappe saam te vat.

Gemeenregtelike misdrywe wat moontlik gepleeg kan word in die uitvoer van mediese prosedures, word egter nie bespreek nie.

2. MEDIESE ETIEK

2.1. Inleiding

Alhoewel die mediese etiek 'n groot mate van kontinuïteit deur die eeue gehandhaaf het, stel die evolusie op tegnologiese en wetenskaplike gebied asook in die sosiale norme van die samelewing, ongekende uitdagings aan die gesondheidsorgsisteem. Hierdie uitdagings plaas die verhouding tussen dokter en pasiënt onder druk en noop die voortdurende oorweging van die heersende persepsies van die etiese en morele verpligtinge van die gesondheidsorgwerker.⁹⁵

Die Suid-Afrikaanse wetgewer het met verskillende stelsel wetgewing in die onlangse verlede die arena van die mediese etiek betree. 'n Paar word hier vermeld:

In die National Health Act⁹⁶ is sekere mediese-etiese beginsels statutêr verorden.⁹⁷ Verder bevat die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting⁹⁸ onder meer bepalings rakende die prosedures wat gevolg moet word ten einde toegang tot mediese rekords van 'n pasiënt te verkry. Die Mental Health Care Act⁹⁹ reguleer weer geestesgesondheidsorg en bevat bepalings ter beskerming van die regte van pasiënte met geestesgebreke. Die Children's Act¹⁰⁰ bevat verskeie bepalings ter beskerming en sorg (waarby mediese sorg ingesluit is) van die kind. Met hierdie stelsel

⁹⁵ Dada en Mcquoid-Mason 2001:41.

⁹⁶ Artikel 8.

⁹⁷ Oosthuizen en Verschoor 2008:37 meen dat die gevolg hiervan is dat die nie-nakoming van die statutêre bepalings ruimte laat vir die pleeg van misdrywe. Die aspek word later meer breedvoerig aangespreek.

⁹⁸ Wet 2/2000.

⁹⁹ Wet 17/2002.

¹⁰⁰ Wet 38/2005.

wetgewing is statutêre erkenning verleen aan die meeste etiese beginsels van toepassing op die mediese beroep.¹⁰¹ Die doel van die wetgewer met die verordening van hierdie beginsels is egter onduidelik aangesien daar in die meeste gevalle nie aan die legaliteitsbeginsel voldoen is in die wetgewing nie.¹⁰²

’n Voormalige hoofregter van die hoogste hof in die Verenigde State van Amerika, Regter Earl Warren,¹⁰³ het eens aangaande etiek en die samelewing die volgende opgemerk:

*“Society would come to grief without ethics, which is unenforceable in the courts, and cannot be made part of the law.”*¹⁰⁴

Die vraag word onwillekeurig geopper of die Suid-Afrikaanse wetgewer met die afkondiging van die vermelde stelle wetgewing wou verseker dat die etiese beginsels vervat in die wetgewing afdwingbaar moet wees in Suid-Afrikaanse strafreghowe en of die weglaat van strafsanksies ’n blote oorsig was. ’n Alternatief hiertoe is moontlik dat die wetgewer met die afkondiging van die wetgewing selfregulering deur die onderskeie dissiplinêre liggame wou bevorder en derhalwe met voorbedagte rade geen misdryfskeppende of strafbepalende artikels in die gemelde wette ingevoer het nie. Hierdie aspekte sal later hieronder breedvoerig hanteer word.

Dit is noodsaaklik om die algemeen erkende medies-etiese beginsels van naderby te beskou ten einde aan die beoordelaar van ’n feitestel, met die oog op die moontlike instel van strafregtelike vervolging van ’n

¹⁰¹ Oosthuizen en Verschoor 2008:36.

¹⁰² Hierdie aspek word later meer volledig bespreek.

¹⁰³ Brooks ea 2000:368.

¹⁰⁴ Brooks ea 2000:368.

vermeende oortreding van toepaslike statutêre bepalings, ’n basiese agtergrond van die onderwerp te verleen.

2.2. Wat is etiek?

Etiek is, in die eenvoudigste vorm, die akademiese, nie-regsbeskouing van wat reg en verkeerd is. Dit is ’n studie van moraliteit – ’n versigtige en sistematiese reflektoring op en analisering van morele besluite en gedrag hetsy in die verlede, hede of toekoms.¹⁰⁵ Moraliteit is die minder formele oordeel van gedrag in dieselfde sake wat gewoonlik in gesins-, kerk- of skoolverband voorkom.¹⁰⁶ Die etiese verantwoordelikhede van Jan Alleman word tipies in morele terme uitgedruk. Hierteenoor het professionele persone soos wetenskaplikes, medici, ensovoorts etiese verantwoordelikhede wat verder strek as dié van die man op straat. Daar word van sodanige persone verwag om die belange van kliënte/pasiënte getrou te dien, waaksaamheid aan die dag te lê wat betref vermyding van misleiding en om ’n botsing van belange met ander verpligtinge te voorkom. Daar bestaan ’n nou verband tussen etiek en professionaliteit.

Mediese etiek¹⁰⁷ is wel nou verwant aan die reg, maar nie identies nie. In die meeste lande bestaan daar wetgewing wat spesifiseer hoe medici etiese vraagstukke met betrekking tot pasiëntesorg en navorsing moet hanteer.¹⁰⁸ Hierbenewens kan die mediese beheerliggame die oortreding

¹⁰⁵ <http://www.wma.net/en/10home>. Toegang verkry op 21/07/2012. World Medical Association Medical Ethics Manual:2009:9. Hierna die WMV Handleiding genoem.

¹⁰⁶ Brooks ea 2000:368.

¹⁰⁷ Mediese etiek is algemeen aanvaarde etiese norme wat in die mediese veld aanwending vind.

¹⁰⁸ In Suid-Afrika is die volgende wette van belang in die verband: Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, die National Health Act 61/ 2003, Mental Health Care Act 17/2002, die Children’s Act 38/2005, die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting 2/2000 en die Wet op Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Diskriminasie 4/2000. Die Protection of Personal Information Bill dien tans voor die parlement, maar is nog nie in werking nie.

van etiese reëls straf.¹⁰⁹ Dikwels vereis die etiek hoër standarde van gedrag as die reg en soms ook dat die dokter wette wat onetiese gedrag vereis, moet verontagsaam. Wette verskil wesenlik van land tot land terwyl etiek oor landsgrense heen behoort te geld.¹¹⁰ Daar is sommige skrywers wat van oordeel is dat 'n ware universele kode van mediese etiek nie haalbaar is nie,¹¹¹ maar dit is belangrik dat medici onderleg moet wees in die basiese waardes van die geneeskunde, naamlik deernis, bevoegheid en outonomie en dit sal uitleef - ongeag waar hulle hulself bevind. Hierdie basiese waardes gekoppel aan die erkenning van basiese menseregte vorm die fondament van die mediese etiek.¹¹²

Op meer praktiese vlak meen Dada en McQuoid-Mason¹¹³ dat die nakoming van die onderstaande basiese waardes die tradisionele doel van medici en ander gesondheidsorgwerkers sal bystaan om integriteit te behou te midde van politieke en sosiale druk:

- Die voorkoming van siektes en beserings en die bevordering en onderhoud van gesondheid.
- Die verligting van pyn en lyding.
- Die versorging en heling van diegene met siektes of beserings en die versorging van diegene met terminale siektes.
- Die voorkoming van premature sterftes en bystand met die vreedsame sterwensproses.

Die submitisie word gemaak dat dit inderdaad is soos Hoofregter Earl Warren opgemerk het¹¹⁴ dat etiese reëls *per se* nie regsreëls is nie en

¹⁰⁹ GBRSA het etiese riglyne afgekondig in Staatskoerant No R717 op 4 Augustus 2006.

¹¹⁰ WMV Handleiding:12.

¹¹¹ Hedayat 2007:20.

¹¹² WMV Handleiding 2009:17.

¹¹³ 2001:41.

¹¹⁴ Brooks ea 2000:368.

gevolglik opsigself nie afdwingbaar in 'n Suid-Afrikaanse strafhof is nie of nog meer, direk aanleiding kan gee tot die strafregtelike vervolging vir die oortreding daarvan nie. Die nie-nakoming van etiese reëls kan egter tersaaklik wees in die beoordeling van die onregmatigheid van handeling en van die skuld van 'n verdagte, gesien teen die totale feitlike agtergrond van elke geval, en verdien om daardie rede ook vermelding in navorsing van hierdie aard.

2.3. Die vier pilare van mediese etiek

Verskeie etiese teorieë bestaan,¹¹⁵ maar 'n diepgaande ondersoek daarvan val buite die trefwydte van hierdie werk en is dit voldoende vir doeleindes van die onderwerp wat hierin nagevors word om die basiese mediese-etiese beginsels uiteen te sit.

Die Belmont Verslag¹¹⁶ en twee skrywers Beauchamp en Childress het volgens Dada en McQuoid-Mason¹¹⁷ met die definiëring van die hedendaagse begrip van etiese beginsels, baanbrekerswerk verrig en die grondslag gelê van wat tans bekend staan as die “Georgetown Mantra” wat opsommenderwys die volgende vier pilare van die mediese etiek tot gevolg gehad het, naamlik: outonomie (respek vir die individu), weldadigheid (“beneficence”), onskadelikheid (“non-maleficence”) en geregtigheid (“justifiability”).¹¹⁸

2.3.1. Outonomie en die leerstuk van ingeligte mediese besluite

¹¹⁵ Dada en McQuoid-Mason 2001:37-40.

¹¹⁶ Die Belmont verslag met die titel, *Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*, is saamgestel in opdrag van die United States National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research in 1976. Dada en McQuoid-Mason 2001:35.

¹¹⁷ Dada en McQuoid-Mason 2001:35. Sien ook Beauchamp TL en Childress JF *Principles of Biomedical Ethics* New York, Oxford University Press, 1994 wie die vier pilare van die mediese etiek oorspronklik geformuleer het.

¹¹⁸ Dada en McQuoid-Mason 2001:35 en ook Slabbert en Oosthuizen 2007:315.

Die konsep van die outonomie van die pasiënt is reeds so vroeg as 1923 in die Suid-Afrikaanse geneeskundige reg erken met die paslike instruksies van Watermeyer R aan die jurie in die saak van *Stoffberg v Elliot*¹¹⁹:

“In the eyes of the law every person has certain absolute rights which the law protects. They are not dependent on statute or contract, but they are rights to be respected, and one of the rights is absolute security of the person ... Any bodily interference with or restraint of man’s person which is not justified by law, or executed in law or consented to, is wrong, and for that wrong the person whose body has been interfered with has a right to claim such damages as he can prove he has suffered owing to that interference”.

Watermeyer R het die gemeenregtelike reg op sekuriteit as absoluut beskou, maar bygevoeg dat dit aangepas of beperk kon word deur regverdigingsgronde, verskoonbaarheid of toestemming. Dit is dus in hierdie sin ’n relatiewe term.

Die fundamentele regte vervat in artikels 8 tot 32 in Hoofstuk 2 van die Grondwet is ook nie absolute regte nie, want dit word deur die beperkingsklousule soos vervat in artikel 36(1), beperk.¹²⁰ Dit kan ingevolge artikel 37 onder sekere omskrewe omstandighede in geval van noodtoestand selfs opgeskort word. Carstens en Pearmain¹²¹ meen dat daar derhalwe min of geen verskil tussen die gemeenregtelike reg op

¹¹⁹ 1923 CPD 148. Die eiser het ’n eis van £10 000 teen die verweerder, ’n afgetrede dokter wat tydelike liefdadigheidswerk by die hospitaal verrig het, ingestel. Die dokter het aanvaar dat die administratiewe prosedures ter verkryging van toestemming om die eiser se penis te verwyder, nagekom is. Die eiser het beweer dat hy nie sodanige toestemming gegee het nie. Die eis is van die hand gewys.

¹²⁰ Carstens en Pearmain 2007:881.

¹²¹ Carstens en Pearmain 2007:882.

sekuriteit van die persoon en die grondwetlike reg op vryheid en sekerheid en die reg op liggaamlike en psigiese integriteit bestaan nie.

Alhoewel bespiegelings oor openbaarmaking en geregverdigde nie-openbaarmaking van feite deur mediese praktisyns 'n besliste rol gespeel het in die geskiedenis van die mediese etiek sedert Hippokrates se tyd, is die geskiedenis van ingeligte besluitneming nie so oud nie. 'n Besliste verandering het oor die afgelope paar jaar plaasgevind ten aansien van interaksie tussen dokter en pasiënt – 'n verandering wat 'n definitiewe skuif vanaf die beperkte fokus op die dokter se plig om inligting te verskaf na die *kwaliteit* van die vlak van begrip van die inligting en die daaropvolgende toestemming van die pasiënt, tot gevolg gehad het. Gedurende die tydperk waartydens mediese paternalisme aanvaarbaar was, was kommunikasie tussen pasiënt en dokter eenvoudig: die pasiënt moes eenvoudig die dokter se opdragte uitvoer en die behandeling van die dokter aanvaar. Dit is duidelik dat hedendaagse kommunikasie tussen dokter en pasiënt aansienlik kompleksier geword het.

Terwyl die “beneficence”-model alleen die onbetwiste model van die mediese etiek was en steeds is, kon dokters byna eksklusief op hul eie oordeel van watter inligting die pasiënt nodig het, staatmaak. Gedurende die laaste gedeelte van die twintigste eeu het magte buite die mediese beroep en bio-mediese navorsing in tandem met ontwikkeling op sosiale gebied hierdie model onder druk begin plaas. As voorbeeld kan vermeld word groter beklemtoning van verbruikersregte en grondwetlike ontwikkeling gerig op die reg om vrye en ingeligte besluite te neem wat bygedra het tot die bevraagtekening van die genoemde model.¹²² As gevolg van bovermelde druk is die sogenaamde leerstuk van ingeligte

¹²² Carstens en Pearmain 2007:875.

besluitneming geformuleer, 'n leerstuk wat volgens Carstens en Pearmain vervul is met kontroversie.¹²³

Die leerstuk is in ons gemenereg deur die beslissing in *Castell v De Greef*¹²⁴ ingevoer en vorm deel van die outonomie-pilaar van etiek. Met die bevestiging van die leerstuk as deel van ons gemenereg, is paternalisme verwerp ten gunste van outonomie van die pasiënt. Praktiese probleme skep dikwels uitdagings aan die toepassing van die leerstuk van ingeligte besluit. In multikulturele samelewings soos Suid-Afrika stel die realiteit van taal- en kultuurverskille byvoorbeeld ongetwyfeld uitdagings aan gesondheidsorgwerkers in die erkenning van die outonomie van die pasiënt en die verkryging van ingeligte besluit – bloot omdat goeie kommunikasie met die pasiënt dikwels onmoontlik is aangesien bevoegde tolke nie altyd beskikbaar is nie.

Wat betref die outonomie-pilaar van etiek word aan die hand gedoen dat daarmee samevattend bedoel word dat:

- ieder en elk as onafhanklik beskou en erken moet word en alhoewel sommiges dalk tot 'n sekere mate hul onafhanklikheid kan verloor weens 'n siektetoestand, elkeen steeds geregtig is op respek en om in beheer van hul lewens en liggame te wees;
- diegene met verminderde onafhanklikheid geregtig is op beskerming en aldus beskerm moet word. Die mate van beskerming sal afhang van die risiko van benadeling en die

¹²³ Carstens en Pearmain 2007:877. Vergelyk Carstens en Pearmain 2007:877 – 878 vir die redes waarom die leerstuk as sulks beskou word.

¹²⁴ 1994 4 SA 408 C.

waarskynlikheid van voordeel vir die pasiënt in die besondere situasie;

- bogemelde sluit in die verantwoordelikheid om die vertroue van die pasiënt te respekteer, openhartige en eerlike kommunikasie tussen pasiënt en gesondheidswerker en om ingeligte toestemming of weiering van die pasiënt te bekom aangaande beoogde behandelingsprogramme.

Ingeligte toestemming behels dat 'n pasiënt van voldoende inligting voorsien word om te kan verstaan:

- wat die aard van sy/haar mediese toestand is asook die doel van die voorgestelde prosedure of behandeling;
- wat die risiko's, gevolge en kanse op sukses verbonde aan die voorgestelde prosedure of behandeling is;
- watter alternatiewe bestaan; en
- wat die prognose is indien die prosedure nie uitgevoer word of die behandeling nie voorsien word nie.¹²⁵

Die proses van ingeligte besluit in die konteks van die geneeskundige reg is 'n manier waarop die reg op outonome besluitneming van die pasiënt beskerm word. Carstens en Pearmain¹²⁶ meen dat die funksie en doel van die leerstuk is om die pasiënt se reg op selfbeskikking en vryheid van keuse te verseker en om rasonale besluitneming vir die pasiënt moontlik te maak. Hulle meen dat voordele en nadele van die voorgestelde mediese prosedure opgeweeg moet word ten einde 'n deurdagte keuse te maak om die prosedure te ondergaan of te weier. Dit is volgens De

¹²⁵ Brooks ea 2000:371.

¹²⁶ 2007:883.

Jonge verder daarop gemik om die pasiënt teen dwang (“coercion”) deur gesondheidsorgwerkers te beskerm.¹²⁷

Die aard en omvang van die inligting wat deur die dokter¹²⁸ aan die pasiënt oorgedra moet word, moet in Suid-Afrika in die lig van die statutêre vereistes soos gestel in artikel 6(1) van die National Health Act, beoordeel word. Dit bepaal as volg:

“Every health care provider *must* inform a user of –

- the user’s health status except in circumstances where there is substantial evidence that the disclosure of the user’s health status would be contrary to the best interest of the user;
- the range of diagnostic procedures and treatment options generally available to the user;
- the benefits, risks, costs and consequences generally associated with each option; and
- the user’s right to refuse health services.”

Die volgende moet dus aan die pasiënt oorgedra word:

- ’n algemene uiteensetting van die voorgestelde prosedure in leketaal;¹²⁹
- wat die aard, omvang, gevolge, risiko’s, gevare, moontlike komplikasies, voordele en nadele van die voorgestelde prosedure behels;

¹²⁷ Brooks ea 2000:370.

¹²⁸ Let daarop dat die National Health Act nie na “dokters” verwys nie, maar net na “health care providers” en na pasiënte as “health care users”.

¹²⁹ National Health Act 61/2003: art 7(2) bepaal dat die gesondheidsorgwerker waar moontlik die pasiënt moet inlig in ’n taal wat die pasiënt verstaan en op ’n wyse wat die pasiënt se graad van geletterdheid in ag neem.

- watter alternatiewe vir die voorgestelde prosedure bestaan en
- beklemtoon dat die pasiënt die reg het om te weier dat die prosedure uitgevoer word.

Alle ernstige en tipiese risiko's en gevare moet aan die pasiënt openbaar word, maar uitsonderlike of onwaarskynlike risiko's en gevare hoef nie uitgelig te word nie. Indien dit egter ernstige moontlike gevolge inhou of die pasiënt spesifiek inligting aangaande laasgenoemde verlang, behoort dit verduidelik te word.¹³⁰ Ingevolge die beslissing in *Castell v De Greef* is die toets vir openbaarmaking van 'n risiko of gevaar inherent aan 'n mediese prosedure of die gevaar of risiko *wesenlik* is.¹³¹ Dit sal weselik wees indien:

- die redelike pasiënt, wanneer hy/sy gewaarsku word van die risiko of gevaar, waarskynlik gewig daaraan sal heg of
- die dokter redelikerwys bewus is of bewus behoort te wees dat die besondere pasiënt, indien gewaarsku van die risiko of gevaar, waarskynlik waarde daaraan sal heg.¹³²

Die benadering is dus dié van die subjektiewe pasiënt. Hierteenoor het die Hoogste Hof van Appél ongelukkig in *Louwrens v Oldwage*¹³³ nie dié benadering gevolg nie, maar dit ook nie van die tafel gegee nie. Daar bestaan derhalwe tans nie bindende gesag van daardie hof oor die toets ter vasstelling van die grense van wesentlike risiko of gevaar nie. Dit staan die hof dus vry om die pasiënt-gesentreerde benadering te volg in

¹³⁰ Carstens en Pearmain 2007:885.

¹³¹ 1994 4 SA 408 C op 420.

¹³² Carstens en Pearmain 2007:885.

¹³³ 2006 2 SA 161 SCA.

ooreenstemming met die breedvoerige en oortuigende beslissing in die verband soos gelewer in *Castel v De Greef*.¹³⁴

Carstens en Pearmain, met verwysing na Van Oosten,¹³⁵ is die mening toegedaan dat die inligting wat deur 'n versigtige en redelike dokter openbaar moet word, sal afhang van die omringende omstandighede soos die aard van die inligting wat openbaar moet word, die aard van die mediese prosedure, die pasiënt se wense om ingelig te word (alle vrae behoort volledig en eerlik beantwoord te word), die temperament, intelligensievlak, begripsvermoë en die algemene gesondheidstoestand van die pasiënt. Waar haalbaar, behoort die pasiënt verder voldoende tyd gegun te word om die feite te oordink en tot 'n besluit te kom. Indien die pasiënt toestemming tot die voorgestelde prosedure weier, is die dokter verplig om die noodsaaklikheid om die prosedure te ondergaan, te beklemtoon.

Daar was in die verlede bespiegelings¹³⁶ en teenstellende opinies aangaande die vraag of die openbaarmaking van die diagnose aan die pasiënt onder alle omstandighede verpligtend is, maar die wetgewer het met die National Health Act¹³⁷ die aangeleentheid opgeklaar deur te bepaal dat gesondheidsorgwerkers die pasiënt moet (“must”) inlig aangaande sy gesondheidstatus (“health status”), tensy dit teenstrydig met die beste belang van die pasiënt is. Dit is moeilik om te sien hoe daar voldoen kan word aan hierdie vereiste indien die diagnose nie ook

¹³⁴ Carstens en Pearmain 2007:887.

¹³⁵ Carstens en Pearmain 2007:886.

¹³⁶ Carstens en Pearmain 2007:887.

¹³⁷ Artikel 6(1)(a) van die Wet.

openbaar word nie – maar deur hierdie bepaling het die wetgewer die sogenaamde leerstuk van terapeutiese privilegie gewettig.¹³⁸

2.3.2. Weldadigheid (“Beneficence”)

Die Eed van Hippokrates¹³⁹ (460 – 377 vC), word deur talle skrywers beskou as die basis waarop die mediese professie gebou is.¹⁴⁰ Hierdie eed vereis onder andere van die mediese praktisyn om die pasiënt te behandel “na die beste van sy oordeel”.¹⁴¹ Die volgende aspekte is derhalwe kortliks van belang ten aansien van die tweede vereiste van weldadigheid (“beneficence”).

Eerstens, die etiese hantering van pasiënte behels nie net die erkenning van hul besluite en die beskerming teen benadeling nie, maar ook stappe om spesifiek hul welstand te verseker. Dit sluit onder meer ook in dade van liefdadigheid, empatie en goedhartigheid wat buite die streng vertolking van verpligting val.

Tweedens, die graad van diens, bekwaamheid en onderskeiding wat elke gesondheidsorgwerker aan sy pasiënt verskuldig is, moet die hoogs moontlike wees. Dit is per slot van sake waaroor dit uiteindelik gaan om ’n gesondheidsorgwerker te wees.

2.3.3. Moenie benadeel nie (“non-maleficence”)

Die Eed van Hippokrates bevat ook die beginsel van “do no harm” en wat lank reeds ’n fundamentele beginsel van mediese etiek is. Dit is in wese maar die derde beginsel of pilaar van die mediese etiek wat vereis

¹³⁸ Carstens en Pearmain 2007:887. Die gevolge van die versuim om hieraan te voldoen, sal later aandag geniet.

¹³⁹ <http://classics.mit.edu/Hippocrates/hippooath.html>. Toegang verkry op 18/02/2013.

¹⁴⁰ Oosthuizen en Verschoor 2008:38.

¹⁴¹ Dada en McQuoid-Mason 2001:36.

dat 'n pasiënt nie opsetlik benadeel mag word nie. Twee verdere reëls geld aanvullend hiertoe:¹⁴² Die eerste, moenie benadeel nie, maar maksimaliseer moontlike voordele en die tweede, minimaliseer moontlike benadeling. Daar behoort dus slegs netto voordeel voortspruitend uit die mediese behandeling vir die pasiënt te wees.

2.3.4. Regverdigbaarheid (“justifiability”)

Die vierde pilaar, naamlik regverdigbaarheid, word dikwels gelykgestel aan regverdigheid (“justice”) en sny aan by die algemene aanvaarding van die beginsel dat almal op gelyke behandeling geregtig is en in die goeie en slegte moet deel. 'n Ongeregtigheid vind plaas wanneer 'n voordeel waarop iemand geregtig is, sonder goeie rede weerhou word of in geval van die oplegging van 'n las ten onregte. Daar bestaan verskeie algemeen aanvaarde formules vir die regverdige verspreiding van voordeel en las op grond van die volgende objektiewe beoordeling:

- aan elke persoon volgens persoonlike behoefte;
- aan elke persoon volgens persoonlike moeite (“effort”);
- aan elke persoon volgens gemeenskapsbydrae;
- aan elke persoon volgens meriete.¹⁴³

Dit is nie onmoontlik nie dat sekere van die genoemde pilare of beginsels in konflik met mekaar kan voorkom. 'n Pasiënt met 'n lewensbedreigende besering wat slegs effektief behandel kan word deur middel van 'n bloedoortapping, mag weens geloofsoortuiging glo dat dit verkeerd is om 'n bloedoortapping van 'n ander mens te ontvang. In dié geval sal die

¹⁴² Dada en McQuoid-Mason 2001:37.

¹⁴³ Dada en McQuoid-Mason 2001:37.

beginsels van moenie benadeel nie (“beneficence”) en weldadigheid (“non-maleficence”) in onversoenbare konflik met mekaar wees.

Volgens Dada en McQuoid-Mason sal een van die beginsels egter prioriteit bo die ander moet geniet.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Dada en McQuoid-Mason 2001:37.

3. PRAKTIESE TOEPASSING VAN MEDIESE

ETIEK

In hierdie hoofstuk word beoog om aan die boordeelaar van 'n feitestel breë agtergrondinligting van die mediese prosedures onder bespreking te voorsien wat as basis kan dien waarop beslissing vir vervolging vir die oortreding van die toepaslike statutêre bepalinge geneem kan word. 'n Bondige uiteensetting word verder verskaf van die algemene toepassing in sommige ander lande en die wetgewing wat daar geld.

3.1. Toepassing op praktiese vlak by ART

Soos reeds genoem, het daar sedert die geboorte van die eerste proefbuisbaba 35 jaar gelede, talle veranderings in ART plaasgevind waarvan gekontroleerde ovariële oorstimulasie en gameetskenking maar enkeles is.¹⁴⁵ Hierdie prosedures het dikwels aanleiding gegee tot ongewenste en oormatige “suksesse” en het telkens koerantopskrifte gehaal soos byvoorbeeld die geboorte van 'n seweling van 'n egpaar in Iowa in die VSA en die geboorte van 'n tweede stel tweeling van 'n ander egpaar nadat hul ART ondergaan het.¹⁴⁶ Volgens De Jonge¹⁴⁷ behoort gebeure soos hierdie die kollektiewe gewete van alle infertiliteitspraktisyns te stimuleer en noodgedwonge tot die veroordeling van die etiese korrektheid van ART praktyke te lei.

As voorbeeld van die dilemma by die nakoming van die “beneficence” been van mediese etiek kan intrasitoplasmiese sperminjeksie (ICSI) wat

¹⁴⁵ Swanepoel 2006:14.

¹⁴⁶ Brooks ea 2000:367.

¹⁴⁷ Brooks ea 2000:368.

in die vroeë 1990's op die toneel verskyn het, vermeld word. Hierdie gevorderde vorm van ART was oënskynlik die “piece of the infertility treatment puzzle that had long been prized”.¹⁴⁸ De Jonge¹⁴⁹ vra die vraag of hierdie tegniek, ten spyte van die goeie eienskappe en voordele daarvan, op etiese gronde gebruik behoort te word aangesien daar, onder andere, nie eensgesindheid in die veld bestaan aangaande die manlike kandidate wat geskik behoort te wees vir die ICSI nie en baie belangrik, wat die veiligheidsrisiko's vir die putatiewe nageslag is nie. Chromosoonafwykings ten aansien van geslag word byvoorbeeld met die tegniek verhoog. Dit is verder onduidelik of sodanige kinders op ontwikkelingsvlak of geestelik gestrem kan wees. Hy vra die vraag of ICSI enigsins gebruik behoort te word as gevolg van die etiese dilemmas wat daaraan kleef aangesien die belangrikste en mees basiese vraagstukke aan die tegniek verbonde, onbeantwoord is. Hy wys egter uit dat ICSI desondanks daagliks gebruik word en dat die voortdurende gebruik tot gevolg het dat nuwe inligting aangaande die gevolge daarvan daaruit voortvloei.¹⁵⁰

Dit is van belang om daarop te let dat mediese prosedures by ART uitgevoer moet word in samehang met die mediese diagnose én die terapeutiese behandeling van die pasiënt.¹⁵¹ Ter verduideliking van laasgenoemde aspek op 'n meer praktiese vlak, kan verwys word na ART en die behandeling van die minder vrugbare (“subfertile”) paar. Toepaslike terapie vereis vooraf voldoende en deeglike diagnostiese toetsing vir beide die manlike en vroulike maat, soos bloedtoetse, die

¹⁴⁸ Brooks ea 2000:372. Ingevolge hierdie tegniek kan paartjies waarvan die man erge verlaagde spermtellings, motiliteit of selfs aspermia het, die opsie uitoefen om genetiese materiaal eie aan hul intieme verhouding eerder as vreemde genetiese materiaal afkomstig van 'n skenker, te gebruik.

¹⁴⁹ Brooks ea 2000:372.

¹⁵⁰ Brooks ea 2000:373.

¹⁵¹ Brooks ea 2000:371.

bepaling van ovulasie, analisering van semen, die ondersoek na bevoegde anatomiese voortplantingstrukture en ander relevante toetse. Sommige van die algemene terapieë behels intra-uteriene inseminasie (servikale faktor, onverklaarbare infertiliteit, manlike faktor infertiliteit), IVB (ovariële disfunksie, manlike faktor, buis patologie), gameet-intrafallopiese-buisoordrag (onverklaarbare infertiliteit, endometriose), intrasitoplasmiese sperminjeksie (erge manlike faktor infertiliteit), geassisteerde bevrugting, ook genoem “hatching” (onsuksesvolle implantasie, gevorderde vroulike ouderdom) en surrogasie (afwesige of misvormde uterus).¹⁵²

In geval van ART in die VSA word inligting gewoonlik verskaf ter verkryging van ingeligte toestemming reeds wanneer bogenoemde toetse en/of prosedures ’n aanvang neem, menende dat dit ’n voortdurende proses is en nie afgehandel word by die eerste geleentheid nie. Derhalwe behoort voornemende pasiënte ingelig te word aangaande die verskeie kwessies en faktore wat verband kan hou met hul naderende infertiliteitsbehandeling. Sommige van die relevante kwessies kan gespesifiseer word:

1. Wat die kwalifikasies van die infertiliteitspan is, wat die suksessyfers van die infertiliteitskliniek en wat die geskatte finansiële implikasies vir die paartjie is.
2. Wat die risiko’s verbonde aan die infertiliteitsbehandeling is, byvoorbeeld:
 - verhoogde risiko van sekere kankers as newe-effek verbonde aan hormoonterapie;

¹⁵² Brooks ea 2000:371.

- die risiko van vergroeiings voortspruitend uit chirurgiese prosedures gerig op die behandeling van patologie;
- die risiko van veelvuldige gestasies en antisperm/antiteenliggaampie-vorming voortspruitend uit intra-uteriene inseminasie;
- die risiko's verbonde aan IVB naamlik infeksie, bloedverlies, veelvuldige gestasies;
- sielkundige gevolge in geval van mislukkinge en
- onbeheersde motivering op sukses wat kan uitloop op 'n ondraaglike finansiële las vir die paartjie.¹⁵³

De Jonge¹⁵⁴ meen dat dit die plig van die verantwoordelike medikus is om aan die pasiënt *voldoende* inligting te verskaf ten einde ingeligte besluitneming te verseker. Hy meen dat die term “voldoende” gedefinieer behoort te word as 'n tipe van 'n minimum standaard wat deur die betrokke portuurgroep by wyse van konsensus bepaal moet word. Indien die paartjie saamstem dat die risiko's aanvaarbaar is, behoort hul 'n dokument te onderteken wat bepaal dat hul bogemelde inligting ten aansien van ART ontvang het, die risiko's en gevolge opgeweeg het teenoor hul wense, motivering en toekomstige gesondheid en dat hulle dit aanvaar. Dit behels met ander woorde kennis, begrip en aanvaarding aan die kant van die pasiënt.¹⁵⁵

De Jonge¹⁵⁶ wys daarop dat in die geval van ART die verbandhoudende laboratoriumfunksies net so belangrik is soos die behandeling self. Gehaltekontrole en –versekering is van uiterste belang. Die geval waar 'n

¹⁵³ Brooks ea 2000:371.

¹⁵⁴ Brooks ea 2000:371.

¹⁵⁵ Carstens en Pearmain 2007:879.

¹⁵⁶ Brooks ea 2000:374.

tweeling van 'n Nederlandse egpaar gebore is, maar waarvan die kinders se ras verskillend was, word vermeld. 'n Gekontaminueerde pipet is uitgewys as die oorsaak van die ongevraagde gevolg. Daar behoort dus volgens De Jonge streng protokolle ook vir die kliniese arm van ART praktyke te bestaan – wat paradoksaal nie in die VSA die geval is nie.

3.2. Toepassing van mediese etiek op surrogasie

3.2.1. Botsende belange en beginsels

Kim Cotton, die eerste kommersiële surrogaatmoeder in Engeland, het surrogasie as “*the last resort of the truly desperate*” beskryf.¹⁵⁷ Surrogasie word inderdaad as die laaste uitweg deur infertiele paartjies om die vreugde van ouerskap te ervaar, beskou, maar dit is 'n moreel uitdagende metode van ART met talle regs-, sosiale-, etiese- en sielkundige implikasies.¹⁵⁸ Hierdie feit spreek vanself indien die verskillende permutasies wat moontlik is by surrogasie en waarop swangerskap kan volg, oorweeg word:

1. Die eiersel van die surrogaatmoeder en die sperm van die opdraggewende man.
2. Die eiersel van die surrogaatmoeder met die sperm van 'n skenker.
3. Die eiersel van die opdraggewende vrou met die sperm van die opdraggewende man.
4. Die eiersel van die opdraggewende vrou met die sperm van 'n skenker.
5. Die eiersel en sperm van skenkers.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Blyth 2010:346.

¹⁵⁸ Nosarka en Kruger 2005:942. Sien ook Nakash en Herdiman 2007:250.

¹⁵⁹ Jones 2006:256.

Dit is hieruit duidelik dat surrogaatooreenkomste waarby tradisionele opdraggewende pare betrokke is, eties problematies kan wees, maar ook ingewikkelde regskomplikasies tot gevolg kan hê.

In 2001 het 'n Engelse vrou 'n surrogaatooreenkoms gesluit met 'n opdraggewende paar in Kalifornië wat skeef geloop het weens die optrede van die opdraggewende paar. Die opdraggewende paar het 'n bedrag van £200 000 aan die Engelse surrogaatmoeder betaal, terwyl daar in daardie stadium in die Verenigde Koninkryk voorgestel is dat slegs redelike uitgawes aan die surrogaarmoeder betaal moes word. Die opdraggewende paar het later die surrogaatmoeder versoek om ontslae te raak van een van die fetusse toe sy ontdek het dat sy swanger is met 'n tweeling aangesien hulle net een kind wou hê. Sy het geweier en die tweeling is in Brittanje gebore. Die surrogaatmoeder het besluit om die tweeling nie af te gee aan die opdraggewende ouerpaar nie. Hulle was daarna onsuksesvol met 'n hofaansoek in Brittanje dat die surrogaatmoeder die tweeling onwettig behou het alhoewel hul vooraf 'n verklarende bevel in 'n Kaliforniese hof verkry het dat hulle, en nie die surrogaatmoeder nie, oor ouerlike regte en verpligtinge oor die kinders beskik het.¹⁶⁰

Hierdie geval het die botsende tersaaklike regsbeginsels in die twee lande treffend geïllustreer aangesien surrogaatooreenkomste in Kalifornië bindend is op die partye, maar dit nie afdwingbaar is in Brittanje nie – selfs al is die moeder nie geneties verbind aan die kind nie. Die enigste manier waarop die situasie in bogemelde geval opgelos kon word, was dat die genetiese ouers (die opdraggewende ouerpaar) van die kinders

¹⁶⁰ English ea 2002:205.

moes aansoek doen in Brittanje om 'n sogenaamde “parental order”¹⁶¹ of om die kinders aan te neem. Die saak is gekompliseer aangesien die kinders nie oor “habitual residence” in Kalifornië beskik het nie en ook nie biologies verbind is aan die surrogaatmoeder in Brittanje nie.¹⁶² Die basiese vereistes vir die toepassing van die Den Haagse Konvensie kon dus nie nagekom word nie en is daar beslis dat die Kaliforniese hof uitsluitend oor die saak moes gee. Dit het die regsposisie van al die betrokke partye, die kinders ingesluit, in 'n onbenydenswaardige posisie gelaat.¹⁶³

As gevolg van die erkenning van reprodktiewe regte van gay en lesbiese pare word daar toenemend in regsisteme wêreldwyd geworstel met al hoe kompleksere familiesamestellings en surrogaatooreenkomste wat ongekende probleme met onder meer jurisdiksie en nasionaliteit skep.

In Januarie 2000 is 'n Engelse gay paar in Amerika as die ouers van 'n tweeling geregistreer as synde “parent one” and “parent two” - met geen moeder se naam aangedui nie.¹⁶⁴ Die kinders is gebore ingevolge 'n surrogaatooreenkoms wat in Amerika gesluit is met 'n Amerikaanse vrou, wie se eierselle ook gebruik is, en die sperms van een van die mans. Hulle het geweier om bekend te maak watter een van die twee mans se sperms gebruik is. Alhoewel die twee mans wel in Amerika as die wettige ouers van die kinders erken is, is die kinders nie as sulks in Engeland, die land van hul herkoms, erken nie en het die twee mans hier

¹⁶¹ Blyth 2010:348 - 350 vir 'n uiteensetting van die prosedure ter verkryging van 'n sogenaamde “parental” of “adoption order”.

¹⁶² Jones 2006:256. Ingevolge die Engelse Reg is die opdraggewende paar ook nie verplig om die kind in ontvangs te neem nie. In dispute moet die hof die beste belang van die kind oorweeg ter beslegting van geskille van die aard.

¹⁶³ Die uiteinde van die dispuut is onbekend.

¹⁶⁴ English ea 2002:205.

slegs toesig oor die tweeling gehad. Die kinders was gevolglik ook nie geregtig op Britse burgerskap nie.¹⁶⁵

Wetgewing oor surrogasie in die Verenigde Koninkryk is gefokus op die voorkoming van kommersialisering van surrogasie.¹⁶⁶

Surrogaatooreenkomste (wat gewoonlik hoofsaaklik privaat ooreenkomste tussen vriende en/of familie is) sal slegs in daardie land deur Gesinshowe bekragtig word mits alleen die redelike uitgawes van die surrogaatmoeder betaal is. Verder is surrogaatooreenkomste regtens onafdwingbaar en derhalwe 'n voorvereiste dat die surrogaatmoeder instem tot die afgee van die baba. 'n Verdere treffende botsende beginsel in die saak tussen die Engelse surrogaatmoeder en Amerikaanse opdraggewende paar hierbo vermeld, het juis gehandel oor die vermelde vergoeding aan die surrogaatmoeder. In Amerika is vergoeding aan die surrogaatmoeder ("commercial surrogacy") in die meeste state heeltemal toelaatbaar, maar nie in Engeland nie. Die vrees dat sosiale en ekonomiese verskille in die status van surrogaatmoeders en opdraggewende pare kan lei tot die uitbuiting van eersgenoemde, vorm die grondslag hiervoor alhoewel 'n vroeëre studie in Engeland aangetoon het dat 'n mengsel van altruïsme en finansiële gewin die vernaamste beweegrede vir surrogaatmoeders is.¹⁶⁷

In 2008 het die Hoër Hof in Engeland¹⁶⁸ vir die eerste keer 'n kommersiële surrogaatooreenkoms bekragtig na uiters versigtige en deeglike oorweging van die belange van die tersaaklike kinders. In hierdie saak het 'n Engelse opdraggewende paar die dienste van 'n getroude vrou van die Oekraïne bekom en 'n tweeling is gebore.

¹⁶⁵ English ea 2002:205.

¹⁶⁶ Gamble 2009:151.

¹⁶⁷ English ea 2002:205.

¹⁶⁸ *Re X and Y* 2009 2 WLR 1274.

Alhoewel die Engelse ouers vooraf verseker is dat hulle ingevolge Okraïeense reg as die wettige ouers van die kinders beskou word en as sulks op die kinders se geboortesertifikate aangedui word, is die surrogaatmoeder en haar eggenoot as die wettige ouers beskou in Engeland. Die konflik tussen die regstelsels in die twee lande het tot gevolg gehad dat beide pare geen ouerlike status in hul lande van herkoms gehad het nie, wat die kinders sonder wettige ouers gelaat het met geen burgerskap in enigeen van die twee lande nie. In die woorde van die voorsittende regter in gemelde saak, Sy Edele Regter Hedley, was die kinders “marooned stateless and parentless”. Hierdie beslissing kan as ’n mylpaal in Engeland beskou word en illustreer duidelik dat die gematigde, konserwatiewe benadering tot kommersiële surrogasie in daardie land onhoudbaar in ’n globale wêreld is.¹⁶⁹

Die internasionale verskille in regstelsels het tot gevolg dat ingeligte infertiliteitspasiënte toenemend infertiliteitsbehandeling in lande buite hul land van herkoms ondergaan. In 2008 is daar in die media berig dat die baba van ’n Japannese¹⁷⁰ egpaar wat in Indië van die dienste van ’n Indiese surrogaatmoeder gebruik gemaak het, Indië nie kon verlaat nie. Die spermsel van die opdraggewende vader en die eiersel van ’n skenker is gebruik vir die bevrugting van die surrogaatmoeder. Die opdraggewende ouerpaar is geskei voor die kind se geboorte, maar die opdraggewende vader wou die kind behou en self aanneem. Dit was egter verbode in Indië dat ’n enkellopende man ’n kind mag aanneem. As gevolg hiervan het die Indiese owerhede geweier om die nodige reisdokumente om Indië

¹⁶⁹ Gamble 2009:151.

¹⁷⁰ Yukari ea 2009:348. Surrogasie is onwettig in Japan.

te mag verlaat, aan die baba na geboorte uit te reik. Die 74-jarige Indiese grootmoeder van die kind het uiteindelik toesig oor die kind verkry.¹⁷¹

Motivering vir die gebruik van surrogasie vanuit die surrogaatmoeder se oogpunt wissel en daar mag selfs in sekere gevalle veelvuldige redes daarvoor bestaan. Die mees algemene oorwegings sluit in die wens om 'n kinderlose egpaar by te staan, die genot van swangerskap en geboorte sonder latere verpligtinge jeens 'n kind, selfvervulling en finansiële gewin.¹⁷² Die mees algemene mediese indikasies van die opdraggewende “moeder” sluit in pasiënte met geen uterusse nie, kongenitale uteriene abnormaliteite, 'n onherstelbare geskende uterus en 'n voorheen totale abdominale histerektomie. Sekere kontra-indikasies teen swangerskap soos hart- en nierversaking, herhaalde mislukte IVB pogings, herhaalde miskrame, premature ovariële versaking en pasiënte wat voorheen kankerbehandeling of 'n oöforektomie ondergaan het, mag ook aanwesig wees. In sekere gevalle gee sosiale oorwegings aanleiding tot die gebruik van surrogasie – wat tans kontroversieel is.¹⁷³

3.2.2. Die regsposisie met betrekking tot surrogasie in ander lande

1.1.1.1. Inleiding

Lord Justice Latey het per geleentheid tydens 'n uitspraak in 'n surrogasieszaak¹⁷⁴ in die Gesinsafdeling van die Hoër Hof in Engeland die volgende opmerking gemaak:

“One cannot sit in these courts and hear the multitude of professionals and others without knowing well the depth of longing

¹⁷¹ Yukari ea 2009:356.

¹⁷² Nosarka en Kruger 2005:942.

¹⁷³ Nosarka en Kruger 2005:943.

¹⁷⁴ *Re: Adoption Application AA212/86 (Adoption Payment)* 1987 2 FLR 291.

in couples, devoted to each other, who cannot have a child through no fault of their own. Before they go down this path, they should know fully what it may entail. It is not a primrose path... ”.

Alhoewel surrogasie ’n globale praktyk is wat reeds vir ’n geruime tyd beoefen word, bestaan daar selfs in die mees liberale gemeenskappe geen eenstemmigheid aangaande die etiese wenslikheid en wettigheid van surrogasie nie en wil dit voorkom asof die praktyk internasionaal ontmoedig word.¹⁷⁵ Hierdie toedrag van sake, veral gesien teen die toenemende fenomeen van internasionale mediese toerisme, het surrogasie in ’n regs- en etiese mynveld omskep.¹⁷⁶

1.1.1.2. Engeland

Met die inwerkingtreding van die 1993 wysigings op die 1990 Human Fertilisation and Embryology Act in Engeland en die daaropvolgende formulering van die *Code of Practice* deur die Human Fertilisation and Embryology Authority (die HFEA) is surrogasie vir die eerste keer toegelaat, maar “only ... where it is physically impossible or highly undesirable for medical reasons for the commissioning mother to carry the child”.¹⁷⁷ Deur middel van latere uitgawes van die *Code of Practice* het die HFEA begin om leiding aan sentrums wat dienste verwant aan surrogasie verskaf, te verfyn.

In 1996 het die British Medical Association (hierna BMA) nie alleen formeel die etiese besware teen surrogasie teruggetrek deur surrogasie te erken as ’n “reproductive option of last resort” nie, maar is daar ook etiese

¹⁷⁵ Nakash en Herdiman 2007:250. Vgl ook Semba ea 2010:348 - 353 ten aansien van die regsposisie in Japan, Brittanje, die VSA en ander lande asook die totale verbod op surrogasie in ’n liberale land soos Frankryk.

¹⁷⁶ Malhotra en Malhotra 2012:32.

¹⁷⁷ Blyth 2010:348.

en praktiese riglyne aan gesondheidsorgwerkers verskaf. Die BMA het in dieselfde jaar ook kragte saamgesnoer met die HFEA en 'n inligtingstuk vir partye wat surrogasie oorweeg, gepubliseer.¹⁷⁸

In 1998 het die Engelse regering 'n hersieningspan saamgestel, in reaksie op groeiende mediadekking van die gevare verbode aan “doen-dit-self” surrogaatooreenkomste, wat rapporteer het dat daar besliste groei in openbare aanvaarding van surrogaatooreenkomste bestaan en verhoogde beskikbaarheid van surrogaatdienste deur fertiliteitsklinieke voorkom.¹⁷⁹

Die advertering en kommersiële mediasie of bevordering van surrogaatdienste is in Engeland verbode. Ingevolge die Surrogacy Arrangement Act is surrogaatooreenkomste ongeldig en vergoeding (“commercial surrogacy”) verbode, maar redelike vergoeding van die surrogaatmoeder se uitgawes word nie verbied nie. Die Wet stipuleer nie wat as redelike uitgawes beskou word nie. Ten einde aansoek te doen om “parental rights” ingevolge die Human Fertilisation and Embryology Act van 1990¹⁸⁰ moet opdraggewende pare vergoeding aan die surrogaatmoeder betaal, maar dit is onduidelik of hierdie vergoeding ingesluit is by “redelike uitgawes”.¹⁸¹

Gamble¹⁸² meen dat alhoewel surrogasie in die Engelse Reg erken word as 'n aanvaarbare vorm van infertiliteitsbehandeling en dikwels die laaste hoop van onvrugbare pare op ouerskap, word dit gebalanseer met die breër openbare mening teen gekommersialiseerde voortplanting. Sy is

¹⁷⁸ Blyth 2010:348.

¹⁷⁹ Blyth 2010:348.

¹⁸⁰ Artikel 30 van die Wet is op 6 April 2010 herroep en vervang deur artikel 54 van die Human Fertilisation and Embryology Act 2008 en sodoende is die reg om aansoek te doen vir “parental orders” uitgebrei na siviele lewensmaats en diene wat in blywende verhoudings saamleef wat nie binne die verbode grade van verwantskap val nie.

¹⁸¹ Yukari ea 2009:354.

¹⁸² 2009:151.

van mening dat dit onder andere gedoen word met die beperking op vergoeding van surrogaatdienste en die streng beheer van skenking van eierselle. Volgens haar respekteer die openbare mening in Engeland dat intieme ooreenkomste van hierdie aard skenkings behoort te wees en dat reproduksie nie gekoop of verkoop behoort te word nie.¹⁸³ Sy benadruk egter dat die geleentheid om surrogasie behoorlik aan te spreek, nie in die Human Fertilisation and Embryology Act 2008 benut is nie en dat talle Engelse infertiliteitspasiënte hulself steeds in 'n regsmyveld bevind, en toenemend sal bevind weens internasionale mediese toerisme, en dat regshervorming gevolglik noodsaaklik is.¹⁸⁴

Blyth¹⁸⁵ meen dat individue wat onderworpe is aan die verpligte verkryging van die sogenaamde “parental orders” of “adoption orders” se reg op privaatheid geskend word en dat die hersiening van die Human Fertilisation and Embryology Act 2008 noodsaaklik is ook vanuit hierdie oogpunt. Daar was reeds in 2012 voorstelle ter tafel dat die Human Fertilisation and Embryology Act 2008 herroep moet word en die geleentheid benut moet word om surrogaatooreenkomste indringend aan te spreek en sodoende geboorteregistrasies voortspruitend uit samewerkende reproduksie te vereenvoudig, maar geen nuwe wetgewing is tot dusver aanvaar nie.¹⁸⁶

1.1.1.3. Die Verenigde State van Amerika

Kommersiële surrogasie in die VSA het sedert die laat 1970's ontstaan wat aanleiding gegee het tot baie litigasie, maar hieruit het daar weer 'n sterk ondersteuningsinfrastruktuur in die land tot stand gekom. Regslui,

¹⁸³ Gamble 2009:151.

¹⁸⁴ Gamble 2009:152.

¹⁸⁵ 2010:351.

¹⁸⁶ Blyth 2010:351.

surrogasiekoördineerders, medici en beraders is almal betrokke by die gladde verloop van surrogaatooreenkomste deur na die fisiese- en geestesgesondheid van die betrokkenes om te sien, die gladde oordrag van ouerlike regte te koördineer en die betaling van die vergoeding wat ter sprake is, te fasiliteer. Dit word algemeen ingesien dat haakplekke by kommersiële surrogasie tot probleme kan aanleiding gee wat tot die verlies van besigheidsvertroue en die verlies aan inkomste lei.¹⁸⁷ Gevolglik het 'n hoogs deursigtige sisteem om risiko's en probleme verbonde aan surrogasie te verminder, ontwikkel.

In 2007 het slegs elf state in die VSA oor wetgewing wat surrogasie reguleer, beskik.¹⁸⁸ In 2010 is surrogasie statutêr in sowat sestien state gereguleer.¹⁸⁹ In sommige state soos Arizona en Columbië word surrogaatooreenkomste uitdruklik verbied, maar in ander state, soos byvoorbeeld in Florida, word alle vorme van surrogasie toegelaat. Kalifornië het in die VSA die leiding geneem deur bestaande Kaliforniese Familiereg en wetgewing uit te brei om alle partye betrokke by surrogasie en swangerskappe deur middel van geskenkte eierselle te beskerm.¹⁹⁰ Partye tot surrogaatooreenkomste in hierdie staat kan redelik gerus wees dat hul bedoelings soos vervat in hul ooreenkomste gestand gedoen sal word deur die howe, ongeag die feit of die opdraggewende ouers se eie genetiese materiaal gebruik is en of geskenkte eierselle of kunsmatige inseminasie aangewend is om die surrogaatmoeder te bevrug.¹⁹¹ Dit verdien vermelding dat alhoewel slegs 'n beperkte aantal state in die VSA

¹⁸⁷ Yukari ea 2009:352.

¹⁸⁸ Nakash en Herdiman 2007:247. Die navorsing is nie uitgebrei om die huidige stand van sake te ondersoek nie aangesien dit grootliks irrelevant vir doeleindes hiervan is hoeveel state tans oor wetgewing beskik.

¹⁸⁹ <http://www.findsurrogatemother.com/surrogacy-laws/us-surrogacy-laws-by-state>. Toegang verkry op 23/10/2012.

¹⁹⁰ Nakash en Herdiman 2007:247.

¹⁹¹ Nakash en Herdiman 2007:247.

formele wetgewing ter regulering van surrogasie aanvaar het, daar in talle state hofbeslissings wat nagevolg moet word deur betrokkenes by surrogaatooreenkomste in daardie state bestaan.¹⁹²

Texas beskik oor omvangryke wetgewing betreffende surrogasie. Ingevolge Texas reg word die opdraggewende moeder as die wettige moeder van die kind beskou sonder enige verpligte aannemingsproses of betrokkenheid van die howe na die geboorte, mits behoorlike toestemming vooraf verkry is van die betrokkenes wat aan sekere formaliteitsvereistes voldoen en die surrogaatooreenkoms vooraf deur die hof bekragtig is. Die beoogde vader word ook sondermeer as die wettige vader van die kind beskou mits die formaliteitsvereistes nagekom is.¹⁹³ Dit sluit egter gay en lesbiese pare uit.¹⁹⁴

Sonder om die fyn besonderhede van die wetgewing van elke staat in die VSA te ontleed, word die partye betrokke by surrogasie meestal in alle state vooraf deeglik oorweeg en gekeur. Weens die hoë tariewe wat deur die professionele persone betrokke by surrogasie gehef word, is die finansiële las op die opdraggewende pare hoog, maar die betalingstruktuur duidelik. 'n Trustrekening moet ook voor die sluiting van die surrogaatooreenkoms deur die opdraggewende paar geopen word. Dié rekening word gadministreer deur 'n prokureur en 'n derde party en alle uitgawes verbonde aan die surrogaatooreenkoms word hieruit gedelg.

¹⁹² <http://www.findsurrogatemother.com/surrogacy-laws/us-surrogacy-laws-by-state>.

¹⁹³ Nakash en Herdman 2007:247.

¹⁹⁴ <http://www.findsurrogatemother.com/surrogacy-laws/us-surrogacy-laws-by-state>. Gay en lesbiese pare word ook uitdruklik van die wettige sluiting van surrogaatooreenkomste in Florida, Utah en Virginia uitgesluit, maar hul regte is nog nie uitdruklik in die meeste state van die VSA uitgeklaar nie.

Die vergoeding van die surrogaatmoeder word as inkomste gereken en is gevolglik belasbaar.¹⁹⁵

Alhoewel surrogaatmoeders in Engeland nie op vergoeding geregtig is nie, bestaan daar in die praktyk nie ’n noemenswaardige verskil tussen die bedrae wat hulle in Engeland ten aansien van “redelike uitgawes” ontvang teenoor die vergoeding wat in die VSA betaal word nie. ’n Studie het aangetoon dat die bedrae wat in Engeland betaal is ten aansien van “redelike uitgawes” in die tydperk gedurende 1988 tot 1999 gewissel het van geen vergoeding tot £20,000 (ongeveer VSA \$41,600). In die meeste gevalle was die bedrag tussen £7000 en £15000 (VSA \$14,560 - \$31,200) met ’n gemiddeld van £7573 (VSA \$15,752). In ’n staat soos Kalifornië stel ’n sekere kliniek wat surrogasiedienste aanbied die vergoeding van die surrogaatmoeder op VSA \$24,000. Die vergoeding van ’n surrogaatmoeder met geen vorige ervaring van surrogasie nie, word deur ’n agentskap wat die koördinerings van surrogaatooreenkomste in dieselfde staat hanteer, op VSA \$16,000 tot VSA \$22,000 bepaal. Die fooi beloop tot VSA \$23,000 indien sy vorige ervaring het.¹⁹⁶

1.1.1.4. Suid-Korea en Taiwan

Die Reproductive Technology Bill is in 2007 in Taiwan aanvaar, maar bevat geen bepalings oor surrogasie nie. Die Taiwanese Departement van Gesondheid oorweeg tans om wetgewing oor surrogasie in te dien. Die wetgewing sal onder andere voorsiening maak dat familieledes nie kandidate vir surrogasie mag wees nie, vergoeding verbode sal wees en

¹⁹⁵ Yukari ea 2009:352.

¹⁹⁶ Yukari ea 2009:355.

die Hof vooraf in kennis gestel moet word van voorgenome surrogaatooreenkomste.¹⁹⁷

In Suid-Korea bestaan 'n tradisionele vorm van surrogasie, “*Ssibachi*” genoem, wat aangewend word om 'n erfgenaam vir 'n familie te verseker. Nogtans bestaan daar geen bepalings in die Bioethics Law wat surrogasie in Suid-Korea beheer wat die koop en verkoop van gamete verbied nie.¹⁹⁸ Aangesien paternalisme steeds sterk in Suid-Korea funksioneer en vooroordeel jeens en diskriminasie teenoor infertiliteit bestaan, word surrogasie klandestien bedryf. Gevolglik bestaan daar min inligting aangaande probleme met surrogasie in die land. Daar is wel bevind dat surrogaatmoeders wat uit die onderdrukte vlakke van die samelewing kom, sosiaal en finansieël aan die korste ent trek in geval van mislukte surrogaatooreenkomste. Die Nasionale Bio-etiese Komitee in daardie land het in 2010 twee wetsontwerpe oorweeg wat bepalings aangaande surrogasie bevat en ondermeer voorsiening maak vir die redelike vergoeding van die uitgawes van die surrogaatmoeder.¹⁹⁹ Daar is egter tot op hede geen nuwe wetgewing rakende surrogasie in Suid-Korea aanvaar nie.

Surrogasiedienste word in Suid-Korea op die Internet aangebied tussen VSA \$38,500 en VSA \$88,000. Dit is egter onduidelik watter gedeelte van hierdie bedrag aan die surrogaatmoeder betaalbaar is. Daar word bespiegel dat sowat die helfte van die bedrag aan makelaars betaal word. Die situasie in Taiwan is net so onseker, maar dit is duidelik dat groot geld ter sprake is. In 2005 is daar mediadekking verleen aan 'n geval waar 'n opdraggewende vader in 1997 reeds NT \$4.5 miljoen (VSA

¹⁹⁷ Yukari ea 2009:352.

¹⁹⁸ Die Wet het in Januarie 2005 in werking getree.

¹⁹⁹ Yukari ea 2009:352.

\$155,000) aan 'n surrogaatmoeder in Taiwan aangebied het. Daar is bevind dat surrogaatmoeders in hierdie twee lande in sommige gevalle tot soveel as VSA \$100,000 betaal word – wat baie meer is as in die VSA waar kommersiële surrogasie deursigtig is en die inkomste wat daaruit verdien word, belasbaar is.²⁰⁰

1.1.1.5. Indië

'n Hoë voorkomssyfer van reprodktiewe toerisme na Indië kom voor aangesien geen beperkings van toepassing is op opdraggewende ouers, gameetskenkers en surrogaatmoeders nie.²⁰¹ Skenkers van ova, spermselle en surrogaatmoeders se dienste kan teen betreklik lae pryse bekom word. Die Indiese regering verwelkom buitelanders wat van Indiese mediese dienste gebruik wil maak en in die proses word reprodktiewe gesondheidsorg aangemoedig. Surrogaatmoeders in Indië is bereid om hul dienste vir sowat een-tiende van die koste in die VSA aan te bied, want surrogasie is 'n kragtige aansporing vir Indiese vroue om geld te verdien aangesien die gemiddelde inkomste van die Indiese gesin slegs ongeveer VSA \$60 per maand beloop. Die VSA \$2,000 - \$4,000 wat surrogaatmoeders in Indië gemiddeld per surrogaatooreenkoms verdien, is immers die ekwivalent van vier jaar se inkomste.²⁰² Soos hierbo aangetoon, mag die gebrek aan behoorlike regulering van surrogasie in lande soos Indië aanloklik voorkom, maar dit is geen waarborg teen die intrede van rampspoedige onvoorsiene gesondheids- en regsgevolge nie.

1.1.1.6. Japan

²⁰⁰ Yukari ea 2009:355.

²⁰¹ Deonandan ea 2012:763. Die Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill & Rules 2010 word tans oorweeg. Malhotra en Malhotra 2012:35.

²⁰² Yukari ea 2009:356.

In Japan word skenkerbevrugting sedert die 1990's bespreek, maar geen wetgewing is aangeneem vir die doeltreffende regulering daarvan nie.²⁰³ Alhoewel surrogasie in verskeie eerste wêreld lande soos Kanada, Denemarke, talle state in die VSA en Australië openlik toegepas word, verbied die riglyne van die Japan Society of Obstetrics and Gyneacology surrogasie. Weens hierdie verbod reis onvrugbare Japanners na lande waar surrogasie beskikbaar is. Aangesien die riglyne nie regsrag het in Japan nie, verskaf sekere Japannese ginekoloë wel surrogasiedienste aan hul pasiënte. Die gevolg hiervan was dat 'n ART hersieningskomitee in Desember 2006 aangestel is. Dié komitee het in Maart 2008 sy werksaamhede voltooi en aanbeveel dat surrogasie verbied moet word, met slegs sekere uitsonderings vir navorsingsdoeleindes toelaatbaar. Yukari en andere²⁰⁴ wys tereg uit dat dié beleid geen einde aan surrogasie in Japan sal bring nie, maar dat Japanners bloot die diens in lande waar dit beskikbaar is, sal bekom. Die skrywers wys uit dat Japan deur die “indirekte aanmoediging” van hierdie tipe toerisme bloot sy etiese probleem met surrogasie na ander, dikwels armer lande, “uitvoer”.

Volgens die skrywers sal die onwettige, ondergrondse gebruik van surrogasie in Japan verder bevorder word deur 'n verbod op surrogasie wat slegs meer hulpelose slagoffers tot gevolg sal hê.²⁰⁵ In die meeste gevalle is dit die kinders gebore ingevolge die onwettige surrogaatooreenkomste wat met die sosiale en sielkundige laste en letsels gelaat word. Die skrywers meen dat die vooroordeel wat steeds in die Japannese gemeenskap teenoor infertiliteit heers, ook tot sosiale druk op

²⁰³ Yukari ea 2009:348.

²⁰⁴ 2009:355.

²⁰⁵ Yukari ea 2009:351. Sien ook Brasor en Tsubuku op <http://blog.japantimes.co.jp/ven-for-living/childless-japanesecouple-look-for-bargains-in-asia.html>. Toegang verkry op 18/02/2013.

Japannese pare aanleiding gee.²⁰⁶ Surrogasie kan die oplossing hiervoor bied. Die voorgestelde verbod op surrogasie dui volgens die skrywers op die onwilligheid en onverantwoordelikheid van die Japannese regering om die ware knelpunte te konfronteer soos byvoorbeeld die vasstelling van wat as die redelike vergoeding van surrogaatmoeders toegelaat behoort te word. Surrogasie behoort uit respek vir surrogaatmoeders gewettig te word ten einde die risiko verbonde aan surrogaatswangerskappe te minimaliseer en 'n algemeen veilige omgewing vir alle betrokkenes by surrogasie te skep.²⁰⁷

3.2.3. Die regsposisie met betrekking tot surrogasie in Suid-Afrika

Voor inwerkingtreding van Hoofstuk 19 van die Children's Act 38 van 2005 op 1 April 2010 was daar geen wetgewing wat surrogasie in Suid-Afrika uitdruklik gereguleer het nie. Alhoewel surrogasie in die verlede nie uitdruklik verbied is nie, was die basiese onderliggende filosofie skynbaar om die tersaaklike verbandhoudende kwessies te toets aan die hand van die heersende *boni mores*.²⁰⁸ In navolging van die reël dat “dit wat nie uitdruklik verbied word nie, toelaatbaar is”, is altruïstiese surrogasie toegelaat, maar kommersiële surrogasie beskou as *contra bonos mores* aangesien surrogasie nie beskou is as die “*ideal way ... to create a family*” nie en boonop was (en is) die oordrag van geld by die aanneming van 'n kind onwettig.²⁰⁹ Die realiteit was egter dat talle opdraggewende ouerpare altruïstiese- sowel as kommersiële surrogaatooreenkomste met surrogaatmoeders gesluit het, hoofsaaklik as gevolg van die talle voordele wat surrogasie in vergelyking met

²⁰⁶ Opnames in Japan in 1999 en 2003 het getoon dat daar geen algemene neiging onder Japanners bestaan om surrogasie te aanvaar nie. Nakash en Herdiman 2007:248.

²⁰⁷ Yukari ea 2009:356.

²⁰⁸ Mills 2010:429.

²⁰⁹ Wet 38/2005:249(1)(a)

aanneming inhou.²¹⁰ Dit het al hoe noodsaakliker geword dat surrogasie in Suid-Afrika behoorlik gereguleer moes word aangesien dit as praktyk deur al die rassegroepe in die land toegepas is.²¹¹ Surrogasie kon nie meer langer beskou word as die “*last-resort alternative*” nie en die idee dat surrogasie slegs beskikbaar moes wees aan heteroseksuele pare wat uitsluitlik van wettig getroude surrogaatmoeders se dienste gebruik mag maak, was oudmodies en uitgedien.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het gevolglik sekere aanbevelings gemaak wat tot die afkondiging van Hoofstuk 19 van die Children’s Act gelei het. Kunsmatige bevrugting is voorheen beheer deur die Wet op Menslike Weefsel 65 van 1983 en die regulasies wat ingevolge daarvan afgekondig is.²¹² Dié Wet is egter herroep met die inwerkingtreding van Hoofstuk 8 van die National Health Act op 2 Maart 2012.²¹³ Die regsverhouding tussen en ouerlike verantwoordelikhede teenoor die betrokke kind en ander partye betrokke is gereguleer deur die Wet op Status van Kinders 82 van 1987 voor inwerkingtreding van Hoofstuk 19 van die Children’s Act op 1 April 2010.

Ingevolge artikel 5 van die Wet op Status van Kinders was die stelreëls *mater semper certa est*²¹⁴ en *pater est quem nuptiae demonstrant*²¹⁵ van toepassing waarvolgens die moeder wat geboorte geskenk het aan ’n kind en haar eggenoot, indien sy getroud was, as die wettige ouers van die

²¹⁰ Mills 2010:429. Van die voordele sluit in dat die wagtyperk vir ’n baba korter is, die kind biologies verwant is aan beide of ten minste een van die opdraggewende ouers en dat hulle die surrogaatmoeder kan keur.

²¹¹ Mills 2010:431.

²¹² Mills 2010:430. Die regulasies is afgekondig in GK R1182 in Staatskoerant Nr 10283 van 20 Junie 1986 soos gewysig deur GK R1354 in Staatskoerant Nr 18362 van 17 Oktober 1997.

²¹³ Hoofstuk 8 van die National Health Act het in werking getree met die afkondiging van Goewermentskennisgewings Nr R175, R177 en R183 deur die Minister van Gesondheid in Staatskoerant Nr 35099 gedateer 2 Maart 2012.

²¹⁴ Losweg vertaal as “(die identiteit van) die moeder is altyd bekend”.

²¹⁵ Wat vertaal kan word as “die vader word deur die huwelik aangewys”.

kind geag is. Die genetiese ouers van die kind het geen regte of verpligtinge teenoor die kind gehad nie al was die surrogaatmoeder en/of haar eggenoot nie een biologies verbind aan die kind nie. Indien die surrogaatmoeder dus van mening sou verander het en besluit het om die kind nie meer ingevolge die surrogaatooreenkoms aan die opdraggewende ouerpaar te oorhandig nie, sou die opdraggewende ouerpaar remedieloos wees aangesien die surrogaatooreenkoms in alle waarskynlikheid as *contra bonos mores* beskou sou word. Dit het beteken dat die opdraggewende ouers in 'n surrogaatooreenkoms slegs die wettige ouers van sodanige kind kon word indien die surrogaatmoeder (en haar eggenoot indien van toepassing) toestemming tot aanneming van die kind verleen het en die voorgeskrewe aannemingsprosedure ingevolge die Wet op Kindersorg deur die opdraggewende ouerpaar suksesvol gevolg en afgehandel is.²¹⁶

Voor die beslissing van die Konstitusionele Hof in *Du Toit v Minister of Welfare and Population Development*²¹⁷ was aanneming ingevolge die Wet op Kindersorg nie beskore vir homoseksuele pare nie. Die enigste alternatief wat vir sulke opdraggewende pare in 'n surrogaatooreenkoms beskikbaar was, was om die Hooggeregshof as oppervoog van alle minderjarige kinders, te nader vir 'n bevel waardeur voogdyskap en toesig oor die kind (of slegs toegangsregte) aan hulle verleen kon word.²¹⁸ Die moontlikheid dat die surrogaatmoeder en haar eggenoot se ouerlike regte in só 'n situasie ongeskonde gelaat sou word deur die hof, was 'n

²¹⁶ Mills 2010:430.

²¹⁷ *Du Toit v Minister of Welfare and Population Development (Lesbian and Gay Equality Project as Amicus Curiae)* 2003 2 SA 198 CC. Artikel 17 van die Wet op Kindersorg is deur die Konstitusionele Hof as ongrondwetlik verklaar aangesien dit diskriminerend jeens homoseksuele pare was.

²¹⁸ Mills 2010:431.

harde werklikheid. Dit het homoseksuele pare in 'n ooglopend slegter situasie gelaat as heteroseksuele pare.

Tans is 'n surrogaatooreenkoms in Suid-Afrika slegs geldig indien dit aan al die vereistes wat in Hoofstuk 19 van die Children's Act gestel word, voldoen en deur die Hoë Hof bekragtig is.²¹⁹ In die eerste Suid-Afrikaanse hofuitspraak²²⁰ in die Suid-Gautengse Afdeling van die Hoë Hof het 'n paar belangrike beginsels na vore getree:

- Elke surrogaatooreenkoms is uniek en behoort aangepas te word om aan die partye se besondere behoeftes te voldoen.
- Die partye moet behoorlike getuienis aan die hof voorlê ten einde te verseker dat die statutêre geldigheidsvereistes van die surrogaatooreenkoms nagekom word.
- Surrogaatooreenkoms-aansoeke word in die gewone loop van omstandighede nie as dringend van aard beskou nie.
- Die hof tree nie bloot as 'n rubberstempel op tydens die bekragtiging van 'n surrogaatooreenkoms nie.
- Die hof, as oppervoog van alle minderjarige kinders, stel die belange van die kind voorop en hierdie plig word in 'n ernstige lig beskou.
- Alle deskundige verslae moet behoorlike feitebasisse bevat en betroubaar en volledig wees om alle aanbevelings te fundeer. Hiermee word bedoel dat getuienis voor die hof geplaas moet word oor onder andere die algemene en spesifieke geskiktheid van die betrokke partye (die opdraggewende paar, die surrogaatmoeder

²¹⁹ Geen regulasies is tot op hede ingevolge die Wet afgekondig nie. Slegs die Regter-president van die Suid-Gautengse Afdeling van die Hoë Hof het tot dusver praktyksnotas oor surrogasie uitgereik.

²²⁰ *Ex parte Applications of three Surrogate Motherhood Agreements* ongerapporteer, saaknommers 2011/153, 2011/154, 2011/679, 2011/1314, 2011/1315, 2011/1316 gelewer op 1 Maart 2011.

en die aangewese persoon in geval van dood van die opdraggewende ouers) wat insluit hul finansiële en emosionele stabiliteit, die bevoegdheid van die opdraggewende ouers as primêre versorgers van die kind, ensovoorts.

Dit word aan die hand gedoen dat Hoofstuk 19 van die Children's Act so omvattend is dat dit feitlik al die toepaslike medies-etiese beginsels ter sprake by surrogasie omvat.

3.2.4. Die etiese verpligtinge van die ginekoloog betrokke by surrogasie

Ginekoloë in Suid-Afrika verkeer onder geen verpligting om deel te neem aan surrogaatooreenkomste nie. Nosarka en Kruger²²¹ is egter van mening dat die ginekoloog drie belangrike pligte het om te vervul. Eerstens behoort hy/sy die partye in te lig aangaande die toepaslike morele, regsmediese, sosiale, emosionele en sielkundige kwessies. Tweedens behoort hy/sy te verseker dat alle wetlike vereistes en indikasies nagekom word en derdens behoort hy/sy te verseker dat die betrokke partye behoorlik deur onafhanklike spesialiste geëvalueer word, wat insluit 'n infertiliteitspesialis, 'n perinatoloog en sielkundige. Dit is ook volgens hulle aan te beveel dat die lewensmaat en kinders van die surrogaatmoeder ingesluit behoort te word by berading en dat 'n afkoeltydperk aan die partye beskikbaar gestel word waartydens die surrogasie heroorweeg kan word alvorens daar voortgegaan word met die

²²¹ 2005:942 - 293.

surrogasie-prosedure en die ondertekening van die surrogaatooreenkoms.²²²

Daar word aan die hand gedoen dat surrogaatooreenkomste getoets kan word aan die hand van die vier pilare van die mediese etiek:

Outonomie en ingeligte besluit: Ingevolge Suid-Afrikaanse wetgewing²²³ bestaan daar sekere beperkings op die regte van die surrogaatmoeder en dié van die opdraggewende paar wat outonomie betref.

Geen persoon is geregtig om aan enigeen wat by 'n surrogaatooreenkoms betrokke is, vergoeding te belowe of te betaal nie en niemand mag vergoeding daarvoor ontvang nie.²²⁴ Direkte koste verbonde aan die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder, die geboorte van die kind en die bekragting van die surrogaatooreenkoms kan egter verhaal word.²²⁵ Enigeen wat 'n *bona fide* professionele regs- of mediese diens lewer met betrekking tot die bekragting²²⁶ of die uitvoer van sodanige ooreenkoms, is geregtig op redelike vergoeding vir daardie diens.²²⁷ Die hof mag ook nie 'n surrogaatooreenkoms in Suid-Afrika bekragtig indien die surrogaatmoeder surrogasie as 'n bron van inkomste aanwend of nie weens altruïstiese beweegredes optree nie, maar weens kommersiële oorwegings.²²⁸

²²² Nosarka en Kruger 2005:942. Sien ook Children's Act 38/2005: art 292. Geen inligting is beskikbaar oor die gemiddelde vergoeding vir redelike uitgawes wat in Suid-Afrika aan surrogaatmoeders betaal word nie.

²²³ Wet 38/2005: Hoofstuk 19.

²²⁴ Wet 38/2005: art 301(1).

²²⁵ Wet 38/2005: art 301(2). Die bepaling stem ooreen met die situasie in Groot-Brittanje.

²²⁶ Ingevolge artikel 295 van Wet 38/2005.

²²⁷ Wet 38/2005: art 301(3).

²²⁸ Wet 38/2005: art 295(c)(iv) en (v).

Die partye kan nie van plan verander met betrekking tot die uitvoer van die surrogaatooreenkoms na die kunsmatige inseminasie van die surrogaatmoeder nie, mits die surrogaatooreenkoms natuurlik aan die statutêre geldigheidsvereistes voldoen.²²⁹ Die surrogaatmoeder is verplig om die kind na die bevalling, sodra dit redelikwerwys moontlik is, aan die opdraggewende paar te oorhandig.²³⁰ Die surrogaatmoeder, wat ook die genetiese ouer van die kind is, beskik egter oor die reg om die surrogaatooreenkoms binne sestig dae na die kind se geboorte te termineer.²³¹ Hierbenewens is die surrogaatmoeder geregtig om die swangerskap te beëindig ooreenkomstig die bepalings van Wet 92 van 1996, maar sy moet die opdraggewende ouers *vóór* die beëindiging van die swangerskap dienoreenkomstig inlig en hul daaroor raadpleeg. Sy doen geen aanspreeklikheid teenoor die opdraggewende ouers op indien sy die swangerskap laat beëindig nie, behalwe dat sy hulle moet vergoed vir alle betalings wat sy van hulle ontvang het ingevolge die surrogaatooreenkoms indien die swangerskap nie weens mediese oorwegings beëindig word nie.²³² Nosarka en Kruger²³³ huldig die mening dat dit “eties onvanpas” sal wees indien die surrogaatmoeder ’n gesonde swangerskap laat beëindig. Hulle meen ook dat die opdraggewende ouers nie daarop kan aandring dat die swangerskap beëindig word, indien dit sou blyk dat die ongebore kind sekere gebreke/misvormdheid het nie en dat hul steeds hul verpligtinge ingevolge die surrogaatooreenkoms teenoor die surrogaatmoeder en kind sal moet nakom.

²²⁹ Wet 38/2005: art 297(1)(e).

²³⁰ Wet 38/2005: art 297(1)(b).

²³¹ Wet 38/2005: art 298.

²³² Wet 38/2005: art 300.

²³³ 2005:945.

Geen surrogaatooreenkoms is geldig nie tensy die konsepsie van die betrokke kind bewerkstellig word deur die gebruik van die gamete van beide opdraggewende ouers nie. Indien dit nie moontlik is nie weens sekere biologiese, mediese of ander geldige rede, moet die gameet van ten minste een van die opdraggewende ouers gebruik word. Indien die opdraggewende ouer enkellopend is, moet sy/haar gameet gebruik word.²³⁴

Al die moontlike permutasies wat vroeër hierbo vermeld is, is dus nie volgens Suid-Afrikaanse wetgewing aan opdraggewende ouers in Suid-Afrika beskikbaar nie. Die vraag of individue wat hierdie statutêre bepaling verontagsaam, hulself aan strafregtelike vervolging blootstel en skuldig bevind en gevonnissen mag word in 'n strafhof, word later hierin oorweeg.

Indien 'n opdraggewende ouer getroud is of betrokke is in 'n permanente verhouding, mag die surrogaatooreenkoms slegs deur die hof bekragtig word indien die eggenoot, eggenote of lewensmaat van die opdraggewende ouer skriftelik toegestem het en 'n party tot die surrogaatooreenkoms is. Dieselfde geld ten aansien van die surrogaatmoeder, maar die hof beskik oor die bevoegdheid om die surrogaatooreenkoms te bekragtig sonder sodanige toestemming indien toestemming nie weens redelike gronde weerhou word nie.²³⁵

Die surrogaatmoeder behoort van voldoende inligting voorsien te word ten einde haar in staat te stel om 'n ingeligte besluit te neem oor alle redelike, potensiële risiko's wat die swangerskap vir haar mag inhou. In 'n onlangse studie is twee gevalle gerapporteer waar ernstige

²³⁴ Wet 38/2005: art 294.

²³⁵ Wet 38/2005: art 293.

ginekologiese komplikasies voorgekom het by surrogaatmoeders. In een geval moes die surrogaatmoeder kort na geboorte 'n histerektomie sekondêr tot plasenta accreta²³⁶ ondergaan na 'n swangerskap met 'n drieling. In die ander geval moes die pasiënt 'n histerektomie ondergaan sekondêr tot uteriene ruptuur. Hierdie gevalle illustreer die moontlikheid van ernstige gesondheidsrisiko's verbonde aan surrogaatmoederskap.²³⁷

Weldadigheid (“beneficence”): Die opdraggewende ouers moet “geskik” wees om die ouerskap van die kind wat verwek gaan word, te aanvaar aangesien die Wet bepaal dat die hof nie 'n surrogasie mag bevestig tensy dit die geval is nie.²³⁸ Daar word deur skrywer hiervan aan die hand gedoen dat “geskik” in die verband verwys na die fisiese, psigiese en materiële vermoëns van die opdraggewende ouerpaar om in die beste belang van die kind te kan optree wat al die kind se fisiese en emosionele behoeftes betref.

Daarbenewens moet die opdraggewende ouer/ouers nie in staat wees om aan 'n kind die lewe te skenk nie én die situasie moet onomkeerbaar wees.²³⁹ Die submitisie word gemaak dat deskundige getuienis beskikbaar sal moet wees ten aansien van bogemelde vereistes alvorens die surrogaatooreenkoms deur die hof bekragtig sal word. Daar moet ook in die surrogaatooreenkoms aandag geskenk word aan voldoende voorsiening vir kontak tussen die kind en die surrogaatmoeder (indien van toepassing), die versorging van die kind, die algemene welsyn van die kind in stabiele huislike omstandighede, die kind se heenkome indien die opdraggewende paar of een van hulle te sterwe sou kom voor die

²³⁶ Placenta accreta is 'n ernstige ginekologiese komplikasie wat behels dat die plasenta abnormaal diep deur die endometrium tot binne die myometrium (die middelste laag van die uteriene muur) aanheg. http://www.en.wikipedia.org/wiki/Placenta_accreta.

²³⁷ Nosarka en Kruger 2005:945.

²³⁸ Wet 38/2005: art 295(b)(ii).

²³⁹ Wet 38/2005: art 295(a) .

geboorte van die kind of hulle sou skei of hul verhouding ten einde sou loop voor die geboorte van die kind.²⁴⁰

Die opdraggewende ouers en surrogaatmoeder moet begryp dat die opdraggewende ouers die primêre verantwoordelikheid vir die kind dra. Hulle is die wettige ouers van die kind en hul morele verantwoordelikheid teenoor die kind ontstaan by die bekragtiging van die surrogaatooreenkoms.²⁴¹ Alhoewel die surrogaatmoeder nie gedwing kan word om enige besluit rakende die swangerskap en manier van geboorte wat in stryd is met haar wense te aanvaar nie, behoort sy advies wat gerig is op die bevordering en versekering van haar en die ongebore kind se welstand, na te volg. Behoorlike konsultasie oor die wyse van geboorte moet vroegtydig met die partye gevoer word ten einde konflik te verhoed.²⁴² Dit word aan die hand gedoen dat die mening van die mediese praktisyn oor wat in die beste gesondheidsbelang van die ongebore kind en surrogaatmoeder sal wees, van deurslaggewende belang behoort te wees in gevalle waar die surrogaatmoeder en opdraggewende ouers botsende wense oor byvoorbeeld die wyse van geboorte, voorgeboortesorg, ensovoorts het.

Erkenning moet ook verleen word aan die psigiese impak en gevolge wat surrogasie op die betrokkenes mag hê. Die opdraggewende egpaar en hul gesinne, die surrogaatmoeder, haar lewensmaat en kinders en die betrokke kind behoort onderwerp te word aan sielkundige hulp ten einde te verseker dat surrogasie 'n vervullende, positiewe ondervinding is – soos

²⁴⁰ Wet 38/2005: art 295(d).

²⁴¹ Nosarka en Kruger 2005:944. Sien ook Wet 38/2005: art 295(b)(iii) en (c)(iii).

²⁴² Nosarka en Kruger 2005:944.

wat dit in die eerste plek sekerlik deur die opdraggewende paar en surrogaatmoeder in die vooruitsig gestel is.²⁴³

Verskillende opinies word gehuldig aangaande die raadsaamheid om die betrokke kind in te lig aangaande sy/haar metode van verwekking. English en andere²⁴⁴ meen dat openlikheid as morele konsep in die gewone loop van omstandighede aangeprys word en dat dit ook mediese waarde kan hê wat betref geneties oordraagbare siektes. Hulle wys egter ook uit dat die potensieel nadelige psigologiese gevolge daarvan moeilik bepaal sal kan word. Oorweeg byvoorbeeld die posisie van die kinders in die geval van die tweeling wat hierbo vermeld is. Sou dit raadsaam wees, gesien in die lig van die moontlike sielkundige letsels wat opgedoen kan word, om hul in te lig dat hul genetiese ouers aanvanklik die wens uitgespreek het dat een van hulle geaborteer moes word, dat die moeder wat geboorte aan hul geskenk het nie geneties verwant is aan hulle nie en boonop geweier het om aan hul genetiese ouers se wense gehoor te gee en hulle ook later nie wou afgee aan hul genetiese ouers nie?

Moenie benadeel nie (“non-maleficence”): Die surrogaatmoeder moet ingevolge Suid-Afrikaanse wetgewing ’n gedokumenteerde geskiedenis van een swangerskap en lewende geboorte hê asook ’n lewende kind van haar eie alvorens ’n surrogaatooreenkoms deur die hof bekragtig mag word.²⁴⁵ Die surrogaatmoeder behoort aan sekere mediese en psigologiese kriteria te voldoen alvorens die surrogaatooreenkoms gesluit en bekragtig word. Haar mediese geskiedenis, wat insluit chirurgiese en ginekologiese geskiedenis, behoort behoorlik nagegaan te word. Aangesien risiko by swangerskap verhoog met ouderdom behoort die

²⁴³ Nosarka en Kruger 2005:945-946.

²⁴⁴ 2002:206.

²⁴⁵ Wet 38/2005:art 295(c)(vi) en (vii).

ouderdom van surrogaatmoeders beperk te word tot ouderdom 35 jaar.²⁴⁶ Wedersydse konsensus behoort vooraf verkry te word aangaande voorgeboortelike ondersoek en –sorg. Die surrogaatmoeder behoort goeie voorgeboortelike sorg te volg en tydig behoorlike evaluering vir MIV en hepatitis asook alle ander toepaslike toetse, te ondergaan.²⁴⁷

Regverdigbaarheid (“justifiability”): Getuienis bestaan dat die meeste ouers nooit hul kinders inlig dat hul verwek is deur middel van geskenkte gamete nie.²⁴⁸ ’n Europese studie het aangetoon dat slegs 8.6% ouers hul kinders van hul herkoms ingelig het met die bereiking van die ouderdom van 12 jaar deur die kinders, terwyl meer as 80% van sulke kinders waarskynlik hul ware identiteit sal navors en kontak met skenkers sal wil maak ingevolge die resultate van ’n ander studie.²⁴⁹ Anonimiteit word egter meestal as voorvereiste deur skenkers by die skenk van gamete gestel en word ook dikwels as sulks gewaarborg deur skenkerbanke wat implikasies vir die kinders wat hul herkoms wil navors, inhou, maar ook die kontraktuele regte en verpligtinge tussen die skenkers en skenkerbanke kan beïnvloed.²⁵⁰

English en andere²⁵¹ wys egter uit dat sodanige inligting in sommige gevalle bekend gemaak sal *moet* word. Hulle verwys na ’n voorval in 2002 waar ’n hospitaal in Nederland, jare sedert die ware feite aan die lig gekom het, aan die ouers van 18 kinders wat deur middel van kunsmatige

²⁴⁶ Nakash en Herdiman 2007:249.

²⁴⁷ Nosarka en Kruger 2005:945

²⁴⁸ English ea 2002:206.

²⁴⁹ Nakash en Herdiman 2007:249.

²⁵⁰ Sedert April 2005 is wetgewing in Groot-Brittanje gewysig sodat skenkers nie meer kan aandrang op anonimiteit nie. Die regsituasie in Suid-Afrika verskil hiervan. Ingevolge artikel 41 van Wet 38/2005 is ’n kind gebore deur kunsmatige bevrugting of surrogasie geregtig op toegang tot mediese inligting aangaande sy/haar genetiese ouers, maar ander inligting van die skenker is eers tot die beskikking van die kind wanneer die kind die ouderdom van 18 jaar bereik. Die Wet bepaal egter uitdruklik dat die identiteit van die skenker nie openbaar mag word nie.

²⁵¹ 2002:206.

bevrugting verwek is, skrywes gerig het dat daar 'n 50% risiko bestaan dat 'n ernstige genetiese oordraagbare siekte aan hul kinders by wyse van die spermiese van 'n sekere skenker, oorgedra is. Tydens die skenk van die spermiese (1989-1995) het die skenker geen tekens getoon van die oorerflike siekte nie, maar die siekte het in 1997 toegeslaan - waarvoor geen voorkoming of terapeutiese opsies bestaan vir lyers/draers van die siekte nie. 'n Debat het ontwikkel aangaande die waarde van die oordra van hierdie inligting aan die betrokke kinders, wat in baie gevalle nie eens ingelig is dat hul met behulp van skenkerspermiese verwek is nie. Die hospitaal se houding was egter dat dit medies-eties noodsaaklik was om die inligting aan die kinders oor te dra aangesien dit 'n wesenlike rol in die neem van ingeligte besluite deur hierdie kinders aangaande die uitoefening van hul eie reprodktiewe regte mag speel.²⁵²

Die gevaar bestaan dat kinders wat nie ingelig is aangaande die ware feite van hul herkoms nie, dit in elk geval van ander mense kan hoor. Wanneer die kind verneem van die verraad van sy ouers, kan dit groter emosionele skade aanrig as wat hul van meet af ingelig is oor die ware feite op 'n sinvolle wyse. Sommige redeneer ook dat dit die reg van die kind is om aangaande sy/haar herkoms ingelig te word. Geen sistematiese, gekontroleerde studies is egter tot dusvêr uitgevoer ten einde die gevolge van surrogasie op gesinsverhoudings en die psigologiese welstand van sulke kinders te bepaal nie. 'n Studie het egter aangetoon dat die gehalte van ouersorg nie afhang van genetiese verwantskap aan 'n kind nie.²⁵³

²⁵² English ea 2002:206.

²⁵³ Nakash en Herdman 2007:249.

3.3. Toepassing van mediese etiek op aborsie

3.3.1. 'n Verdelende en verwarrende kwessie

Dit word nie beoog om in hierdie navorsing te debatteer oor die vraag of die fetus regstatus onder die Grondwet in Suid-Afrika geniet of behoort te geniet nie.²⁵⁴ Die betrokke medies-etiese vraagstukke bly egter kontroversieel en verdien bespreking.

Aborsie is lank reeds een van die mees verdelende en verwarrende kwessies van die mediese etiek. Die WMV²⁵⁵ se “*Statement on Therapeutic Abortion*” verleen enersyds erkenning aan die diversiteit van mening en geloof met betrekking tot aborsie deur te verklaar “*this is a matter of individual conviction and conscience that must be respected*”,²⁵⁶ maar andersyds word in die 1948 Geneefse Verklaring van dieselfde vereniging verklaar: “*I will not use my medical knowledge to violate human rights...*”.²⁵⁷ Die sinergie tussen openbare gesondheid en menseregte word ook beklemtoon deur skrywers soos Jonathan Mann²⁵⁸ met sy uitspraak dat

“...in the modern world, public health officials have ... two fundamental responsibilities to the public: to protect and promote public health, and to protect and promote human rights”.

Daar word aan die hand gedoen dat dit te verstane is dat verwarring by gesondheidsorgwerkers mag bestaan oor wat medies-eties aanvaarbaar is

²⁵⁴ In *Christian Lawyers Association of SA and Others v Minister of Health and Others* 1998 4 SA 1113 T op 1123 is beslis dat die fetus nie regte ingevolge die Grondwet geniet nie. Sien ook Swanepoel: 2006 wat oor die regstatus van die embryo en fetus handel.

²⁵⁵ Suid-Afrika is 'n lid van die WMV en gebonde aan die Deklarasies van die vereniging soos byvoorbeeld die Deklarasies van Oslo en Genève wat betrekking het op mediese etiek.

²⁵⁶ WMV Handleiding 2009:57.

²⁵⁷ WMV Handleiding 2009:18.

²⁵⁸ Warriner ea 2006:17.

in geval van byvoorbeeld die weiering om betrokke te wees by 'n aborsie hetsy weens geloofsoortuiging of weens ander oorwegings soos byvoorbeeld dat die vrou volgens die oorwoë mening van die gesondheidsorgwerker erge sielkundige letsels sal oorhou as gevolg van die aborsie en wat die regsgevolge van sodanige weiering mag wees.

3.3.2. Dubbele etiese standaarde by aborsie in Australië

Francis,²⁵⁹ met verwysing na die situasie in Australië, lewer hewige kritiek teen medici in daardie land wat algemeen aanvaarde medies-etiese beginsels in geval van aborsie ignoreer. Sy verwys na riglyne wat deur die National Health and Medical Research Council van Australië uitgereik is, wat bepaal dat medici wat ultraklank aanwend om die tydperk van gestasie te bepaal, verplig is om die skerm van die toestel buite sig van die swanger vrou wat 'n aborsie versoek het, te hou aangesien beelde van die fetus haar van mening kan laat verander om die aborsie te ondergaan. Só 'n aanbeveling sal volgens haar in alle ander mediese prosedures as ongehoord en onhoudbaar beskou word en inderdaad as wanpraktyk geklassifiseer word aangesien ingeligte besluitneming sodoende verhoed kan word.

In die meeste Westerse lande bestaan minimum vlakke van professionele standaarde, maar Francis²⁶⁰ meen dat 'n "*curious anomaly*" in geval van aborsie bestaan waar inligting opsetlik van die pasiënt weerhou word. As voorbeeld word daar deur haar na pasiënte wat heupvervangings of tonsillektomies moet ondergaan, verwys. Sulke pasiënte word verplig om na 'n video van die operasie en die nasorg te kyk terwyl volledige inligting oor die moontlike gevolge en risiko's verbonde aan die

²⁵⁹ 2004:16.

²⁶⁰ 2004:18.

prosedure gegee word en alternatiewe behandelingsmetodes wat oorweeg kan word. In skrilte kontras hiermee word enige voorgestelde wetgewing wat ten doel het om aan swanger vroue inligting oor alternatiewe vir aborsie te verskaf, of vereis dat daar na fotografiese materiaal van fetale ontwikkeling gekyk word alvorens die aborsie plaasvind, ten sterkste deur pro-aborsie groepe teengestaan.²⁶¹ Sy betwyfel dat die stand van sake kwalik bestaan ter versekering van die vryheid van keuse en die outonomie van die swanger vrou, maar eerder materialisties gedrewe word deur (private) aborsieklinieke.²⁶²

Francis²⁶³ wys uit dat geen statutêre verpligting op aborsieklinieke in Australië bestaan, in teenstelling met ander mediese prosedures, dat die dokter of ander persoon wat die aborsie uitvoer voor die prosedure die pasiënt sien nie en is geen opvolgbesoeke na die uitvoer van die aborsie verpligtend nie. Hierbenewens bestaan daar geen verpligting om die onderstaande risiko's en gevolge van aborsie aan pasiënte te verduidelik nie:²⁶⁴

- Geen familiegeskiedenis van depressie of geestesongesteldheid word van die swanger vrou geneem voor die aborsie nie, terwyl getuienis bestaan dat 10% vroue na aborsie ernstige disfunksie in die verband beleef.
- Die risiko van borskanker by vroue bo 45 jaar oud verhoog substansieel waar aborsies onder die ouderdom van 18 jaar op die vrou uitgevoer is asook waar die vrou na die ouderdom van 29 jaar

²⁶¹ Francis 2004:18.

²⁶² Francis 2004:17.

²⁶³ 2004:19-20.

²⁶⁴ Ingevolg artikel 6(1) van die National Health Act moet die pasiënt ten volle ingelig word van die voordele, risiko's, koste en gevolge wat gewoonlik met die prosedure ondervind word.

weer vir die eerste keer swanger raak na die aborsie, maar dié feite word nie onder die pasiënt se aandag gebring nie.

- Premature geboortes is die hooforsaak van serebrale gestremdheid by kinders. Aborsie het dikwels 'n “inkompetente serviks” tot gevolg wat premature geboortes as resultaat het. Die kans van premature geboortes verdubbel na twee aborsies. Ingeligte toestemming moet noodgedwonge langtermyngevolge insluit en nie net fokus op onmiddellike risiko's nie. Tog word hierdie moontlike gevolge nie aan die swanger vrou voor die aborsie verduidelik nie.²⁶⁵
- Die groeiende vraag na IVB en surrogasie kan dikwels aan vorige aborsies toegeskryf word - tog hoef die moontlikheid nie aan die pasiënt verduidelik te word nie.

Die risiko van litigasie teen aborsieklinieke het in die onlangse verlede tot gevolg gehad dat gemelde risiko's en gevolge van aborsie wel deur aborsieklinieke in Australië aan swanger vroue verduidelik word. Francis²⁶⁶ meen egter dat die regering en die mediese professie skuldig is aan die versuim om swanger vroue behoorlik toe te rus ten einde ingeligte besluite te neem of te beskerm teen aborsietrauma wat dikwels in Australië regstaple tot gevolg het. Geen bystand word byvoorbeeld verleen aan vroue wat deur eggenote, ouers, ensovoorts gedwing word om aborsies te ondergaan nie aangesien swangerskapsondersteuningsgroepe verbied word by aborsieklinieke.

3.3.3. Etiek en aborsie in die Verenigde State van Amerika

²⁶⁵ In Texas word gemelde moontlike gevolge/risiko's spesifiek onder die aandag van die swanger vrou gebring. Francis 2004:20.

²⁶⁶ 2004:21.

In die waterskeidende Amerikaanse beslissing *Roe v Wade*²⁶⁷ is beslis dat die persoonlike outonomie van die vrou enige teenstrydige geloofsoortuiging, morele of sosiale belang oorskadu en aborsie op aanvraag dus toelaatbaar is. Hierdie beslissing word vandat dit gemaak is tot op hede steeds ernstig deur pro-lewe groeperinge gekritiseer - vanuit Christelike of ander oortuiging - ongeag die feit dat die beslissing strook met internasionaal aanvaarde menseregte van die vrou. Aborsie kon na hierdie beslissing op aanvraag en onbeperk tot die laaste moment voor geboorte in die VSA uitgevoer word totdat dit deur die Bush administrasie verander is.²⁶⁸

Hedayat,²⁶⁹ ’n Moslem medikus verbonde aan ’n pediatriese intensiewe sorgeenheid in die VSA, wys uit, 34 jaar nadat die beslissing gemaak is, dat die *Roe*-beslissing oorweldigend wêreldwyd deur honderde duisende Islamitiese geleerdes (“*scholarship*”) verwerp word, maar ook verwerp behoort te word op grond van blote “*common sense*”. Volgens hom verklaar die WMV:

“The patient has the right to choose freely and change his/her physician...Every patient has the right to be cared for by a physician...without any outside inference. The patient shall always be treated in accordance with his/her best interests”,

maar vind dit vreemd dat die fetus slegs as ’n “pasiënt” deur die WMV beskou word indien daar deur die moeder besluit word om die fetus vol termyn te dra, maar geen individualiteit besit indien sy anders besluit nie. Verder wys hy uit dat die WMV se Ottawa Deklarasie aangaande die

²⁶⁷ Unites States Supreme Court 1973:410:959.

²⁶⁸ Francis 2004:16. Sien Boland 2010:84 vir ’n uiteensetting van die huidige posisie in die VSA met betrekking tot aborsie in die tweede trimester.

²⁶⁹ 2007:18.

regte van die kind, ongebore kinders uitsluit wat meebring dat die fetus geen regte volgens die vereniging besit nie.²⁷⁰ Hy beskou die ongebore fetus as ’n “*separate patient within the womb*” en dat dit dus op dieselfde mediese sorg as enige ander pasiënt geregtig is – ’n beskouing wat hy op Islamitiese beginsels baseer. Hy vind dit verder eties onaanvaarbaar dat die *Convention on Human Rights and Biomedicine* aborsie op grond van geslagsleksie immoreel en verbode verklaar, maar aborsie op aanvraag en weens geen besondere rede nie, goedkeur.²⁷¹

’n Golf van anti-aborsie wetgewing is tans in die VSA aan die ontwikkel en dit wil voorkom asof die pro-lewe beweging meer georganiseerd is en meer momentum verkry. Strategiese pro-lewe groepe het volgens ’n onbekende skrywer²⁷² voordeel getrek uit die “*over-reaching extremism*” van die *Roe*-beslissing. Vordering is deur hierdie groepe gemaak deur die invoer van verpligte kennis aan ouers, ingeligte besluit en die verbod op gedeeltelike-geboorte aborsie ten einde die openbare mening te swaai en stelselmatig die *Roe*-beslissing te ondermyn.

In Mississippi is vyftien pro-lewe wette in die laaste veertien jaar aanvaar wat ’n 60% daling in aborsiesyfers meegebring het. In Suid-Dakota bestaan daar slegs een aborsiekliniek wat dokters vanaf Minnesota moet invlieg om aborsies uit te voer aangesien geen plaaslike dokter betrokke wil wees by aborsie nie. In 2006 is daar selfs wetgewing in hierdie staat aanvaar wat ’n totale verbod op aborsie geplaas het met geen uitsondering vir swangerskappe as gevolg van verkragting of bloedskande nie. Die enigste uitsondering wat in dié Wet bestaan het was indien die moeder se lewe deur die voortgesette swangerskap bedreig is. Hierdie ongekende en

²⁷⁰ Hedayat 2007:19.

²⁷¹ Hedayat 2007:19.

²⁷² Anoniem 2007:23.

uiters streng wetgewing het egter 'n onverwagte teenreaksie van die gemeenskap in daardie staat ontlok wat uiteindelik tot 'n referendum gelei het waartydens die Wet verwerp is.²⁷³ 'n Meningsopname na die verwerping van die Wet het (vreemd genoeg) getoon dat 59% van die gemeenskap die Wet sou gesteun het indien dit die uitsonderings van verkragting en bloedskande bevat het. Die totale verbod op aborsie het uiteindelik dus teenproduktief vir die pro-lewe groeperings gewerk. Op 22 Maart 2011 het die Republikeinse goewerneur van Suid-Dakota nietemin 'n wetsontwerp onderteken wat 'n drie dae wagperiode verpligtend maak, met die doel dat die swanger vrou wat aansoek gedoen het vir aborsie indringende berading moet ontvang voor die prosedure uitgevoer mag word.²⁷⁴

Die invloed van konserwatiewe politici in die VSA na die 2008-verkiesings het verder stukrag verleen aan 'n vlag anti-aborsie wetgewing. Florida is een van ten minste tien state in die VSA wat tans wetgewing voorstel wat bepaal dat aborsie voorafgegaan moet word deur verpligte ultraklank skandering. Sommige state stel selfs voor dat die uitslae hiervan aan die vrou getoon moet word.²⁷⁵ In Georgia is wetgewing voorgestel dat “prenatal murder” tot 'n misdad verhef word en strafbaar moet wees ingevolge die staat se manslag wetgewing.²⁷⁶ Boland²⁷⁷ meen dat talle state in die VSA struikelblokke in die verkryging van aborsies plaas deur beperkende bepalings wat beslis nie gerig is op die beskerming van die vrou se gesondheid nie – wat dikwels deur die state as rede vir die beperkings voorgehou word.

²⁷³ Steinmetz 2011:12.

²⁷⁴ Steinmetz 2011:12.

²⁷⁵ Steinmetz 2011:12.

²⁷⁶ Steinmetz 2011:12.

²⁷⁷ 2010:73.

3.3.4. Eerste, tweede en derde trimester aborsies: behoort daar eties 'n onderskeid te wees?

Boland²⁷⁸ verklaar dat gedurende die laaste helfte van die twintigste eeu die meeste lande se aborsiewetgewing geliberaliseer is deur toelaatbare aborsies en metodes aan die tydperk van swangerskap, eerste trimester (tot op 13 weke) en tweede trimester (tot op 28 weke), te koppel. Hy meen egter dat hierdie onderskeid uitgedien raak weens die snelle ontwikkeling van nuwe aborsiemetodes, meer spesifiek die aborsiepil, en veranderings in mediese praktyk, maar wys uit dat die reg stadiger aanpas as die mediese praktyk. Tans word aborsie in die 191 lande wat deur hom geëvalueer is, vry algemeen toegelaat in die eerste trimester, minder in die tweede trimester en origens met sekere uitsonderings nie na 28 weke swangerskap nie.²⁷⁹ Volgens Boland²⁸⁰ bestaan daar verskeie grondige redes waarom aborsies in die latere stadia van swangerskap eers versoek kan word:

- Sommige vroue besef nie dat hul swanger is nie of verkeer in ontkenning oor die feit.
- Sommige verkeer onder druk van familieleden of lewensmaats om die besluit uit te stel of is self onseker wat hulle te doen staan.
- Sommiges se omstandighede verander weselik na 'n gewenste swangerskap of 'n ernstige fetale afwyking word eers laat in die swangerskap gediagnoseer.
- 'n Gebrek aan fondse om die aborsie te laat uitvoer toe die aanvanklike besluit en keuse op aborsie gemaak is.

²⁷⁸ Boland 2010:67.

²⁷⁹ Boland 2010:67. Sien 77-86 vir 'n uiteensetting van die vereistes vir aborsie gedurende die tweede trimester en die tydskedules daaraan gekoppel in die verskillende lande deur hom ondersoek.

²⁸⁰ 2010:68.

- Gebrek aan inligting oor waar en onder watter omstandighede aborsies uitgevoer kan word en lang afstande wat afgelê moet word na aborsiefasiliteite – dikwels selfs na ander lande omdat aborsie dienste nie plaaslik beskikbaar is nie.
- Verdragings in die verkryging van swangerskaptoetsuitslae of die blote verkryging van selfs ’n kliniekafspraak om aansoek om aborsie te doen.
- Die stigma van aborsies in die tweede trimester.

In Suid-Afrika vind 25% van alle aborsies gedurende die tweede trimester plaas. Die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap maak egter onder sekere beperkende omstandighede voorsiening vir aborsie ná die twintigste week van swangerskap tot die laaste moment voor geboorte. McQuoid-Mason²⁸¹ is die mening toegedaan dat die beperkings wat deur die wetgewer op aborsies na die twintigste week van swangerskap geplaas het, naamlik dat die voortgesette swangerskap die lewe van die vrou in gevaar stel, erge misvorming van die fetus sal veroorsaak of ’n benadeling vir die fetus sal inhou,²⁸² onkonstitusioneel is aangesien dit ’n “onnodige las” op die vrou plaas om die vereistes deur die wetgewer gestel, te bewys.²⁸³ Hy meen, soos reeds genoem, dat dié bepalings selfs meer beperkend is as die Wet se voorganger²⁸⁴ aangesien daardie Wet voorsiening gemaak het vir aborsie te enige tyd van die swangerskap wat gevolg het op verkragting of bloedskunde terwyl die huidige Wet nie sodanige bepalings bevat nie.

²⁸¹ 2006:121.

²⁸² Wet 92/1996: Art 2(1)(c).

²⁸³ McQuoid-Mason 2006:132.

²⁸⁴ Artikel 3(1) van die Wet op Aborsie en Sterilisasie 2/1975.

3.3.5. 'n Veranderde openbare mening jeens aborsie in Suid-

Afrika?

Onveilige aborsies was 'n groot openbare gesondheidsorgprobleem en -las in Suid-Afrika, soos elders in ontwikkelende lande, en die hooforsaak van talle materne sterftes en ongeskiktheid. Die kwesbaarstes en gemarginaliseerdes in die samelewing is diegene wat nie toegang tot veilige gesondheidsorgdienste het nie: miljoene arm vroue, jong vroue, plattelandse vroue. Dit is hierdie groep mense en hul families wat hoofsaaklik met die gevolge van onveilige aborsies gekonfronteer is. Veral in Afrika, waar die oorbelaaiete gesondheidsorgsisteme meestal nie eens die mees basiese gesondheidsorgdienste kan verskaf nie, is daar selfs minder middele beskikbaar vir vroue wat aan gevolge van aborsies wat in die eerste plek voorkom kon word, ly.²⁸⁵

Suid-Afrika beskik tans oor van die mees liberale aborsie-wetgewing in die wêreld.²⁸⁶ Die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap is op 1 Februarie 1997 gepromulgeer wat 'n *klaarblyklike* verandering in die algemene Suid-Afrikaanse gemeenskap se houding jeens aborsie reflekteer. Die nuwe Wet het radikaal afgewyk van die vorige Wet.²⁸⁷

Die Suid-Afrikaanse wetgewer het oënskynlik die enorme las wat onveilige aborsies op die openbare gesondheidsorgsisteme geplaas het, as 'n onaangename werklikheid geïdentifiseer en deur die Wet aangespreek. Basiese waardes van menswaardigheid, die gelykheid en sekuriteit van die persoon, nie-rassisme en nie-seksisme en die bevordering van menseregte en -vryhede wat 'n demokratiese Suid-Afrika ten grondslag

²⁸⁵ Warriner ea 2006:117.

²⁸⁶ Ngwena 2003:2.

²⁸⁷ Wet op Aborsie en Sterilisering 2/1975.

lê, word ook deur die Wet erken. Beperkende en ontoeganklike vroeëre bepalings in Suid-Afrika is met die Wet herroep en die reprodktiewe regte en verbreding van vryheid van keuse van elke vrou om te kies om 'n vroeë, veilige en wettige beëindiging van swangerskap ooreenkomstig haar individuele oortuigings te verkry,²⁸⁸ gevestig. Die gemeenskap is met die Wet gedwing om die realiteit in die oë te staar en te erken dat talle Suid-Afrikaanse vroue, ongeag beperkende aborsiewetgewing, steeds onwettige en gevaarlike aborsies ondergaan het omdat hulle (onder andere) nie oor die middele beskik om die kind behoorlik te versorg nie.²⁸⁹

Daar word aan die hand gedoen dat aborsie tans in Suid-Afrika nie meer as geheel teen die openbare mening beskou word nie, maar daar kan terselfdertyd nie ontken word dat dit nie die eenvormige ondersteuning van die hele samelewing geniet nie.²⁹⁰ Suid-Afrika is immers 'n heterogene samelewing en die Suid-Afrikaanse politiek is geanker in demokratiese pluralisme en die diversiteit van sienings word in die aanhef van die Grondwet erken. Dit is dus noodsaaklik dat individuele outonomie gerespekteer moet word ten einde verskillende sienings te akkommodeer en te verdra. Wyd uiteenlopende en onversoenbare sienings oor aborsie heers selfs onder die tradisionele Suid-Afrikaanse gemeenskap en geen morele eenstemmigheid bestaan oor aborsie nie. Die Suid-Sotho's het byvoorbeeld aborsie gekondoneer, maar dit as 'n private, eerder as 'n openbare aangeleentheid, beskou.²⁹¹ Onder die Tswanas was aborsie verbode en inderdaad strafbaar.²⁹² Die mening word gehuldig dat daar nouliks aanvaar kan word dat die meerderheid

²⁸⁸ Sien die aanhef van die Wet.

²⁸⁹ Swanepoel 2006:166.

²⁹⁰ Ngwena 2003:4.

²⁹¹ Ngwena 2003:6.

²⁹² Ngwena 2003:6.

van die Suid-Afrikaanse samelewing eensgesind jeens die aanvaarbaarheid van aborsie is óf dat die Suid-Afrikaanse samelewing 'n meer liberale houding oor aborsie koester as elders.

3.3.6. Die reg op gewetensbeswaar

'n Wet soos die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap wat relatiewe maklik toegang tot aborsie bied en die groot styging in aborsies tot gevolg gehad het, was vanuit die staanspoor met kontroversie gebrandmerk - nie alleen vanuit die oogpunt van die algemene publiek nie, maar ook dié van die gesondheidsorgwerkers wat noodgedwonge deel moet wees van die proses om swangerskappe te beëindig.²⁹³

Volgens beskikbare statistiek het die aantal wettige aborsies van 26 401 in 1997 - die jaar van inwerkingtreding van die Wet – gestyg na 39 328 in 1999. Dit is 'n wesenlike styging vergeleke met die ongeveer 1 000 aborsies per jaar tydens die 1975-Wet.²⁹⁴ Daar moet egter in gedagte gehou word dat die insameling van betroubare aborsie statistieke in Suid-Afrika origens 'n moeilike taak is aangesien die amptelike inligting wat beskikbaar gestel word nie gedetailleerd genoeg is nie. Die beskikbare statistiek vir die tydperk 1997 tot 2006 dui nietemin op 'n enorme styging in die aantal aborsies. Die getal gerapporteerde aborsies het in 2006 gestyg na 83 913. In die genoemde tien jaar tydperk het aborsie dus met ongeveer 316.43% gestyg.²⁹⁵

Wat die beskikbare statistiek in Suid-Afrika wel onthul, is dat toegang tot “veilige aborsie” nie tot die afname in aborsies lei nie – soos dikwels aangeneem word deur internasionale aborsie-agentskappe nie. Ingevolge

²⁹³ Ngwena 2003:4.

²⁹⁴ Ngwena 2003:4.

²⁹⁵ <http://www.abort97.co.za>. Toegang verkry op 2/11/2012.

'n persvystelling in Oktober 2007 deur die Guttmacher Instituut toon aborsie wêreldwyd 'n afname en is die meeste aborsies wettig. In 1996, die laaste jaar waarin aborsie onwettig in Suid-Afrika was, is 1 600 aborsies gerapporteer.²⁹⁶ Wanneer hierdie getal aborsies vergelyk word met die totale aborsies aan die einde van 2006 dui dit op 'n styging van 5 244.56% in Suid-Afrika. Gevolglik het die beskikbaarheid van “veilige en wettige” aborsies in Suid-Afrika nie tot 'n afname in aborsies gelei nie, maar eerder tot 'n astronomiese groei.²⁹⁷ Medici in Suid-Afrika word dus toenemend met die uitvoer van aborsies gekonfronteer.

Die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap swyg oor die reg op gewetensbeswaar van gesondheidsorgwerkers alhoewel die Grondwet die reg op vryheid van gewete, godsdiens, denke en oortuiging van mening waarborg.²⁹⁸ Ngwena²⁹⁹ meen dat die wetgewer doelbewus dié bepaling uit Wet 92 van 1996 gelaat het aangesien die aanvanklik voorgestelde gewetensbeswaarklausule binne en buite die Parlement skerp gekritiseer is as synde te beperkend op die reg op gewetensbeswaar en die onmoontlikheid om konsensus daaroor te bereik die finale inwerkingtreeding van die Wet ongewens sou vertraag het.

Die reg op gewetensbeswaar word nietemin wêreldwyd as fundamentele reg erken en in verskeie internasionale menseregte instrumente vervat. Voorbeelde hiervan word aangetref in die *Universele Deklarasie van Menseregte*, die *International Covenant on Civil and Political Rights*, die *European Conventions on Human Rights* en die *African Charter on*

²⁹⁶ Hier moet weliswaar in gedagte gehou word dat die syfer waarskynlik in die praktyk veel hoër moes wees aangesien onwettige aborsies beslis nie aangemeld is nie.

²⁹⁷ <http://www.abort97.co.za>. Toegang verkry op 5/11/2012.

²⁹⁸ Artikel 15.

²⁹⁹ 2003:9.

Human and Peoples' Rights.³⁰⁰ Daar is ook na die *Roe*-beslissing in die VSA deur verskeie state wetgewing wat voorsiening maak vir die reg op geloofsbeswaar teen aborsie, afgekondig.³⁰¹ Die Engelse Abortion Act of 1967 maak ook daarvoor voorsiening.³⁰²

Ngwena³⁰³ meen dat die verlening van 'n reg op gewetensbeswaar noodsaaklik is gegewe die onoorkombare verskille en morele kontroversie in die mediese etiek oor aborsie en dat dit verkeerdelik deur die Suid-Afrikaanse wetgewer in die 1996-Wet weggelaat is. Die uitoefening van hierdie reg deur gesondheidsorgwerkers streef na die beskerming van morele integriteit en menswaardigheid van die individu. Die insluit van die bepaling in die Wet sou derhalwe definitiewe grense aan die regte van medici en vroue gestel het aldus Ngwena en groter regsekerheid tot gevolg gehad het.³⁰⁴

Dit kan nie ontken word dat daar 'n enorme konflik bestaan tussen die reg op toegang tot reprodktiewe gesondheidsorg en die vrou se reg om besluite oor haar voortplanting te neem soos vervat in die Grondwet³⁰⁵ enersyds en andersyds die reg op vryheid van gewete, godsdiens, denke, oortuiging en mening wat elkeen het nie en wat gesondheidsorgwerkers ook in die uitvoering van hul mediese pligte besit.³⁰⁶ In die Suid-Afrikaanse konteks is hierdie konflik van besondere belang aangesien die gesondheidsorgdienste waarna in artikel 27(1)(a) van die Grondwet

³⁰⁰ Ngwena 2003:5.

³⁰¹ Ngwena 2003:8.

³⁰² McQuoid-Mason 2010:77.

³⁰³ 2003:7.

³⁰⁴ Ngwena 2003:7, 16.

³⁰⁵ Art 27(1)(a) en 12(2)(a). Hierdie regte word ook erken deur die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92/1996.

³⁰⁶ Artikel 15(1).

verwys word, grootliks in die openbare gesondheidsorgsisteem deur medici wat deur die staat vergoed word, gelewer word.³⁰⁷

Verskeie vrae oor die posisie van die gesondheidsorgwerker in diens van die staat wat weier om deel te neem aan aborsie op grond van gewetensbeswaar tree na vore:

- Wat is die staatsdokter/-verpleegkundige se statutêre en etiese verpligtinge in sodanige situasie?
- Besit die staatsdokter/-verpleegkundige enigsins die reg op gewetensbeswaar wanneer die bepalings van Wet 92 van 1996 toegepas moet word?
- Strek die reg op gewetensbeswaar so ver dat die beëindiging van 'n swangerskap voorkom of verydel kan word?
- Strek die reg op gewetensbeswaar so ver dat die reg om te weier om inligting oor die bepalings van Wet 92 van 1996 te verstrek, ingesluit word?³⁰⁸
- In watter mate word die staatsdokter/-verpleegkundige se reg op gewetensbeswaar ingevolge sy/haar dienskontrak regmatig beperk?

As algemene vertrekpunt geld die beginsel dat mediese dokters nie onder verpligting is om elke pasiënt wat hom/haar raadpleeg, te behandel nie, tensy dit 'n noodgeval is,³⁰⁹ hy/sy onder kontraktuele verpligting is³¹⁰ of onder statutêre verpligting verkeer.³¹¹ Staatshospitale verkeer egter onder statutêre verpligting om gesondheidsorg te verskaf aan diegene wat daarvoor kwalifiseer en staatsdokters is kontraktueel gebonde om namens

³⁰⁷ McQuoid-Mason 2010:75.

³⁰⁸ McQuoid-Mason 2010:75.

³⁰⁹ Grondwet: art 27(3). Art 5 van die National Health Act bepaal ook: "A health care provider, health worker or health establishment may not refuse a person emergency medical treatment".

³¹⁰ *Magware v Minister of Health* 1981 4 SA 472 Z.

³¹¹ National Health Act: art5.

hul werkgewer, die staat, hierdie dienste te lewer.³¹² Die staatsdokter is nie in die “bevoorregte posisie” van die privaat praktisyn om te kies en keur nie. Die Grondwet³¹³ bepaal dat elkeen die reg op toegang tot gesondheidsorgdienste, met inbegrip van reprodktiewe gesondheidsorg, het en by implikasie dus ook die reg op mediese bystand met die beëindiging van swangerskap. Elkeen wat nie oor die middele beskik om van die privaat gesondheidsorgsisteem gebruik te maak nie, het dus die reg om op hierdie dienste aan te dring in die openbare gesondheidsorgsisteem - wat verplig is om dit te lewer onderhewig aan die beskikbare middele.³¹⁴

Dada en McQuoid-Mason³¹⁵ meen dat dit ’n onhoudbare situasie sal wees indien die staat oor die nodige finansiële, tegniese en menslike hulpbronne in ’n besondere staatshospitaal beskik, maar die mediese personeel van die hospitaal weier om weens persoonlike gewetensbeswaar aan wettige aborsies deel te neem. Hulle konstateer dat daar onder sulke omstandighede ’n regsplig op die staat rus om toe te sien dat gesondheidsorgwerkers in alle staatshospitale aangestel sal wees wat deurentyd beskikbaar *en bereidwillig is* om wettige aborsies uit te voer.

In noodgevalle waar daar ’n ernstige risiko dat die pasiënt se lewe in gevaar is of die gevare verbonde aan ernstige siekte bestaan, is enige dokter ongeag hy/sy in diens van die staat is of nie, moreel, eties en wetlik verplig om mediese bystand te verleen ten einde die oorsaak van die risiko insoverre dit prakties moontlik is, te verminder of uit te sluit. Die beginsel geld selfs al is die persoon op die gegewe tydstip nie ’n

³¹² McQuoid-Mason 2010:75.

³¹³ Art 27(1)(a).

³¹⁴ Grondwet: art 27(2). Sien ook *Soobramoney v Minister of Health, Kwa-Zulu-Natal* 1998 1 SA 765 CC.

³¹⁵ 2010:75.

pasiënt van die betrokke dokter nie. McQuoid-Mason³¹⁶ doen aan die hand dat 'n dokter wat in sodanige situasie weier om noodbehandeling te verleen *contra bonos mores* en dus onregmatig optree. In die lig hiervan meen hy dat waar 'n noodgeval weens swangerskap ontstaan daar dieselfde morele-, etiese- en regsplig op die dokter rus om die swangerskap te beëindig met die voorbehoud dat dit veilig en in ooreenstemming met goeie mediese praktyk gedoen kan word. Die Grondwet waarborg in elk geval, soos reeds genoem, die reg op nood mediese behandeling.³¹⁷

Ten spyte van die voorsiening vir gewetensbeswaar, bestaan daar in Engeland 'n plig op medici om aborsies wat noodsaaklik is om die lewe van die swanger vrou te red of om ernstige permanente skade aan die geestelike- of fisiese welsyn van die vrou te voorkom, uit te voer. Dit blyk ook asof dokters en verpleegpersoneel in nie-noodsituasies onder verpligting verkeer om die pasiënt na 'n ander dokter te verwys indien hy/sy weens geloofsbeswaar nie die aborsie wil uitvoer nie. Versuim om 'n pasiënt te verwys wat later skade as gevolg van die feit dat die aborsie nie uitgevoer is nie ly, sal tot regs aanspreeklikheid aanleiding gee en dit sal nie enige verweer daarstel indien die dokter of verpleegpersoneel aanvoer dat hy/sy op grond van gewetensbeswaar opgetree het nie.³¹⁸ McQuoid-Mason³¹⁹ doen aan die hand dat soortgelyke regsbeginsels in Suid-Afrika in geval van noodsituasies ten aansien van staats- en privaatdokters geld. Kontrakbreuk tussen werkgewer en werknemer kan ook onder sekere omstandighede ter sprake wees indien die staatsdokter

³¹⁶ 2010:75.

³¹⁷ Art 27(3).

³¹⁸ McQuoid-Mason 2010:76.

³¹⁹ 2010:76.

in stryd met sy/haar dienskontrak optree deur te weier om swangerskappe te termineer.

3.3.7. Die reg op gewetensbeswaar en die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap

Die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap³²⁰ bepaal dat enige persoon wat die regmatige beëindiging van 'n swangerskap verhoed of toegang tot 'n fasiliteit vir die beëindiging van 'n swangerskap verhinder aan 'n misdryf skuldig is en strafbaar met 'n boete of gevangenisstraf van hoogstens tien jaar. Dit kan geargumenteer word dat 'n dokter wat versuim om 'n pasiënt onder hierdie omstandighede na 'n ander bereidwillige dokter te verwys, die Wet oortree, maar dat dit terselfdertyd 'n inbreukmaking op die pro-lewe dokter se reg op gewetensbeswaar daarstel aangesien hy/sy van oordeel mag wees dat sodanige verwysing op medepligtigheid aan moord neerkom.

Die vraag word dikwels gestel of sodanige inbreukmaking op die reg op gewetensbeswaar geregverdig ingevolge die Grondwet is? Die antwoord word in die beperkingsklousule van die Grondwet³²¹ gevind wat bepaal dat regte in die Handves van Regte slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk kan word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing. In die beoordeling van die vraag of die beperking redelik en regverdigbaar is, moet die volgende faktore in ag geneem word:

- Die aard van die reg.
- Die belangrikheid van die doel van die beperking.

³²⁰ Art 10(1)(c).

³²¹ Art 36(1).

- Die aard en omvang van die beperking.
- Die verband tussen die beperking en die doel daarvan.
- 'n Minder beperkende wyse om die doel te bereik.

Artikel 10 van Wet 92 van 1996 verwys na “enige persoon” wat die beëindiging van 'n swangerskap verhoed of toegang tot 'n aborsiefasiliteit verhinder. Die artikel in die Wet het dus algemene gelding en sluit ooglopend gesondheidsorgwerkers in. McQuoid-Mason³²² meen dat die vraag of die inbreukmaking op die reg op gewetensbeswaar redelik en geregverdig is, bevestigend in die lig van die beperkingsklousule en wel om die volgende redes beantwoord moet word:

- Die aard van die reg op gewetensbeswaar is sodanig dat dit nie absolute gelding ten gunste van medici, veral in noodgevalle en in geval van staatsdokters, het nie.
- Die beperking het 'n uitsonderlik belangrike doel naamlik om te verseker dat die swanger vrou wat begerig is om haar grondwetlike³²³ en statutêre³²⁴ regte uit te oefen nie verhoed word om dit te doen nie.
- Die aard en omvang van die beperking is nie te wyd nie aangesien dit slegs op wettige beëindiging van swangerskappe betrekking het en nie dokters in nie-noodsituasies verplig om aktief by aborsies betrokke te wees nie.
- Die beperking is redelikerwys verbind aan die doel om vroue wat kwalifiseer in staat te stel om hul regte uit te oefen sonder dat hul verhinder of verhoed word om dit te doen nie.

³²² 2010(2):76.

³²³ Art 12(2) van die Grondwet.

³²⁴ Wet 92/1996: art 2(1).

- Die beperkingsklousule beperk die reg op gewetensbeswaar so min as moontlik aangesien dit so geïnterpreteer word dat dokters slegs verplig is om aborsies in noodsituasies uit te voer of waar geen ander dokter beskikbaar is nie, maar in alle ander gevalle, bloot die pasiënt na 'n bereidwillige dokter te verwys.³²⁵

Ingevolge die bepaling van Wet 92 van 1996³²⁶ moet die vrou wat die beëindiging van 'n swangerskap verlang oor haar regte kragtens die Wet deur die betrokke persoon ingelig word. Sommige skrywers³²⁷ meen ook dat die wetgewer se doel met hierdie professionele verpligting om inligting te verskaf, is dat die swanger vrou se reprodktiewe outonomie en reg op toegang tot gesondheidsorg nie deur die geloofsoortuigings van gesondheidsorgwerkers beïnvloed word nie. Hierdie nuut geskepte statutêre plig kan egter ook inbreuk op die reg op gewetensbeswaar van die gesondheidsorgwerker maak wat verplig word om inligting oor haar regte en gesondheidstoestand³²⁸ te verskaf aan die swanger vrou aangesien sommige gesondheidsorgwerkers die blote verskaffing van inligting as steunverlening aan aborsie/moord vertolk en dus problematies is.³²⁹ McQuoid-Mason³³⁰ meen egter dat die beperking van die reg op gewetensbeswaar in die geval van verpligte verskaffing van inligting op dieselfde gronde hierbo genoem, redelik en regverdigbaar is.

3.3.8. Toestemmingskwessies by swanger kinders

Elke swanger vrou, ongeag haar ouderdom, het nie alleen die statutêre reg om aanspraak te maak op die beëindiging van swangerskap nie, maar ook

³²⁵ McQuoid-Mason 2010:76.

³²⁶ Art 6.

³²⁷ Morroni ea 2006:38.

³²⁸ National Health Act: art 6(1).

³²⁹ Morroni ea 2006:38.

³³⁰ 2010:77.

die bevoegdheid om toe te stem daartoe.³³¹ Op die oog af wil dit voorkom asof die situasie eenvoudig is, maar die Children's Act³³² wat op 1 April 2010 in werking getree het, maak voorsiening vir verskillende ouderdomme en omstandighede waarop kinders onafhanklik of met bystand tot onderskeidelik mediese behandeling en chirurgiese prosedures kan toestem.³³³

Ingevolge die Children's Act word die ouderdom van 12 jaar as vertrekpunt gebruik met die bykomende riglyn dat die kind oor die nodige rypheid/volwassenheid en verstandelike vermoëns beskik om die voordele, risiko's, sosiale en ander implikasies van die *mediese behandeling* te verstaan. 'n Kind bo 12 jaar kan onder sulke omstandighede self toestem tot die behandeling. Die bystand van 'n ouer/voog word vereis vir *mediese behandeling* en *chirurgiese prosedures* van kinders onder die ouderdom van 12 jaar asook by *chirurgiese prosedures* indien die kind ouer as 12 jaar is en nie oor die nodige rypheid beskik of nie die voordele, risiko's of sosiale implikasies van die prosedure kan verstaan nie.

Op die oog af is die bepalings rakende die ouderdom van die pasiënt wat toestemming kan verleen soos in die Children's Act in stryd met die Wet op die Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap. Die gevolg hiervan is dat gesondheidsorgwerkers dikwels onseker is of jong dogters regtens in staat is om behoorlike ingeligte toestemming vir die beëindiging van swangerskappe te verleen. Verdere verbandhoudende kwessies wat hier ter sprake kan kom is:

³³¹ Wet 92/1996: art1, 5(1) en (2).

³³² Wet 38/2005.

³³³ Art 129. Sien ook art 7 van die National Health Act vir vereistes by die verkryging van ingeligte besluit.

- Kan 'n swanger dogter onder die ouderdom van 12 jaar, wat genoegsaam volwasse en geestelik in staat is daartoe, sonder ouerlike toestemming tot die beëindiging van haar swangerskap toestem?
- Sal sy sonder ouerlike bystand tot 'n chirurgiese prosedure wat tydens die beëindiging van haar swangerskap noodsaaklik raak, kan toestem?

Ingevolge artikels 1, 5(2) en (3) van Wet 92 van 1996 is dit duidelik dat die swanger vrou van *enige ouderdom* tot die beëindiging van haar swangerskap ondanks die bepalinge van enige ander Wet of die gemenerereg, toestemming kan verleen. In geval van 'n minderjarige moet sy deur die dokter of geregistreerde vroedvrou geadviseer word om haar ouers, voog, familielede of vriende te raadpleeg alvorens die swangerskap beëindig word. Indien sy egter weier om hulle te raadpleeg, mag die beëindiging van die swangerskap nie as gevolg daarvan geweier word nie.³³⁴ Só 'n pasiënt moet egter steeds in staat wees om ingeligte toestemming tot die prosedure te gee. Die Wet³³⁵ bepaal “ingeligte toestemming” vir doeleindes van artikel 7 deur *regsbevoegde* persone wat ooreenkomstig die bepalinge van artikel 6 van die Wet van hul regte ingelig is, verleen kan word.

Ingeligte toestemming behels dat die swanger kind:

- (a) Oor kennis moet beskik wat die aard en omvang van benadeling verbandhoudend aan die beëindiging van 'n swangerskap is.
- (b) Bewus moet wees van die gevolge van die beëindiging van 'n swangerskap en dit moet begryp.

³³⁴ Art 5(3).

³³⁵ Art 7(3).

(c) Inderdaad moet toestem tot die prosedure.

(d) Haar toestemming omvattend moet wees en alle gevolge van die beëindiging van die swangerskap moet insluit.³³⁶

Die National Health Act³³⁷ bepaal dat 'n pasiënt deur die gesondheidsorgwerker ingelig moet word van alle beskikbare diagnostiese prosedures en behandelingsopsies asook die voordele, risiko's, koste en gevolge wat gewoonlik aan elk gekoppel word. Daar moet ook aan haar verduidelik word dat sy die reg het om te weier om die prosedure te ondergaan en wat die implikasies, risiko's en verpligtinge wat voortspruit uit sodanige weiering is. Hierdie verduideliking moet gegee word in die taal wat die pasiënt verstaan en op 'n wyse wat op die geletterdheidsvlak van die pasiënt is en alle redelike stappe moet gedoen word om die ingeligte toestemming van die pasiënt te bekom.³³⁸

Daar word derhalwe aan die hand gedoen dat ouderdom van die swanger kind *per se* irrelevant by die verlening van ingeligte toestemming vir die beëindiging van 'n swangerskap is en enige noodsaaklike chirurgie voortspruitend daaruit met die voorbehoud dat die pasiënt regtens in staat is om ingeligte toestemming te verleen. Indien die gesondheidsorgwerker van oordeel is dat sy nie oor die vermoë beskik om ingeligte toestemming te verleen nie, moet sy ingelig word dat sy die bystand van haar ouer/voog benodig – behalwe waar die ouer/voog nie gekontak kan word nie. In sodanige gevalle kan die superintendent van 'n hospitaal of die Minister onder sekere gegewe omstandighede toestemming verleen.³³⁹

³³⁶ *Castell:425.*

³³⁷ Art 6.

³³⁸ Art 7(2). Sien art 7(1) vir gevalle waarop gesondheidsorg sonder die ingeligte toestemming van die pasiënt kan geskied.

³³⁹ Children's Act: art 139(6) en (7).

3.3.9. Vertroulikheidskwessies by swanger kinders

Die vertrouensverhouding tussen dokter en pasiënt vorm 'n integrale deel van mediese praktyk en die reg op privaatheid.³⁴⁰ Dié reg word beskerm deur die gemenereg,³⁴¹ die Grondwet³⁴² en die National Health Act.³⁴³ Verbreking van die reg op privaatheid mag aanleiding gee tot siviele regstappe teen die dokter. Geldige verwere wat geopper kan word is byvoorbeeld toestemming, 'n hofbevel, 'n statutêre plig of 'n gepriviligeerde geleentheid.³⁴⁴

Die etiese dilemma van gesondheidsorgwerkers verdiep deur die bepalinge van die Wysigingswet op die Strafwet (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede)³⁴⁵ wat 'n verpligting plaas op gesondheidsorgwerkers om seksuele oortredings wat jeens kinders gepleeg is, te rapporteer. Dit bring die jong, swanger pasiënt se reg op vertroulikheid in gedrang. Wat is byvoorbeeld die posisie indien die swanger dogter onder 16 jaar die dokter inlig dat sy haar eerder tot 'n onveilige agterstraat aborsie sal wend indien die dokter oorweeg om haar statutêre verkragting aan te meld? Is die dokter verplig om haar ouers/voogde in te lig indien 'n noodsituasie sou opduik tydens die beëindiging van haar swangerskap waarvan hul onbewus was? Hierdie is medies-etiese vraagstukke wat algemeen voorkom en dikwels nie eenvoudige antwoorde het nie.

³⁴⁰ Carstens en Pearmain 2007:948.

³⁴¹ Dada en McQuoid-Mason 2001:17.

³⁴² Art 14.

³⁴³ Art 14.

³⁴⁴ McQuoid-Mason 2010:14.

³⁴⁵ Art 54.

Soos reeds genoem, bepaal die Wysigingswet op die Strafbreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede)³⁴⁶ dat enigeen wat oor kennis beskik dat 'n seksuele oortreding teenoor 'n kind gepleeg is sodanige inligting onmiddellik aan die polisie moet rapporteer. Die nie-nakoming van hierdie bepaling stel 'n statutêre oortreding daar wat by skuldigbevinding strafbaar is met 'n boete of gevangenisstraf van 5 jaar of beide.³⁴⁷ Beskerming word verleen aan diegene wat in goeie trou sodanige redelike vermoede aan die polisie oordra deur die vrywaring van siviele of kriminele stappe in die Wet.³⁴⁸

Gevalle van statutêre verkragting³⁴⁹ kan uiters problematies raak. Konsensuele seksuele penetrasie met 'n persoon onder die ouderdom van 16 jaar stel statutêre verkragting daar en is maar een van talle misdrywe wat deur die betrokke Wet geskep is en waarmee die gesondheidsorgwerker vertrouwd moet wees. Wanneer 'n swanger persoon onder die ouderdom van 16 jaar haar swangerskap wil beëindig, moet die dokter oorweeg of daar 'n verpligting op hom/haar rus om die oënskynlike seksuele oortreding aan te meld. Die antwoord is nie so eenvoudig nie, want dit berus op die ouderdom van die *man* waarmee sy seksueel verkeer het. Die Wet³⁵⁰ bepaal dat indien daar minder as 2 jaar verskil in die ouderdomme van die seun en dogter wat konsensuele seks gehad het was en hulle beide onder die ouderdom van 18 jaar ten tyde van die seksuele gemeenskap was, dit 'n geldige verweer teen 'n aanklag van statutêre verkragting daarstel. In so 'n geval rus daar dus geen verpligting

³⁴⁶ Art 54(1)(a).

³⁴⁷ Art 54(1)(b).

³⁴⁸ Art 54(2)(c). Art 14(2)(b) van die National Health Act bevat 'n soortgelyke bepaling dat pasiënte se inligting bekend gemaak mag word indien 'n Wet dit vereis.

³⁴⁹ Wysigingswet op die Strafbreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede): art 15.

³⁵⁰ Wysigingswet op die Strafbreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede): art 56(2).

om te rapporteer nie, terwyl die situasie die teenoorgestelde sal wees indien die ouderdomsverskil meer as twee jaar is.

Dit is een van die basiese beginsels van die mediese etiek dat die dokter te alle tye in die beste belang van sy pasiënt moet optree – veral waar die pasiënt ’n kind is.³⁵¹ Soos reeds vermeld, word dit ook van dokters verwag om die vertrouensverhouding tussen dokter en pasiënt te respekteer, maar ook om die Wet³⁵² na te kom. Waar daar dus ’n statutêre plig op die dokter rus om seksuele oortredings jeens kinders te rapporteer, is die dokter verplig om dit te doen tensy hy/sy ’n geldige verweer soos noodtoestand kan opper.³⁵³

Waar die dokter dus gekonfronteer word met die situasie dat ’n swanger kind onder die ouderdom van 16 jaar dreig om haar eerder na agterstraat aborsie te wend indien die dokter die vermeende seksuele oortreding aan die owerhede rapporteer, is behoorlike konsultasie met die pasiënt van uiterste belang. Daar behoort aan die kind verduidelik te word dat die seksuele oortreding in elk geval gerapporteer sal moet word - al word die swangerskap onwettig deur iemand anders beëindig. Die gevare en risiko’s verbode aan agterstraat aborsies behoort volledig uiteengesit te word. Daar behoort ook aan die pasiënt verduidelik te word dat sy haar skuldig maak aan ’n kriminele oortreding indien sy die swangerskap laat beëindig by ’n fasiliteit wat nie ingevolge artikel 3(1) van Wet 92 van 1996 goedgekeur is nie.³⁵⁴ Indien die dokter oortuig is dat die pasiënt beslis haar dreigement sal uitvoer - en haar sodoende aan ernstige gevaar

³⁵¹ Grondwet: art 28(2).

³⁵² Wet 32/2007.

³⁵³ McQuoid-Mason 2010:14. Iemand tree in noodtoestand op, en die handeling is gevolglik regmatig, wanneer daar opgetree word ter beskerming van sy/haar eie liggaam of iemand anders se lewe, liggaam eiendom of ander belang wat deur die reg erken word, wat bedreig word deur gevaar wat reeds begin het of onmiddellik dreigend is en wat nie op ’n ander manier afgeweer kan word nie. Snyman 2006:113.

³⁵⁴ ’n Boete of gevangenisstraf van hoogstens 10 jaar kan by skuldigbevinding opgelê word.

en benadeling blootstel - indien hy/sy die seksuele oortreding rapporteer, mag die dokter besluit om die vertrouensverhouding tussen dokter en pasiënt te eerbiedig en dit nie te rapporteer nie. Die dokter mag moontlik later slaag met 'n verweer van noodtoestand ter beskerming van die pasiënt se belange indien hy/sy daarna aangekla sou word van die oortreding van artikel 54(1)(b) van die Wysigingswet op die Strafbreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) deurdat die seksuele oortreding teenoor die kind nie gerapporteer is nie.³⁵⁵

Dit is van belang om daarop te let dat artikel 10(1)(d) van Wet 92 van 1996 ook 'n statutêre oortreding skep indien “enige persoon...die beëindiging van 'n swangerskap *toelaat* by 'n fasiliteit wat nie ingevolge artikel 3(1) goedgekeur ... is nie”. 'n Dokter wat derhalwe bewus is van die vaste voorneme van die swanger pasiënt om haarself na 'n agterstraat aborsie te wend, mag myns insiens blootgestel wees aan vervolging vir die oortreding van hierdie bepaling indien daar nie pro-aktief opgetree word deur die dokter en duidelik op rekord geplaas word dat die dokter nie die swanger kind se keuse om van agterstraat aborsie gebruik te maak, goedkeur nie en die kind behoorlik van haar regte ingelig het.

In geval van 'n noodsituasie wat tydens die beëindiging van 'n swangerskap van 'n kind ontwikkel, mag die dokter voor die etiese dilemma te staan kom dat die kind vooraf aangedui het dat haar ouer/voog nie ingelig mag word oor die prosedure nie. Die pasiënt se wense moet uiteraard weens die vertrouensverhouding tussen dokter en pasiënt gerespekteer word. Dit is gerade dat daar tydens die verkryging van ingeligte toestemming ter beëindiging van die swangerskap, deur middel van behoorlike konsultasie, verwys moet word na die

³⁵⁵ McQuoid-Mason 2010:14.

moontlikheid van die opduiking van noodsituasies waartydens die kind nie in staat sal wees om enige besluite self te neem nie en vas te stel wat haar wense onder sulke omstandighede sal wees. Daar behoort verwys te word na die bepalings van die National Health Act³⁵⁶ wat voorsiening maak vir die skriftelike magtiging van 'n gevolmagtigde wat namens die pasiënt toestemming tot verdere prosedures mag verleen.

In geval waar die pasiënt nie in staat is om tydens 'n noodsituasie haar wense uit te druk nie, sonder enige vooraf instruksies oor die bekendmaak van inligting aan haar ouer/voog en sonder die uitdruklike aanstel van 'n gevolmagtigde om namens haar toe te stem nie, mag daar geargumenteer word dat die dokter 'n morele, regs- en sosiale plig het om haar ouer/voog in te lig en dat hul albei wedersydse belang het in die oordra en ontvangs van die inligting. Dit sal onder die omstandighede 'n geldige verweer daarstel vir eise teen die dokter weens die verbreking van die vertrouensverhouding en inbreukmaking op privaatheid. Die verweer sal egter nie kan slaag nie indien die pasiënt vooraf uitdruklik geweier het dat die inligting bekend gemaak word of waar sy steeds oor die nodige geestelike vermoëns beskik tydens die noodsituasie en uitdruklik weier dat haar ouer/voog gekontak mag word.³⁵⁷

3.4. Bestaan daar internasionale medies-etiese standarde?

Globalisering en mediese toerisme noodsaak die oorweging van die vraag of daar internasionale medies-etiese standarde bestaan. ART, wat reeds

³⁵⁶ Art 7(1)(a).

³⁵⁷ McQuoid-Mason 2010:14.

hierbo bespreek is, kan as goeie voorbeeld vir die belangrikheid van internasionaal aanvaarde standaarde voorgehou word.

Deur middel van ART word nuwe lewe geskep en die gevolge word deur die kinders wat hierdeur verwek is vir die res van hul lewens gedra. Wanneer 'n voornemende ouerpaar oorsee vertrek vir behandeling, hoop hul om na hul land van herkoms terug te keer as 'n swanger egpaar, maar die uitkoms van die “*cross-border reproductive care*” (hierna genoem CBRC) hou potensiële implikasies vir nie alleen hul eie gesondheid en veiligheid in nie, maar ook vir ander gebruikers van gesondheidsorgdienste en sosiale dienste in 'n land en dit skep boonop ernstige morele-, etiese- en regsimplikasies.³⁵⁸

Soos reeds vermeld, word 'n drastiese toename wêreldwyd in mediese toerisme ondervind, maar veral in oorgrensreproduktiewesorg oftewel CBRC. Groot uitdagings word as gevolg hiervan aan organisasies wat ART reguleer, gestel.³⁵⁹ Die gebrek aan internasionale standaarde laat ruimte vir die gebruik van praktyke wat verbode is in een land en in 'n ander land dit nie verbied word nie. Op hierdie wyse word kwaliteit en veiligheid ook in gedrang gebring en volg onvoorsiene nadelige gevolge wat uiteindelik nie gedra word in die land waar die praktyk uitgevoer is nie, maar deur die land van afkoms waarheen die pasiënt terugkeer ná die behandeling.

Die National Advisory Board on Ethics in Reproduction (NABER) in die VSA het sy deure gesluit weens 'n gebrek aan befondsing. Dit laat die sosiale, kollektiewe gewete met betrekking tot reproduksie tegnologieë in

³⁵⁸ Davies 2010:e20.

³⁵⁹ Davies 2010:e20.

die VSA herderloos.³⁶⁰ Die konstitusionele reg van vryheid van keuse ten aansien van reproduksie in die VSA laat besluite aangaande ART, met die moontlike uitsluiting van surrogasie, in die hande van die medici, pasiënte en klinieke wat by die prosedure betrokke is. De Jonge³⁶¹ spreek die hoop uit dat die veld na effektiewe self-regulering sal verbreed, wat positiewe gevolge sal meebring en sodoende die beeld van ART sal verbeter met gevolglike vermindering van suspisie onder lede van die publiek en mediese fondse.

Hierteenoor bestaan die Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA) in Engeland wat ART aldaar reguleer. Dié organisasie is in terme van artikel 5 van die Human Fertilisation and Embryology Act of 1990 in 1991 in die lewe geroep en was dit die eerste reguleerder van ART ter wêreld. Dit is gefokus op die verskaffing van volledige inligting aan diegene wat CBRC verlang, die vasstelling van standaarde van veiligheid en kwaliteit asook die hantering van kwessies soos geslagseleksie, anonimiteit, surrogasie, veelvuldige embryo-inplantings en -geboortes en pre-implantasie genetiese diagnosering.³⁶² Dié organisasie het met verloop van tyd, in teenstelling met sy eweknie in die VSA, in statuur toegeneem. Dit het 'n breë spektrum van funksies, waarvan die volgende die belangrikste is:

- Die lisensiëring en regulering van die skep van embryo's in vitro, enige behandeling wat geskenkte gamete insluit, die berging van menslike gamete en embryo's en alle navorsing met menslike embryo's.

³⁶⁰ Brooks ea 2000:375.

³⁶¹ Brooks ea 2000:375.

³⁶² Davies 2010:e20.

- Die verskaffing van inligting en advies aan pasiënte, regerings, lisensiehouers en die publiek aangaande die beskikbaarheid van dienste en aktiwiteite wat dit reguleer.
- Die byhou van registers van pasiënte, skenkerbehandelings en kinders³⁶³ wat deur middel van hierdie behandelings gebore is.

Die Verenigde Koninkryk is 'n lidland van die Europese Gemeenskap wat in 2006-2007 die “*European Union directives on Tissues and Cells*” uitgevaardig het. Hiervolgens word standarde vir die kwaliteit, veiligheid en opspoorbaarheid van weefsel en selle (wat gamete en embrio's insluit) gestel. Dit bepaal ook die vryheid van beweging van weefsel tussen klinieke binne Europa met die voorvereiste dat vasgestelde standarde in die proses gevolg moet word. Lidlande mag ook in ooreenstemming met eie regsbeginsels addisionele kriteria vasstel.³⁶⁴ Alle lidlande moet hiervolgens eenvormige standarde handhaaf om te verseker dat menslike weefsel en selle van soortgelyke gehalte is om sodoende die gesondheid van die algemene publiek te verseker. Daar bestaan wel 'n verskeidenheid van regulerende stelsels van Italië tot Indië, maar dit sal 'n enorme uitdaging wees om betekenisvolle internasionale standarde vas te stel. Die Europese Unie het egter 'n stap in die regte rigting geneem waarop voortgebou kan word.³⁶⁵

Hierbenewens het die Wêreld Gesondheidsorganisasie 'n deklarasie oor die regte van die pasiënt uitgevaardig wat onder andere etiese beginsels bevat soos:

- Die reg op gehalte gesondheidsorg.

³⁶³ Davies 2010:e20.

³⁶⁴ Davies 2010:e21.

³⁶⁵ Davies 2010:e22.

- Die reg van vryheid van keuse.
- Die reg op selfbeskikking, veral met betrekking tot die bewustelose, die regtens onbevoegde pasiënt en prosedures in stryd met die pasiënt se wil.
- Die reg op inligting.
- Die reg tot vertroulikheid.
- Die reg op gesondheidsopvoeding.
- Die reg op waardigheid.
- Die reg op bystand met betrekking tot geloofsoortuiging.³⁶⁶

Die mediese professie in Suid-Afrika steun op die relevante etiese reëls wat deur die GBRSA, internasionale kodes, deklarasies en algemene etiese riglyne as rigtingaanwysers van professionele en etiese gedrag daargestel is. Afwyking hiervan kan lei tot die skuldigbevinding aan onprofessionele en onetiese gedrag.³⁶⁷

³⁶⁶ Oosthuizen en Verschoor 2008:38.

³⁶⁷ Oosthuizen en Verschoor 2008:36.

4. DIE LEGALITEITSBEGINSEL

4.1. Inleiding

Die Grondwet en die inhoud van die legaliteitsbeginsel is van uiterste belang in die beantwoording van die vraag of die invoeging van Hoofstuk 2 in die National Health Act en ander wette waarin die legaliteitsbeginsel oor die hoof gesien is en wat in hierdie studie hanteer word, hoegenaamd enige doel vanuit 'n strafregtelike oogpunt dien. Derhalwe verdien die grondbeginsels van die legaliteitsbeginsel vervolgens aandag.

Kriminalisering is die term wat gebruik word om die besluit om sekere gedrag te verbied en as misdryf te verklaar, te beskryf.³⁶⁸ In hedendaagse parlementêre demokrasië setel die mag om sekere optrede te kriminaliseer in die verkose wetgewende gesag. Statutêre oortredings, dit wil sê oortredings wat deur die wetgewende gesag in wette of statute opgeneem is, verskil derhalwe van gemeenregtelike misdade aangesien laasgenoemde deel is van die Suid-Afrikaanse strafreg uit hoofde van die feit dat dit as sulks bestaan het in die bronne van die Suid-Afrikaanse gemenerereg, sodoende in ons reg opgeneem is en nie deur die wetgewende gesag geskep is, soos in die geval van statutêre oortredings, nie. Sekere riglyne³⁶⁹ aan die hand waarvan wetgewing wat statutêre oortredings skep, beoordeel moet word, het met verloop van tyd ontwikkel. Daar word vervolgens hieraan aandag geskenk.

³⁶⁸ Burchell 2005:54.

³⁶⁹ Die "legaliteitsbeginsel" genoem.

4.2. Geskiedkundige ontwikkeling

Gedurende die Middeleeue was die strafreg nie alleen 'n instrument van onderdrukking en tirannie nie, maar dit is ook ook arbitrêr, wreed en onregverdig toegepas. Die legaliteitsbeginsel, wat in sy eenvoudigste vorm behels dat straf slegs opgelê kan word vir die oortreding van behoorlik geformuleerde bepalings wat deur die wetgewer geskep is en van krag was ten tyde van die oortreding,³⁷⁰ het gevolglik as teenvoeter ontwikkel uit die geweld en onrus voorvloeiend uit Europese rewolusies. Die legaliteitsbeginsel was gemik teen die onderdrukking en despotiese optrede van die regeerders van die tyd.³⁷¹ Dit is die produk van 'n groep denkers uit die tydperk van “Verligting” in die sewentiende en veral die agtiende eeu wat in opstand teen die ondeursigtighede van die Middeleeue en die oordrewe mag van die vorstehuse, adel en kerk gekom het.³⁷² Wysgere soos Hume en Locke in Engeland, Voltaire en Rousseau in Frankryk, en Kant en Wolff in Duitsland was enkele van die belangrikste figure in hierdie beweging.³⁷³

Een bron van die legaliteitsbeginsel was die konstitusionele leerstuk van die skeiding van magte soos deur Montesquieu³⁷⁴ voorgestaan ingevolge waarvan, onder andere, die wetgewende en regterlike gesag geskei moet word ten einde te verseker dat regters nie reg skep nie, maar dit bloot toepas of spreek (*iudicis est ius dicere sed non dare*).³⁷⁵ Die Italiaanse skrywer Cessare Beccaria, beïnvloed deur Montesquieu, en verafsku deur die brutaliteit en arbitrêre optrede in die strafsisteem van sy tyd, het

³⁷⁰ Burchell 2011:34.

³⁷¹ Burchell 2005:94.

³⁷² Snyman 2012:39.

³⁷³ Snyman 2006:43.

³⁷⁴ In sy werk *Esprit des lois* (1748).

³⁷⁵ Burchell 2005:94.

geargumenteer dat straf nie op die voorgevoel van amptenare bepaal behoort te word nie, maar deur die wette alleen.³⁷⁶

Gedurende die Franse Rewolusie is hierdie tema dat straf eerder deur die reg as deur menslike giere vasgestel en gereguleer moet word, met entoesiasme aangegryp en vergestalt in die sogenaamde *Declaration of the Rights of Man* van 1789 wat bepaal het dat ‘geen persoon gestraf sal word behalwe ingevolge ’n wet wat geskep en afgekondig is voor die pleging van die misdryf en ingevolge die terme van die wet nie’.³⁷⁷

In 1801 het ’n Duitse geleerde JP Anselm von Feuerbach, ’n effens verskillende benadering tot die legaliteitsbeginsel voorgestel. Ingevolge sy teorie veronderstel die behoorlike administrasie van die strafreg kriminele wette, vooraf geskep en afgekondig deur ’n bevoegde wetgewer, wat helder en duidelik misdrywe definieer en besonderhede van die strawwe bevat. Die essensie van Von Feuerbach se teorie is in sy alombekende Latynse spreuk: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (geen misdad, geen straf sonder reg) vervat.³⁷⁸ Hiervolgens is dit duidelik dat sekere vereistes en beperkings aan die wetgewer én die regsprekende gesag gestel word. Van die wetgewer word verwag om statutêre oortredings in ’n bepaalde vorm en taal te skep terwyl die regsprekende gesag homself daarvan moet weerhou om die taak van die wetgewer oor te neem en sodanige wetgewing slegs op ’n bepaalde wyse moet interpreteer en toepas.³⁷⁹

Von Feuerbach se weergawe van die legaliteitsbeginsel het daarna vanaf Europa na Noord- en Suid-Amerika uitgebrei en is uiteindelik in artikel

³⁷⁶ Burchell 2005:94.

³⁷⁷ Burchell 2005:95.

³⁷⁸ Burchell 2005:95. Tans omvat die legaliteitsbeginsel drie spreuke: *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* en *nullum crimen sine poena*.

³⁷⁹ Burchell 2005:96.

11(2) van die Verenigde Nasies se *Universal Declaration of Human Rights* verskans wat soos volg lees:

*“No person shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.”*³⁸⁰

Soos reeds genoem, word die legaliteitsbeginsel omvat deur die spreuke *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* en *nullum crimen sine poena*. Die effek van hierdie drie spreuke met betrekking tot die behoorlike formulering van statutêre oortredings behels dat die volgende drie artikels/klousules in wetgewing moet voorkom:

- ’n klousule wat ’n beskrywing van die handeling of versuim wat die onderwerp van die verbod vorm, omskryf (die sogenaamde verbodsbeskrywing of “proscription clause”);
- ’n formele verklaring dat enige persoon wat die handeling pleeg of versuim om ’n voorgeskrewe handeling uit te voer (welke ookal van toepassing is) aan ’n misdryf (die sogenaamde misdryfskeppende artikel of “criminalization clause”) skuldig is en
- die vasstelling van die voorgeskrewe straf wat by skuldigbevinding (die sogenaamde strafbepaling of “penalty clause”) opgelê kan word.³⁸¹

³⁸⁰ Burchell 2005:95. Artikels 22 – 24 van die Statuut van die Internasionale Strafhof onderskryf ook die legaliteitsbeginsel as ’n algemene beginsel van toepassing op sake wat deur hierdie hof verhoor word.

³⁸¹ Hoctor ea 1995:8.

Dit is nie noodsaaklik dat al drie genoemde aspekte as 'n eenheid in 'n wet voorkom nie en dit gebeur selde dat dit inderdaad as sulks deur die wetgewer geformuleer word. Die drie klousules word dikwels vervat in drie afsonderlike artikels wat saamgelees moet word ten einde aan al die essensiële vereistes van kriminalisering te voldoen.

Snyman³⁸² meen dat daar by die ontleding van die legaliteitsbeginsel vyf reëls of beginsels aangetref word:

- (a) 'n Hof mag 'n beskuldigde slegs aan 'n misdryf skuldig bevind indien die soort handeling wat hy/sy verrig het deur die reg as 'n misdaad erken word. Misdrywe mag dus nie deur 'n hof geskep word nie. Die beginsel staan bekend as die *ius acceptum*-beginsel.
- (b) Indien die handeling wat deur 'n beskuldigde verrig is, nie op die tydstip toe dit verrig is, deur die reg as misdryf erken is nie, kan die beskuldigde nie aan die misdryf skuldig bevind word nie. Dit is die sogenaamde *ius praevium*-beginsel.
- (c) Misdade mag nie vaag omskryf word nie. Dit is die *ius certium*-beginsel.
- (d) Die vertolking van wetgewing deur hof moet liefers eng as wyd gedoen word. Dit staan bekend as die *ius strictum*-beginsel.
- (e) Na skuldigbevinding by vonnisoplegging is die pas vermelde vier beginsels *mutatis mutandis* van toepassing. Dit beteken dat die omvang en vorm van straf vir die misdaad reeds ten tyde van die misdaadpleging in redelik duidelike terme deur die reg vasgelê moet wees, dat die woorde wat die straf omskryf eerder eng as wyd vertolk moet word en dat die hof verplig is om slegs die regtens bevoegde straf op te lê (die *nulla poena*-beginsel).

³⁸² Snyman 2012:38.

4.2.1. Nullum crimen sine lege/ Verbodsbepaling

Die mees basiese vorm van die verbodsbekrywing ingevolge die legaliteitsbeginsel behels dat misdrywe deur behoorlik geformuleerde wetgewing geskep moet word wat die handeling³⁸³ *spesifiek en uitdruklik* as sodanig identifiseer. Terminologie soos “niemand mag.....” of “daar moet...” of “dit is ’n misdryf indien ’n persoon ...” word dikwels in verbodsbepalings aangetref.³⁸⁴

Die beginsel vereis verder dat slegs die wetgewer die mag het om nuwe misdrywe te skep en dat die enigste bron van nuwe misdrywe in die moderne reg die wetgewende handeling van ’n bevoegde wetgewer is.³⁸⁵ *Nullum crimen sine lege* beteken in die geval van statutêre oortredings dat ’n oortreder slegs aanspreeklik gehou kan word indien die bepaling van ’n bestaande wet wat van krag was ten tyde van die pleeg van die handeling verontagsaam is – die *ius acceptum*- en *ius praevium*-beginsels waarna hierbo verwys is.³⁸⁶

Dit word algemeen aanvaar dat strafregtelike aanspreeklikheid afhang van die wederregtelike en skuldige uitvoer van ’n verbode handeling deur ’n handelingsbevoegde persoon. Definisies van gemeenregtelike misdrywe bevat al die genoemde elemente. Praktyk verskil egter in die geval van die formulering van statutêre oortredings. Tradisioneel kom daar nie ’n volledige formulering van die statutêre oortreding in wetgewing voor nie, maar word daar eerder ’n beskrywing van die verbod aangetref. Dit word dan aan die regbank oorgelaat om die elemente van onregmatigheid/wederregtelikeid, opset of nalatigheid,

³⁸³ Ingesluit hierby is ook dade van versuim aangesien ’n late in ons reg ook as ’n handeling beskou word.

³⁸⁴ Sien as voorbeeld National Health Act: art 60(4).

³⁸⁵ Burchell 2005:97.

³⁸⁶ Snyman 2012:39.

toerekeningsvatbaarheid, ensovoorts vas te stel ten einde al die feite te bepaal wat deur die Staat bewys moet word in geval van 'n vervolging weens die oortreding van die bepaling van 'n wet wat in daaropvolgende vervolgings rigtinggewend sal wees.

Die beskrywing van die verbodsbepaling bestaan gewoonlik uit 'n uiteensetting van die handeling of versuim wat verbied word (byvoorbeeld die “bestuur van 'n voertuig”) en ingevolge die oogmerk van die wetgewing, sodanige addisionele en spesifieke elemente van die oortreding soos besondere kategorieë persone wat die oortreding kan pleeg (byvoorbeeld 'n persoon onder die ouderdom van 18 jaar wat nie in besit van 'n geldige rybewys is nie) op sekere plekke (byvoorbeeld op 'n openbare pad). Die wetgewer kan ook verskillende elemente van skuld soos byvoorbeeld opset of nalatigheid in die verbodsbepaling insluit.

Daar word in beginsel van die wetgewer verwag om dit wat verbied word, sodanig te omskryf dat persone met gewone intelligensie nie hoef te bespiegel wat verbied of vereis word nie.³⁸⁷ Derhalwe moet die verbod in spesifieke, presiese en duidelike terme omskryf word. Absolute duidelikheid word egter nie as voorvereiste gestel nie. Die aard van taal is sodanig dat absolute presisie nie altyd moontlik is nie en dus word slegs redelike duidelikheid van die wetgewer verwag. Wetgewing wat nie deur die parlement uitgevaardig word nie moet egter nougeset aan die norme van duidelikheid en sekerheid voldoen ten einde ongeldigverklaring deur die hof te verhoed.

4.2.2. *Nullum poena sine lege*/ Die misdryfskeppende artikel

³⁸⁷ Snyman 2012:39.

Dit is nie voldoende dat die wetgewer sekere handeling bloot verbied nie. Die legaliteitsbeginsel het ook ten inhoud dat daar *formeel* deur die wetgewer verklaar moet word dat die nie-nakoming van die verbod 'n misdryf daarstel wat strafbaar is. In beginsel behoort die spesifieke sinsnede “iemand wat artikel ...van die wet oortree, is skuldig aan 'n misdryf” in wette voor te kom. Die verbodsbepaling en misdryfskeppende artikel mag in praktyk in dieselfde artikel van 'n wet vervat word of in verskillende artikels, in welke laasgenoemde geval die twee artikels saamgelees moet word.³⁸⁸

Die beginsel geld dat die weglating van die misdryfskeppende artikel (“crimilization clause”) aanduidend is dat die wetgewer nie 'n statutêre oortreding wou skep nie.³⁸⁹ Die howe was ongelukkig egter per geleentheid bereid om wetgewing waarin strafbepalings ontbreek, as synde misdryfskeppend te interpreteer. Daar word aan die hand gedoen dat sodanige beslissings nie tot regsekerheid bygedra het nie:

- Dit was die gevolg in gevalle waar die hof oortuig was dat dit die bedoeling van die wetgewer was om 'n misdryf te skep. Die voorkoms van 'n strafbepaling in 'n wet is aanduidend van hierdie bedoeling deur die hof aangewend.³⁹⁰
- In die Forlee-saak³⁹¹ is die volgende reël in die afwesigheid van 'n misdryfskeppende klousule en strafbepaling geskep en het die hof verklaar:

³⁸⁸ Hoctor ea 1995:12.

³⁸⁹ Die howe het in die volgende aantal sake bevind dat die betrokke bepalinge nie statutêre oortredings daarstel nie: *Gamiet* 1926 CPD 288; *Bake* 1926 SWA 34; *Zondo* 1932 2 PH H 102 N; *Greathead* 1932 2 PH H166 T; *Zonzi* 1939 2 PH K 73 T; *Bethlehem Municipality* 1941 OPD 227; *Zinn* 1946 AD 346; *Letoani* 1950 3 SA 669 O; *Landman* 1960 1 SA 269 N; *Marais* 1963 1 SA 276 T.

³⁹⁰ *Fredericks* 1923 TPD 350:353.

³⁹¹ 1917 TPD 52.

“...where the act is definitely prohibited in a manner which renders it clear that the legislature was not exhorting or advising, then it is punishable at the discretion of the judge where the law has not itself attached any ‘penalty’”.³⁹²

Hieruit volg dat sommige Suid-Afrikaanse howe bereid was om in wetgewing ’n wetgewende bedoeling in te lees dat die nie-nakoming van die wetgewende bepalings deur kriminele sanksie besoek moet word afhangende van die gebiedende taalgebruik daarin en die oogmerk daarmee. Dit is voor die hand liggend ingevolge hierdie hofbeslissings dat, alvorens ’n verordening op hierdie wyse uitgelê kan word, dit duidelik verbiedend en nie bloot *adviserend* of *vermanend* moet wees nie.³⁹³ Verordeninge wat in besliste of positiewe taal geklee is, word vermoed bloot aanwysend of raadgewend te wees met geen strafregtelike gevolge vir die nie-nakoming daarvan nie.³⁹⁴ Dit bly egter ’n problematiese saak aangesien die taal wat deur die wetgewer gebruik is ten beste slegs ’n tentatiewe aanduiding van die bedoeling van die wetgewer kan wees. Van den Heever R het in die verband in *R v Bethlehem Municipality*³⁹⁵ opgemerk:

“...sometimes disobedience to the most categorical commands cannot result in the application of criminal sanctions...”³⁹⁶

Die belangrikheid van die taal wat gebruik is, word beheer en getemper deur die feit dat die openbare belang noodwendig gesamentlike

³⁹² Op 55. Sien ook *Haas* 1939 EDL 174 op 179 (“...if a statutory directive is in imperative terms.”).

³⁹³ *Forlee*:55; *Langley* 1931 CPD 31:33; *Baraitser* 1931 CPD 418:419-20; *Zinn*:355.

³⁹⁴ *Haas*:179 “...if a provision is couched in merely positive language and there is no sanction added in case the requisites are not carried out, there is a presumption in favour of intention to make the provision only directory without penal consequences in case of contravention.”.

³⁹⁵ 1941 OPD 227.

³⁹⁶ *Bethlehem Municipality*:230.

oorweging moet geniet. Taal in wetgewing is opsigself selde die bepalende faktor.³⁹⁷

Waar die omvang en doel van wetgewing daarop gerig is om sekere openbare belange te dien, was die howe soms bereid om te bevind dat die vermoede bestaan dat die wetgewer die bedoeling gehad het dat enige oortreding van die bepalings daarvan met kriminele sanksie besoek moet word. Die veronderstelling is dat “*wherever a statute prohibits a matter of public grievance to the liberties and security of a subject or commands a matter of public convenience*”³⁹⁸ die oortreding daarvan vervolgs- en strafbaar is. Hierdie veronderstelling is tot interpretasiereël by die uitleg van wette verhef in *R v Baraitser*:

“... *it is a general principle in the interpretation of statutes that whenever the legislature prohibits an act in the interests of public or imposes a duty in the interests of public, and when the language of the legislature is not merely directory, then a breach of such prohibition or duty is an offence...*”³⁹⁹

Landsdown RP, met verwysing na die vaagheid van die kategorie wetgewing wat geskep word “in belang van die publiek” het die volgende benadering gevolg in die formulering tot die oplossing van die probleem:

“... *if statutory direction is imperative in terms and of such a character that serious prejudice to the public interests would result from a disobedience of that direction, then in general the courts will presume that the legislature intended a disregard of the*

³⁹⁷ Hoctor ea:1995:12.

³⁹⁸ Forlee:55.

³⁹⁹ 1931 CPD 418:419. Swart 1938 JS 5; 1938 PH H14 T.

*provisions to be dealt with as a criminal matter notwithstanding the absence of express words to that effect”.*⁴⁰⁰

De Wet⁴⁰¹ kritiseer en verwerp die benaderings gevolg in *Forlee* en *Baraitser* as synde dat die howe “onoordeelkundige aanwending van die Romeins-Hollandse reg en sy leerstellings” toegepas het en dat die beroep op die Engelse reg in die beslissings ook nie oortuig nie. Hy beskou die benadering van Wessels R in *R v Bornman*⁴⁰² verstandiger waar die Regter verklaar:

“It is a far cry from saying that a man is civilly liable to saying that he is criminally liable. If the legislature intended to make him criminally liable it should have said so in such plain words that there could be no mistake..”.

Die skrywer⁴⁰³ verwys ook met goedkeuring na die uitspraak van Kotze R⁴⁰⁴ waar die Regter verklaar het:

“Courts of law certainly discountenance anything immoral, but there are some acts of an immoral nature which they cannot reach and punish ... We do not possess the power of creating offences, upon the ground that, in our opinion, they are contrary to good morals.”

De Wet⁴⁰⁵ meen dat

⁴⁰⁰ *Haas*:179. Daar behoort daarop gelet te word dat parlementêre wetgewing hier ter sprake is en dat dit onseker is of dieselfde benadering gevolg sal kan word by die uitleg van wetgewing wat op provinsiale vlak afgekondig word.

⁴⁰¹ De Wet en Swanepoel 1985:47.

⁴⁰² 1912 TPD 66:69.

⁴⁰³ De Wet en Swanepoel 1985:47.

⁴⁰⁴ In *M* 1915 CPD 334:340.

⁴⁰⁵ De Wet en Swanepoel 1985:47.

“mens dit moeilik (kan) aanvaar dat die Appélhof vandag nog ’n blote verbod sonder ’n strafbedreiging as die skepping van ’n misdaad sal beskou.”

Die *Forlee*-benadering dat die howe misdrywe by implikasie kan skep, is deur Ackerman R *obiter dictum* in *S v Francis* verwerp.⁴⁰⁶ Dieselfde regter het vroeër in *S v Von Mollendorf*⁴⁰⁷ geweier om die stoflike bevoordelingselement by die misdaad afpersing uit te brei en het verklaar dat “*Courts should not create offences*”⁴⁰⁸ en het ook die beginsel geëndosseer dat dit “*an elementary notion of justice (is) that the criminal law should be fixed and as certain as possible in order that men may know in advance what conduct is criminal*”.⁴⁰⁹ Die wetgewer besit egter die bevoegdheid om wetgewing uit te brei en het presies in 1992 gedoen wat Ackerman R nie bereid was om te doen nie, naamlik om die strekking van afpersing na die onwettige verkryging van nie-stoflike bevoordeling uit te brei.⁴¹⁰ Alhoewel ’n gemeenregtelike misdaad hier ter sprake was, is die skrywer van oordeel dat dieselfde beginsel van toepassing behoort te wees by oortredings wat deur wetgewing geskep word.

Die submitisie word gemaak dat die korrekte benadering is dat die howe nie die bevoegdheid het om misdade en statutêre oortredings te skep nie. Indien die howe hierdie bevoegdheid sou besit, word daar inbreuk op die *ius certum*- en *ius praevium*-beginsels gemaak aangesien judisiële skepping/uitbreiding van misdade en van statutêre oortredings beide onsekerheid kan skep en boonop retrospektiewe werking mag hê.⁴¹¹ Dit

⁴⁰⁶ 1994 1 SASV 350 K.

⁴⁰⁷ 1987 1 SA 135 T.

⁴⁰⁸ Op 169d.

⁴⁰⁹ Op 169f-g met verwysing na Burchell.

⁴¹⁰ Algemene Regswysigingswet 139/1992: art 1.

⁴¹¹ Burchell 2011:36.

is ook al uitgewys⁴¹² dat die fundamentele aard van die legaliteitsbeginsel individuele vryheid en regsekerheid ten doel het en dat dit derhalwe gepas is dat die definisie van 'n misdryf in uitdruklike terme omskryf behoort te word sodat daar geen twyfel kan bestaan of individue potensieel strafbaar kan wees nie. Die drastiese aard van kriminele sanksie is sodanig dat “*there should be no doubt whatsoever that the creation of the definition of a crime was intended: individuals and the courts should not be obliged to resort to guess-work in respect of such an important issue*”.⁴¹³

4.2.3. Nullum crimen sine poena/ Die strafbepaling

Die Latynse stelreël *nullum crimen sine poena* slaan op die feit dat 'n voorgeskrewe straf 'n integreerende deel van die formulering van die misdryf daarstel. Sonder die moontlikheid van straf vir besondere handeling wat as misdryf geklassifiseer is, verdwyn die onderskeid tussen delik en misdryf. Dit volg hieruit dat “*to render any act criminal in our law, there must be some punishment affixed to the commission of the act and where no law exists affixing such punishment there is no crime in law*”.⁴¹⁴ Daar word aan die hand gedoen dat hierdie stelling 'n oorvereenvoudiging van die regsposisie is.

Dit is fundamenteel tot enige beskaafde sisteem van die strafreg dat straf nie opgelê kan word tensy die gewraakte handeling voor die pleging daarvan as misdryf aangestip is nie (*nulla poena sine lege*), maar die legaliteitsbeginsel het ook ten inhoud dat die straf daarvoor gespesifiseer behoort te word (*nulla crimen sine poena*). Hierdie beginsel word egter

⁴¹² Rabie ea 1994:81-82.

⁴¹³ Rabie ea 1994:82.

⁴¹⁴ Burchell 2005:99. *R v Carto* 1917 EDL 87 op 95.

nie universeel nagevolg nie alhoewel dit in die meeste gevalle tog gebeur. Die submitisie word gemaak dat die versuim om strawwe in wetgewing uiteen te sit, opsigself nie as 'n ernstige tekortkoming beskou behoort te word nie. In sodanige gevalle word vermoed dat die bepaling en oplegging van gepaste strawwe in die diskresie van die verhoorhof lê.⁴¹⁵ Strafoplegging van beskuldigdes wat skuldig bevind is aan die pleging van gemeenregtelike misdade kan in elk geval na die goëddunke⁴¹⁶ van die verhoorhof en ooreenkomstig die bepalings van die Strafproseswet⁴¹⁷ en die Wet op Landdroshowe⁴¹⁸ rakende bevoegde vonnisse en maksimum strafjurisdiksie opgelê word. Die skrywer huldig die mening dat geen beswaar geopper behoort te kan word indien dieselfde uitweg gevolg word in geval van statutêre misdrywe nie. Dit kan egter problematies raak indien die wetgewer heeltemal swyg oor die maksimum vonnis wat opgelê kan word.

Die onlangse chaos wat in ons strafregstelsel in Suid-Afrika geheers het voortspruitend uit die wetgewer se weglating van uitdruklike strafbepalings in sekere artikels van die Wysigingswet op die Strafreë (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) 32 van 2007, wat reeds op 16 Desember 2007 in werking getree het, is 'n sprekende voorbeeld van die wanorde, wat krisis afmetings aangeneem het, wat in die praktyk kan ontstaan weens die afwesigheid van strafbepalings in wetgewing.

Die gevolg van die verreikende, teenstrydige uitsprake rakende die toepassing van die legaliteitsbeginsel (spesifiek die afwesigheid van

⁴¹⁵ Forlee:55.

⁴¹⁶ Ingevolge die Strafreëwysigingswet 105/1997 moet die verhoorhof voorgeskrewe minimum vonnisse oplê vir sekere gemeenregtelike misdrywe soos in Skedule 1 – 3 van die Wet omskryf, tensy daar wesenlike en dwingende omstandighede bestaan wat die afwyking daarvan regverdig.

⁴¹⁷ Strafproseswet 51/ 1977: art 276.

⁴¹⁸ Wet op Landdroshowe 32/1944: art 92.

strafbepalings in Wet 32 van 2007) in die Provinsiale Afdelings van KwaZulu-Natal, Wes-Kaap en Vrystaat,⁴¹⁹ het die President van die Hoogste Hof van Appél onlangs genoop om die buitengewone stap te doen om, in dié Hof se resestyd, 'n spesiale Hof van Appél op 'n spoedeisende basis saam te stel om 'n appél van die Direkteur van Openbare Vervolgings van die Wes-Kaap teen die beslissing van die Wes-Kaapse Hoë Hof in die Prins-saak⁴²⁰ aan te hoor om sodoende uitsluitel te gee oor die dringende vraag of oortreders van sekere ernstige seksuele misdrywe hoegenaamd aangekla, skuldig bevind en gevonniss kan word vir oortredings van Wet 32 van 2007.⁴²¹ Die Portefeulje Komitee van Justisie en Konstitusionele Ontwikkeling was ook onder druk om inderhaas na die uitspraak van die Wes-Kaapse Hoë Hof wysigende wetgewing,⁴²² wat aan die legaliteitsbeginsel voldoen, op te stel en deur die Parlement te voer.

Dit wil *voorkom* asof die stilswyende bedoeling van die wetgewer in die Wysigingswet op die Strafbereg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) was dat die bepalinge rakende die oplegging van bevoegde vonnisse in die Strafberegswet en Wet op Landdroshowe, waarna hierbo verwys is, toegepas moet word in die gevalle waarvoor daar nie uitdruklik strafbepalinge in die Wet was nie,⁴²³ want daar was wel strafbepalinge in die betrokke Wet vir die oortredings van minder ernstige oortredings ingevoeg.⁴²⁴ Wallis AR⁴²⁵ merk in die verband op:

⁴¹⁹ *Booi* 2012 2 SASV 52 FB; *Mchunu* 2012 2 SASV 56 KZP; *Director of Public Prosecutions, Western Cape v Prins* 2012 2 SASV 67 WCC.

⁴²⁰ *Prins* 2012 2 SASV 67 WCC.

⁴²¹ *Director of Public Prosecutions, Western Cape v Prins* 2012 JDR 1009 SCA.

⁴²² Die voorgestelde wysigingswetsontwerp heet die Criminal Law (Sexual Offences and Related Matters) Amendment Act 2012.

⁴²³ Soos byvoorbeeld vir die oortreding van artikel 5(1) van Wet 32 /2007.

⁴²⁴ Wysigingswet op die Strafbereg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede): art 38,45, 46, 47, 48, 50, 52, 54.

“...we were addressed on the reasons for the omission in the Act to specify penalties for the offences in chapters 2, 3 and 5. However, the submissions fluctuated wildly, with parties commencing by saying that the omission was a mistake and, under probing questions by the bench, ending by saying it was deliberate. All that this demonstrates, as was said in Natal Joint Municipal Pension Fund v Endumeni Municipality, supra, is that little purpose is served by speculation as to the intention of Parliament. We simply do not know whether the omission of specific penalties in relation to these offences or a general penalty clause covering them, whether the omission (sic) was deliberate or an oversight. What we do know is that the legislation clearly anticipated that people would be charged with offences under the Act and, after conviction, would be sentenced. In the absence of any provision in the Act governing penalty the necessary implication is that this was to be left to the general discretion of the courts in terms of their powers under s 276(1). ”

Die feit dat die Parlement ook na die uitspraak in die Wes-Kaapse Hoë Hof gelewer is, met buitengewone haas ’n wysigingswet opgestel het om voorsiening te maak vir die oplegging van strawwe vir die statutêre oortredings vervat in hoofstukke 2, 3 en 4 van die Wysigingswet op die Strafreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) ingevolge artikel 276 van die Strafproseswet, is deur die Hoogste Hof van Appèl aanduidend beskou van die bedoeling van die wetgewer in die

⁴²⁵ *Director of Public Prosecutions, Western Cape v Prins*:par36.

oorspronklike Wet en aangewend tot die slotsom van die Hof dat artikel 276 van die Strafproseswet van toepassing is.⁴²⁶

4.3. Die Grondwet en legaliteitsbeginsel

Die strafregstelsiem maak deur middel van arrestasie, verhoor en strafoplegging inbreuk op die basiese menseregte van lewe, vryheid en eiendom van die individu.⁴²⁷ In moderne Westerse demokrasië, waaronder Suid-Afrika ook ressorteer, word hierdie toelaatbare inbreukmaking beheer deur die beginsel van die soewereiniteit van die reg (Rule of Law) *en* die Grondwet. Hieruit volg dat die aard en wyse waarop op basiese menseregte inbreuk gemaak kan word, gereguleer word deur wette wat opgestel word met die oogmerk dat die strafreg toegepas word met respek en erkenning van basiese menseregte, politieke regte en vryhede wat in die samelewing bestaan asook ooreenkomstig die algemeen aanvaarde norme van geregtigheid en billikheid. Die legaliteitsbeginsel omvat die essensie van die soewereiniteit van die reg in die konteks van die strafreg.⁴²⁸ Dit is gebruik in die moderne Suid-Afrikaanse strafreg dat die wetgewer die bepalings van die leerstuk van legaliteit sal nakom met die formulering van statutêre oortredings.⁴²⁹ Burchell⁴³⁰ meen dat die legaliteitsbeginsel “*an integral part of the Constitution*” is, met welke mening hierin akkoord gegaan word.

Artikels 35(3)(l) en (n) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika bevat essensiële aspekte van die prosedurele legaliteit waaraan die

⁴²⁶ *Director of Public Prosecutions, Western Cape v Prins*:par37.

⁴²⁷ Burchell 2011:34

⁴²⁸ Burchell 2011:34.

⁴²⁹ Die Grondwet van Suid-Afrika verwys nie direk na die verpligte toepassing van die legaliteitsbeginsel in die formulering van statutêre oortredings nie, maar daar kan sonder vrees vir teëspraak aanvaar word dat die legaliteitsbeginsel in ooreenstemming met die gees en doelstellings van die Grondwet is.

⁴³⁰ 2011:42.

toepassing van die strafreg in Suid-Afrika moet voldoen. Hiervolgens het elke persoon die reg op 'n billike verhoor waarby inbegrepe is die reg om nie skuldig bevind te word weens 'n handeling of versuim wat ten tyde van die handeling of versuim ingevolge óf die nasionale reg óf die volkereg nie 'n oortreding was nie. Burchell⁴³¹ en Snyman⁴³² meen dat die *ius acceptum*-beginsel by implikasie deur artikels 35(3)(l) en (n) van die Grondwet bekragtig word. Daar word aan die hand gedoen dat dit duidelik is dat hierdie twee artikels in die Grondwet, binne hul onderskeie sfere, die legaliteitsbeginsel reflekteer. Ackermann R het die effek van artikels 35(3)(l) en (n) van die Grondwet, insoverre dit die oplegging van vonnis betref, in *S v Dodo*⁴³³ opgesom:

“The nature and range of any punishment, whether determinate or indeterminate, has to be founded in the common or statute law; the principle of legality nulla poena sine lege requires this.”

Hierbenewens is 'n beskuldigde geregtig op die voordeel van die ligste van die *voorgeskrewe strawwe* indien die straf verander is tussen die tydstip waarop die oortreding gepleeg is en die tydstip van vonnis. Beginsels van konstitusionele demokrasie, regverdigheid en die afgeleide waardes van sekerheid en billike kennis vorm in hierdie sin die onderbou van die legaliteitsbeginsel.

Hierdie temas en waardes het tot sekere praktiese toepassings gelei:

- Die Staat is nie gemagtig om straf toe te pas op 'n onderdaan tensy daardie straf vooraf deur bestaande wetgewing gemagtig is nie.

⁴³¹ Burchell 2011:35.

⁴³² Snyman 2012:40.

⁴³³ *Dodo* 2001 3 SA 382 CC:par13.

- Die Staat is slegs gemagtig om straf toe te pas op 'n onderdaan vir die oortreding van die strafreg.⁴³⁴
- Straf kan slegs toegepas word ten aansien van misdrywe wat deur wetgewing geskep is en in werking getree het vóór die pleeg van die betrokke misdryf.
- Misdryfskeppende wetgewing wat strawwe voorskryf moet ondubbelsinnig en duidelik uiteensit watter gedrag verbied word.⁴³⁵

Artikel 8(3)(a) van ons Grondwet bepaal dat die howe in die proses van die erkenning van basiese menseregte, die *gemenerereg* moet ontwikkel waar nodig indien wetgewing tekort skiet om erkenning aan sodanige regte te verleen. Artikel 39(2) verplig die howe ook om “*when developing the common law or customary law ... must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.*” Indien werklike betekenis aan hierdie artikels verleen word, moet daar aan die howe die mag verleen word om die gemene reg, wat die strafreg insluit, te ontwikkel ten einde versoenbaar met die Handves van Menseregte te wees. Burchell⁴³⁶ meen

“although the fundamental principle of legality has, in general, acted as a needed brake on the courts rather than the elected representatives of the people (the legislature) developing the scope of the criminal law, it is nevertheless clear that where the common law has been silent on the precise range of an otherwise reasonably-defined specific crime, courts have been prepared to include new circumstances within the old criminal definition.”

⁴³⁴ Die “strafreg” in hierdie konteks moet vertolk word as gemeenregtelike misdade soos moord, strafbare manslag, ensovoorts asook statutêre oortredings geskep in wetgewing.

⁴³⁵ Burchell 2005:96.

⁴³⁶ Burchell 2011:40.

Dit beteken egter nie dat 'n *carte blanche* aan die howe verleen word om die *gemenereg* en/of *strafreg* na willekeur te ontwikkel nie. Ontwikkeling kan slegs plaasvind ten einde erkenning te verleen aan 'n grondwetlike reg of om die gees, bedoeling en oogmerk van die Handves van Menseregte te bevorder.⁴³⁷ Wat verder ook duidelik begryp moet word, is dat die ontwikkeling van die *gemenereg* hier ter sprake is en dat *wetgewing* wat nie op voorheen bestaande gemeenregtelike misdrywe geskoei is nie, gevolglik nie op dieselfde wyse uitgebrei sal kan word nie.

Die meerderheid van die Konstitusionele Hof het byvoorbeeld in die saak van *Masiya v Director of Public Prosecutions, Pretoria and Another, (Centre for Applied Legal Studies and Another, Amici Curiae)*⁴³⁸ beslis dat die gemeenregtelike misdryf verkragting uitgebrei behoort te word om ook anale penetrasie van die vrou in te sluit.⁴³⁹ Die beslissing is deur sekere skrywers⁴⁴⁰ op verskillende gronde gekritiseer, maar algemeen verwelkom en in ooreenstemming met die Grondwet beskou. Weereens moet beklemtoon word dat 'n bestaande *gemeenregtelike misdryf* hier ter sprake was en dat die howe nie by magte is om wetgewing uit te brei en die wetgewer se rol oor te neem nie. Burchell⁴⁴¹ meen dat die kritieke vraag egter steeds onbeantwoord na die *Masiya*-beslissing bly: hoe ver sal die Suid-Afrikaanse howe bereid wees om die *gemenereg* te ontwikkel ten einde dit in lyn met die Grondwet te bring, maar steeds in aanmerking te neem dat die legaliteitsbeginsel ook 'n integrale deel van die Grondwet vorm.

⁴³⁷ Burchell 2011:42.

⁴³⁸ 2007 5 SA 30 CC.

⁴³⁹ Die wetgewer het dan ook in die Wysigingswet op die Strafwet (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) die definisie van verkragting uitgebrei.

⁴⁴⁰ Burchell 2011:39 met verwysing na die skrywers Snyman en Phelps.

⁴⁴¹ Burchell 2011:42.

5. DIE STATUTÊRE OORTREDINGS

5.1. Inleiding

Daar is reeds vroeër na sommige statutêre oortredings wat moontlik deur gesondheidsorgwerkers in die uitvoer van hul pligte tydens sommige van die mediese prosedures wat in hierdie studie hanteer word, gepleeg kan word, verwys.⁴⁴² Vervolgens word daardie statutêre oortredings wat nog nie behandel is nie, bespreek.

5.2. Surrogasie

Soos reeds vermeld, is geen surrogaatooreenkoms in Suid-Afrika geldig indien dit nie aan die vereistes soos in Hoofstuk 19 van die Children's Act⁴⁴³ gestel, voldoen nie.⁴⁴⁴ Dit is van belang vir gesondheidsorgwerkers om daarop te let dat artikel 296(1)(a) van die Wet bepaal dat geen kunsmatige bevrugting⁴⁴⁵ van die surrogaatmoeder mag plaasvind alvorens die surrogaatooreenkoms tussen die betrokke partye deur die Hof in terme van die Wet bekragtig is nie. Die surrogaatmoeder mag ook nie kunsmatig bevrug word indien 18 maande verstryk het sedert die datum van bekragtiging van die ooreenkoms deur die hof nie.⁴⁴⁶

⁴⁴² Sien Hoofstuk 3 hierbo met betrekking tot aborsie.

⁴⁴³ Children's Act 38/2005: art 292-303.

⁴⁴⁴ Children's Act 38/2005: art 292-295 soos reeds in Hoofstuk 3 hiervan bespreek.

⁴⁴⁵ Geen woordoms krywing van "kunsmatige bevrugting" kom in die National Health Act voor nie. Sien egter die woordoms krywing daarvan in Regulasie 1 van GK R157 gedateer 2 Maart 2012.

⁴⁴⁶ Children's Act 38/2005: art 296(1)(b).

5.2.1 Word enige misdrywe geskep?

In artikel 303(1) van die Wet herhaal die wetgewer eintlik die bogenoemde verbod wat reeds in artikel 296(1)(a) voorkom, met die verskil dat dit ook uitgebrei word na enigeen wat ook hulp verleen met die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder. Ingevolge artikel 305(1)(b) gelees met artikels 303(1) en 305(6) van die Wet, is enigeen wat 'n surrogaatmoeder kunsmatig bevrug of daarmee behulpsaam is sonder dat die surrogaatooreenkoms tussen die partye deur die Hof ooreenkomstig die bepalings van die Wet bekragtig is, skuldig aan 'n oortreding en strafbaar met 'n boete of met gevangenisstraf van 10 jaar of beide.

Die nie-nakoming van die bepaling in artikel 296(1)(b) met betrekking tot die uitvoering van 'n surrogaatooreenkoms binne 18 maande na bekragtiging van die surrogaatooreenkoms deur die Hof, is nie gekriminaliseer nie. Carnelly en 'n ander⁴⁴⁷ doen aan die hand dat die surrogaatooreenkoms wel 'n klousule moet bevat dat die surrogaatmoeder toestem tot en haar sal onderwerp aan kunsmatige bevrugting *binne 18 maande* na die bekragtiging van die surrogaatooreenkoms deur die Hof. Daar word aan die hand gedoen dat indien die surrogaatmoeder egter weier om voort te gaan⁴⁴⁸ of 'n mediese praktisyn sou voortgaan en met die toestemming van die partye, maar na verstryking van die 18 maande periode, die surrogaatmoeder kunsmatige bevrug, word geen statutêre oortreding deur enigeen gepleeg nie. Die submissie word verder gemaak dat sodanige praktisyn waarskynlik ook nie weens onprofessionele gedrag deur die GBRSA aangekla sal kan word nie aangesien daar geen formele riglyn in die verband deur die professionele vereniging uitgereik is nie.

⁴⁴⁷ 2011:32.

⁴⁴⁸ Children's Act 38/2005: art 299 bepaal die prosedure wat gevolg moet word deur die surrogaatmoeder indien sy die surrogaatooreenkoms wil kanselleer na die geboorte van die kind. Die nie-nakoming daarvan is eweneens nie vervolgs- en strafbaar nie.

Daar word aan die hand gedoen dat die invoeging van die 18 maande termyn in die Wet waarskynlik enersyds ten doel het om te verseker dat die situasie van die partye nie radikaal verander van wat dit is ten tyde van die bekragtiging van die surrogaatooreenkoms deur die Hof alvorens die surrogaatooreenkoms uitgevoer word nie en andersyds om die voltoering van die surrogaatooreenkoms te bespoedig. Die submitisie word gemaak dat in beide gevalle die 18 maande tydperk in elk geval te lank is om dié doelstellings effektief te dien.

Die Children's Act bepaal verder dat die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder ooreenkomstig die bepalings van die National Health Act *moet* geskied. Dit is 'n baie wye en vae verwysing aangesien geen spesifieke toepaslike artikels van die National Health Act uitgewys word wat nagevolg moet word nie.⁴⁴⁹ Die submitisie word gemaak dat die wetgewer in hierdie artikel waarskynlik spesifiek die toepaslike vereistes met betrekking tot die *uitvoer van die prosedure*⁴⁵⁰ in gedagte gehad het. Deur die versuim om na spesifieke artikels te verwys, word onnodige ruimte vir verwarring en spekulasie met die bedoeling van die wetgewer gelaat. Die oortreding van artikel 296(2) van die Wet word eweneens nie vervolg- en strafbaar gestel in die Wet⁴⁵¹ nie en kan daar maar net bespiegel word waarom sodanige gebiedende bepaling in die eerste plek in die Wet ingesluit is indien dit ooglopend nie aan die legaliteitsbeginsel voldoen nie.

Die wetgewer wou beslis verseker dat gamete nie vir geldelike gewin geskenk word nie aangesien soortgelyke bepalings rakende vergoeding in die Children's Act en die National Health Act voorkom. Eersgenoemde Wet⁴⁵² bepaal dat geen persoon in verband met 'n surrogaatooreenkoms aan enigeen vergoeding in

⁴⁴⁹ Children's Act: art 296(2).

⁴⁵⁰ National Health Act: art 55-56 is die artikels wat direk van toepassing *kan* wees op die prosedure.

⁴⁵¹ Children's Act.

⁴⁵² 'n Soortgelyke bepaling word in die regulasies aangetref.

kontant of andersins mag belowe, betaal of van enigeen ontvang nie.⁴⁵³ Enige persoon wat egter 'n *bona fide* professionele regs- of mediese diens met betrekking die bekragtiging van die surrogaatooreenkoms deur die hof of in verband met die uitvoer daarvan, lewer, is wel geregtig op redelike vergoeding vir hul dienste.⁴⁵⁴ Niemand mag ook teen vergoeding op enige wyse bekendmaak dat enige persoon gewillig is om as surrogaatmoeder op te tree nie.⁴⁵⁵

Soos reeds genoem, is geen belofte of ooreenkoms vir die betaling van enige vergoeding aan 'n surrogaatmoeder afdwingbaar nie, behalwe insoverre sodanige vergoeding betrekking het op:

- die direkte vergoeding van uitgawes verbandhoudend met die kunsmatige bevrugting en swangerskap van die surrogaatmoeder, die geboorte van die kind en die bekragtiging van die ooreenkoms deur die hof;
- die verlies aan inkomste van die surrogaatmoeder wat verband hou met die surrogaatooreenkoms;
- versekering wat die surrogaatmoeder dek teen enige gebeurtenis wat tot haar dood of ongeskiktheid weens die swangerskap mag aanleiding gee.⁴⁵⁶

Die nie-nakoming van die bogenoemde bepalings met betrekking tot vergoeding word ten volle in die Wet vervolg- en strafbaar gestel.⁴⁵⁷

Die skenkers van gamete en gesondheidsorgverskaffers wat geregistreer is by 'n professionele liggaam of Beroepsraad word, soos reeds genoem, ook deur die National Health Act gemagtig om vergoed te word vir onderskeidelik redelike

⁴⁵³ Children's Act: art 301(1).

⁴⁵⁴ Children's Act: art 301(3). Lede van die regsprofessie en medici is dus op vergoeding geregtig.

⁴⁵⁵ Children's Act: art 303(2). Advertering van surrogaatdienste teen vergoeding is dus verbode.

⁴⁵⁶ Children's Act: art 301(2).

⁴⁵⁷ Children's Act: art 305(1)(b).

uitgawes aangegaan by die skenk van 'n gameet en vir die professionele dienste gelewer in verband met die skenking.⁴⁵⁸ Enigeen wat finansieel groter voordeel trek as die vergoeding van redelike uitgawes verbonde aan die skenk van 'n gameet of gamete verkoop of handel daarin dryf, is skuldig aan 'n misdryf en kan 'n boete of maksimum 5 jaar gevangenisstraf of albei opgelê word.⁴⁵⁹

Die identiteit van die partye tot die hofverrigtinge met betrekking tot die bekragting van surrogaatooreenkomste mag nie sonder die uitdruklike skriftelike toestemming van die partye gepubliseer word nie.⁴⁶⁰ Geeneen mag ook enige inligting publiseer wat die identiteit van die kind gebore uit 'n surrogaatooreenkoms onthul nie.⁴⁶¹ Die versuim om hierdie verbod na te kom word eweneens in die Wet strafbaar gestel.⁴⁶²

Die submissie word gemaak dat die versuim om die nie-nakoming deur die surrogaatmoeder van die bepalings van artikel 300(2) van die Wet met betrekking tot haar besluit om die swangerskap te beëindig weens ander redes as mediese redes, vervolg- en strafbaar te stel, ondeurdag is. Die regte van die ongebore kind en die van die opdraggewende egpaar word totaal negeer ten koste van die surrogaatmoeder se vryheid van keuse om die swangerskap te laat beëindig ten spyte van die feit dat sy vooraf vrywillig 'n geldige kontraktuele ooreenkoms gesluit het, wat boonop deur 'n Hof bekragtig is nadat dit die toets van streng wetlike vereistes moes deurstaan het. Daar word aan die hand gedoen dat die Wet in dié verband aangepas behoort te word, aangesien die risiko van moontlike vervolging as afskrikking kan dien en kan bydra tot

⁴⁵⁸ National Health Act: art 60(1) en (2).

⁴⁵⁹ National Health Act: art 60(4). Ingevolge regulasie 21 gelees met regulasie 4 van GK R175 van 2 Maart 2012 is die maksimum termyn gevangenisstraf wat opgelê kan word vir presies dieselfde oortreding egter paradoksaal 10 jaar.

⁴⁶⁰ Children's Act: art 302(1).

⁴⁶¹ Children's Act: art 302(2). Sien ook regulasie 8(2)(d) van GK R175 wat ook die oordra van inligting van gameetskenkers beperk.

⁴⁶² Children's Act: art 305(1)(b).

verantwoordelike besluitneming deur surrogaatmoeders. Sodoende kan ’n groter balans tussen die regte van die onderskeie partye teweeg gebring word.

5.2.2 Wat bepaal die National Health Act?

Soos reeds vermeld, bevat die Children’s Act⁴⁶³ die wye bepaling dat die kunsmatige bevrugting⁴⁶⁴ van die surrogaatmoeder ooreenkomstig die bepalings van die National Health Act uitgevoer moet word. Die Minister van Gesondheid het sedertdien, soos reeds genoem, regulasies ingevolge artikel 68 van die National Health Act uitgevaardig.⁴⁶⁵ Die regulasies is desnoods op die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder van toepassing aangesien dit afgekondig is ingevolge die National Health Act (wat ingevolge die Children’s Act van toepassing is)⁴⁶⁶ en in die regulasies ook spesifiek bepaal word dat dit betrekking het op die onttrekking van gamete en die gebruik daarvan in lewende persone welke prosedures in die uitvoer van surrogaatooreenkomste toepassing vind.⁴⁶⁷

Daar word aan die hand gedoen dat artikels 55, 56, 60 en 63 van die National Health Act in die uitvoer van die kunsmatige bevrugtingsproses van die surrogaatmoeder van toepassing kan wees indien slegs een gameet van die opdraggewende paar gebruik word en die ander gameet van ’n skenker bekom moet word.⁴⁶⁸ Artikel 63 van die Wet⁴⁶⁹ bepaal dat ’n persoon ’n gameet aan ’n lewende persoon of voorgeskrewe instansie kan skenk vir mediese doeleindes. Dit is onduidelik of die wetgewer hiermee in gedagte gehad het dat die “mediese doeleindes” wat hier ter sprake is deur die wetgewer bepaal moet

⁴⁶³ Art 296(2).

⁴⁶⁴ Die National Health Act bevat geen woordomskriving van “kunsmatige bevrugting” nie, maar dit word wel aangetref in die bovermelde regulasies.

⁴⁶⁵ GK Nr R175 afgekondig in Staatskoerant Nr 35009 op 2 Maart 2012.

⁴⁶⁶ Children’s Act: art 296(2).

⁴⁶⁷ Regulasie 1. Die regulasies geniet aanstons bespreking.

⁴⁶⁸ Children’s Act: art 294. Die gameet van die surrogaatmoeder of ’n ander skenker kan gebruik word saam met die gameet van een van die opdraggewende paar s’n.

⁴⁶⁹ National Health Act 61/2003.

word en of dit verwys na mediese doeleindes soos subjektief beoordeel en voorgeskryf word deur die mediese praktisyn wat by die onttrekking van die gameet en die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder betrokke is. Geen woordoms krywing van “mediese doeleindes” kom in die Wet of in vermelde regulasies voor nie, maar daar word aan die hand gedoen dat die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder wel onder “mediese doeleindes” ressorteer indien die gewone betekenis van die woorde in die uitleg van die Wet gevolg word.

Ingevolge artikel 55 mag niemand ’n gameet⁴⁷⁰ van ’n lewende persoon vir doeleindes waarna in artikel 56 (“mediese doeleindes”) verwys word, sonder die *skriftelike toestemming* van die persoon van wie die gameet verwyder word, verwyder nie. Die submitisie word gemaak dat die invoeging van artikel 63 derhalwe in die Wet oorbodig was. Hierdie artikel bepaal bloot⁴⁷¹ dat ’n persoon gemagtig is om aan ’n lewende persoon ’n gameet vir mediese doeleindes te skenk terwyl dit reeds by implikasie in artikel 55 van die Wet gemagtig word aangesien die skenker se skriftelike toestemming vir die skenking verlang word.

Die gameet moet op die “voorgeskrewe wyse” verwyder word.⁴⁷² ’n Gameet mag verder nie verwyder word van ’n persoon wat geestelik ongesteld⁴⁷³ is of wat jonger as 18 jaar is nie.⁴⁷⁴ Die Wet bepaal *ex abundanti cautela* verder dat die Minister van Gesondheid die verwydering of onttrekking van gamete *kan* (“may” in die Engelse teks van die Wet) magtig en enige voorwaarde wat noodsaaklik mag wees in verband met sodanige verwydering, *kan* stel, welke

⁴⁷⁰ National Health Act: art 55 verwys ook na weefsel, bloed en bloedprodukte. Vir doeleindes van bevrugting van die surrogaatmoeder sal die persoon waarna hier verwys word dus enigeen of albei van die opdraggewende paar en/of ’n skenker wees.

⁴⁷¹ In hoeverre dit die skenk van gamete betref.

⁴⁷² Die wetgewer swyg in die Wet oor wat die “voorgeskrewe wyse” behels, maar bovermelde regulasies bevat talle administratiewe en mediese prosedures wat gevolg moet word.

⁴⁷³ Soos in die Mental Health Care Act 17/2002 bepaal.

⁴⁷⁴ National Health Act: art 56(2)(i) en (iv).

magtiging in elk geval aangetref word in artikel 68 van die National Health Act en onlangs deur die Minister aangewend is.⁴⁷⁵

Artikels 55, 56 en 63 van die Wet voldoen nie aan die legaliteitsbeginsel nie en derhalwe kan niemand wat die bepalinge wat op die uitvoer van surrogaatooreenkomste betrekking het en wat hierbo uiteengesit is, vir die nienakoming daarvan vervolgt word nie. Een van die doelstellings van die wetgewer met die Wet⁴⁷⁶ is onder andere om nasionale gesondheid te reguleer en eenvormigheid in die verskaffing van gesondheidsorgdienste te verseker deur die erkenning, respektering en vervulling van die reg op toegang tot reprodktiewe gesondheidsorg van kwesbare groepe soos vroue, kinders en persone met gestremdhede. Die submissie word gemaak dat die Wet geen tande vir die afdwinging van gemelde artikels vanaf owerheidsweë in die Wet ingebou het nie en derhalwe nouliks sal bydra tot die bereiking van gemelde doelstellings.

5.2.3. Die regulasies

Die bovermelde regulasies bevat 'n magdom administratiewe reëlins⁴⁷⁷ wat ten doel het om behoorlike etiese praktyke en kontrole oor die skenk en gebruik van gamete te verseker in ooreenstemming met die doelstellings van die National Health Act.⁴⁷⁸ Daar word aan die hand gedoen dat bevoegde persone wat hulself op die gebied van kunsmatige inseminasie en embryo-oordrag begewe behoorlike administratiewe sisteme in hul praktyke sal moet instel en in stand

⁴⁷⁵ National Health Act: art 56(2)(b). Die Minister het tot op hede nie van die betrokke artikel gebruik gemaak nie.

⁴⁷⁶ National Health Act: art 2.

⁴⁷⁷ Sien byvoorbeeld onder andere die vereistes in die regulasies dat die Direkteur-Generaal 'n elektroniese data bank moet vestig, gameetskenkerlêers wat geopen moet word deur die "bevoegde persoon" wat die gameet onttrek, die berging en vernietiging van sodanige lêers, die jaarlikse verskaffing van inligting aan die sentrale data bank, 'n register van gemagtige instansies, voorgeskrewe instansies en bevoegde persone wat deur die Direkteur-Generaal bygehou moet word, kennisgewing van naam- en adresveranderinge wat aan die Direkteur-Generaal gegee moet word, inspeksies van instansies wat uitgevoer mag word en prosedures wat gevolg moet word ten einde voorgeskrewe instansies van die voorgeskrewe register te verwyder, ensovoorts.

⁴⁷⁸ National Health Act: art 2.

sal moet hou ten einde aan al die administratiewe vereistes wat in die regulasies gestel word, te voldoen.

In teenstelling met die National Health Act (waarin die oortreding van die meeste wesenlike bepalings wat op surrogaatooreenkomste van toepassing is, nie aan die legaliteitsvereiste voldoen nie) bepaal regulasie 21 dat die nie-nakoming van *enige van die regulasies* 'n misdryf daarstel wat by skuldigbevinding strafbaar is met 'n boete of met gevangenisstraf van 10 jaar of albei. Die volle omvang van die regulasies kan egter weens die beperkte aard van hierdie navorsing nie volledig hierin bespreek word nie. Daar word derhalwe gekonsentreer op daardie regulasies wat direk verband hou met die uitvoer van surrogaatooreenkomste deur bevoegde persone.

'n "Bevoegde persoon" wat kunsmatige bevrugting hanteer, word beskryf as iemand wat as sodanig ingevolge die Wet op Gesondheidsberoepes⁴⁷⁹ geregistreer is en wat 'n mediese praktisyn is wat spesialiseer in ginekologie met opleiding in reprodktiewe medisyne of 'n mediese wetenskaplike, mediese tegnoloog, kliniese tegnoloog met opleiding in reprodktiewe biologie en verbandhoudende laboratorium prosedures.⁴⁸⁰ Slegs 'n "bevoegde persoon" mag gamete verwyder, onttrek of aanleiding gee tot die onttrekking daarvan vanuit die liggaam van 'n gameetskenker vir doeleindes van kunsmatige bevrugting.⁴⁸¹ Sodra gamete verwyder is moet dit in bevrore toestand geberg word of gekriobewaar word.⁴⁸² Slegs 'n bevoegde persoon mag verder die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder hanteer.⁴⁸³ Dit dien vermeld te word dat

⁴⁷⁹ Wet op Gesondheidsberoepes 56/1974.

⁴⁸⁰ GK R175: reg 1.

⁴⁸¹ GK R175: reg 3(1).

⁴⁸² GK R175: reg 3(2). Sien ook woordskrywing van "kriobewaring" in regulasie 1 wat slegs deur 'n gemagtigde instansie gedoen mag word. Ingevolge artikel 54 van die National Health Act wys die Minister van Gesondheid gemagtigde instansies in die Staatskoerant aan.

⁴⁸³ GK Nr R175: reg 9(2).

die pre-implantasie en voorgeboortelike geslagseleksie van die kind verbode is tensy ernstige genetiese afwykings in geslagsverband voorkom.⁴⁸⁴

Geen gameet mag onttrek of verwyder word nie indien 'n bevoegde persoon oor inligting beskik of vermoed dat 'n maksimum van ses kinders reeds deur middel van kunsmatige bevrugting met behulp van dieselfde gameetskenker verwek is.⁴⁸⁵ Sodanige skenker moet ingelig word dat hy/sy⁴⁸⁶ nie verdere gamete mag skenk nie.⁴⁸⁷

Alvorens 'n gameet onttrek word, moet sekere administratiewe prosedures⁴⁸⁸ deur die bevoegde persoon nagekom word. Ingeligte toestemming tot 'n fisiese ondersoek en ondervraging, die verwydering van gamete vir toetse, analisering of ander prosessering moet ook van die gameetskenker bekom word.⁴⁸⁹ Die ouderdom van die gameetskenker moet vasgestel word.⁴⁹⁰ Daar moet ook bepaal word of die gameetskenker op twee geleenthede, nie langer as drie maande uitmekaar en nie langer as 'n maand voor die skenking nie, mediese toetse vir seksueel oordraagbare siektes en semen analise (in geval van manlike skenkers) ondergaan het.⁴⁹¹ In geval van vroulike gameetskenkers moet 'n ginekologiese ondersoek die onttrekking van gamete voorafgaan.⁴⁹² Die familiegeskiedenis, spesifiek met betrekking tot geneties oordraagbare siektes (of draer status daarvan) of geestesiektes, van enige kind, broer, suster, ouer of grootouer moet bekom word.⁴⁹³ In gevalle waar die ontvanger en skenker met mekaar bekend is, moet daar seker gemaak word dat die partye skriftelik

⁴⁸⁴ GK R175: reg 13.

⁴⁸⁵ GK R175: reg 6(a).

⁴⁸⁶ Daar word slegs na "sy" verwys wat onverklaarbaar is aangesien manlike gamete ook gebruik kan word in die uitvoering van surrogaatooreenkomste.

⁴⁸⁷ GK R175: reg 6(b). Die inligting moet ook na die sentrale data basis deurgegee word.

⁴⁸⁸ GK R175: reg 7(a)-(e).

⁴⁸⁹ GK R175: reg 7(e)(i)-(ii).

⁴⁹⁰ GK R175: reg 7(f).

⁴⁹¹ GK R175: reg 7(g).

⁴⁹² GK R175: reg 7(h).

⁴⁹³ GK R175: reg 7(i).

bevestig dat hul mekaar ken en die partye moet ook sielkundig geëvalueer word.⁴⁹⁴

Die kunsmatige bevrugting van of embryo-oordrag na die surrogaatmoeder mag slegs geskied in 'n “gemagtigde instelling”.⁴⁹⁵ Ingevolge regulasie 15(1)(a)⁴⁹⁶ moet die Direkteur-Generaal 'n register byhou van onder andere gemagtigde instellings wat in terme van artikel 54 van die National Health Act gemagtig is om kunsmatige bevrugtings of embryo-oordragte uit te voer. Die submitisie word gemaak dat kunsmatige bevrugting of embryo-oordrag egter nie in artikel 54(2) vermeld word as enigeen van die prosedures wat deur 'n gemagtigde instelling uitgevoer mag word in terme van die betrokke artikels in die Wet waarna verwys word nie. Daar word aan die hand gedoen dat instellings wat nie ingevolge artikel 54(1) van die Wet deur die Minister as gemagtigde instelling aangewys is nie, maar wat wel kunsmatige bevrugtings of embryo-oordragte uitvoer, derhalwe nie van die oortreding van regulasie 9⁴⁹⁷ aangekla en skuldig bevind sal kan word nie.

Die persoon in beheer van die fasiliteit waar die baba wat verwek is deur middel van kunsmatige bevrugting gebore word, moet binne drie maande na die geboorte sekere inligting aan die sentrale data bank voorsien.⁴⁹⁸ Die inligting sluit in, maar is nie beperk nie tot, die bevestiging van die geboorte, die verskaffing van die unieke identifikasie nommer van die surrogaatmoeder waarna in die regulasies verwys word⁴⁹⁹ en inligting rakende enige genetiese afwyking of geboortedefek wat die kind mag hê.⁵⁰⁰ Dit beteken dat alle fasiliteite wat kraamsale het (ongegag die feit of die fasiliteit dienste lewer vir

⁴⁹⁴ GK R175: reg 7(j).

⁴⁹⁵ GK R175: reg 9.

⁴⁹⁶ GK R175.

⁴⁹⁷ GK R175.

⁴⁹⁸ GK R175: reg 16(1)(a).

⁴⁹⁹ GK R175: reg 11(a).

⁵⁰⁰ GK R175: reg 16(2).

kunsmatige bevrugting of embryo-oordragte), navraag sal moet doen van die wyse waarop 'n kind verwek is wanneer enige swanger vrou daarheen kom vir 'n bevalling ten einde die vermelde aanmeldingsvereistes, indien dit van toepassing op die geval is, na te kom.

'n Ouer⁵⁰¹ van 'n kind wat deur middel van kunsmatige bevrugting of embryo-oordrag verwek is, moet die gemagtigde instelling wat die prosedure uitgevoer het in kennis stel wanneer enige afwyking of geestesiekte by sodanige kind bemerk word.⁵⁰² Die gemagtigde instelling moet, wanneer dit onder hul aandag kom dat die kind wat gebore is enige genetiese afwyking het of enige geestesiekte het, vasstel of die oorsaak van die afwyking of geestesiekte afkomstig mag wees van die gameetskenker of die ontvanger.⁵⁰³ Indien wel, moet die gemagtigde instelling wat die gameetskenking gefasiliteer het skriftelik daarvan in kennis gestel en voorsien word van die uitslae van die toetse en hul opinie aangaande die genetiese afwyking of geestesiekte.⁵⁰⁴

Soos reeds vermeld, word die beskikbaarstelling van inligting rakende die identiteit van die betrokkenes by surrogaatooreenkomste in die Children's Act beperk. Die regulasies bevat soortgelyke bepalings wat die openbaarmaking van die identiteit van gameetskenkers of die ontvangers daarvan, inligting wat verband hou met die kunsmatige bevrugting met behulp van gamete of reproduksie as gevolg van kunsmatige bevrugting verbied tensy die reg anders bepaal of dit deur 'n hofbevel gemagtig word.⁵⁰⁵

⁵⁰¹ Die "ouer" wat hier ter sprake is, is enigeen van die opdraggewende paar. Children's Act: 297(1).

⁵⁰² GK R175: reg 17(2).

⁵⁰³ GK R175: reg 17(1)(a).

⁵⁰⁴ GK R175: reg 17(1)(b).

⁵⁰⁵ GK R175: reg 19. Die strafbepaling is presies dieselfde as in die Children's Act.

5.3. Terminasie van swangerskap

5.3.1. Waar uitgevoer

Ingevolge artikel 3(1) van die Wet⁵⁰⁶ kan die beëindiging van swangerskappe slegs by 'n fasiliteit wat aan die onderstaande vereistes voldoen, geskied naamlik fasiliteite wat:

- (a) Toegang verleen tot geneeskundige- en verpleegpersoneel.
- (b) Toegang verleen tot 'n operasietheater.
- (c) Toepaslike chirurgiese toerusting het.
- (d) Geneesmiddels vir binne-aarse en binnespiersse-inskuitings voorsien.
- (e) Noodressussiteringstoerusting en toegang tot 'n noodverwysing-sentrum of –fasiliteit het.
- (f) Toegang verleen tot toepaslike vervoer indien die behoefte aan noodoorplasing ontstaan.
- (g) Fasiliteite en toerusting vir kliniese waarneming en toegang tot binnepatiënt-fasiliteite het.
- (h) Toepaslike infeksiebeheermaatreëls het.
- (i) Toegang verleen tot veilige afvalwegdoeningsinfrastruktuur.
- (j) Telefoniese kommunikasiemiddele het.
- (k) By kennisgewing in die Staatskoerant goedgekeur is deur die Lid van die Uitvoerende Raad.

Enige gesondheidsfasiliteit wat 'n 24-uur-kraamdiens lewer, en wat voldoen aan bovermelde vereistes, kan swangerskappe in die *eerste trimester* beëindig sonder om die goedkeuring van die Lid van die Uitvoerende Raad te verkry.⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92/1996.

Enige persoon wat 'n swangerskap beëindig of die beëindiging van 'n swangerskap toelaat by 'n fasiliteit wat nie ingevolge artikel 3(1) goedgekeur is of in artikel 3(3)(a) van die Wet beoog is nie, is skuldig aan 'n oortreding en by skuldigbevinding strafbaar met 'n boete of met gevangenisstraf van hoogstens 10 jaar.⁵⁰⁸

5.3.2. Gedurende watter tydperke en op watter gronde

Ingevolge die Wet⁵⁰⁹ kan die terminasie van swangerskap in drie verskillende tydperke van swangerskap geskied. Bepaalde reëls waarbinne dit uitgevoer mag word, geld vir elke tydperk:

Die eerste twaalf weke: Die beëindiging van 'n swangerskap gedurende hierdie tydperk is op die blote versoek van die vrou beskikbaar sonder dat enige bepaalde gronde deur haar of enigiemand anders bewys hoef te word.⁵¹⁰ Dit moet by implikasie⁵¹¹ uitgevoer word deur 'n geneesheer, geregistreerde vroedvrou of geregistreerde verpleegkundige aangesien artikel 10(1)(a) van die Wet bepaal dat enige persoon wat nie een van hierdie beroepe beklee nie en 'n swangerskap in hierdie tydperk beëindig, 'n misdryf pleeg.⁵¹²

Die woordskrywing⁵¹³ van “vrou” is 'n vroulike persoon van enige ouderdom. Die ouderdom van die swanger persoon is dus, soos reeds genoem, irrelevant by die beëindiging van 'n swangerskap, maar dit moet plaasvind met

⁵⁰⁷ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 3(3)(a). Die Lid van die Uitvoerende Raad waarna hier verwys word is ingevolge artikel 1 van die Wet die Lid van die Uitvoerende Raad van 'n provinsie wat verantwoordelik is vir gesondheid in daardie provinsie.

⁵⁰⁸ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 10(1)(d).

⁵⁰⁹ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 2.

⁵¹⁰ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 2(1)(a).

⁵¹¹ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 2(1)(a). Dit word nie spesifiek in dié subartikel vermeld wie die prosedure in die gemelde tydperk mag uitvoer nie, maar die subartikel moet saamgelees word met artikel 10(1)(a) van die Wet.

⁵¹² Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 1 beskryf “geregistreerde vroedvrou” as iemand wat as sodanig kragtens die Wet op Verpleging 50 van 1978 geregistreer is.

⁵¹³ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 1.

die “oorwoë toestemming” van die swanger vrou/kind.⁵¹⁴ Niemand anders, nie eens die vader van die ongebore kind, se toestemming is nodig nie.⁵¹⁵ Soos reeds genoem mag ’n surrogaatmoeder ook sonder die toestemming van die opdraggewende paar die beëindiging van haar swangerskap versoek.⁵¹⁶

Die Wet bepaal dat die geneesheer, verpleegkundige of vroedvrou ’n minderjarige swanger kind wat die prosedure versoek, moet adviseer om haar ouers, voog, familie of vriende te raadpleeg alvorens die swangerskap beëindig word, maar dat die prosedure nie geweier mag word indien sy dit nie wil doen nie.⁵¹⁷ Die nie-nakoming van hierdie bepaling deur die geneesheer, verpleegkundige of vroedvrou word egter nie strafbaar gestel in die Wet nie.⁵¹⁸ Die submissie word gemaak dat die nie-nakoming van hierdie bepaling deur gesondheidsorgwerkers wel onder sekere omstandighede en soos reeds vermeld, afhangende van die bepalings in die dienskontrak tussen werkgewer en werknemer, kontrakbreuk daar kan stel.

Tussen dertiende en twintigste weke: Gedurende hierdie tydperk kan die swangerskap op versoek van die vrou slegs deur ’n geneesheer beëindig word mits een van die onderstaande gronde na die oordeel van die geneesheer en na oorleg met die vrou, aanwesig is:

- die voortgesette swangerskap ’n gevaar van benadeling vir die vrou se liggaamlike of geestesgesondheid inhou; of
- daar ’n wesenlike gevaar bestaan dat die fetus aan ’n erge liggaamlike of geestesabnormaliteit sal ly; of
- die swangerskap die gevolg van verkragting of bloedskunde is; of

⁵¹⁴ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 5(1).

⁵¹⁵ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 5(2).

⁵¹⁶ Children’s Act: art 300.

⁵¹⁷ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 5(3). Ingevolge die National Health Act: art 6 moet ’n gesondheidsorgwerker die pasiënt behoorlik inlig rakende die voorgenome prosedure. Sien Hoofstuk 3.

⁵¹⁸ Sien par 3.4.8 in Hoofstuk 3 met betrekking tot toestemmingskwessies by swanger kinders.

- die sosiale of ekonomiese omstandighede van die vrou aansienlik benadeel sal word deur die voortgesette swangerskap.⁵¹⁹

Daar moet benadruk word dat die gevaar van benadeling vir die vrou se liggaamlike of geestelike geestesgesondheid nie in terme van die Wet *ernstig/wesenlik* hoef te wees nie. Swaksinnigheid of geestesgebrek word nie ingevolge die Wet⁵²⁰ *per se* as grond vir die beëindiging van 'n swangerskap neergelê nie, maar die submissie word gemaak dat die swangerskap moontlik ook beëindig sal kan word op enige van die ander gronde vermeld in artikel 2(1)(b) van die Wet indien die swanger vrou swaksinnig of geestesgebrekig is. Die prosedure wat gevolg moet word ter verkryging van toestemming vir die prosedure in die geval van 'n swanger vrou wat geestesonbevoeg weens bewusteloosheid of geestesgebrek is, word in artikel 5(4) en 5(5) van die Wet uiteengesit, maar word nie volledig hierin hanteer nie aangesien geen statutêre oortreding deur die wetgewer geskep is vir die oortreding van die artikels nie.⁵²¹

Daar moet verder daarop gelet word dat die woordskrywing van “verkragting”,⁵²² soos reeds genoem, heelwat wyer geïnterpreteer moet word (en meer kompleks is) as wat ten tyde van die inwerkingtreding van die Wet⁵²³ in die strafreg verstaan is. Dit kan problematies vir die geneesheer wees wat wel die nodige mediese kennis het, maar sonder regsagtergrond is en wat moet besluit of die swangerskap die gevolg van “verkragting” is. In artikels 3, 4 en 15 van die Wysigingswet op Strafrege (Seksuele Misdrywe en Verwante

⁵¹⁹ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 2(1)(b).

⁵²⁰ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92/1996.

⁵²¹ Die moontlike bedoeling van die wetgewer met die insluit van gebiedende bepalings in die Wet, maar wat nie aan die legaliteitsbeginsel voldoen nie, word later hierin hanteer.

⁵²² In die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 1 word “verkragting” omskryf as die verskillende misdrywe wat in artikels 3, 4 en 15 van die Wysigingswet op Strafrege (Seksuele Misdrywe en Ander Verwante Aangeleenthede) 2007 beoog is en wat uiteindelik op die wetboek geplaas is deur die Criminal Law (Sexual Offences and Related Matters) Amendment Act 32/ 2007 wat, soos reeds vermeld, op 16 Desember 2007 in werking getree het.

⁵²³ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92/1996.

Aangeleenthede)⁵²⁴ is die misdrywe verkragting (“rape”), gedwonge verkragting (“compelled rape”) en statutêre verkragting (“statutory rape”) onderskeidelik deur die wetgewer geskep. Artikel 3 bepaal dat enigeen wat wederregtelik en opsetlik ’n daad van seksuele penetrasie sonder die toestemming van ’n ander pleeg, skuldig is aan die misdryf van verkragting. “Seksuele penetrasie” word in artikel 1 van die Wysigingswet op Strafbereg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) omskryf as:

“ook ’n handeling wat penetrasie, in welke mate ookal, veroorsaak deur-
(a) die geslagsorgane van iemand in of verby die geslagsorgane, anus, of
mond van iemand anders;

(b) enige deel van die liggaam van iemand of, enige voorwerp, met
inbegrip van enige deel van die liggaam van ’n dier, in of verby die
geslagsorgane of anus van iemand anders; of

(c) die geslagsorgane van ’n dier in of verby die mond van iemand
anders”.

Daar word aan die hand gedoen dat in gevalle waar die swanger vrou aanvoer dat sy verkrag is onder omstandighede wat wel aan die woordomskrywing van “seksuele penetrasie” ingevolge bogenoemde wyd uiteenlopende woordomskrywing voldoen, soos byvoorbeeld dat sy slegs vaginaal gepenetreer is met ’n vreemde objek soos ’n bottel of deur ’n dier, welke seksuele penetrasie medies gesproke nie tot swangerskap kan lei nie, daar uiteraard nie voldoen sal word aan die voorvereistes vir die beëindiging van die swangerskap soos gestel in artikel 2(b)(1)(iii) van die Wet⁵²⁵ nie aangesien die swangerskap moes “voortvloei” uit die verkragting.

⁵²⁴ 32/2007.

⁵²⁵ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap.

In artikel 4 van die Wet⁵²⁶ word gedwonge verkragting (“compelled rape”) as misdryf geskep synde:

“Iemand (“A”) wat wederregtelik en opsetlik ’n derde persoon (“C”), sonder toestemming van C, dwing om ’n handeling van seksuele penetrasie met ’n klaer of klaagster (“B”), sonder die toestemming van B, te pleeg, is skuldig aan die misdryf gedwonge verkragting.”

Die submitisie word gemaak dat dit onduidelik is waarom die wetgewer “compelled rape” in die Wet⁵²⁷ onder “verkragting” ingesluit het aangesien dit gewoon oorbodig is en onnodige verwarring mag skep by wat met “verkragting” bedoel word. Artikel 4⁵²⁸ handel immers oor die aanspreeklikheid van derdes by verkragting - wat vir alle doeleindes irrelevant in die konteks van die Wet⁵²⁹ is.

Artikel 15 van die Wysigingswet op die Strafbreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) is van groot belang vir die geneesheer wat versoek word om ’n swangerskap tussen die dertiende en twintigste weke van swangerskap te beëindig. Ingevolge hierdie artikel word die konsensuele seksuele penetrasie met sekere kinders (die sogenaamde “statutêre verkragting”) tot misdryf verhef. Hiervolgens is die feit dat die kind toestemming tot die daad verleen het, irrelevant. Ingevolge artikel 1(1)(b) van die Wet⁵³⁰ is ’n “kind” ’n persoon onder 18 jaar, maar met verwysing na artikel 15 van gemelde Wet, ’n persoon 12 jaar of ouer, maar onder die ouderdom van 16 jaar. ’n Geneesheer sal dus nie regmatig aan die versoek van ’n kind *ouer* as 16 jaar om haar swangerskap⁵³¹ te beëindig weens verkragting onder omstandighede waarna in

⁵²⁶ Wysigingswet op die Strafbreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) 32/2007.

⁵²⁷ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92/1996.

⁵²⁸ Wysigingswet op die Strafbreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) 32/2007.

⁵²⁹ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92/1996.

⁵³⁰ Wysigingswet op die Strafbreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) 32/2007.

⁵³¹ Tussen die dertiende en twintigste weke van swangerskap.

artikel 15 van die Wysigingswet op die Strafbereg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) verwys word, kan voldoen nie. Die geneesheer sal ook in gedagte moet hou dat die ouderdom van die man, soos reeds genoem, ook ter sprake is by die bepaling van die vraag of statutêre verkragting wel gepleeg is aldan nie.⁵³² Van belang is dat die Wet nie *bewys* van verkragting of bloedskande of selfs dat 'n formele klag teen die vermeende oortreder gelê moes wees, vereis nie. Soos reeds vermeld, is verkragting en bloedskande nie 'n grond waarop 'n swangerskap tydens die laaste trimester beëindig kan word nie.

Die moontlikheid dat die voortgesette swangerskap die sosiale of ekonomiese omstandighede van die swanger kind aansienlik sal benadeel,⁵³³ behoort in die geval van 'n kind, selfs ouer as 16 jaar, geredelik aangetoon te word. Die uitdrukking “aansienlik sal benadeel” is besonder vaag en kan verwys na faktore soos of die voortgesette swangerskap die kind se kanse op die sluit van 'n huwelik kan verminder of haar aansien tussen haar vriende of ander lede van haar portuurgroep ernstig kan laat daal.⁵³⁴

Na die twintigste week: Na die twintigste week van swangerskap is dit toelaatbaar om die swangerskap te beëindig indien 'n geneesheer, na oorleg met 'n ander geneesheer, geregistreerde vroedvrou of geregistreerde verpleegkundige, van oordeel is dat die voortgesette swangerskap die lewe van die vrou in gevaar sal stel, 'n erge misvorming van die fetus sal veroorsaak of 'n gevaar van benadeling vir die fetus sal inhou.

Van Oosten⁵³⁵ huldig die mening dat die kliniese oordeel van die geneesheer, eerder as konsultasie met die swanger vrou, in hierdie geval die bepalende faktor vir die beëindiging van die swangerskap is. Hy meen dat die vereiste

⁵³² Sien par 3.3.9 in Hoofstuk 3.

⁵³³ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 2(1)(b)(4).

⁵³⁴ Snyman 1999:444.

⁵³⁵ 1999:68.

konsultasie met 'n ander geneesheer of vroedvrou, en nie konsultasie met die swanger vrou nie, staving hiervoor is. Die submitisie word gemaak dat dit wil voorkom asof die wetgewer die inisiatief vir die oorweging van aborsie gedurende hierdie tydperk in die hande van die geneesheer wou plaas en nie in dié van die swanger vrou nie. Van Oosten meen ook dat alhoewel die wetgewer die woorde “weselik”, “erge” en “aansienlik” in die Wet⁵³⁶ gebruik, dit onduidelik is of die geneesheer se opinie 'n objektiewe basis behoort te hê.⁵³⁷ Daar word aan die hand gedoen dat dit voor die hand liggend is dat die swanger vrou se ingeligte toestemming vir die uitvoer van die prosedure nietemin in ooreenstemming met die algemeen aanvaarde beginsels van die mediese etiek voor die uitvoer van die prosedure bekom sal moet word.

5.3.3. Misdade geskep/nie geskep nie in die Wet⁵³⁸

Daar is reeds hierbo verwys na die statutêre bevoegdheid wat in artikel 2 van die Wet⁵³⁹ aan geneeshere, vroedvroue en geregistreerde verpleegkundiges verleen word om swangerskappe gedurende die drie trimesters van swangerskap onder sekere gegewe omstandighede te beëindig. Artikel 2 moet met die misdryfskeppende- en strafbepalende artikel 10(1) van die Wet geles word. Hiervolgens is 'n persoon wat 'n swangerskap beëindig ingevolge artikel 2(1)(a), (b) of (c) van die Wet en nie 'n geneesheer/geregistreerde vroedvrou/geregistreerde verpleegkundige in die geval van artikel 2(1)(a) is nie, of nie 'n geneesheer in die geval van artikel 2(1)(b) of (c) is nie, skuldig aan 'n misdryf en strafbaar met 'n boete of met gevangenisstraf van hoogstens 10 jaar.⁵⁴⁰

⁵³⁶ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 2(1)(b) en (c).

⁵³⁷ Van Oosten 1999:69.

⁵³⁸ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92/1996.

⁵³⁹ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92/1996.

⁵⁴⁰ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 10(1)(b).

Artikel 10 van die Wet⁵⁴¹ vermeld geen spesifieke skuldvorm wat aanwesig moet wees nie. In die afwesigheid van 'n duidelike en ondubbelsinnige aanduiding tot die teendeel, word vermoed dat artikel 10 nie skuldlose aanspreeklikheid skep nie.⁵⁴² By die beantwoording van die vraag of opset vereis word en of blote nalatigheid as skuldvorm aanvaarbaar is, moet in gedagte gehou word dat opset vereis is vir die skuldigbevinding aan aborsie ingevolge die gemenerereg en die vorige Wet en kan daar aanvaar word dat opset ook bewys sal moet word in geval van die oortreding van artikel 10 van die Wet.⁵⁴³

Van Oosten⁵⁴⁴ meen dat die eng omskrewe misdrywe in artikel 10 in skille kontras met die wye reeks omstandighede en voorwaardes waaronder die beëindiging van swangerskappe moet geskied, staan. Gemeet aan die legaliteitsbeginsel waaraan wetgewing moet voldoen, kan die volgende gevolgtrekkings volgens Van Oosten gemaak word:

- Solank die persoon wat 'n swangerskap beëindig gedurende die eerste trimester 'n geneesheer, vroedvrou of verpleegkundige is of gedurende die tweede en derde trimester 'n geneesheer is, pleeg daardie persoon geen misdryf indien die voorwaardes en prosedures soos voorgeskryf in artikels 2(1), 5(4) en 5(5) van die Wet⁵⁴⁵ nie nagevolg word nie. Dus: die swanger vrou kan gedurende die dertiende week tot en met die dag van geboorte die beëindiging van haar swangerskap versoek (en die geneesheer kan

⁵⁴¹ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92/1996.

⁵⁴² Van Oosten 1999:76.

⁵⁴³ Van Oosten 1999:76.

⁵⁴⁴ Van Oosten 1999:73.

⁵⁴⁵ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap.

dit uitvoer) in stryd met die bepalings van die Wet sonder dat enigeen van die twee aan vervolging blootgestel sal wees.⁵⁴⁶

- 'n Geneesheer of vroedvrou kan sonder vrees vir vervolging swangerskappe in fasiliteite wat nie ingevolge artikel 3 van die Wet goedgekeur is nie, beëindig.⁵⁴⁷

Daar kan nie met Van Oosten akkoord gegaan word hiermee nie aangesien artikel 10(1)(d) van die Wet uitdruklik bepaal dat “enige persoon” wat 'n swangerskap beëindig of die beëindiging toelaat by 'n fasiliteit wat nie ingevolge artikel 3(1) goedgekeur is nie, of in artikel 3(3)(a) beoog is nie, aan 'n misdryf skuldig is.

Soos reeds genoem, kan die versuim van 'n geneesheer of vroedvrou om die swanger vrou van haar regte⁵⁴⁸ in te lig, nie tot vervolging lei nie. Sodanige versuim sal moet neerkom (aan die hand van die feite van elke geval) op die verhoed van die beëindiging van die swangerskap of die verhinderings tot toegang van 'n fasiliteit vir die beëindiging van die swangerskap alvorens dit vervolgbaar en strafbaar sal wees.⁵⁴⁹

Die beëindiging van 'n swangerskap van 'n handelingsbevoegde vrou sonder haar ingeligte toestemming soos vereis in artikel 5(1) van die Wet is nie vervolgs- en strafbaar nie. Van Oosten⁵⁵⁰ meen dat die argument dat so 'n geneesheer/vroedvrou/verpleegkundige aan aanranding of iniuria skuldig bevind sal kan word, noulks opgaan aangesien die wetgewer dié optrede nie gekriminaliseer het nie, maar selfs spesifiek die verbreking van die vrou se reg

⁵⁴⁶ Van Oosten 1999:73.

⁵⁴⁷ Van Oosten 1999:73.

⁵⁴⁸ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 6. Wat “regte ingevolge die Wet” ookal mag behels.

⁵⁴⁹ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 10(1)(c). Van Oosten 1999:73. Sien ook Hoofstuk 3 aangaande die bestaan en perke van reg op gewetensbeswaar van die geneesheer, vroedvrou of verpleegkundige.

⁵⁵⁰ 1999:73.

op privaatheid⁵⁵¹ strafbaar gestel het.⁵⁵² Die submitisie word gemaak dat Van Oosten se mening nie korrek is nie aangesien sulke optrede wel binne die woordoms krywing van die gemelde gemeenregtelike misdrywe kan val en vervolg- en strafbaar behoort te kan wees afhangende van die feite van elke besondere geval.⁵⁵³

Die versuim om rekord te hou van en kennis te gee van die beëindiging van swangerskappe⁵⁵⁴ gedurende die derde trimester (in teenstelling met prosedures wat in die eerste twee trimesters uitgevoer word) is nie vervolg- en strafbaar nie. In ag genome die feit dat die beëindiging van swangerskappe gedurende die derde trimester ongewens is weens die lewensvatbaarheid van die fetus, bejeën Van Oosten tereg dié weglating met agterdog en skryf hy dit toe aan die verdoeseling deur die owerhede van die uitwissing van “near-children” wat nie openbare veroordeling sou kon ontkom nie.⁵⁵⁵

Aborsie kan deur sogenaamde “backstreet abortionists” of die swanger vrou self uitgevoer word by wyse van ander metodes as “geneeskundige” of “chirurgiese”⁵⁵⁶ metodes sonder dat hy/sy vervolg sal kan word. Indien ’n geneesheer/vroedvrou/verpleegkundige ’n swangerskap beëindig op ’n ander wyse as deur geneeskundige of chirurgiese metodes, sal die professionele vereniging van daardie persoon wel teen hom/haar kan optree op grond van onprofessionele gedrag.⁵⁵⁷

5.3.4. Moontlike doel en funksie van gebiedende bepalings in die Wet

⁵⁵¹ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 7(3) en (5) gelees met art 10(2). ’n Boete of gevangenisstraf van hoogstens 6 maande kan opgelê word.

⁵⁵² Daar sal ongetwyfeld in so ’n geval deur die toepaslike professionele liggaam teen die gesondheidsorgwerker opgetree kan word weens onprofessionele gedrag.

⁵⁵³ Sien ook Snyman 1999:446.

⁵⁵⁴ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 7(1) gelees met art 10(2). ’n Boete of gevangenisstraf van hoogstens 6 maande kan opgelê word.

⁵⁵⁵ Van Oosten 1999:74.

⁵⁵⁶ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap: art 1.

⁵⁵⁷ Van Oosten 1999:74.

Van Oosten⁵⁵⁸ is die mening toegedaan dat die beperkings in die Wet⁵⁵⁹ wat nie aan die legaliteitsbeginsel voldoen nie, nie eties of regtens relevant is nie. Hy wys uit dat geen duidelike en ondubbelsinnige aanduiding bestaan dat die nie-nakoming van die bepalings in die Wet deur geneeshere of verpleegkundiges deur die onderskeie professionele verenigings van daardie persone as onprofessionele (onbehoorlike of skandelige) gedrag beskou sal word nie. Geen vereniging het sy lede in kennis gestel dat die nie-nakoming van die bepalings van die Wet as onbehoorlike gedrag beskou sal word wat strafbaar as sodanig sal wees nie.

Dit is onduidelik of die onverenigbaarheid tussen die gebiedende bepalings en die misdrywe wat in artikel 10 van die Wet voorkom, doelbewus deur die wetgewer geskep is of 'n blote oorsig was. Wat wel seker is, is dat versuim om die nie-nakoming van al die gebiedende bepalings in die Wet strafbaar te stel dié bepalings tot “toothless watchdogs” negeer wat geen doel dien behalwe dat dit onafdwingbare riglyne vir geneeshere en verpleegkundiges daarstel nie.⁵⁶⁰

5.4. Die nie-nakoming van Hoofstuk 2 van die National Health Act

Hoofstuk 2 van die Wet hierbo het hoogstens die mediese etiek tot statutêre *voorskrifte* verhef. Die medies-etiese pligte soos die verpligte verkryging van ingeligte toestemming en deelname van die pasiënt in besluite wat sy/haar gesondheid en behandeling mag raak, word lofwaardig in die Wet erken.⁵⁶¹ Paradoksaal voldoen geeneen van die bepalings⁵⁶² aan die legaliteitsbeginsel nie

⁵⁵⁸ 1999:74.

⁵⁵⁹ Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92/1996.

⁵⁶⁰ Van Oosten 1999:75.

⁵⁶¹ National Health Act: art 6-9.

⁵⁶² Behalwe die oortreding van artikel 17 van die Wet wat betrekking het op die ongemagtigde openbaarmaking van mediese rekords wat wel aan die legaliteitsbeginsel voldoen.

en word die afdwinging van regte van die pasiënt in die strafregstelsel deur middel van die effektiewe vervolging en bestraffing van oortreders agterweë gelaat. Die bepaling is dus hoogstens riglyne aan gesondheidsorgwerkers.

Die wetgewer skryf wel voor dat munisipaliteite klagteprosedures moet instel wat deur pasiënte gebruik kan word ten einde klagtes oor die manier waarop behandeling in gesondheidsorginstellings ontvang is, ondersoek kan word.⁵⁶³ Gegewe die swak vlak van dienslewering deur munisipaliteite in Suid-Afrika, word aan die hand gedoen dat hierdie prosedure waarskynlik niks sal bydra tot die afdwinging van die regte van pasiënte nie. Dit is ook 'n ope vraag watter stappe geneem sal word teen oortreders indien die pasiënt wel so gelukkig is om 'n behoorlike klagte te kan lê, ondersoek ingestel te kry, te voltooi en bevindings uiteindelik gemaak te word dat gesondheidsorgwerkers wel nie die riglyne nagekom het nie. Die Wet bevat weereens ook geen bepaling wat kan lei tot die vervolging van munisipaliteite wat versuim om klagteprosedures in te stel en behoorlik te administreer nie.

⁵⁶³ National Health Act: art 17.

6. SAMEVATTING EN AANBEVELINGS

6.1. Surrogasie

Wat surrogasie betref word aan die hand gedoen dat die talle bepalings wat in Hoofstuk 19 van die Children's Act aangetref word en wat grootliks nie gekriminaliseer is nie, juis die miskenning van die regte wat die Wet poog te beskerm, bevorder. In dié verband word spesifiek verwys na die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder sonder die bekragtiging van die surrogaatooreenkoms deur die hof of buite die tydperk van 18 maande na bekragtiging.⁵⁶⁴

Soos reeds genoem, behoort die surrogaatmoeder verplig te word, by wyse van die risiko van moontlike vervolging vir die nie-nakoming van die bepalings van die Children's Act⁵⁶⁵ om die nodige stappe te neem alvorens sy haar swangerskap kan laat termineer en moet die persoon wat die swangerskap termineer sonder bewyse dat die bepalings tot die letter van die Wet nagekom is, ook aan vervolging blootgestel wees. Alhoewel surrogasie volgens alle aanduidings deur die samelewing aanvaar word as dikwels die laaste uitweg vir infertiele pare om die vreugde van ouerskap te ervaar, bly dit steeds 'n potensiële mynveld indien dit nie behoorlik gereguleer word en die nie-nakoming van statutêre bepalings na behore strafbaar gestel word nie.

Die Children's Act ondervang wel sommige van die genoemde potensiële mediese- en regsgevolge wat oorsese mediese toerisme tot gevolg kan hê met die bepalings rakende die verpligte domicilium in Suid-Afrika van die

⁵⁶⁴ Children's Act: art 296.

⁵⁶⁵ Children's Act: art 300.

opdraggewende paar en die surrogaatmoeder.⁵⁶⁶ Soos aangetoon, kan oorsese mediese toerisme met die oog op die gebruik van buitelandse surrogaatmoeders talle regsprobleme en onvoorsiene regsgevolge vir die kind wat sodoende gebore is, tot gevolg hê. Alhoewel die hof tans surrogaatooreenkomste slegs kan bekragtig indien minstens een van die opdraggewende paar in Suid-Afrika gedomisilieerd is en die surrogaatmoeder en haar lewensmaat ook, bevat die Wet geen strafbepaling indien opdraggewende pare tog van die dienste van 'n buitelandse surrogaatmoeder gebruik maak sonder dat enige surrogaatooreenkoms in Suid-Afrika deur die hof bekragtig is nie. Daar is reeds hierin aangetoon dat self-regulering in geval van ART in die VSA eenvoudig ondoeltreffend is en daarom word aan die hand gedoen dat die Wet in die verband aangepas moet word deur die optrede vanaf owerheidsweë strafbaar te stel. Die verreikende regsgevolge van oorgrens mediese toerisme, soos reeds hierin uitgelig, noodsaak dit.

6.2. Terminasie van swangerskap

Van Oosten meen die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap is

“hardly a model of legislative genius. Behind its ideological facade and political clichés, it consists of little more than the decriminalization of abortion, and that result could have been achieved in a fraction of the space occupied by the Act. For the rest, the Act bristles with lacunae, contradictions, inconsistencies and incomprehensibilities, and demonstrates a stunning ignorance of the basic principles of criminal law, an inexplicable ambivalence on the issue of abortion, and a surprising insensitivity to the meaning of the word on the legislator’s

⁵⁶⁶ Children’s Act: art 292(1)(c)-(d).

*part. One can only hope that the current lack of concern for competent legal draftsmanship will be a short-lived phenomenon.*⁵⁶⁷

Alhoewel Van Oosten korrek in sy beoordeling van die wyse waarop die Wet opgestel is mag wees, het die betrokke Wet direk daartoe aanleiding gegee dat aborsieverwante sterftes dramaties afgeneem het sedert die inwerkingtreding daarvan.⁵⁶⁸ Hierbenewens erken die Wet die konstitusionele reg van elke Suid-Afrikaner om self besluite rakende reproduksie te maak, sowel as die beheer oor hul liggame te hê. Behalwe vir die beginsel van respek vir liggaamlike integriteit, is die Wet ook gegrond op die beginsel dat basiese gesondheidsorg insluitende reprodktiewe sorg, aan elke persoon, ongeag sosio-ekonomiese status, beskikbaar moet wees.⁵⁶⁹ Suid-Afrika as deel van die ontwikkelende wêreld is belas met 'n beleërde gesondheidsorgsisteem met uiters beperkte middele. Hierbenewens is dit die mees gemarginaliseerdes (paternalisties onderdrukte en ekonomies ontmagtigde vroue) van die samelewing wat nie toegang tot die mees basiese gesondheidsorg het nie, maar terselfdertyd die grootste behoefte aan die terminasie van ongewenste swangerskappe ondervind.

Alhoewel die Wet instrumenteel was in die verlaging van aborsieverwante sterftes, bestaan daar steeds in Suid-Afrika groot gapings tussen beleid en die implementering daarvan.⁵⁷⁰ Sommige uitdagings wat aangespreek moet word is:

- Gehalte gesondheidsorg word benodig wat alle aspekte van aborsie insluit.
- Die sielkundige behoeftes van gesondheidsorgwerkers en pasiënte moet aangespreek word.

⁵⁶⁷ Van Oosten 1999:76.

⁵⁶⁸ Moroni ea 2006:37.

⁵⁶⁹ Moroni ea 2006:37.

⁵⁷⁰ Harries 2009:464.

- Behoorlike voorbehoedingsprogramme moet so wyd as moontlik geïmplementeer word en voorbehoedingsberading moet versterk word, ook na aborsies.
- Kennis van die bepalings van die Wet moet uitgebrei word tot op die laagste vlak van gesondheidsorgwerkers, ook met spesifieke verwysing na die reg op gewetensbeswaar.
- Ondersteuningsprogramme en aansporings gerig op die werwing van potensiële diensverskaffers en die behoud van bestaande diensverskaffers van aborsie moet ontwikkel word.⁵⁷¹

Die reg tot kultuur word in die Grondwet erken,⁵⁷² maar die submissie word gemaak dat talle kulturele gebruike in Suid-Afrika soos poligamie, *ukungena*,⁵⁷³ vroulike besnydenis, ensovoorts tot die ongelykheid en onderdrukking van die vrou aanleiding gee wat haar blootstel aan seksuele misbruik met gevolglike ongewenste swangerskappe.⁵⁷⁴ Deur die beoefening van hierdie gebruike te ontmoedig kan ongewenste swangerskappe moontlik afneem wat aborsiegetalle en negatiewe aborsieverwante mediese gevolge in Suid-Afrika kan laat afneem.

Uiters beperkende aborsie-wetgewing word, soos reeds vermeld, nie geassosieer met laer aborsiestatistiek nie. Waar aborsie toegelaat word op breë gronde, is dit gewoonlik veilig terwyl die situasie omgekeerd is in gevalle waar dit streng beperk word. Relatief liberale aborsiewetgewing word in ontwikkelende lande geassosieer met minder negatiewe gesondheidsgevolge voortspruitend uit aborsie as in lande met beperkende aborsiewetgewing.⁵⁷⁵ Die submissie word derhalwe gemaak dat die verdere kriminalisering van aborsie nie gaan bydra tot die vermindering van aborsiegetalle in Suid-Afrika nie, maar dat daar eerder na

⁵⁷¹ Harries 2009:464.

⁵⁷² Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1996: art 30 en 31.

⁵⁷³ Hiervolgens word die weduwee van 'n man wat kinderloos gesterf het, gedwing om met 'n familielid van die oorledene te trou ten einde 'n erfgenaam te baar.

⁵⁷⁴ Mswela 2009:21.

⁵⁷⁵ http://www.gutmacher.org/pubs/fb_IAW.html. Toegang verkry op 5/11/2012.

die effektiewe bereiking van bogenoemde voorstelle gekyk moet word ter vermindering van aborsiegetalle.

6.3. Medies-etiese beginsels

Soos reeds genoem, dien die statutêre erkenning⁵⁷⁶ van die geldende medies-etiese reëls in Suid-Afrika eintlik geen doel nie. Die vier pilare van die mediese etiek is in elk geval reeds eeue oud en vaste riglyne in die verband bestaan deur die onderskeie professionele liggame van gesondheidsorgwerkers in Suid-Afrika. Die nie-nakoming van hierdie riglyne kan, soos reeds genoem, aanleiding gee tot dissiplinêre optrede teen die oortreder en was die opname daarvan in wetgewing vreemd.

Indien die genoemde statutêre bepalings aan die legaliteitsvereiste voldoen het, sou die insluiting daarvan in die Wet sin kon maak aangesien die afdwinging daarvan vanaf regsweë een van die basiese waardes van die strafreg, naamlik die herstel op die inbreukmaking van die regte van een individu deur die straf en gevolglike inbreukmaking op die regte van die oortreder, tot gevolg gehad het. Daar word gesubmiteer dat die aanpassing van die National Health Act om in die verband aan die legaliteitsbeginsel te voldoen, oorweeg behoort te word. Dit is egter 'n ope vraag of dit prakties tot enige vervolging sal lei aangesien die Suid-Afrikaanse regsistiem voor enorme uitdagings staan waarin ernstige misdaad soos moord, verkragting, gewapende roof, ensovoorts nie eens behoorlik bereg word nie.

⁵⁷⁶ National Health Act: art 6-9.

BIBLIOGRAFIE

ANDREWS LB

2000. Embryos under the knife.
www.salon.com/2000/08/21/stem_cell_3/. Toegang verkry op 2/11/2012.

ANONIEM

2007. Abortion overreach. *Christianity Today* 51(5):23-24.

ANONIEM

2012. Abortion statistics in South Africa. <http://www.abort97.co.za>.
Toegang verkry op 2/11/2012.

FIND SURROGATE MOTHER

2012. US surrogacy laws by State.
<http://www.findsurrogatemother.com/surrogacy-laws/us-surrogacy-laws-by-state>. Toegang verkry op 23/10/2012.

AMADO ED, CALDERÓN GMC, CHRISTANCHO KR, SALAS EP en
HAUZEUR EB

2010. Obstacles and challenges following partial decriminalisation of
abortion in Colombia. *Reproductive Health Matters* 18(36):118-126.

BARBOUR V

2002. US debate on human cloning side tracked by stem cell patent
disclosure. *Lancet* 359(9304):416-417.

BASS D

2005. Kidneys for cash and egg safaris - can we allow 'transplant tourism' to flourish in South Africa? *South African Medical Journal* 95(1):42-44.

BLYTH E

2010. Parental orders and identity registration: one country three systems. *Journal of Social Welfare & Family Law* 32(4):345-352.

BOLAND R

2010. Second trimester abortion laws globally: actuality, trends and recommendations. *Reproductive Health Matters* 18(36):67-89.

BRASOR P en TSUBUKU M

2011. Childless Japanese couples look for bargains in Asia. <http://blog.japantimes.co.jp/yen-for-living/childless-japanese-couple-look-for-bargains-asia.html>. Toegang verkry op 18/02/2013.

BROOKS AK, MAY JF en DE JONGE CJ

2000. *Handbook of the Assisted Reproductive Laboratory*. CRC Press:Boca Raton, Florida.

BROWN C, WILLMOTT L en WHITE R

2008. Surrogacy in Queensland: should altruism be a crime? *Bond Law Review* 20(1):1-29.

BURCHELL EM

2011. *South African Criminal Law and Procedure Vol I*. 4de uitgawe. Kaapstad:Juta & Kie Bpk.

BURCHELL J

2002. Criminal justice at the crossroads. *South African Law Journal* 119(3):579-602.

BURCHELL J

2005. *Principles of Criminal Law*. 3^{de} uitgawe. Landsdowne:Juta & Kie Bpk.

BÜRGER V

2011. Arts sê hy het ‘punt gemaak’ met eetstaking. *Die Volksblad* 1/4/2011.

CARNELLY M en SONI S

2011. Surrogate motherhood agreements. *De Rebus* May 2011(58):31-35.

CARSTENS P en PEARMAIN D

2007. *Foundational Principles of South African Medical Law*. Durban:Lexis Nexis.

DADA MA en McQUOID-MASON DJ

2001. *Introduction to Medico Legal Practice*. 1^{ste} uitgawe. Durban: Butterworths.

DAVIES T

2010. Cross-border reproductive care: quality and safety challenges for the regulator. *Fertility and Sterility* 94(1):20-22.

DEONANDAN R, LONCAR M, RAHMAN P en OMAR S

2012. Measuring reproductive tourism through an analysis of Indian ART clinic websites. *International Journal of General Medicine* 1(5):763-773.

DE WET JC en SWANEPOEL HL

1985. *De Wet en Swanepoel Strafreg.* 1985. Durban:Butterworth.

ENGLISH V, ROMANO-CRITCHLEY G, SHEATHER J en SOMMERVILLE A

2002. Parenthood and nationality. *Journal of Medical Ethics* 28(3):205.

FRANCIS B

2004. Doctors, insurance and unnecessary operations. *National Observer* Summer 2004(59):16-21.

GAMBLE N

2009. Crossing the line: the legal and ethical problems of foreign surrogacy. *Reproductive Biomedicine Online* 19(2):151-152.

HARRIES J

2009. Termination of pregnancy legislation in South Africa: Implications for health service providers : More about women's health. *Continuing Medical Education Journal* 27(10):462-464.

HARRIS J

1998. *Clones, Genes and Immortality: Ethics and the Genetic Revolution.* 2de uitgawe. Oxford:Oxford University Press.

HEDAYAT K M

2007. The possibility of a universal declaration of biomedical ethics. *Journal of Medical Ethics* 33(1):17-20.

HIPPOKRATES (ADAMS F – translated)

The Oath. <http://classics.mit.edu/Hippocrates/hippooath.html>. Toegang verkry op 18/02/2012.

HOCTOR SV

2004. Dignity, criminal law and the Bill of Rights. *South African Law Journal* 121(2):304-317.

HOCTOR SV, COWLING MG en MILTON JRL

1995. *South African Criminal Law and Procedure Volume III: Statutory Offences*. 7de uitgawe. Juta:Claremont.

HOLDEN C

2006. Cloning thumbs-up in OZ. *Science* 314(5806):1663-1668.

JONES S

2006. Surrogacy: The legal position and the midwife's duty of care. *British Journal of Midwifery* 14:(5)256-256.

JOUBERT WA en FARIS JA

2008. *The Law of South Africa*. 2de uitgawe. Lexis Nexis:Durban.

KANE J (ed)

2010. *South African Survey 2009/2010*. Institute of Race Relations:Johannesburg. www.sair.org.za/services/publications/south-africa-survey/south-africa-survey-online-2009-2010.

KIRBY N

2007. Organs of trade. *Without Prejudice*. 7(8):29-31.

KOTZÉ M

2003. Mass and elite attitude towards the criminal justice system in South Africa. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging* 38(16):38-57.

LAING JA

2009. Inter-species embryos and human clones: Issues of free movement and gestation. *European Journal of Health Law* 16(1):69-79.

MALHOTRA A en MALHOTRA R

2012. All aboard for the fertility express. *Commonwealth Law Bulletin* 38(1):31-41.

McQUOID-MASON DJ

2006. Are the restrictive provisions of sections 2(1)(c) and 5(5)(b) of the Choice on Termination of Pregnancy Act 92 of 1996 unconstitutional? *Tydskrif vir Regswetenskap* 31(1):121-133.

McQUOID-MASON DJ

2010. Some consent and confidentiality issues regarding the application of the Choice on Termination of Pregnancy Act to girl-children. *South African Journal of Bioethics and Law* 3(1):12-15.

McQUOID-MASON DJ

2010. State doctors, freedom of conscience and termination of pregnancy revisited. *South African Journal of Bioethics and Law* 3(2):75-78.

MEYERSON D

1994. Surrogacy agreements. *Acta Juridica* 27(3):121-145.

MILLBANK J

2008. Unlikely fissures and uneasy resonances: Lesbian co-mothers, surrogate parenthood and fathers' rights. *Feminist Legal Studies* 16(2):141-167.

MILLS L

2010. Certainty about surrogacy. *Stellenbosch Law Review* 21(3):429-437.

MORRONI C, BUGA G en MYER L

2006. Understanding aspects of termination of pregnancy legislation : More about ethics. *Continuing Medical Education* 24(1):37-38.

MSWELA M

2009. *Cultural Practices and HIV in South Africa:A Legal Perspective*. Potchefstroomse Elektroniese Regsblad PER/PLJ 12(4).

NAKASH A en HERDIMAN J

2007. Surrogacy. *Journal of Obstetrics & Gynaecology* 27(3):246-251.

NGWENA CG

2003. Conscientious objection and legal abortion in South Africa: Delineating the parameters. *Tydskrif vir Regswetenskap* 28(1):1-18.

NGWENA CG

2010. Protocol to the African Charter on the rights of women: Implications for access to abortion at the regional level. *International Journal of Gynaecology & Obstetrics* 110(2):163-166.

NOSARKA S en KRUGER TF

2005. Surrogate motherhood: Editorial. *South African Medical Journal* 95(12):942-946.

NUGENT T

1900. *Charles de Secondat Baron de Montesqui: The Spirit of the Laws*. London: J Nourse.

OOSTHUIZEN H en VERSCHOOR T

2008. Ethical principles becoming statutory requirements. *South African Family Practice* 50(5):36-40.

RABIE A

1986. Defining the elements of criminal liability in legislation: A Survey. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreë en Kriminologie* 10:226-244.

RABIE MA, STRAUSS SA en MARE MC

1994: *Punishment: An Introduction to Principles*. 5de uitgawe.
Kaapstad: Lex Patria.

RAYAS L

1998. Criminalizing abortion: A crime against women. *North American Congress on Latin America Report on the Americas* 31(4):22-27.

SEDGE G

2012. Facts on induced abortion worldwide.
http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html. Toegang verkry op
5/11/2012.

SEMBA Y, CHANG C, HONG H, KAMISATO A, KOKADO M en MUTO K

2010. Surrogacy: Donor conception regulation in Japan. *Bioethics*
24(7):348-357.

SEWPAUL V

2001. Enhancing culture sensitive social work practice: Religious and
ethical aspects of the new reproductive technologies. *Social Work*.
37(3):246-259.

SHELDON S

2004. Gender equality and reproductive decision-making. *Feminist
Legal Studies* 12(3):303-316.

SKENE L

2000. An overview of assisted reproductive technology regulation in
Australia and New Zealand. *Texas International Law Journal* 35(1):13.

SNYMAN CR

1999. *Strafreg.* 4de Uitgawe. Durban: Butterworths.

SNYMAN CR

2006. *Strafreg.* 5de Uitgawe. Durban: Butterworths.

SNYMAN CR

2012. *Strafreg.* 6de Uitgawe. Durban: Butterworths.

STEINMETZ K

2011. A push to limit abortion. *Time Magazine* 4 April 2011:12.

STRAUSS SA

1991. *Doctor, Patient and the Law.* 3de uitgawe. Pretoria: J L Van Schaik (Edms) Bpk.

STAATSKOERANT NR 10283

1986. Goewermentskennisgewing R1182 afgekondig op 20/06/1986.

STAATSKOERANT NR 18362

1997. Goewermentskennisgewing R1354 afgekondig op 17/10/1997.

STAATSKOERANT NR 35099

2012. Goewermentskennisgewings R175, R177 en R183 afgekondig op 2/03/2012.

SWANEPOEL M

2006. *Embryonic stem cell research and cloning: A proposed legislative framework in context of legal status and personhood*. Ongepubliseerde LLM-verhandeling. Pretoria: Universiteit van Pretoria.

VAN OOSTEN F

1999. The Choice on Termination of Pregnancy Act : Some comments. *The South African Law Journal* 116(1):60-76.

WALLBANK J

2002. Too many mothers? Surrogacy, kinship and the welfare of the child. *Medical Law Review* 10(3):271-294.

WARRINER IK en SHAH ID (red)

2006. *Preventing Unsafe Abortion and its Consequences: Priorities for Research and Action*. New York: Guttmacher.

Wêreldgesondheidsorganisasie DEPARTEMENT VAN REPRODUKTIEWE GESONDHEID EN NAVORSING

2007. *Unsafe Abortion: global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2001*.
http://who.int.reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/97892459612/en/html. Toegang verkry op 21/10/2012.

Wêreld Mediese Vereniging

2009. *Handleiding vir Mediese Etiek*.
<http://www.wma.net/en/10home/index.html>. Toegang verkry op 21/07/2011.

WIKIPEDIA

http://www.en.wikipedia.org/wiki/Placenta_accreta. Toegang verkry op 22/09/2012.

YUKARI S, CHIUNGFANG C, HYNSEO H, AYAKO K, MINORI K en KAORI M

2009. Surrogacy: Donor conception regulation in Japan. *Bioethics* 24(7):348-357.

LYS VAN SAKE

Castell v De Greef 1994 4 SA 408 C

Christian Lawyers Association of SA and Others v Minister of Health and Others 1998 4 SA 1113 T

Director of Public Prosecutions: Western Cape v Prins 2012 2 SACR 183 SCA

Du Toit v Minister of Welfare and Population Development (Lesbian and Gay Equality Project as Amicus Curiae) 2003 2 SA 198 CC

Ex parte Applications of three Surrogate Motherhood Agreements ongerapporteer, saaknommers 2011/153, 2011/154, 2011/679, 2011/1314, 2011/1315, 2011/1316 gelewer op 1 Maart 2011

Louwrens v Oldwage 2006 2 SA 161 SCA

Magware v Minister of Health 1981 4 SA 472 Z

Masiya v Director of Public Prosecutions, Pretoria and Another, (Centre for Applied Legal Studies and Another, Amici Curiae) 2007 5 SA 30 CC

Re: Adoption Application AA212/86 (Adoption Payment) 1987 2 FLR 291

Re X and Y 2009 2 WLR 1274

R v Bake 1926 SWA 34

R v Baraitser 1931 CPD 419

R v Bethlehem Municipality 1941 OPD 227

R v Bornman 1912 TPD 66

R v Carto 1917 EDL 87

R v Forlee 1917 TPD 52

R v Gamiet 1926 CPD 288

R v Greathead 1932 2 PH H166 T

R v Haas 1939 EDL 174

R v Landman 1960 1 SA 269 N

R v Langley 1931 CPD 31

R v Letoani 1950 3 SA 669 O

R v M 1915 CPD 334

R v Swart 1938 JS 5; 1938 PH H14 T

R v Zinn 1946 AD 346

R v Zondo 1932 2 PH H 102 N

R v Zonzi 1939 2 PH K 73 T

Soobramoney v Minister of Health, Kwa-Zulu-Natal 1998 1 SA 765 CC

Stoffberg v Elliot 1923 CPD 148

S v Bezuidenhout 1985 AD (ongerapporteerde)

S v Booie 2012 2 SACR 52 FB

S v De Blom 1977 3 SA 513 A

S v Dodo 2001 3 SA 382 CC

S v Francis 1994 1 SACR 350 C

S v Hartmann 1975 3 SA 532 CPD

S v Kramer 1987 1 887 WLD

S v Marais 1963 1 SA 276 T

S v Mchunu 2012 2 SACR 56 KZP

S v Prins 2012 2 SACR 67 WCC

S v Van Heerden and another 2010 1 SACR 529 ECP

S v Von Mollendorf 1987 1 SA 135 T

LYS VAN AFKORTINGS

Assisted reproductive tegnology	ART
British Medical Association	BMA
Cross border reproductive care	CBRC
Goewermentskennisgewing	GK
Gesondheidsberoepe Raad van Suid-Afrika	GBRSA
Human Fertilisation and Embryology Authority	HFEA
Intrasitoplasmiese sperminjeksie	ICSI
<i>In vitro</i> -bevrugting	IVB
National Advosory Board on Ethics in Reproduction	NABER
Suid-Afrikaanse Polisie	SAPD
Staatskoerant	SK
Verenigde State van Amerika	VSA
Wêreldgesondheidsorganisasie	WGO
Wêreld Mediese Vereniging	WMV
Wêreld Mediese Vereniging Handleiding	WMV Handleiding

LYS VAN WETTE

Children's Act 38 of 2005

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1996

Human Fertilisation and Embryology Act 2008

Mental Health Care Act 17 of 2002

National Health Act 61 of 2003

Strafproseswet 51 van 1977

Wet op Aborsie en Sterilisasie 2 van 1975

Wet op Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Diskriminasie 4 van 2000

Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting 2 van 2000

Wet op Geregtelike Doodsondersoeke 58 van 1959

Wet op Gesondheidsberoepe 56 van 1974

Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996

Wet op Kindersorg 74 van 1983

Wet op Landdroshowe 32 van 1944

Wet op Mededinging 89 van 1998

Wet op Mediese Skemas 131 van 1998

Wet op Menslike Weefsel 65 van 1983

Wet op Registrasie van Geboortes en Sterfgevalle 51 van 1992

Wet op Status van Kinders 82 van 1987

Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie 2 van 1975

Wysigingswet op die Strafreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) 32 van 2007

OPSOMMING

Ten einde by te dra tot die doeltreffende aanbod van geneeskundige reg as selfstandige vakgebied aan mediese en regstudente, word die verskillende statutêre oortredings wat gepleeg kan word in die uitvoer van surrogaatooreenkomste en die terminasie van swangerskappe uitgelig.

Aangesien die strafregstelsel en die gesondheidsorgsisteem in Suid-Afrika voor groot uitdagings staan weens onder andere 'n tekort aan middele, word die vraag gevra of die kriminalisering van handeling verbandhoudend aan gemelde reprodktiewe mediese prosedures hoegenaamd in die huidige strafregstelsel sinvol hanteer kan of behoort te word.

Die samestelling van die gesondheidsorgsisteem in Suid-Afrika en die etiese verpligtinge soos vervat in die National Health Act 61 van 2003 word uiteengesit teen die agtergrond van die Grondwet van Suid-Afrika. In samehang hiermee word die rol van die Gesondheidsberoeperaad van Suid-Afrika in die hantering van oortredings deur sy lede uitgelig.

Die medies-etiese beginsels aan die hand van die alombekende vier pilare van die mediese etiek word behandel in die lig van die rol wat dit mag speel in die beoordeling van die vraag na die regmatigheid van die gesondheidsorgwerker se optrede by vermeende oortredings. Hierbenewens word die praktiese toepassing van die etiese reëls by die uitvoer van surrogaatooreenkomste en die terminasie van swangerskappe behandel met verwysing na die regsposisie in sommige ander lande soos die Verenigde State van Amerika, Engeland, ensovoorts.

Toepaslike wetgewing word teen die agtergrond van die legaliteitsbeginsel geëvalueer. Die doel van die wetgewer, in die lig van die versuim van die

wetgewer om die legaliteitsvereiste in talle artikels van die Children's Act 38 van 2005, die National Health Act 61 van 2003 en die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskappe 92 van 1996 toe te pas, word bespreek en aanbevelings word gemaak vir die aanpassing van bestaande wetgewing.

SUMMARY

The different statutory offences applicable to surrogacy and the termination of pregnancies are identified in order to contribute to the efficient lecturing of medical law as independent field of study to law and medical students.

In the light of the challenges facing the criminal justice system and the health care system in South Africa, *inter alia* due to a lack of means, the question is posed whether the criminalization of acts applicable to reproductive medical procedures should or could be meaningfully dealt with within the present criminal justice system.

The composition of the health care system in South Africa and the medical ethical obligations as contained in the National Health Act 61 of 2003 are explained with the Constitution of South Africa in mind. Together herewith the role of the Health Professions Council of South Africa in its dealing of contraventions by its members is enunciated.

The medical ethical principles are discussed with reference to the well-known four pillars of medical ethics in order to ascertain their applicability in evaluating the lawfulness of the conduct of the health care worker. The practical application of the ethical rules in the execution of surrogate agreements and termination of pregnancies are discussed with reference to the legal position in countries *inter alia* such as the United States of America and England.

The applicable legislation is evaluated against the backdrop of the principle of legality. In view of the failure of the legislature to apply the principle of legality in several sections of the Children's Act 38 of 2005, the National Health Act 61 of 2003 and the Choice of Termination of Pregnancy Act 92 of 1996, the

purpose of the legislature is discussed and recommendations are made for the amendment thereof.

KEY TERMS

Medical law – health care system – criminal justice system – medical ethics – reproductive health care procedures – surrogacy – termination of pregnancy – principle of legality – statutory offences.