

UITEINDELIK SEKERHEID OOR DIE WARE GRONDSLAG VAN DIE DELIKTUELE VORDERING VAN 'N KIND WEENS VOORGEBOORTELIKE BESERINGS

Road Accident Fund v Mtati 2005 6 SA 215 (HHA)

1 Inleiding

Sedert die baanbrekende beslissing van regter Hiemstra in *Pinchin NO v Santam Insurance Co Ltd* 1963 2 SA 254 (W) bestaan daar in die Suid-Afrikaanse deliktereg weinig, indien enige, twyfel dat 'n vordering *ex delicto* namens 'n ongebore kind ingestel kan word vir beserings opgedoen as gevolg van 'n onregmatige daad gepleeg in die periode tussen verwekking en geboorte van die kind waardeur die ongeborene se fisies-psigiese integriteit aangetas is. Hierdie lofwaardige toedrag van sake is die direkte gevolg van die uitbreiding van die sogenaamde *nasciturus*-fiksie (*D 1 5 7: Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodo eius agitur*) van die erfreg na die deliktereg. Vooraanstaande handboeke stel hierdie feit onomwonde. (Sien Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (2006) 35; Van Heerden ea *Boberg's Law of Persons and the Family* (1999) 31 ev; Cronjé en Heaton *Die Suid-Afrikaanse Personereg* (2003) 11 16-17; Davel en Jordaan *Personereg* (2005) 19 ev; sien ook McKerron *The Law of Delict* (1971) 158-159; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 51 ev.)

'n Ongemaklike onsekerheid het nieëntoestande die voorgaande stelling bly kleef aan hierdie interessante kwessie. Enersyds kan die huiwering gewyt word aan die feit dat regter Hiemstra se uitspraak ten aansien van die toepassing van die *nasciturus*-fiksie *obiter* gegee is. 'n Kousale verband kon nie tussen die dader se handeling en die uiteindelijke fisiese nadeel wat die kind gely het, bewys word nie (sien veral Van Heerden ea 33). Regter Hiemstra het hom gebonde gevoel om die punt oor die *nasciturus*-fiksie te beslis omdat dit relevant was met betrekking tot die kostebevel wat hy moes maak. Hierdie feit word op onoortuigende wyse deur Van der Merwe en Olivier aangegryp om te argumenteer dat regter Hiemstra se uitspraak oor die aanwending van die *nasciturus*-fiksie deel is van die *ratio decidendi* (52 n 68). Die appèlhof het geen mening oor die uitbreiding van die *nasciturus*-fiksie gelug nie aangesien dit genoegsaam was vir die regters om hul instemming met die feitlike beslissing van regter Hiemstra in die hof *a quo* te betuig. Benewens die feit dat die aspek dus slegs *obiter* deur regter Hiemstra aangeraak was, is dit boonop bloot 'n beslissing van die Witwatersrandse plaaslike afdeling, met weinig bindende krag ingevolge die presedentestelsel. Andersyds hou die onsekerheid verband met die akademiese debat oor die ware grondslag van die vordering. Volgens die een skool van denke bly aanwending van die *nasciturus*-fiksie die enigste regswetenskaplike verklaring vir die erkenning van hierdie eis van 'n kind (sien veral Boberg 1963 *Annual Survey of South African Law* 216-219, sterk ondersteun deur Van Heerden ea 36). Volgens 'n tweede hoofstroom van opinie (die "faksieleier" hier is ongetwyfeld Joubert 1963 *THRHR* 295-297, sterk ondersteun deur oa Neethling, Potgieter en Visser 35) kan aanspreeklikheid van die delikspleger in die tipe geval voorhande aan die hand van gewone deliksbeginsels verklaar word, sonder dat dit nodig is om as strooihalm na die vermelde fiksie te gryp.

Die onderhawige uitspraak van appèlregter Farlam moet in die lig van vermelde akademiese onsekerheid van harte verwelkom word. Dit bring baie meer

duidelikheid oor die grondslag van die kind se aksie en kan selfs as 'n triomf in die klein beskou word vir diegene wat, deur 'n getroue aanwending van die "elementologiese" metode, deurentyd volgehou het dat toepassing van normale deliksbeginsels – veral die reëls rakende onregmatigheid – die grondslag van die kind se vordering voldoende bevestig.

2 Feite

Vir alle praktiese doeleindes is die omstandighede van hierdie saak identies aan dié in die *Pinchin*-saak. Die eiser (respondent) het in sy hoedanigheid as vader en natuurlike voog van sy minderjarige dogter, Zukhanye, 'n eis teen die Padongelukfondse ingestel ingevolge artikel 40 van die ooreenkoms vervat in die bylae tot die Multilaterale Motorvoertuigongelukfondswet 93 van 1989. Die eiser het beweer dat sy swanger eggenote weens die nalatige bestuur van 'n motorvoertuig beseer is toe sy as voetganger raakgery is. (Hierdie ongeluk het reeds in Desember 1989 plaasgevind, wat boekdele spreek oor die slakkepas van litigasie onder sekere omstandighede!) Vyf maande na hierdie ongeluk is Zukhanye met breinbeserings gebore. Die eiser het aangevoer dat hierdie beserings die gevolg was van die vermeldde nalatige optrede van die motorbestuurder en op grond daarvan 'n bedrag van ongeveer R1,3 miljoen van die Padongelukfondse gevorder. Die saak is die eerste maal in die Oos-Londense rondgaande plaaslike afdeling van die hoë hof aangehoor (*Mtati v Road Accident Fund* (ongerapporteer: saak nr 1013/2001, 24 Februarie 2004) (OK)). Daar het regter Froneman 'n spesiale pleit wat namens die verweerder (appellant) geopper is, naamlik dat 'n behoorlike uitleg van artikel 40 die gevolg sou hê dat die ongebore vrug nie op enige vergoeding geregtig sou wees nie en, tweedens, dat 'n fetus *in utero* nie regtens as 'n persoon beskou sou kon word nie en daar aldus nie 'n sogenaamde "duty of care" deur die bestuurder aan Zukhanye verskuldig sou wees nie, van die hand gewys. Teen hierdie beslissing kom die verweerder nou in hoër beroep na die hoogste hof van appèl.

3 Uitspraak

3.1 Uitspraak van die hof *a quo*

Regter Froneman se uitspraak in die hof *a quo* word redelik volledig deur appèlregter Farlam weergegee (220H-221G), uiteraard as gevolg van die feit dat die verhoorhof se uitspraak nie gerapporteer is nie.

Wat betref die aanwending van artikel 40 van die bylae tot Wet 93 van 1989, het regter Froneman beslis dat dit gepas is dat dit tot voordeel van 'n ongebore vrug toepassing moet vind, onder andere weens die feit dat die wetgewing ter sprake *sosiale* wetgewing is wat die grootste moontlike beskerming en kompensasie as gevolg van verlies en skade wat uit die nalatige bestuur van 'n motorvoertuig vloei, ten doel het (220I). Die argument dat 'n motorbestuurder geen "duty of care" teenoor 'n ongeborene kan hê nie, daar sodanige beskouing die "floodgates of litigation" sou oopmaak, het die verhoorregter gewoon afgemaak as sou dit geen substansie hê nie (221B). Ten slotte was regter Froneman nie beïndruk met die verweerder se betoog dat die woord "persoon", soos dit aanwending vind in die Wet op Geregtelike Doodsondersoeke 58 van 1959, nie na 'n doodgebore baba verwys nie (soos beslis in *Van Heerden v Joubert NO* 1994 4 SA 793 (A)) en dit dan kwansuis 'n aanduiding van ons reg se afkeer van die toepassing van die

nasciturus-fiksie in konteks van die deliktereg sou wees. Hy het hierdie submissie verwerp deur te benadruk dat 'n woord soos "persoon" deurentyd in die konteks van die wetgewing waarin dit voorkom, uitgelê moet word: "Context is thus all" (221E, met verwysing na *Jaga v Dönges NO* 1950 4 SA 653 (A) 662; *Aetna Insurance Co v Minister of Justice* 1960 3 SA 273 (A) 284).

In sy verwerping van die verweerder se spesiale pleit het regter Froneman aanvaar dat die *Pinchin*-saak die regsposisie korrek weergee (220H):

"[T]he Act [93 of 1989] and the common law must therefore be approached in the context of the qualified principle set out above, namely to regard, when appropriate, a foetus as a person when upon birth it is to his or her advantage. The real and difficult question is to determine when the circumstances are appropriate and when they are not."

3.2 Uitspraak van die hoogste hof van appèl

Die eiser se appèl word eenparig met koste van die hand gewys. In die loop van sy uitspraak neem appèlregter Farlam die posisie van die ongebore vrug onder die loop vir doeleindes van 'n vordering op grond van onregmatige daad. Die kontroversie wat veral sedert die *Pinchin*-uitspraak onder akademici heers oor die korrektheid al dan nie van die toepassing van die *nasciturus*-fiksie word in behandeling geneem en in 'n weldeurdagte uitspraak word daar tot 'n gevolgtrekking geraak wat die stempel van goedkeuring van die hoogste hof van appèl vierkantig plaas op die standpunt van die "Joubert-skool".

4 *Evaluasie van die uitspraak van die hoogste hof van appèl*

4.1 Inleidende opmerkings

Appèlregter Farlam lei sy uitspraak in deur op uiters volledige wyse die *Pinchin*-saak en die aansienlike literatuur wat na aanleiding daarvan ontstaan het in behandeling te neem (219A-220G), asook die betoogshoofde van sowel die appellant (221G-222F) as die respondent (222F-223J) weer te gee, met verwysing na die bronne waarop die onderskeie argumente berus. Hierdie wyse van doen maak die uitspraak uitermate geskik om te dien as verwysingsmateriaal vir studente, aangesien dit 'n volledige agtergrond verskaf waarteen die uiteindelijke uitspraak oorweeg en geëvalueer kan word.

4.2 Artikel 40 as grondslag vir die onderhawige vordering

Artikel 40 van die bylae tot die Multilaterale Motorvoertuigongelukkefondswet 93 van 1989, wat vir alle praktiese doeleindes identies is aan artikel 11 van die ou Wet op Motorvoertuigversekering 29 van 1942 (sien 220E), wat die grondslag gevorm het van die eis in die *Pinchin*-saak, lui soos volg:

"Die MMF of sy benoemde agent . . . is behoudens die bepalinge van hierdie Ooreenkoms verplig om enigeen wie ook al (in hierdie Ooreenkoms die derde party genoem) te vergoed vir verlies of skade wat die derde party gelyk het as gevolg van –

- a) enige liggaamlike besering van homself;
- b) die dood of liggaamlike besering van iemand anders,

wat in die een sowel as die ander geval veroorsaak is deur of voortvloei uit die bestuur van 'n motorvoertuig . . ."

Die hof maak korte metten met die appellante se betoog (221G-H) dat die ver-

hoorregter fouteer het deur die verwysing na “enigeeen” (“any person”) te konstrueer om voorsiening vir ’n ongebore kind te maak, deur bloot te verwys na die fundamentele wetsuitslegsreël dat die bedoeling van die wetgewer sentraal staan (vgl hieroor Du Plessis *Re-Interpretation of Statutes* (2002) 106-107): “Parliament could never have intended Zukhanye, if the common law grants a child an action for ante-natal injuries, to have to sue the driver of the vehicle which collided with her mother” (224C).

4.3 Die praktiese vraag of die kind se vordering hoegenaamd bestaansreg het Appèlregter Farlam laat geen twyfel nie dat dit ondraaglik (“intolerable”) sou wees indien ons reg nie sodanige aksie namens die kind sou erken nie. Hy motiveer sy sterk standpunt deur ’n beroep op die Kanadese saak van *Montreal Tramways Co v Leveille* (1933 4 DLR 337 (SCC) 345), ’n uitspraak wat regter Hiemstra met goedkeuring in die *Pinchin*-saak aangehaal het, waarin regter Lamont hom soos volg uitdruk (224F):

“To my mind it is but *natural justice* that a child, if born alive and viable, should be allowed to maintain an action in the courts for injuries wrongfully committed upon its person while in the womb of its mother” (my kursivering).

Noemenswaardig is die verwysing na “natural justice” wat in die konteks van ’n uitspraak van die dertigerjare van die vorige eeu beslis aanduidend is van ’n nuwe bewustheid onder regsprekers om van die natuureg kennis te neem. Sonder om enigsins op die geskiedenis, invloed en meriete van die verskillende vertakkinge van hierdie regsfilosofiese rigting ag te slaan, kan egter vermeld word dat dit ’n regverdiging verskaf het vir wat mens die daarstelling van nuwe regsreëls in ooreenstemming met die billikheidsgevoel sou kon noem. Iemand soos Kelsen (“Natural law doctrine and science” in Kelsen (red) *What is Justice* (1957) 159) het hierdie waarheid krities soos volg verwoord:

“[Natural law] satisfies a deeply-rooted need of the human mind, the need for justification. To justify the subjective value judgments which emerge from the emotional element of his consciousness, man tries to present them as objective principles by transferring to them the dignity of truth, to make them propositions of the same order as statements about reality. Hence he pretends to deduce them from reality, which implies that value is immanent in reality.”

Hier sien ons dus in ’n Suid-Afrikaanse uitspraak van die jaar 2005 die besliste weerklank van ’n filosofiese rigting wat weinig juriste deesdae van enige praktiese waarde skat.

4.4 Die ware grondslag van die kind se deliktuele vordering: ’n vraag na teorie

Appèlregter Farlam lei sy bevinding oor hierdie netelige aangeleentheid (die “more difficult question” – 224J) in deur na die twee verskillende standpunte hieroor te verwys, te wete die beskouing, enersyds, dat die kind se vordering alleen regverdig kan word deur toepassing van die *nasciturus*-fiksie en, andersyds, deur aanwending van wat Joubert die “gewone beginsels van aanspreeklikheid uit onregmatige daad” (1963 *THRHR* 291 296) noem. Die regter dui aan dat die Kanadese regters in die *Montreal Tramways*-saak self hieroor verdeel was: die meerderheid was ten gunste van toepassing van die *nasciturus*-reël, terwyl die minderheid by monde van regter Cannon die toepassing

van daardie reël as onnodig beskou het, aangesien hy die mening gehuldig het dat die eisorsaak eers ontstaan wanneer daar 'n lewendige kind gebore word en dat die regte van die ongebore kind nie werklik ter sprake is nie – 'n standpunt wat daarop neerkom dat die gewone deliksbeginsels toegepas word. Laasvermelde standpunt is deur die meerderheid regters in die Australiese saak *Watt v Rama* (1972 VR 353 (FC)) verkies (225F).

Die bekende verskil van mening tussen Joubert en Boberg word vervolgens bygehaal (225H-226F). Appèlregter Farlam haal in detail aan uit Boberg (218) waar hy Joubert se tydbom-voorbeeld probeer afskiet. Onthou sal word dat Joubert sy standpunt gestaaf het met verwysing na die analoë geval (sien die behandeling daarvan by 223A-B) van waar 'n deliktuele dader 'n tydbom gestel het voor 'n persoon se geboorte en die daaropvolgende ontploffing na die persoon se geboorte plaasgevind het en hom beseer het. Volgens hom bestaan daar geen twyfel nie dat die beseerde in sodanige geval 'n deliktuele eis teen die bomsteller sal hê, ten spyte daarvan dat die bom voor sy geboorte gestel is. Boberg se kritiek hierteen was dat die tydbomvoorbeeld nie 'n goeie analogie verskaf nie: die stel van die bom het as sodanig nog geen fisiese nadeel veroorsaak nie, terwyl die botsing waarin 'n swanger vrou en haar ongebore vrug beseer word, reeds nadeel aan die kind veroorsaak het voor sy geboorte (sien 225H-226D). Hierdie kritiek van Boberg het kennelik nie 'n indruk op die regter gemaak nie:

“Furthermore I do not find *Boberg's* criticism of *Joubert's* time-bomb example particularly helpful. What if the bomb had gone off, leaving a dangerous crater into which two people subsequently fell? Each person would have an action only when he or she fell and suffered damage, not before” (226F).

(Sien ook sy gelykluidende oordeel na aanleiding van die uitspraak van regter Greenberg in *Stevenson NO v Transvaal Provincial Administration* 1934 TPD 80 85. Hiermee word die standpunt van Van der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg* (1985) 64-65 waarin Boberg, asook regter Greenberg se uitspraak in die pasvermelde saak gesteun en Joubert se standpunt afgemaak word, insgelyks ongedaan gemaak.) Dit is duidelik dat die hof dit onnodig vind om met gekunstelde voorbeelde en kontra-voorbeelde die saak te probeer berek. Deur goedkeurend 'n enkele aanhaling uit 'n Engelse saak (*De Martell v Merton and Sutton Health Authority* 1992 3 All ER 820 (QBD) 832a-b) te verstrek, bevestig appèlregter Farlam in soveel woorde die standpunt van Joubert en skrywers soos Van der Merwe en Olivier, asook Neethling, Potgieter en Visser:

“In law and in logic no damage can have been caused to the plaintiff before the plaintiff existed. The damage was suffered by the plaintiff at the moment that, in law, the plaintiff achieved personality and inherited the damaged body for which the defendants . . . were responsible. *The events prior to birth were mere links in the chain of causation between the defendants' assumed lack of skill and care and the consequential damage to the plaintiff*” (226E – my kursivering).

Is dit nou werklik nodig om te kies tussen die twee moontlike grondslae van die kind se deliktuele vordering? Dit staan tog vas dat die reg aan die persoon na geboorte 'n regs middel gee. Appèlregter Farlam toon oortuigend aan dat daar wel goeie rede bestaan om liefs die *nasciturus*-grondslag vir die aksie te vermy: *Eerstens* dui hy aan dat hierdie grondslag geen geleentheid skep vir 'n vordering van die kind wat gerig is op vergoeding vir nadeel gely as gevolg van 'n handeling verrig vóór konsepsie nie, soos waar die moeder op onagsame wyse

voor sodanige tydstip met sifilis besmet is en die kind daarna met die siekte gebore is (die feite van 'n geval wat voor die Duitse *Bundesgerichtshof* (1953 *NJW* I 418) gedien het en waarna Joubert (297) verwys). Volgens hom is dit ondenkbaar dat sodanige kind remedieloos sal wees en spreek hy die opinie uit dat 'n teorie wat die bestaan van sodanige remedie ontken, onaanvaarbaar is. *Tweedens* toon hy aan die hand van die aangehaalde uitspraak in *Stevenson NO v Transvaal Provincial Administration* aan dat toepassing van die *nasciturus*-reël tot onbillike resultate aanleiding kan gee. In daardie saak was 'n vervaltermyn ter sprake: die eiser wou namens 'n kind eis van die provinsiale administrasie weens die beweerde nalatige veroorsaking van die dood van die kind se broodwinner deur 'n werknemer van die administrasie. Indien die *nasciturus*-fiksie aangewend sou word, sodat die ongeboore kind as reeds gebore beskou moes word op die dag van die beweerde nalatige handeling, sou die aksie reeds verval het ('n vervaltermyn van ses maande was ter sprake); indien die termyn bereken sou word vanaf die moment van die kind se geboorte, sou die aksie nog nie verval het nie. Regter Greenberg het duidelik die standpunt gehandhaaf dat alleen aanwending van die fiksie die kind hoegenaamd 'n aksie sou kon gee (85), dog daarin het, na sy oordeel, die onvermydelike newewerking van inwerkingtreding van die vervaltermyn geskuil. Hierdie is 'n skoolvoorbeeld van die bekende "Catch 22"-verskynsel. Appèlregter Farlam verwerp hierdie uitspraak as foutief en kom tot die, kennelik suiwere, gevolgtrekking:

"The conclusion to which the Court came cannot in my view be faulted if it is correct, as Greenberg J said, that 'it is only by the aid of the fiction that this minor has a cause of action at all'. I do not, however, think that that statement is correct. On the ordinary principles of the law of delict, unlawfulness and damages (*sic*) must not be conflated. As Cannon J said in *Montreal Tramways*, each is a separate element for delictual liability. No cause of action arose, in my view, until Stevenson's posthumous child was born. The application should accordingly have been granted" (227G-H).

Na my oordeel kan volle instemming met bovermelde twee redes vir verwerping van die *nasciturus*-fiksie as grondslag van die kind se deliktuele vordering betuig word.

4.5 Die onregmatigheidsvraag in die onderhawige tipe geval

Die appellant se betoog dat die motoris *in casu* nie 'n "duty of care" teenoor die nog ongeboore Zukhanye verskuldig was nie, wat neerkom op 'n ontkenning van onregmatige optrede deur die bestuurder teenoor die ongeboore vrug, word ook deur die hof verwerp. Dit is verblydend dat appèlregter Farlam hom uitspreek teen die gebruik van die Engelsregtelike terminologiese uitdrukking "duty of care" (en daarmee die goeie spoor volg wat getrap is in *Knop v Johannesburg City Council* 1995 2 SA 1 (A) 27E). Ongelukkig spreek hy dan die mening uit dat "[i]n our law, for the element of wrongfulness to be present, there has to be a breach of a legal duty . . ." (227I). Dit lei hom onvermydelik tot die gevolgtrekking dat mens nie kan sê dat die bestuurder nie onregmatig teenoor die ongeborene opgetree het nie. In sy motivering vir hierdie standpunt leun hy swaar op die uitspraak van die hooggeregshof van Ontario in *Duval v Seguin* (1972) 26 DLR (3d) 418 waarin die "foreseeable plaintiff"-leerstuk vir vasstelling van *nalatigheid* na my oordeel uiteengesit word. Hierdie is 'n sprekende voorbeeld van hoe die aanwending van gewysdes uit die Anglo-Amerikaanse *law of torts* tot hopelose verwarring kan lei. (Oor die "foreseeable

plaintiff"-leerstuk vir vasstelling van die aan- of afwesigheid van nalatigheid, sien veral Van der Walt en Midgley *Principles of Delict* (2005) 173-174; verder Neethling, Potgieter en Visser 145.)

Dit doen heel vreemd aan dat die appèlregter die standpunt verkondig dat onregmatigheid uitsluitlik geleë sou wees in die verbreking van 'n regsplig – dit is trouens die enigste logiese afleiding wat uit sy aangehaalde woorde hierbo gemaak kan word. Dit is teen hierdie tyd in die Suid-Afrikaanse deliktereg oorbekend dat onregmatigheid uit twee komponente bestaan, te wete, *eerstens*, 'n feitlike belange-aantasting wat, *tweedens*, op 'n regtens ongeoorloofde wyse, oftewel *contra bonos mores*, geskied het: Neethling, Potgieter en Visser (45) toon oortuigend aan dat “twee voorbeelde van die praktiese toepassing van die *boni mores*-maatstaf vind mens in die standpunte dat onregmatigheid geleë is in die *skending van 'n subjektiewe reg* of in die *nie-nakoming van 'n regsplig om positief op te tree*”. Die positiefregtelike gesag vir hierdie standpunt is oorweldigend (sien verder Van der Walt en Midgley 68; vgl Van der Merwe en Olivier 49 54 ev). Die soeke na onregmatigheid in die verbreking van 'n regsplig is veral prakties meer geskik waar die onregmatigheid van 'n late of van die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies vasgestel moet word, of daar nie 'n geredelik identifiseerbare subjektiewe reg is nie, soos in die geval van wanvoorstelling (Neethling, Potgieter en Visser 53).

In die onderhawige geval is dit myns insiens die eenvoudigste om die onregmatigheid van die bestuurder se handeling teenoor die kind te vind in die skending van laasgenoemde se subjektiewe regte, welke regte eers tot stand kom by geboorte. Anders as appèlregter Farlam, beskou ek dus nie die bestuurder se skadestigtende optrede as onregmatig op die tydstip van handeling nie, dog op die tydstip van geboorte van die kind wat in moederskoot beseer is, wanneer die regskenking sig vir die eerste maal ten koste van die kind as regs subjek manifesteer. Toegegee moet word dat die praktiese effek van my siening op die onderhawige feite nul is, maar dat dit moontlik meer in ooreenstemming is met die gedagtegang van juriste wat primêr gaan soek vir onregmatigheid in die skending van 'n subjektiewe reg (sien bv Van der Merwe en Olivier 51 53). Dit word vry algemeen aanvaar dat handeling en onregmatigheid *altyd*, wat ruimte en tyd betref, geskei is (Neethling, Potgieter en Visser 34 ev).

4.6 Die “sluise van litigasie”-argument

Die hof wys daarop (224G-H en 228D) dat erkenning van die deliktuele vordering ten gunste van 'n kind vir voorgeboortelike beserings weliswaar in die Verenigde State van Amerika 'n groot toename in litigasie veroorsaak het, sedert *Bonbrest v Kotz* (65 F Supp 138 (DDC 1946)). Eise is veral toegestaan ten gunste van die boedels van doodgebore babas en babas wat kort na geboorte oorlede is. Selfs vele moeders is aanspreeklik gehou op grond van die veroorsaking van voorgeboortelike nadeel aan hul kinders – 'n verskynsel wat in die Verenigde Koninkryk aanleiding gegee het tot wetgewing om moeders teen hierdie tipe eise te beskerm (die *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* 1976 a 1(1) en 2: sien 221J-222D). Namens die appellant is sterk gesteun op hierdie bedreiging van ongebreidelde litigasie.

Appèlregter Farlam is egter van oordeel dat hierdie paaiboelie om die volgende redes nie 'n bedreiging vir ons deliktereg inhou nie: *Eerstens* kan daar volgens sy beslissing slegs namens 'n kind wat lewendig gebore is, gelitigeer word. *Tweedens* is die deliktuele aksie van 'n kind wat kort na geboorte sterf

nie aktief oorerflik nie, tensy *litis contestatio* reeds ingetree het in die geval van die *actio iniuriarum* of die aksie vir pyn en leed. Dit behoef weinig betoog dat laasgenoemde moontlikheid uiters skraal is. *Derdens* sal enige vordering wat 'n kind sou hê vir verlies aan lewensverwagting volgens hom beskou word as deel van sy/haar eis vir verlies aan lewensgenietinge en dus verval op die oomblik van afsterwe met die verdere gevolg dat geen eis vir verlies van toekomstige inkomste gedurende die “verlore jare” sig sal voordoene nie (228F-H). Die regter verkies om geen standpunt uit te spreek oor die moontlikheid van toekomstige eise van kinders teen hul moeders vir die veroorsaking van voorgeboortelike beserings nie, omdat dit vir doeleindes van die onderhawige geval irrelevant is (228I). Mens kan dus verwag dat hierdie enkele vertakking van die problematiek nog in die toekoms die onderwerp van litigasie mag vorm.

5 Slotwoord

Hierdie uitspraak raak in wese die aanwending van die *nasciturus*-fiksie slegs in die deliktereg. Die fiksie het uiteraard 'n pad geloop vanaf die erfreg, waar dit vandag nog uiters relevant is (sien bv Davel en Jordaan *Personereg* (2005) 16-18). Dit bly steeds 'n onderwerp wat deskundiges in die personereg intrigeer, in die besonder wat betref die uitwerking wat dit sou kon hê op die ontstaansmoment van regsobjektiwiteit (sien bv Van der Merwe 1963 *THRHR* 291 292-294; Van der Vyver en Joubert 64 ev; Davel en Jordaan 15). Wat die deliktereg betref, wil dit nou eger beslis voorkom of die fiksie se rol uitgedien is. Trouens, die hof het oortuigend aangetoon waarom die aanwending daarvan benadelend teenoor die kind se vordering weens voorgeboortelike beserings is, in vergelyking met die eenvoudige aanwending van die algemene beginsels wat ons reg insake onregmatige daad beheers (sien 4.3 hierbo).

In die splinternuwe uitgawe van Neethling, Potgieter en Visser se handboek (35) word aan die einde van die behandeling van die *nasciturus*-fiksie slegs kortweg na hierdie beslissing verwys (die verwysing is na *RAF v M obo M* 2005 3 All SA 340 (HHA); uit die besonderhede van hierdie uitspraak is dit eger duidelik dat dit dieselfde as die onderhawige is – die drukkersduiwel was myns insiens eerder in die *All South African Law Reports* bedrywig). Ek oordeel dat verdere uitgawes van hierdie hoogstaande standaardwerk, asook alle Suid-Afrikaanse handboeke oor die deliktereg in die vervolg sterk gewysigde weergawes van die teorie in verband met aanwending van die *nasciturus*-fiksie in die deliktereg sal bevat: dit sal meer in *historiese* konteks beskryf word as 'n uitgediende leerstuk wat tog 'n bydrae gelewer het om insigte sodanig te skik dat die normale beginsels wat die elemente van die onregmatige daad beheers onbevange aangewend kan word om 'n bevredigende resultaat te bewerkstellig. In hierdie sin kan die *nasciturus*-reël straks as die eselsbruggie beskou word wat 'n transformasie bewerkstellig het van 'n bestel waar die vordering van die ongeborene totaal onbestaanbaar was, tot waar dit vandag gewoon erken word as 'n normale eis wat ooreenkomstig die gewone beginsels wat die reg insake onregmatige daad beheers, geskied.

JOHAN SCOTT
Universiteit van Pretoria