

***NEGOTIORUM GESTIO* BY GENEESKUNDIGE INGREPE**

deur

NICOLAAS JOHANNES BRAND CLAASSEN

Ter gedeeltelike voldoening aan die vereistes vir die graad

DOCTOR LEGUM

in die

DEPARTEMENT STRAFREG, FAKULTEIT REGSGELEERDHEID

aan die

UNIVERSITEIT VAN DIE VRYSTAAT

Datum van inlewering

14 Januarie 2011

Studieleier

Prof. T. Verschoor

INHOUDSOPGAWE

	Bladsy
HOOFSTUK 1	
INLEIDING	1
 HOOFSTUK 2	
AARD EN TREFWYDTE VAN <i>NEGOTIORUM GESTIO</i>	
1. Inleiding	3
2. Verskyningsvorme van <i>negotiorum gestio</i>	6
 HOOFSTUK 3	
VOORVEREISTES VIR <i>NEGOTIORUM GESTIO</i>	
1. Inleiding	14
2. Behartiging van die belange van ander	15
3. <i>Dominus</i> onbewus van die behartiging van sy belange	16
4. <i>Animus negotia aliena gerendi</i>	19
5. <i>Utiliter coeptum</i>	24
6. Die <i>actiones negotiorum gestorum</i>	30
 HOOFSTUK 4	
VERPLIGTINGE VAN DIE <i>NEGOTIORUM GESTOR</i>	
1. Inleiding	32
2. Voltooiing van <i>negotiorum gestio</i>	32
3. Lewering van 'n rekening	35
4. Teruggawe van dit wat hy (die <i>gestor</i>) ontvang het of hom toegeval het	37
5. Aanspreeklikheid vir verlies en skade	39

HOOFSTUK 5
REGTE VAN DIE *NEGOTIORUM GESTOR*

1.	Vergoeding vir noodsaaklike en nuttige uitgawes	46
2.	Eis vir verlore rente en inkomste	49
3.	Kwytskelding van verpligtinge	53
4.	Retensiereg op eiendom van <i>dominus</i>	54
5.	Beëindiging van <i>negotiorum gestio</i>	55

HOOFSTUK 6
***NEGOTIORUM GESTIO* EN ONGEREGVERDIGDE VERRYKING**

1.	Inleiding	58
2.	Behartiging van 'n minderjarige se belange	60
3.	<i>Mala fide</i> behartiging van 'n ander se belange tot voordeel van die <i>gestor</i>	63
4.	Behartiging van 'n ander se belange deur die <i>gestor</i> onder die <i>bona fide</i> oortuiging dat dit sy eie is	69
5.	Behartiging van 'n ander se belange in stryd met 'n uitdruklike verbod van die <i>dominus</i>	74
6.	<i>Negotiorum gestio</i> en <i>possesio</i>	80
7.	Indirekte verryking	83

HOOFSTUK 7
INGELIGTE TOESTEMMING: SUID – AFRIKA

1.	Inleiding	87
2.	Kenmerke van toestemming as regverdigingsgrond.	91
2.1	Toestemming tot benadeling is 'n eensydige handeling	91

2.2	Toestemming is 'n regshandeling wat beperkend op die benadeelde se regte inwerk	92
2.2.1	Uitdruklike toestemming	92
2.2.2	Stilswyende toestemming	93
2.3	Toestemming moet die benadeling voorafgaan	94
2.4	Toestemming moet deur die benadeelde persoon self gegee word	94
3.	Vereistes waaraan toestemming moet voldoen	95
3.1	Toestemming moet vrywillig gegee word	95
3.2	Toestemming moet nie <i>contra bonos mores</i> wees nie	96
3.3	Persoon wat toestem moet wilsvermoënd wees	96
3.3.1	Getroude persone	97
3.3.2	Geestesongestelde persone	98
3.3.3	Kinders	99
3.4	Grense van die toestemming	101
3.5	Kennis van die aard en volle omvang van die behandeling	102
3.5.1	Ingeligte toestemming	103
3.5.1.1	Inleiding	103
3.5.1.2	Omvang van openbaarmakingsplig	109
3.5.1.3	Standaard waaraan openbaarmakingsplig gemeet word	120
4.	Wetgewing	129
4.1	Die National Health Act	129
5.	Uitsonderings op die geneesheer se inligtingsplig teenoor sy pasiënt – regverdigingsgronde	132
5.1	Noodgevalle	133
5.1.1	Noodtoestand	134
5.1.2	Saakwaarneming (<i>negotiorum gestio</i>)	135
5.2	Afstanddoening	136
5.3	Terapeutiese privilegie	136

5.4	Wetgewing	143
5.5	Hofbevel	143
5.6	Mediese ingryping sonder die vooraf verkryging van ingeligte toestemming: Aanranding of nalatigheid?	144
5.7	Wyse waarop inligting in verband met die voorgenome behandeling aan die pasiënt oorgedra moet word	150
5.8	Kousaliteit	153
	5.8.1 Die leerstuk van "a loss of a chance"	155
5.9	Afwyking of uitbreiding van behandeling/operasie waartoe toegestem is	157
5.10	Terugtrekking van toestemming	160

HOOFSTUK 8

REGSVERGELYKENDE OORSIG VAN INGELIGTE TOESTEMMING IN ENKELE BUITELANDSE REGSTELSELS

1.	Australië	162
2.	Kanada	170
3.	Verenigde State van Amerika	179
	3.1 Inleiding	179
	3.2 Die redelike geneesheer - standaard	181
	3.3 Die redelike pasiënt - standaard	185
	3.4 Die subjektiewe standaard	188
	3.5 Kousaliteit: 'n Objektiewe of subjektiewe benadering	190
	3.6 Uitsonderings op openbaarmakingsplig	194
	3.6.1 Noodtoestand: Medies	194
	3.6.2 Onbevoegdheid van pasiënt	194
	3.6.3 Afstanddoening	195
	3.6.4 Terapeutiese privilegie	195

3.6.5	Openbare gesondheid noodgevallen	198
3.6.6	Onvoorsiene toestande tydens operasies	199
3.6.7	Verdere uitsonderings	199
3.7	Ingeligte toestemming wetgewing	200
3.8	Spesiale ingeligte toestemming wetgewing	201
4.	Engeland	203
4.1	Inleiding	203
4.2	“Tort of battery”	203
4.3	Delik gebaseer op nalatigheid	205
4.4	Omvang van geneesheer se openbaarmakingsplig en die standaard waaraan dit gemeet word	208
4.5	Beantwoording van vrae deur geneesheer	218
4.6	Kousaliteit	220
4.7	Terapeutiese privilegie	222
4.8	Uitsonderings	223
4.8.1	Afstanddoening	224
4.8.2	“Necessity”	224
4.8.3	Openbare belang	225
4.9	Professionele riglyne	225

HOOFSTUK 9

EMPIRIESE VERSAMELING VAN DATA RELEVANT TOT DIE VERKRYGING VAN INGELIGTE TOESTEMMING DEUR GENEESHERE

1.	Inleiding	227
2.	Metodologie	
2.1	Navorsingsontwerp	228
2.2	Populasie en steekproefneming	228
2.3	Metingsinstrument	229

2.4	Loodsstudie	229
2.5	Insameling van data	230
2.6	Vertolking van data	231
2.7	Ontleding van data	231
3.	Etiese aspekte	231
3.1	Vrywillige deelname deur respondente	231
3.2	Vertroulikheid	231
3.3	Getroue verslaggewing van die resultate	232
3.4	Interne hersiening	232
3.5	Aanhangsel A	

HOOFSTUK 10

ONTLEDING VAN INLIGTING WAT DEUR MIDDEL VAN VRAELYS INGESAMEL IS

1.	Responskoers	233
2.	Vraelys	234
2.1	Samestelling	234
2.1.1	Ouderdom van respondente	235
2.1.2	Geslag van respondente	235
2.1.3	Provinsies waarin respondente praktiseer	236
2.1.4	Aard van praktyk	236
2.1.5	Wanneer en aan watter universiteite het respondente hul kwalifikasie(s) behaal?	237
2.1.5.1	Voorgraadse kwalifikasie	237
2.1.5.2	Nagraadse kwalifikasie	238
2.1.6	Ervaring van respondente	239
2.1.6.1	Algemene praktisyns	239
2.1.6.2	Spesialiste	240

2.1.7	Gemiddelde aantal pasiënte wat maandeliks deur respondente behandel word	241
2.1.8	Waarvan behoort 'n pasiënt ingelig te word voordat hy regsgeldige toestemming tot 'n geneeskundige ingreep kan gee?	241
2.1.9	Wat is die persentasie van pasiënte wat volledig in verband met die voorgenome behandeling ingelig word en wat is die rede(s) vir die nie-verskaffing van volledige inligting?	243
2.1.10	Hoeveel tyd spandeer respondente om pasiënte in verband met die volgende voorgenome ingrepe in te lig: (a) ingreep met min of geen moontlike newe-effekte; (b) ingreep met moontlike nie-ernstige newe-effekte; en (c) ingreep met moontlike ernstige newe-effekte?	247
2.1.11	Gaan respondente voort met die behandeling van pasiënte al is laasgenoemde nie volledig daaromtrent ingelig nie?	247
2.1.12	Behoort ons regstelsel aangepas te word ten einde geneeshere in staat te stel om voort te gaan met die behandeling van pasiënte wat intellektueel nie ontwikkel genoeg is om 'n verduideliking van die ingreep te verstaan nie?	248
2.1.13	Indien 'n aanpassing van ons regstelsel plaasvind, dui aan vir watter omstandighede dit behoort te geld	250
2.1.14	Indien die regstelsel aangepas word soos hierbo voorgestel, behoort 'n geneesheer alleen te besluit of daar voortgegaan moet word met die ingreep of behoort die verkryging van 'n tweede opinie van 'n kollega 'n vereiste te wees?	251
2.1.15	Enige verdere kommentaar oor die aangeleentheid?	252

HOOFSTUK 11

GEVOLGTREKKINGS EN AANBEVELINGS

1.	Inleiding	254
2.	Gevolgtrekkings	257
	2.1 Afstanddoening	266
	2.2 Onmoontlikheid	267
3.	Aanbevelings	268
	BIBLIOGRAFIE	270
	PROEFSKRIFTE EN VERHANDELINGS	292
	SUID – AFRIKAANSE HOFSAKE	293
	BUITELANDSE HOFSAKE	301
	WETGEWING	306

HOOFSTUK 1

INLEIDING

Die doel van die onderhawige studie is om die aard van *negotiorum gestio* (saakwaarneming) te analiseer en om die moontlike uitbreiding daarvan op die gebied van geneeskundige ingrepe te ondersoek. *Negotiorum gestio* (saakwaarneming) kan kortliks omskryf word as die vrywillige behartiging deur een persoon (die *negotiorum gestor*) van die belange van 'n ander persoon (die *dominus negotii*) sonder die toestemming of selfs kennis van laasgenoemde persoon.

In Suid –Afrika word regmatige geneeskundige ingrepe gewoonlik geheel en al geregverdig deur 'n pasiënt se vooraf verkreeë regsgeldige toestemming, behalwe waar ander regverdigingsgronde aanwesig is. Een sodanige uitsondering op die toestemmingsvereiste manifesteer dan in bogenoemde verskynsel van *negotiorum gestio*, oftewel saakwaarneming. Die beginsels onderliggend aan *negotiorum gestio* vind aanwending in die geval van geneeskundige ingrepe in omstandighede waar die betrokke pasiënt fisies aanwesig maar psigologies afwesig is, byvoorbeeld waar die pasiënt bewusteloos is. Indien aan die vereistes van *negotiorum gestio* voldoen word, sal die geneesheer daarop geregtig wees om in sodanige omstandighede stappe te neem om die pasiënt te behandel sonder dat dit nodig is om sy toestemming daarvoor te bekom.

Die geweldige ontwikkeling wat plaasvind op die gebied van die geneeskunde plaas toenemende druk op die beginsel van ingeligte toestemming. Dit is soms onmoontlik vir 'n geneesheer om aan al die vereistes vir ingeligte toestemming te voldoen aangesien daar dikwels pasiënte behandel word wat intellektueel nie in staat is om ingeligte toestemming te verskaf nie, omdat hy eenvoudig nie oor die

vermoë beskik om byvoorbeeld die ingewikkeldheid van die aard van die ingreep en die gevolge daaraan verbonde te begryp nie. Aan die hand van empiriese navorsing is ondersoek ingestel na die optrede van geneeshere wat in die praktyk met sodanige situasie gekonfronteer word. Die vraag ontstaan of die geneesheer voortgaan om die pasiënt te behandel ten spyte van die feit dat die pasiënt nie volledige ingeligte toestemming daartoe verleen het nie, en of die geneesheer hom van enige verdere optrede weerhou ten spyte van die feit dat hy glo dat die voorgestelde behandeling tot voordeel van die pasiënt sal wees?

Die moontlikheid om die regverdigingsgrond van *negotiorum gestio* (saakwaarneming) uit te brei na die intellektueel afwesige pasiënt word derhalwe ondersoek deur gebruik te maak van die data wat empiries ingesamel is sowel as die toepaslike regsbeginsels wat ter sprake is. Aangesien die konsep van ingeligte toestemming uiteraard van groot belang is waar regverdigingsgronde vir geneeskundige ingrepe ter sprake kom, word breedvoerig daaraan aandag geskenk deur die tersaaklike regsbeginsels in Suid-Afrika sowel as in enkele buitelandse regstelsels onder die loep te neem.

Daar word afgesluit met 'n hoofstuk waarin aandag geskenk word aan sekere gevolgtrekkings wat na aanleiding van die onderhawige navorsing gemaak is en enkele voorstelle word dan ook in sodanige slothoofstuk uiteengesit.

HOOFSTUK 2

AARD EN TREFWYDTE VAN *NEGOTIORUM GESTIO*

1. Inleiding

Negotiorum gestio of saakwaarneming kom voor wanneer een persoon (die *negotiorum gestor*) sonder enige uitdruklike of geïmpliseerde magtiging die belange van 'n ander persoon (die *dominus negotii*) behartig.¹ Hoewel hier dus geen sprake van 'n ooreenkoms tussen die partye is nie, ontstaan daar tussen die *gestor* en die *dominus* 'n verbintenis waaruit wederkerige regte en verpligtinge vir beide partye voortspruit.² Die verbintenis ontstaan outomaties deur regswerking en berus nie op kontrak of verryking nie, maar wel op die kwasi-kontraktuele verskynsel saakwaarneming.³ Wat die Suid-Afrikaanse regstelsel betref kan dit dus tuisgebring word onder die breë versamelnaam van verbintenisse en meer spesifiek dié wat ontstaan *ex variis causarum figuris*.⁴

Onderliggend aan hierdie verskynsel is die Romeinse gemeenskapswaardes bekend as *fides*, *amicitia*, *pietas*, *humanitas* en *officium* waarvolgens iemand

¹ Rubin 1958a: 1 ev; Van Zyl 1977: 314; Hosten ea 1979: 539; Van Zyl 1985: 3-4; Olivier ea 1992: 223; Eiselen en Pienaar 1999: 205; Thomas ea 2000: 369; Sonnekus 2007: 154; Visser 2008: 136.

² Van Zyl 1985: 4; Blommaert 1981: 2; Van Niekerk 1992: 170; Joubert en Van Zyl 2009: par 17.

³ Boberg 1975: 169; Olivier ea 1992: 223; Eiselen en Pienaar 1999: 205; Thomas ea 2000: 369. Hoewel saakwaarneming dus nie op wilsooreenstemming gebaseer is nie, laat dit meer as een verbintenis ontstaan omdat die handeling van die *gestor* aanleiding kan gee tot regte en pligte vir die *dominus* sowel as die *gestor*. Indien die *gestor* met magtiging gehandel het (dit wil sê ingevolge 'n volmag) sou dit volgens die Suid-Afrikaanse reg beteken dat hy 'n verteenwoordiger was wat sy prinsipaal kontraktueel kon verbind. Indien hy sonder volmag gehandel het maar in opdrag van die *dominus*, sou dit 'n kontrak van *mandatum* daarstel.

⁴ Sonnekus 2007: 154. Kyk ook Visser 2008: 89 vir 'n skematiese bevestiging hiervan. Eiselen en Pienaar 1999: 205 doen aan die hand dat wat die Suid-Afrikaanse reg betref *negotiorum gestio* omskryf behoort te word as 'n *sui generis*-aksie wat op billikheid gebaseer is.

aangemoedig word om ten behoeve van 'n medemens op te tree.⁵ Die teenkant van die muntstuk is dat die daarstel van duidelike riglyne of vereistes verseker dat bemoeisieke bure nie onder die dekmantel van die Barmhartige Samaritaan na goeddunke kan inmeng in die sake van ander nie.⁶ Die *ratio* vir die erkenning van *negotiorum gestio* word as volg deur Hahlo en Kahn⁷ beskryf:

“The recognition of *negotiorum gestio* as a legal relationship has been variously justified on the grounds of social utility and equity, and the need to encourage a certain altruism in social life and on other similar grounds”.

Wat die oorsprong van hierdie verskynsel betref, word dit reeds in die *Institutiones*⁸ aangetref waar dit onder die *obligationes quasi ex contractu* bespreek word en kom 'n meer gedetailleerde behandeling daarvan in die *Codex* en *Digesta* voor.⁹ Volgens Rubin¹⁰ is dit duidelik dat ten tyde van die samestelling van die *Corpus Iuris Civilis*, hierdie figuur, in een of ander vorm, reeds vir meer as vyfhonderd jaar aan die Romeinse reg bekend was.¹¹

⁵ Zimmerman 1990: 435. Kyk ook van Zyl 1977: 314; Van Niekerk 1992: 171; Sonnekus 2007: 155; Visser 2008: 566.

⁶ Sonnekus 2007: 155.

⁷ 1960: 562.

⁸ Inst 3 27 1.

⁹ In die *Digesta* (D 3 5) en die *Codex* (C 2 18 (19)) word dit behandel onder die titel *De negotiis gestis*. Van Zyl 1970: 1 wys daarop dat vir sover die edik *De negotiis gestis* onder die titel *De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus* behandel word, aanvaar kan word dat *negotiorum gestio* sy ontstaan in die prosesverteenvoording van die *cognitor* en *procurator* gehad het.

¹⁰ Rubin 1958a: 1.

¹¹ Schultz 1953: 236 beskryf *negotiorum gestio* as “a quite original genuinely Roman creation without parallels in the laws of other peoples not dependent on Roman law” wat uit Romeinse *humanitas* voortgespruit het. Kyk ook **McEwen NO v Khader** 1969 (4) SA 559 (N): 561.

Negotiorum gestio, in die vorm waarin dit in die Romeinse Reg voorgekom het, het weinig veranderinge in die Romeins-Hollandse reg ondergaan.¹² Die wysigings wat wel plaasgevind het, word as volg deur Rubin¹³ opgesom:

1. The *gestor* was entitled to recover compensation when his administration had taken place in the face of the unwillingness of, or a prohibition by, the *dominus*.
2. The tendency had developed to leave the degree of diligence required of a *gestor* to be determined by the court, in the light of all the circumstances.
3. It was not necessarily presumed that expenditure by parents on the maintenance of their children, or similar expenditure where the parties were closely related to each other, was incurred *animo donandi* and was therefore irrecoverable. Instead, the liability of the *dominus* was determined in the light of all the circumstances.
4. Interest on money expended by the *gestor* was payable from the date of demand, not from the date of the expenditure".

Die basiese aard en trefwydte van *negotiorum gestio* het ook in die Suid-Afrikaanse reg weinig veranderinge ondergaan en is die inhoud daarvan, benewens die wysigings hierbo aangedui, dieselfde as wat in die Justiniaanse reg van krag was.¹⁴

¹² Van Zyl 1985: 6 wys daarop dat *negotiorum gestio* in die Romeins-Hollandse reg ook as "onderwind" bekend gestaan het. Kyk Grotius *Inleidinge* : 3 27 1. Sonnekus 2007: 156 wys byvoorbeeld op die afwesigheid van 'n soortgelyke regsfiguur as die saakwaarnemingsaksie in die Anglo-Amerikaanse reg juis vanweë die ontmoediging van ongemagtigde inmenging in die sake van ander in daardie gemeenskappe. Kyk ook Whitty en Van Zyl 2004: 367; Visser 2008: 565-566.

¹³ Rubin 1958a: 15.

¹⁴ Rubin 1958a: 15; Van Zyl 1985: 8.

“Our law in regard to *negotiorum gestio* is based firmly, but with minor divergences, upon the Roman law”.¹⁵

As die definisie van die *negotiorum gestor* wat in die saak van Colonial Government v Smith and Company¹⁶ verskaf word in oënskou geneem word, blyk dit dat daar weinig of geen afwyking van die begrip, soos wat dit in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg ontwikkel het, in Suid-Afrikaanse hofbeslissings plaasgevind het:

“Now the usual conception of a *negotiorum gestor* is one who, without express mandate, carries on the business, or who protects the property of another who is absent or who is incapable of acting for himself. As a rule, if the owner is present, or is unwilling or forbids the business being done, the unauthorized agent cannot force his services upon such owner”.¹⁷

2. Verskyningsvorme van *negotiorum gestio*

Die saak of belang wat in terme van *negotiorum gestio* behartig word, staan bekend as die *negotium* (meervoud: *negotia*) en die behartiging daarvan as sodanig word beskryf as *gerere*.¹⁸

Die feit dat die besondere belang van die *dominus* eers werklik behartig moet word alvorens wederkerige regte en verpligtinge kan ontstaan, is in wese die onderskeidende kenmerk tussen *negotiorum gestio* as kwasi-kontrak en verbintenisse wat op wilsooreenstemming gebaseer is aangesien 'n daadwerklike

¹⁵ Per Van Zijl RP in **Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd** 1979 (2) SA 383 (K): 387H.

¹⁶ 18 SC (1901) 380.

¹⁷ Op 392.

¹⁸ Van Zyl 1985: 10.

handeling in laasgenoemde geval nie 'n voorvereiste vir die ontstaan van regte en verpligtinge is nie.¹⁹

Feitlik enige handeling of aktiwiteit wat neerkom op die behartiging van 'n ander se belange, hetsy dit van 'n regs- of 'n bloot feitlike aard is, is voldoende om *negotiorum gestio* daar te stel.²⁰ Handelinge van 'n regs aard wat deur 'n *gestor* onderneem kan word, sluit byvoorbeeld die volgende in: betaling van die *dominus* se skulde,²¹ aanknoop van regsverhoudinge ten behoeve van die *dominus*, nie as 'n agent nie maar in 'n persoonlike hoedanigheid, byvoorbeeld deur 'n party te word tot 'n verbintenis en te onderneem om sekere verpligtinge na te kom en sekere regte uit te oefen.²²

Die behartiging van die *dominus* se belange kan, soos gemeld, ook van 'n nie-regsaard wees, byvoorbeeld: die aanbring van verbeterings aan die eiendom van die *dominus*;²³ die onderhoud van kinders²⁴ en die herstel van 'n verhuurde gebou.²⁵ In Suid-Afrika het verskeie verdere vorme van *negotiorum gestio* in die praktyk ontwikkel waaronder die beskerming van die eiendom van 'n persoon wat afwesig of onbevoeg is om self op te tree, resorteer. Voorbeelde hiervan is: die aangaan van noodsaaklike uitgawes om plofstowwe na 'n veilige bergingsplek

¹⁹ Van Zyl 1985: 11.

²⁰ Rubin 1958a: 16. Van Zyl 1985: 11 vn 35 haal Kaser 1971: 588 aan waar laasgenoemde daarop wys dat die betrokke handeling nie van 'n kriminele of deliktuele (onregmatig of wederregtelik) aard moet wees nie.

²¹ D 3 5 2; 3 5 5 3; 3 5 42; C 2 18 12; **Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd**: 383 waar die skuld van die *dominus* egter in belang van die *gestor* betaal is en verrykingsaanspreeklikheid derhalwe ter sprake is (Kyk hoofstuk 6 hierna).

²² D 3 5 2. Voorbeelde hiervan sluit in gevalle waar die *gestor* 'n borgooreenkoms tot voordeel van die *dominus* sluit (**Rossouw and Rossouw v Hodgson and Others** 1925 AD 97: 102; **Turkstra v Massyn** 1959 (1) SA 40 (T): 45 D-F; aankope vir die *dominus* doen (D 3 5 10; 3 5 21; 3 5 45); verkope namens die *dominus* bewerkstellig (C 2 18 19) en uitstaande skulde vir die *dominus* insamel (D 3 5 5 4; 3 5 8; 3 5 22; 3 5 23; C 2 18 9).

²³ D 3 5 2; 3 5 5 5.

²⁴ C 2 18 11; 2 18 15.

²⁵ D 3 5 5 13; 3 5 9 1.

te verwyder;²⁶ berging van die goedere van 'n persoon in wie se afwesigheid by sy winkel ingebreek is;²⁷ verkoop van bederfbare goedere wat aan 'n afwesige persoon behoort²⁸ en berging van 'n vaartuig wat in gevaar ter see verkeer.²⁹

Wat sy hantering van die *dominus* se belange oor die algemeen betref word die

²⁶ **Colonial Government v Smith and Company**: 380 waar die hof onder andere gesteun het op Voet *Commentarius*: 3 5 11 na analogie van die geval waar 'n *mala fide possessor* uitgawes aangaan. Hierdie saak is toegepas in **Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd**: 393E – 395A.

²⁷ **Amod Salie v Ragoon** 1903 TS 100; **Lawrie v Union Government (Minister of Justice)** 1930 TPD 402: 407-408. Vergelyk ook **Grant's Farming Co Ltd v Attwell** 9 HCG (1901) 91. In **De Hart v De Jongh** 1903 TS 260, **Lewis Brothers v East London Municipality** 21 SC (1904) 156 en **Kehrman v Stewart** 1905 TS 677 het die onderskeie howe egter bevind dat *negotiorum gestio* nie van toepassing is nie ten spyte van die feit dat bewaring van eiendom in al drie sake teenwoordig was.

²⁸ Van Zyl 1985: 15 wys daarop dat hierdie situasie gewoonlik voorkom in gevalle waar die koper van bederfbare produkte as gevolg van die swak kwaliteit daarvan weier om dit te aanvaar en die produkte dan tot voordeel van die verkoper verkoop word ten einde die algehele verlies daarvan te voorkom. Sien **Greenshields v Chisholm** 3 SC (1884) 220; **Jacobs v Maree** 19 SC (1902) 152; **Hochmetals Africa (Pty) Ltd v Otavi Mining Co (Pty) Ltd** 1968 (1) SA 571 (A). Vergelyk ook **Koen v Maske & Co** 24 SC (1907) 699; **Van Vollenhoven v Lawrence** 1915 OPD 127; **Fine and Gluckman v Heyneke** 1915 TPD 211; **Natal Shipping and Trading Co Ltd v African Madagascar Agencies Ltd** 1921 TPD 530; **Phillips & Co v Greyvenstein & Co** 1922 EDL 29; **Outeniqua Produce Agency v Machanik** 1924 CPD 315 en **Chaimowitz v Balgowan Trading Co** 1927 NPD 36. Wessels 1951: par 3634 verwys na gevalle van hierdie aard as *quasi negotiorum gestio*, insoverre die *gestor* uit nooddwang verplig word om as *gestor* op te tree en derhalwe as 'n sogenaamde "agent of necessity".

²⁹ Grotius *Inleidinge*: 3 27 6. Van Zyl 1985: 14 wys egter daarop dat daar 'n betekenisvolle verskil bestaan tussen *negotiorum gestio* en berging: in die geval van *negotiorum gestio* mag geen beloning of vergoeding deur die *gestor* geëis word nie, terwyl dit juis wesenlik by berging is dat 'n beloning of vergoeding (bergloon) deur die berger opeisbaar is. 'n Verdere verskil word deur Rubin 1958a: 18 uitgelig: die *gestor* is geregtig op regshulp ongeag of die *dominus* deur die behartiging van sy belange bevoordeel is al dan nie; die berger daarenteen kan slegs op regshulp aanspraak maak indien die eiendom van die *dominus* inderdaad gered is. Kyk ook Van Niekerk 1992: 166-169; Visser 2008: 137-138. Kyk verder **Associated Boating Companies v Baardsen: In Re The "Lief"** 12 SC (1895) 330; **Table Bay Harbour Board v New Zealand Steamship Co (The "Papanui")** (1901) 18 SC 34; **Charente Steamship Co Ltd v New Transvaal Chemical Co Ltd** 1913 WLD 60; **Maytom v The Master "Harry Escombe" and Others** 1920 AD 1987; **SA Railways and Harbours v Wilcock NO** 1935 CPD 489; **Heimdal Steamship Company of 1912 Ltd v Union Government**; **Steamship Company Svendborg Ltd v Union Government**; **East Asiatic Company Ltd v Union Government**; **A/S Motor Tramp v Union Government** 1951 (3) SA 899 (N).

gestor soms vergelyk met 'n *curator bonis* of selfs 'n *curator ad litem*.³⁰ Die *gestor* is egter nie by magte om geregtelike stappe in te stel of 'n ander in regsverrigtinge te verteenwoordig sonder 'n mandaat, of ten minste die toestemming van die ander party nie.³¹ Skynbaar is die enigste uitsondering op hierdie reël die geval waar die *gestor* nou verwant is aan die persoon wie se belange hy behartig, in welke geval hy die bevoegdheid het om sonder 'n mandaat op te tree. In hierdie omstandighede is die *gestor* nie net geregtig om die nodige regsverrigtinge in te stel nie, maar is hy inderdaad verplig om dit te doen.³²

Die hof het nie die bevoegdheid om iemand as 'n *negotiorum gestor* aan te stel nie, maar as die belanghebbende party nie andersins verteenwoordig kan word nie, mag 'n kurator vir hom aangestel word.³³

Die *negotiorum gestio* kan op meer as een saak/belang betrekking hê.³⁴ Eweneens kan een en dieselfde handeling 'n *gestio* wees met betrekking tot meer as een individu; byvoorbeeld as A vir B in diens neem om sekere take vir hom te verrig en C sodanige take dan vir B verrig maar met die doel om A by te staan, is C *negotiorum gestor* vir beide A en B.³⁵ As die *gestor* 'n belang behartig wat op verskeie persone betrekking het maar die bedoeling het om

³⁰ **Abroms v Minister of Railways and Harbours** 1917 WLD 51; **Ex Parte Lennon Ltd** 1929 WLD 195; **Ex parte Hattersley** 1940 TH 258; **Ex parte Pearlman** 1957 (4) SA 666 (N). Kyk verder Rubin 1958a: 16-20.

³¹ D 3 5 5 14; C 2 18 20 2; Voet *Commentarius* : 3 5 7; Wessels 1951: par 3630; **Ryneveld v The Wine Depot** 2 Menzies (1833) 185; **Havenga v Steyn** 3 Menzies (1844) 511; **Ex Parte Hands** 25 SC (1908) 417; **Lintott v Hill** (1909) ORC 87: waar bevind is dat 'n *gestor* wat regsverrigtinge sonder die nodige toestemming of magtiging instel, beveel kan word om die koste *de bonis propriis* te betaal; **Abroms v Minister of Railways and Harbours**: 53; **Ex Parte Abbas** 1920 CPD 346; **Yu Kwan v President Insurance Co Ltd** 1963 (1) SA 66 (T).

³² D 3 3 35 pr; 3 5 7 pr; Voet 3 5 7; **Yu Kwan v President Insurance Co Ltd**: 69B-C.

³³ **Ex parte Abbas**: 347. Kyk egter ook **Ex Parte Dold and Stone** 1922 EDL 211 waar aansoek om verlof gedoen is deur persone in hul hoedanigheid as *negotiorum gestores* om grondeiendom onder hul beheer te verkoop. Vergelyk **Ex Parte Hattersley**: 258.

³⁴ D 3 5 3 2; Pothier *Contrat de Mandat*: par 168.

³⁵ D 3 5 45; Wessels 1951: par 3556.

die belang van slegs een van hulle te behartig, word hy as die *gestor* van elke persoon wat deur sy gedrag bevoordeel is, beskou.³⁶

'n *Gestor* wat verkies om vir 'n *dominus* in een aangeleentheid op te tree is nie verplig om na sy ander belange om te sien nie.³⁷ Meer as een *gestor* kan die belang/e van 'n enkele *dominus* behartig, in welke geval elkeen vir sy aandeel in die *gestio* vergoed sal word.³⁸

Dit is nie nodig dat die *gestio* betrekking het op die persoonlike belange van die afwesige *dominus* nie. Dit is voldoende as die *dominus* 'n belang daarin het dat die handeling uitgevoer moet word, byvoorbeeld waar hy verplig is om iets vir 'n minderjarige of afhanklike te doen en die *gestor* dan sodanige verpligting nakom.³⁹ 'n Voorbeeld van sodanige belange hou verband met 'n eggenoot se plig om huishoudelike noodsaaklikhede aan sy eggenote te voorsien as deel van sy onderhoudsverpligtinge. Indien die eggenoot sou versuim om gemelde verpligtinge na te kom en 'n derde party die noodsaaklikhede aan die eggenote verskaf, kan sodanige derde party onder sekere omstandighede as 'n *negotiorum*

³⁶ D 3 5 5 8; Pothier *Contrat de Mandat* : par 195; kyk ook **Natal Bank Ltd v Parsons** 1906 TH 102; **Reid and Others v Warner** 1907 TS 961; **Trahair v Webb & Co** 1924 WLD 227. Vergelyk **Forster v Becker** 1914 EDL 193; **Pollock v Creydt** 1915 NPD 350; **Spencer v Gostelow** 1920 AD 617.

³⁷ C 2 18 20 2; Wessels 1951: par 3591; Van Zyl 1985: 16 wys daarop dat die *gestor* egter dit moet doen wat onlosmaaklik verbind of afhanklik is van die *gestio* wat hy onderneem het, selfs ná die dood van die *dominus*.

³⁸ D 3 5 25; Wessels 1951: par 3607. Volgens Van Zyl 1985: 17 kan dit vergelyk word met die geval waar 'n *gestio* uitgevoer is deur 'n mede-eienaar ten aansien van mede-eiendom.

³⁹ D 3 5 5 2; Grotius *Inleidinge* : 3 27 2; Pothier *Contrat de Mandat* : par 171; Wessels 1951: par 3557.

gestor beskou word wat geregtig is om vergoeding van die eggenoot te eis.⁴⁰

As 'n *mandatarius* die perke van sy mandaat oorskry en die *dominus* as gevolg daarvan bevoordeel word, kan hy, indien sy optrede redelik was, as 'n *negotiorum gestor* beskou word met betrekking tot dié optrede wat die perke van sy mandaat oorskry.⁴¹ Soortgelyk hieraan is die geval waar iemand die belange van 'n ander behartig terwyl hy onder die foutiewe indruk verkeer dat hy 'n behoorlike mandaat daartoe het. Sodanige persoon se optrede word dan ewenwel beskou as 'n *negotiorum gestio*.⁴²

Waar die *dominus* die optrede van die *gestor* ratifiseer, ontstaan die vraag of die *negotiorum gestio* omskep word in 'n *mandatum* en of die *negotiorum gestio* bly voortbestaan.⁴³ Hoewel hierdie vraag nog nie in Suid-Afrika vir beslissing voor 'n

⁴⁰ In **Excell v Douglas** 1924 CPD 472 het die hof bevind dat waar die gemeenskaplike huishouding van gades wat binne of buite gemeenskap van goedere getroud is, verbrokkel het, het 'n derde party wat huishoudelike benodigdhede (noodsaaklikhede) aan die eggenote verskaf het nie 'n kwasi-kontraktuele eis teen haar eggenoot nie tensy die eggenoot versuim het om sy onderhoudsverpligtinge na te kom. Rubin 1958a: 62 doen aan die hand dat die beginsel wat deur Grotius en Pothier verkondig is wat inhou dat 'n geldige *gestio* betrekking kan hê op die regte van die *dominus* sowel as sy eiendom, in bogemelde saak toepassing gevind het. In **Gammon v McClure** 1925 CPD 137: 139 is die eis van die derde party in onderhawige omstandighede op ongeregverdigde verryking gebaseer. Vergelyk **Oelofse v Grundling** 1952 (1) SA 338 (K); **Behr v Minister of Health** 1961 (1) SA 629 (SR); Neethling 1970: 280-284.

⁴¹ D 3 5 31; Pothier *Contrat de Mandat* : par 177; Wessels 1951: par 3561; **Klug and Klug v Penkin** 1932 CPD 401: 405. Dit wil voorkom asof die eksekuteur van 'n bestorwe boedel oor 'n eis as *negotiorum gestor* beskik waar hy die magte wat hom in sy hoedanigheid as eksekuteur toekom, oorskry het; kyk **L Ferera (Private) Ltd v Vos NO** 1953 (3) SA 450 (A): 465 D; **Kehrman v Stewart**: 677; Rubin 1958a: 21-22.

⁴² D 3 5 5 pr; Pothier *Contrat de Mandat* : par 176; Eiselen en Pienaar 1999: 206; **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd** 1939 CPD 360: 376. Kyk egter ook **Knoll v SA Flooring Industries Ltd** 1951 (1) SA 404 (T): 408A-C waar De Villiers R die uitspraak in die **Williams' Estate**-saak kritiseer. Kyk verder Scholtens 1951: 134-137 vir 'n bespreking van die **Knoll**-saak. Vergelyk **Chaimowitz v Balgowan Trading Co**: 36; **Vadas (Pty) Ltd v Philp** 1940 CPD 267. Wessels 1951: par 3560 wys daarop dat dieselfde beginsel toepassing vind waar die persoon wat dink dat hy 'n mandaat het, vasstel dat die handeling waardeur hy van mening was die volmag tot stand gekom het in terme van die reg nietig is.

⁴³ Van Zyl 1985: 19; Rubin 1958a: 28-29; Van Jaarsveld 1974: 35-37, 54-55, 60-62, 192-193, 242.

hof geplaas is nie, stel Van Zyl⁴⁴ voor dat dit waarskynlik nie vir 'n hof nodig sal wees om 'n bevinding daarvoor te maak nie, aangesien die remedie van 'n *gestor* wie se handeling deur 'n *dominus* geratifiseer is waarskynlik feitlik dieselfde effek sal hê as die aksie van 'n *mandatarius* wat soortgelyke handeling in terme van sy volmag uitgeoefen het. Net so behoort daar weinig verskille te bestaan tussen die verhaalsregte van die *dominus* of prinsipaal teen die onderskeie *gestor* en *mandatarius*.⁴⁵

Van Jaarsveld⁴⁶ huldig egter die mening dat ons howe moontlik die houding kan inslaan dat ratifikasie van 'n *gestor* se optrede eenvoudig aanleiding sal gee tot 'n gewone verhouding soos tussen prinsipaal en agent. Volgens Van Zyl⁴⁷ behoort daar egter geen beswaar te wees indien die *gestor* sou verkies om hom te beroep op die remedies wat voortspruit uit die *negotiorum gestio*, ongeag daarvan dat sy optrede geratifiseer is.

Negotiorum gestio kan ook tot stand kom as gevolg van die volmag wat 'n derde party aan die *gestor* verleen het. Hierdie vorm van *negotiorum gestio* is in die Romeinse reg erken en op 'n kasuïstiese basis ontwikkel.⁴⁸ By die voorkoms daarvan was die *gestor* geregtig op die *actio mandate* teen die derde party en die *actio negotiorum gestorum* teen die *dominus*. Dié beskikbaarheid van aksies aan die *gestor* het ook erkenning in die Romeins-Hollandse reg geniet voordat dit

⁴⁴ Van Zyl 1985: 21.

⁴⁵ Hoewel die saak van **Klug and Klug v Penkin**: 405 nie handel oor 'n *gestor* wie se handeling deur die *dominus* geratifiseer is nie, doen Van Zyl 1985: 21: vn 85 aan die hand dat die hof se benadering in sodanige geval, sowel as die effek van die relevante remedies, nie sal verskil van die resultaat wat in gemelde saak bereik is nie. Vergelyk **De Hart v De Jongh**: 260. Vir 'n gedetailleerde uiteensetting van die verhouding tussen die *dominus* en derde partye met wie die *gestor* kontrakteer, kyk Rubin 1958a: 74-79; Rubin 1954: 124-133; Van Jaarsveld 1974: 192-193.

⁴⁶ Van Jaarsveld 1974: 242.

⁴⁷ Van Zyl 1985: 22.

⁴⁸ Van Zyl 1985: 22.

in 'n uitgebreide vorm in die beslissing van **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd** aanvaar en toegepas is: ⁴⁹

“Where a person executes repairs to the property of another upon the instructions of a third person who had no authority to give such instructions, the person executing such repairs is a *negotiorum gestor* in relation to the *dominus*, and as such has an action against the *dominus* based on the *negotiorum gestio*, provided the *negotiorum gestor* has acted in good faith and irrespective of the fact that there may also be a concurrent right of action against the third person who gave the unauthorized instructions”.⁵⁰

⁴⁹ Van Zyl 1985: 22-23; Wessels 1951: par 3606.
⁵⁰ Op 360.

HOOFSTUK 3

VOORVEREISTES VIR *NEGOTIORUM GESTIO*

1. Inleiding

Net soos in die geval van *mandatum* en ander kontrakte wat op wilsooreenstemming gebaseer is, is daar 'n aantal voorvereistes en algemene beginsels wat die instelling van *negotiorum gestio* beheers, al is dit kwasi-kontraktueel van aard en daar nie van wilsooreenstemming tussen die betrokke partye sprake is nie. As hierdie vereistes teenwoordig is en daaraan voldoen word, kan aanspreeklikheid in terme van *negotiorum gestio* ontstaan en sal die aksies wat daaruit voortspruit (die *actiones negotiorum gestorum*) vir die onderskeie partye beskikbaar wees¹. Die *actio negotiorum gestorum directa* is tot beskikking van die *dominus* wat voornemens is om die *gestor* gebonde te hou aan die uitvoering van sy verpligtinge wat uit die *negotiorum gestio* voortspruit. Die aksie tot beskikking van die *gestor* wat sy regte voortspruitende uit die *negotiorum gestio* wil afdwing, staan bekend as die *actio negotiorum gestorum contraria*.

Die voorvereistes wat teenwoordig moet wees alvorens daar sprake van *negotiorum gestio* kan wees, is die volgende:

¹ Kyk par 3.6 hieronder vir 'n meer gedetailleerde bespreking van hierdie aksies.

2. Behartiging van die belange van 'n ander

Die wese van *negotiorum gestio* is daarin geleë dat een persoon (die *negotiorum gestor*) die belang of belange van 'n ander persoon² (die *negotiorum* of die *dominus negotii*) behartig sonder dat hy daartoe gemagtig is.³ Daar moet derhalwe ten minste twee partye betrokke wees⁴ en die belang of belange ter sprake moet betrekking hê op iemand anders as die *gestor* self. Die belang wat behartig word (*negotium gestum* of *negotia gesta*) moet derhalwe dié van 'n ander wees (*negotium alterum*) oftewel 'n vreemde saak (*negotium alienum*).⁵ Dit beteken dat as jy jou eie belang behartig denkende dat dit dié van 'n ander is, ontstaan *negotiorum gestio* nie.⁶ Soortgelyk kan daar nie sprake van *negotiorum gestio* wees indien jy jou eie belang behartig onder die valse voorwendsel dat dit tot voordeel van 'n ander is nie.

Die belange kan deels dié van die *gestor* en deels dié van die *dominus* wees, in welke geval die *gestor* oor 'n eis beskik met betrekking tot daardie gedeelte wat op die *dominus* betrekking het.⁷

Dwaling aan die kant van die *gestor* ten tyde van die *negotiorum gestio* betreffende die identiteit van die *dominus* is nie van belang nie: die persoon wie

² Volgens Pothier *Contrat de Mandat* : par 168 is dit van geen belang dat 'n enkele item of besigheid, of verskeie ter sprake is nie. Kyk ook Van Zyl 1977: 314; Van Niekerk 1992: 171.

³ Van Zyl 1985: 28-31; De Vos 1987: 103-105; Eiselen en Pienaar 1999: 205; Thomas ea 2000: 370; Whitty en Van Zyl 2004: 374-375 vn 2; Sonnekus 2007: 156.

⁴ Pothier *Contrat de Mandat* : par 169 en 174; Wessels 1951: par 3555.

⁵ D 3 5 3 pr; **Turkstra v Massyn**: 37 – “the business of another”. Kyk Van Zyl 1977: 314.

⁶ D 3 5 5 6; Pothier *Contrat de Mandat* : par 169; Van Niekerk 1992: 171. Weiering van 'n eggenoot om die handeling wat sy vrou, met wie hy binne gemeenskap van goedere getroud is, met betrekking tot sy bates in sy afwesigheid verrig het, te ratifiseer, gee volgens die saak van **Wolmaransstad Ko-operatiewe Vereniging v Leask & Co** 1915 TPD 272: 275-276 nie aanleiding tot die totstandkoming van *negotiorum gestio* nie.

⁷ D 3 5 5 6; 3 5 30 7; Pothier *Contrat de Mandat* : par 170; Vergelyk **Rademeyer and Others v Rademeyer and Others** 1968 (3) SA 1 (K): 10G.

se belange inderdaad behartig word, doen in so 'n geval aanspreeklikheid op.⁸

Daar word nie vereis dat die *dominus*, wie se belange behartig word, handelingsbevoeg moet wees nie. Die *gestio* kan betrekking hê op die belange van 'n *furiosus*,⁹ 'n ongeboore kind,¹⁰ 'n afgestorwe *dominus* of 'n vakante erfporisie (*hereditas iacens*).¹¹

3. *Dominus* onbewus van die behartiging van sy belange

In die Romeinse reg is die fisiese afwesigheid van die *dominus* van die plek waar die *gestio* plaasgevind het, as vereiste gestel vir die totstandkoming van *negotiorum gestio*.¹² In die Romeins-Hollandse reg is die basiese vereiste gestel dat die *dominus* onbewus of onkundig omtrent die *gestio* moes gewees het.¹³

Wat Suid-Afrikaanse regspraak betref, is in die vroeë saak van **Kehrman v Stewart**¹⁴ ook aan die hand gedoen dat die *dominus* afwesig behoort te wees. In hierdie saak het die enigste erfgenaam en eksekuteur van 'n testateur beheer van twee winkels wat aan laasgenoemde behoort het, oorgeneem en die

⁸ D 3 5 5 1. Vergelyk Pothier *Contrat de Mandat* : par 186 en 194 en kyk ook **Trahair v Webb and Co**: 227; **New Club Garage v Milborrow and Son** 1931 GWLD 86: 99; Wessels 1951: par 3576.

⁹ D 3 5 3 5.

¹⁰ D 3 5 28.

¹¹ Met verwysing na die saak van **Crookes NO and Another v Watson and Others** 1956 (1) SA 277 (A) waarin appèlregters Van den Heever en Fagan kontrasterende standpunte ingeneem het betreffende die vraag of daar *negotiorum gestio* kan wees met betrekking tot 'n ongedefinieerde begunstigde in terme van 'n trust, doen Van Zyl 1985: 23 aan die hand dat die onsekerheid verbonde aan die situasie waar die betrokke *dominus* 'n persoon is wat nog nie *in esse* is nie, die toepassing van die beginsels van *negotiorum gestio* moeilik, indien nie onprakties, sal maak nie. Hierdie siening word deur Sonnekus 2007: 156 gedeel.

¹² D 3 5 1; Inst 3 27 1; D 13 6 17 3; 44 7 5 pr. Joubert en Van Zyl 2009: par 22 vn 1 wys egter daarop dat daar elders ook verwys word na onkunde van die optrede. Kyk D 3 5 10 en 3 5 40.

¹³ Grotius *Inleidinge* : 3 27 3; Voet *Commentarius* : 3 5 1; Van Leeuwen *Cens For* : 1 4 26 1; Van der Linden *Koopmans Handboek* : 1 15 15; Pothier *Contrat de Mandat* : par 175 en 180.

¹⁴ 1905 T5 677.

besigheid verder in sy eie naam bedryf. Toe die vraag in 'n latere stadium ontstaan of die erfgenaam as 'n *negotiorum gestor* opgetree het, bevind die hof dit is:

“... impossible to suppose for one moment that he was carrying on the business as *negotiorum gestor*. How could he be that when the heir and executor were absent, I could understand a third person taking the business over and carrying it on as *negotiorum gestor*. Here, however, BB Stewart (the respondent) was both heir and executor. There was no reason therefore, for a *negotiorum gestor* and under the circumstances I fail to understand how it can be said that he was carrying on the business as *negotiorum gestor*. It seems to me perfectly clear that he was not”.¹⁵

In die latere saak van **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd**¹⁶ beslis die hof egter:

“It is quite evident, therefore, that by 'absent' is meant absent from the transaction, that is to say, in ignorance of it and not necessarily absent from the place where it occurs”.¹⁷

Uit bogemelde saak blyk dit dus duidelik dat daar in die Suid-Afrikaanse reg slegs vereis word dat die *dominus* onbewus moet wees dat sy belange behartig word

¹⁵ Op 678-679 per Solomon R. Kyk die kritiek van Rubin 1958a: 21-22 teen hierdie beslissing wat kortliks daarop neerkom dat daar geen rede bestaan waarom die eksekuteur van 'n bestorwe boedel nie as *negotiorum gestor* van sodanige boedel kan optree nie. Rubin vind steun vir sy argument in die saak van **L Ferera (Private) Ltd v Vos NO and Others**: 465. Kyk ook **Ex Parte Abbas**: 347: “A *negotiorum gestor* is one who acts upon his own authority for an absent person”.

¹⁶ 1939 CPD 360. Kyk die kritiek van De Villiers en Macintosh 1981: 271-272 teen hierdie beslissing.

¹⁷ Op 369. Kyk ook **Turkstra v Massyn**: 47. Vergelyk **De Hart v De Jongh**: 240.

en hoef hy nie noodwendig afwesig te wees van die plek waar sodanige behartiging plaasvind nie.¹⁸

Indien die *dominus* daarvan bewus is dat sy belange deur 'n ander behartig word of indien hy daartoe toestem, het ons nie meer met *negotiorum gestio* te doen nie maar wel met *mandatum*.¹⁹

Die gebrek aan die verlening van magtiging om die *dominus* se belange te behartig, hetsy by wyse van uitdruklike of stilswyende toestemming, is dus 'n wesenskenmerk van *negotiorum gestio*.²⁰ Indien die *dominus* derhalwe sou versuim om teen die behartiging van sy belange beswaar te maak of om dit te verbied, sodra hy daarvan bewus word, sou dit op magtiging van die behartiging van sodanige belange of die stilswyende toestemming daartoe neerkom, wat vervolgens as 'n voorkoms van *mandatum* uitgelê sou kon word.²¹

Wanneer die afwesige *dominus* van die behartiging van sy belange te hore kom, maar hy nie in staat is om met die *gestor* te kommunikeer nie, is *negotiorum gestio* voorhande en nie 'n geval van stilswyende *mandatum* nie.²²

¹⁸ Van Zyl 1985: 30; Wessels 1951: par 3558; Whitty en Van Zyl 2004: 374 vn 2; Visser 2008: 568 vn 11.

¹⁹ Van Zyl 1985: 30.

²⁰ "... the whole essence of *negotiorum gestio* is the absence of authority" – per Davis R in **Mohamed v Kamaludien** 1938 CPD 140: 145. Van Niekerk 1992: 171; Eiselen en Pienaar 1999: 205; Joubert en Van Zyl, 2009: par 22.

²¹ D 17 1 6 2; 50 17 60; Grotius *Inleidinge* : 3 27 3; Pothier *Contrat de Mandat* : par 180; Rubin 1958a: 22-23.

²² Wessels 1951: par 3558.

As die *dominus* van die *gestio* bewus word en dit ratifiseer, wil dit voorkom asof die aksies wat uit beide *negotiorum gestio* en *mandatum* voortspruit, aan die partye beskikbaar is.²³

Waar die behartiging van die *dominus* se belange teen sy uitdruklike verbod plaasgevind het, kan daar nie sprake wees van suiwer of egte *negotiorum gestio* nie.²⁴ In sodanige geval kan 'n verrykingsaksie egter in gepaste omstandighede tot beskikking van die *gestor* wees.²⁵

4. *Animus negotia aliena gerendi*

Die *gestor* sal slegs 'n eis tot sy beskikking hê vir die verhaal van uitgawes aangegaan of skade gely indien hy opgetree het met die bedoeling om die belange van 'n ander te behartig (*animus negotia aliena gerendi*).²⁶

Gemelde *animus* - vereiste is van groot belang wat betref daardie vorm van *negotiorum gestio* wat Van Zyl²⁷ as "abnormaal" of "buitengewoon" beskryf en verwys hy spesifiek na die geval waar die *gestor* die belange van 'n ander behartig, nie met die *animus negotia aliena gerendi* nie, maar met die bedoeling om sy eie belange te bevorder (*sui lucri causa*).

²³ D 3 5 8; C 2 18 9; Pothier *Contrat de Mandat* : par 172 (wat *negotiorum gestio* betref); D 5 17 60; 17 1 6 2; C 4 28 7 (wat *mandatum* betref). Voet *Commentarius* : 3 5 14 bring die aard van die beskikbare aksie in verband met die vraag of die *dominus* met sy ratifikasie bedoel het dat die betrokke *negotiorum gestio* 'n mandaat moes word al dan nie. Kyk ook Wessels 1951: par 3632; Rubin 1958a: 28-29.

²⁴ C 2 18 24 pr. Vergelyk D 3 5 7 3; 17 1 40. Van Zyl 1977: 316; Thomas ea 2000: 371.

²⁵ Van Zyl 1985: 105-110; Van Niekerk 1992: 172.

²⁶ Hierdie vereiste word op verskeie wyses in Romeinse bronne uitgedruk, byvoorbeeld: D 3 5 5 3 (*tui contemplatione*), D 3 5 5 5 (*non mei contemplatione*); D 3 5 15 (*voluntate*); D 3 5 18 2 (*affectionem*); D 3 5 4 2 (*animo gerendi negotia*); C 2 18 13 (*adfectioni tuae*); kyk verder Voet *Commentarius* : 3 5 9, 12; Pothier *Contrat de Mandat* : par 185-188; Wessels 1951: par 3569-3578; Van Zyl 1970: 10-12, 39-40, 50-51, 62-63, 76, 83-84, 90 en 148-149. Rubin 1958a: 34-42; Rubin 1958b: 54-63; Van Zyl 1985: 31-40; Van Niekerk 1992: 172; Eiselen en Pienaar 1999: 206; Sonnekus 2007: 156-157; Visser 2008: 567; **Molife v Barker** (1910) 27 SC 9; **Odendaal v Van Oudtshoorn** 1968 (3) SA 433 (T): 437A; **Maritime Motors (Pty) Ltd v Von Steiger** 2001 (3) 584 (SOK).

²⁷ Van Zyl 1985: 31.

'n Soortgelyke geval doen hom voor wanneer 'n *bona fide gestor* die belange van 'n ander behartig, denkende dat dit sy eie is. In nie een van hierdie gevalle is *negotiorum gestio* in die normale of eng sin voorhande nie, en is die *gestor* hoogstens geregtig om sy kostes en uitgawes tot die omvang van die *dominus* se ongeregverdigde verryking van hom te verhaal. Die aksie wat in sodanige omstandighede tot beskikking van die *gestor* is, staan bekend as die uitgebreide saakwaarnemingsaksie (*actio negotiorum gestorum utilis*).²⁸

Benewens die bedoeling om 'n ander se belange te behartig, word verder vereis dat die *gestor* die bedoeling moes gehad het om enige kostes en uitgawes wat hy gedurende die verloop van sodanige behartiging aangegaan het van die *dominus* te verhaal.²⁹ Van Zyl³⁰ wys daarop dat daar gewoonlik na hierdie bykomende bedoeling as die *animus repetendi* verwys word.

Onderhawige vereiste bedoeling om die belange van die *dominus* te behartig, en die daarby inbegrepe bedoeling om terugbetaling van hom te eis vir nuttige en noodsaaklike uitgawes wat tydens sodanige behartiging aangegaan is, word as volg deur Sir Johannes Wessels omskryf:

"It is essential for the *actio negotiorum gestorum* that the person who without authority manages the affairs of another should have

²⁸ Van Zyl 1985: 32; John 1951: 57; Van Zyl 1977: 315-316. Kyk ook **Gouws v Jester Pools (Pty) Ltd** 1968 (3) SA 563 (T): 569-571. Vir 'n meer gedetailleerde bespreking van hierdie gevalle, kyk hoofstuk 6 hieronder.

²⁹ D 3 5 33 (*si reputare velint*); C 2 18 11 (*recipiendi animo*); C 2 18 15 (*ut repetiturus*); Voet *Commentarius* : 3 5 11; Groenewegen *De Leg Abr ad* : C 2 18 1; Pothier *Contrat de Mandat* : par 185-188; Van Niekerk 1992: 172; Van der Merwe ea 2003: 493; Visser 2008: 136.

³⁰ Van Zyl 1985: 33 en vn 130 op gemelde bladsy waar hy verder daarop wys dat die term *animus recipiendi* ook voorkom maar dat dit nie van klassieke Romeinse oorsprong is nie, en waarskynlik eers gedurende die post-klassieke periode ontwikkel is.

intended to act as a *negotiorum gestor* and should have intended to claim the costs of his voluntary administration".³¹

In die saak van **Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd**³² word hierdie vereiste as volg uiteengesit:

"This quasi-contractual relationship was brought about where the *gestor*, acting without a mandate rendered a service to the *dominus* – in this instance the debtor – and in so doing acted reasonably and in the interest of the *dominus* with the intention not only of administering the affairs of the *dominus* but also of being compensated for such administration".³³

Waar die *gestor* nie die bedoeling het om sy kostes en uitgawes te verhaal nie of waar 'n skenkingsbedoeling (*animus donandi*) ten opsigte daarvan teenoor die begunstigde aanwesig is, sal hy nie meer 'n eis op grond hiervan kan baseer nie.³⁴ Dit sal normaalweg die geval wees waar die *gestor* se optrede voortspruit uit byvoorbeeld 'n ruimhartigheidsgevoel, 'n vriendskapsband of piëteit, of waar hy andersins daartoe beweeg is deur morele oortuigings of soortgelyke oorwegings.³⁵

³¹ Wessels 1951: par 3569. Vergelyk met par 3571 van gemelde bron en kyk ook na Pothier *Contrat de Mandat* : par 185.

³² 1979 (2) SA 383 (K).

³³ Op 388 A-B. Kyk ook **Bernstein v Taylor** 5 HCG (1888) 258: 266; **Molife v Barker**: 12; **New Club Garage v Milborrow and Son**: 99; **Gouws v Jester Pools (Pty) Ltd**: 571 B – 572 C en 577 H. Vergelyk **Rademeyer and Others v Rademeyer and Others**: 8H.

³⁴ Van Zyl 1977: 315 vn 257; Eiselen en Pienaar 1999: 205; Thomas ea 2000: 371; Sonnekus 2007: 157. 'n Uitsondering in hierdie verband bestaan waar die *gestor* kan bewys dat hy aanvanklik nie opgetree het uit morele of soortgelyke oorwegings nie, maar met die bedoeling om die uitgawes deur hom aangegaan, te verhaal – kyk Voet *Commentarius* : 3 5 11. Kyk ook Pothier *Contrat de Mandat* : par 196-198.

³⁵ D 3 5 4; 3 5 26 1; 3 5 43; 11 7 14 7; C 2 18 1; 2 18 12; Rubin 1958a: 40-42; Wessels 1951: par 3577-3578 waar hy daarop wys dat hoewel 'n persoon nie die bedoeling het om 'n sekere tipe uitgawe te verhaal nie, dit nie beteken dat hy nie die bedoeling het om 'n ander tipe uitgawe te verhaal nie; Van Zyl 1985: 36.

Dit wil voorkom asof die bedoeling van die *gestor* vasgestel behoort te word deur na al die omringende omstandighede te verwys, wat gebruikmaking van vermoedens betreffende sy bedoeling onnodig sal maak.³⁶ Van Zyl³⁷ doen aan die hand dat 'n Suid-Afrikaanse hof waarskynlik ietwat huiwerig sal wees om te bevind dat *animus donandi* aanwesig is, tensy sterk getuienis ter ondersteuning daarvan tot sodanige bevinding aanleiding gegee het.

As die *gestor* bedoel het om die belange van een persoon te behartig, maar inderwaarheid dié van 'n ander persoon behartig, ontstaan *negotiorum gestio* met betrekking tot laasgenoemde. Dwaling ten aansien van die identiteit van die *dominus* is derhalwe van geen belang nie.³⁸

Waar 'n *gestor* die belange van verskeie persone behartig, terwyl hy die bedoeling het om die belange van slegs een van hulle te behartig, word hy geag 'n *negotiorum gestor* te wees met betrekking tot elke persoon wat as gevolg van sy optrede bevoordeel is.³⁹ Eweneens, waar A vir B in diens neem om 'n sekere taak vir hom te verrig maar C, by wie die bedoeling om A by te staan aanwesig is, in werklikheid vir die uitvoering van sodanige taak verantwoordelik is, dan is C *negotiorum gestor* met betrekking tot beide A en B.⁴⁰

Waar iemand wat die belange van 'n ander behartig, verkeerdelik onder die indruk verkeer dat hy 'n behoorlike mandaat daartoe het, word sy optrede nietemin as 'n vorm van *negotiorum gestio* beskou aangesien die *animus negotia*

³⁶ Pothier *Contrat de Mandat* : par 196-198; Rubin 1958a: 40-42.

³⁷ Van Zyl 1985: 39.

³⁸ D 3 5 5 1; 3 5 5 10; 3 5 44 2; 10 3 14 1; Voet *Commentarius* : 3 5 12; Pothier *Contrat de Mandat* : par 186 en 194; Wessels 1951: par 3576; Boberg 1975: 169; **New Club Garage v Milborrow & Son**: 99; **Klug and Klug v Penkin**: 404.

³⁹ D 3 5 5 8; Pothier *Contrat de Mandat* : par 195.

⁴⁰ Dit is die posisie selfs al word in ag geneem dat A nie die *animus negotia aliena gerendi* met betrekking tot B gehad het nie. D 3 5 45; C 2 18 14; Pothier *Contrat de Mandat* : par 178-179; Wessels 1951: par 3556.

aliena gerendi steeds by hom aanwesig is.⁴¹ Indien die *gestio* deur A uitgevoer word met die bedoeling om dit ten behoeve van B te doen en B ratifiseer A se optrede is verhaling deur A teen B eweneens moontlik.⁴²

As die *gestio* daarenteen deur B uitgevoer word op instruksies van A, is A aanspreeklik as *gestor* aangesien die *animus negotia aliena gerendi* by hom geag word aanwesig te wees.⁴³ Die verhouding wat egter in hierdie geval tussen A en B aanwesig is, is dié van *mandatum*.⁴⁴

Van Zyl⁴⁵ wys daarop dat hierdie beginsel in Suid-Afrikaanse gewysdes uitgebrei is na die geval waar A vir B opdrag gee om iets vir C te doen, maar A in werklikheid geen magtiging het om sodanige instruksies te gee nie. B word in hierdie geval as *negotiorum gestor* met betrekking tot C beskou op voorwaarde dat hy ter goeder trou optree en die bedoeling het om C se belange te behartig.⁴⁶ As A bloot vir B oorreed het om die *dominus* se belange te behartig, word B as die *gestor* ten aansien van die *dominus* beskou.⁴⁷

⁴¹ D 3 5 5 pr; Pothier *Contrat de Mandat* : par 176; Wessels 1951: par 3560; **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd**: 360; **Chaimowitz v Balgowan Trading Co**: 36.

⁴² D 3 5 5 11-12; Voet *Commentarius* : 3 5 12; **Klug and Klug v Penkin**: 405. Die moontlikheid dat beide die *actio mandati* en *actio negotiorum gestorum* in hierdie geval tot beskikking van A is, word volledig deur Van Zyl 1985: 19-22 bespreek.

⁴³ D 3 5 20 3; 3 5 27; Voet *Commentarius* : 3 5 2; Wessels 1951: par 3606; **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd**: 365.

⁴⁴ Pothier *Contrat de Mandat* : par 214 stel voor dat 'n *actio utilis* in hierdie omstandighede aan die *dominus* teen sodanige gevolmagtigde verleen moet word. Kyk ook Wessels 1951: par 3606.

⁴⁵ Van Zyl 1985: 40. **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd**: 360. In **Knoll v SA Flooring Industries Ltd**: 408A het De Villiers R egter sy twyfel uitgespreek of dit vir die hof in die **Williams' Estate**-saak nodig was om op *negotiorum gestio* staat te maak aangesien hy van mening was dat die "equitable doctrine of unjust enrichment is wide enough to cover the facts in Williams' case to my mind".

⁴⁶ Joubert en Van Zyl 2009: par 23 wys daarop dat dit die posisie is ongeag of B 'n gelyklopende aksiegrond het teen die persoon wat die ongemagtigde instruksies gegee het.

⁴⁷ D 3 5 41.

Waar die *gestor* sy eie belange behartig, denkende dat dit dié van 'n ander persoon is, is sy bedoeling om sodanige persoon se belange te behartig irrelevant aangesien geen *negotiorum gestio* tot stand kom nie.⁴⁸ Indien die belange egter deels dié van die *gestor* en deels dié van die *dominus* is, het die *gestor* 'n eis met betrekking tot daardie gedeelte wat aan die *dominus* behoort.⁴⁹

Van Niekerk⁵⁰ wys daarop dat dit dikwels in praktyk gebeur dat 'n persoon met gemengde motiewe optree, deels om sy eie belange en deels dié van die *dominus* te bevorder. Wat volgens hom skynbaar van die ware *gestor* verwag word, is dat hy minstens primêr, maar nie noodwendig uitsluitlik nie, in belang van die *dominus* moes opgetree het.⁵¹

5. *Utiliter coeptum*

'n *Negotiorum gestor* sal slegs op grond van sy behartiging van 'n ander se belange kan ageer indien sodanige behartiging op 'n nuttige of redelike (*utiliter*) wyse geskied het.⁵² Hoewel sekere Romeinsregtelike bronne hierdie vereiste op billikheidsoorwegings baseer,⁵³ koppel ander dit aan die noodsaaklikheid (*necessitas*) van die *gestio*.⁵⁴ Dit blyk egter duidelik dat *utilitas* en *necessitas* nie in hierdie konteks as sinonieme beskou is nie.⁵⁵ Dit was nie nodig dat optrede

⁴⁸ D 3 5 5 6; Pothier *Contrat de Mandat* : par 169; Van Niekerk 1992: 172.

⁴⁹ D 3 5 30 7; 10 3 6 2; 42 5 9 4; Pothier *Contrat de Mandat* : par 170; Vergelyk ook **Rademeyer and Others v Rademeyer and Others**: 10G.

⁵⁰ 1992: 172.

⁵¹ Van Niekerk 1992: 172 vn 146 verwys na Stoljar 1984: 96-99 en 102-103 wat van mening is dat 'n gemengde bedoeling waarvolgens die *gestor* nie die belange van die *dominus* geheel en al verontagsaam nie voldoende sal wees.

⁵² Hoewel 'n verskeidenheid verskillende vertalingsmoontlikhede vir die woord "*utiliter*" bestaan, doen Van Zyl 1985: 40 vn 167 aan die hand dat die konsep van redelikheid omvattend genoeg is om al sodanige moontlikhede te dek. Kyk ook Van Zyl 1977: 314-315; Van Niekerk 1992: 173; Eiselen en Pienaar 1999: 205; Thomas ea 2000: 370-371; Van der Merwe ea 2003: 493; Whitty en Van Zyl 2004: 376 ev; Sonnekus 2007: 156; Visser 2008: 567 en vn 9 op gemelde bladsy.

⁵³ D 3 5 2; 3 5 8; 3 5 44 pr; 17 1 50 pr; 44 7 5 pr; Inst 3 27 1; C 2 18 2; 2 18 10-11.

⁵⁴ Byvoorbeeld D 3 5 21 en 3 5 45 pr.

⁵⁵ Joubert en Van Zyl 2009: par 24 vn 1.

wat uit *utiliter* - oorwegings voortgespruit het in omstandighede van dringendheid of noodsaaklikheid moes plaasgevind het nie, al mag sodanige omstandighede dikwels aanwesig gewees het.⁵⁶

Die *gestio* hoef nie te alle relevante tye *utiliter* te wees nie. Mits dit *utiliter* was toe die behartiging van belange 'n aanvang geneem het, sal die *gestor* geregtig wees op die gewone remedies, selfs al was die resultaat van die *gestio* onsuksesvol of oneffektief.⁵⁷ Dit is dan die rede waarom die *utiliter* - vereiste gewoonlik omskryf word as *utiliter coeptum*.⁵⁸

Van Zyl⁵⁹ wys daarop dat die *utiliter* - vereiste op uiteenlopende maniere in Suid-Afrikaanse gewysdes uitdrukking gevind het. In **Wolmaransstad Ko-operatiewe Vereniging v Leask and Co**⁶⁰ is *utiliter* byvoorbeeld omskryf as: "that is necessarily, what was indispensable to be done".⁶¹

In **Amod Salie v Ragoon**⁶² is voldoening aan die *utiliter* - vereiste skynbaar gekoppel aan die standaard van goeie trou (*bona fides*) van die *gestor*, 'n

⁵⁶ Pothier *Contrat de Mandat* : par 220-224 beklemtoon ook die noodsaaklikheid van die behartiging van belange, maar wil dit voorkom asof hy nie noodsaaklikheid voorhou as 'n afsonderlike voorvereiste vir die instel van die aksies wat uit *negotiorum gestio* voortvloei of as 'n essensiële eienskap van *negotiorum gestio* nie. Kyk ook Van Niekerk 1992: 173; Whitty en Van Zyl 2004: 377-378; Visser 2008: 567 vn 9.

⁵⁷ D 3 5 9 1; 3 5 11 2; Pothier *Contrat de Mandat* : par 221-224; Grotius *Inleidinge* : 3 27 5; Voet *Commentarius* : 3 5 9-10; Van Leeuwen *Cens For* : 1 4 26 4; Wessels 1951: par 3552 – 3620; Rubin 1958a: 23-28; Van Zyl 1977: 314-315; Van Niekerk 1992: 173; Eiselen en Pienaar 1999: 205; Thomas ea 2000: 371.

⁵⁸ Dit wil sê, om aan te dui dat die betrokke aktiwiteit op 'n "nuttige" of "redelike" wyse 'n "aanvang moes geneem het". D 3 5 9 1 *in fin*.

⁵⁹ Van Zyl 1985: 42.

⁶⁰ Op 276.

⁶¹ Van Zyl 1985: 42 wys daarop dat hierdie definisie die aanwesigheid van noodsaaklikheid as vereiste omstandigheid oorbeklemtoon terwyl dit inderwaarheid nie 'n voorvereiste vir aanspreeklikheid in terme van die *negotiorum gestio* is nie. Kyk ook **Colonial Government v Smith & Co**: 392 vir 'n soortgelyke benadering.

⁶² Op 103.

benadering wat ook in die volgende *dictum* van **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd**⁶³ te bespeur is:

“But it seems to me that if once this relationship exists, then as between *dominus* and *gestor* the actions both *directa* and *contraria* necessarily also come into being – at least if the *negotiorum gestor* has acted in good faith, irrespective of the fact that there may also be concurrent rights of action against a third person who gave the unauthorized instructions”.

In die saak van **Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd**⁶⁴ is die kriterium vir *utiliter* - optrede klaarblyklik gebaseer op billikheidsoorwegings, hoewel die begrip “noodsaaklikheid” ook weer deur die hof opgehaal is:

“The law does not allow rights to be acquired by meddling indiscriminately in the affairs of another, but meddling is allowed in circumstances where such meddling is necessary in order to do justice between man and man”.⁶⁵

Die sogenaamde “voordeel-teorie” is ‘n benadering wat met betrekking tot die *utiliter* - vereiste in ons gewysdes ter sprake gekom het en wat verdere bespreking regverdig. In **Klug and Klug v Penkin**⁶⁶ verskyn die volgende *dictum* :

“It seems to be clear law that a person who manages the affairs of another without a mandate from him, has as a general rule a right

⁶³ Op 367.

⁶⁴ 1979 (2) SA 383 (K).

⁶⁵ Op 392.

⁶⁶ 1932 CPD 401: 404.

of action to recover from him, *inter alia*, necessary and useful expenses incurred, if the person whose affairs have been managed has accepted the benefit of such unauthorized management”.

Dié teorie word deur Rubin⁶⁷ gekritiseer deurdat hy daarop wys dat die effek van die *utiliter coeptum* - reël sodanig is dat daar hoegenaamd geen voordeel die *dominus* hoef toe te kom nie, op voorwaarde dat die *gestio* met die aanvang daarvan *utiliter* was. 'n Verdere punt van kritiek teen die voorstel dat die *dominus* die voordeel wat deur die behartiging van sy belange teweeg gebring is, moet aanvaar, is daarin geleë dat dit uitgelê sou kon word as 'n *ex post facto* ratifikasie van die *gestio* deur die *dominus*, welke ratifikasie daarenteen gelei het tot die ontwikkeling van eiesoortige beginsels wat daarop betrekking het.⁶⁸

Daar word van 'n objektiewe benadering gebruik gemaak om vas te stel of die behartiging van belange voldoen aan die *utiliter coeptum* - vereiste: as die spesifieke optrede van so aard was dat die *dominus* dit self, al die omringende omstandighede inaggenome, sou onderneem, bestaan daar min twyfel dat sodanige optrede as *utiliter* beskou sal word, ongeag die finale uitslag daarvan.⁶⁹

⁶⁷ Rubin 1958a: 26. Van Zyl 1985: 43 steun Rubin se kritiek teen die onderhawige teorie waarvoor steun uitgespreek of daarop gesinspeel is in 'n aantal beslissings, hoewel indirek, byvoorbeeld **Karsten v Forster** 1914 CPD 919: 923, **Spencer v Gostelow**: 617 en **Lodge v Modern Motors Ltd** 1957 (4) SA 103 (SR). Kyk ook Sonnekus 2007: 156 vn 17.

⁶⁸ Van Zyl 1985: 43 en voetnote 73-86, 289-290.

⁶⁹ Joubert en Van Zyl 2009: par 24. Van Zyl 1985: 43-44 waarsku egter dat hierdie nie 'n algemene stelling, onlosmaaklik verbonde aan die *utiliter* - vereiste, is dat die *gestio* van so aard moes gewees het dat die *dominus* dit self sou uitgevoer het nie. Indien dit wel die geval was, sal die objektiewe kriterium in gevaar gestel word deurdat 'n swaar bewyslas op die *gestor* geplaas word wat inhou dat hy sal moet aantoon dat die subjektiewe ingesteldheid van die *dominus* sodanig sou gewees het dat hy inderdaad sy eie belange sou behartig het. Kyk ook Van Niekerk 1992: 173; Visser 2008: 567 vn 9 en die bronne aldaar aangehaal, spesifiek dié van Whitty en Van Zyl 2004: 379-380.

Pothier⁷⁰ stel voor dat indien die *gestor* die geleentheid gehad het om die *dominus* in verband met die behartiging van sy belange te raadpleeg en versuim het om dit te doen, die *dominus* mag pleit dat die *gestio* nie *utiliter* was nie omrede hy definitief nie van die *gestor* se dienste gebruik sou gemaak het indien laasgenoemde hom daaromtrent sou genader het nie. Indien die *dominus* nie geraadpleeg kan word as gevolg van sy afwesigheid of een of ander rede nie, sal hierdie pleit aan die ander kant nie slaag nie indien die *gestio* onsuksesvol blyk te wees. Van Zyl⁷¹ doen egter aan die hand dat hierdie kwessie slegs een van die faktore en omstandighede moet wees wat in ag geneem word ten einde te bepaal of 'n spesifieke optrede aan die *utiliter* - vereiste voldoen het al dan nie. Op voorwaarde dat die *gestio utiliter coeptum* was, mag die goeie trou of subjektiewe bedoeling van die *gestor* ten tyde van die behartiging van die *dominus* se belange in werklikheid nie in ag geneem word om te bepaal of die optrede van die *gestor utiliter* was of nie.⁷²

Talryke voorbeelde van die behartiging van belange waarin die *utiliter* - vereiste figureer, word in ons gemeenregtelike bronne aangetref. So is daar byvoorbeeld die geval waar die *gestor* 'n huis herstel wat dreig om ineen te stort of na 'n siek slaaf omsien, waarna die huis afbrand of die slaaf te sterwe kom. In beide gevalle is daar aan die vereistes vir *negotiorum gestio* voldoen, selfs al was die uiteindelijke resultaat rampspoedig gewees, en is die *gestor* geregtig om die *actio negotiorum gestorum* in te stel.⁷³ Indien die onsuksesvolle uiteinde van die *gestio* egter te wyte is aan die skuld van die *gestor* sal hy uit die aard van die saak nie toegelaat word om terugbetaling van sy uitgawes te eis nie en staar hy selfs 'n moontlike deliktuele eis van die *dominus* in die gesig.⁷⁴

⁷⁰ Pothier *Contrat de Mandat* : par 222.

⁷¹ Van Zyl 1985: 44.

⁷² D 3 5 9 1; Voet *Commentarius* : 3 5 10.

⁷³ D 3 5 9 1 (Ulpianus); Pothier *Contrat de Mandat* : par 221.

⁷⁴ D 3 5 21; 3 5 42; Rubin 1958a: 27; Van Zyl 1985: 57-66; Van Niekerk 1992: 174.

Voorbeelde van *inutiliter* (nuttelose) behartiging van belange word eweneens in ons gemeneregterlike bronne aangetref. Waar die *gestor* byvoorbeeld meer spandeer het as wat hy redelikerwys moes, is hy slegs geregtig om 'n bedrag te verhaal wat onder die betrokke omstandighede 'n redelike uitgawe sou wees. As die herstelkoste derhalwe die waarde van die herstelde saak oorskry, kan die *gestor* slegs die verhoogde waarde van sodanige saak verhaal.⁷⁵ In effek sal nienakoming van die *utiliter* - vereiste die *gestor* se eis dus beperk tot die mate waarin die *dominus* ongeregverdig verryk is.⁷⁶

As dit nie in die belang van die *dominus* is dat sy skuld deur die *gestor* vereffen word nie omdat hy byvoorbeeld oor 'n retensiereg of ander soortgelyke remedie beskik, kan betaling van die skuld deur die *gestor* eweneens as *inutiliter* beskou word.⁷⁷ Om dieselfde rede sal die *gestor* remedieloos wees indien hy te veel aan 'n krediteur van die *dominus* oorbetaal het.⁷⁸ Waar die *gestor* uitgawes om vermaaklikheids- of een of ander rede aangaan wat nie as nuttig of noodsaaklik beskou kan word nie, sal sy gedrag ook as *inutiliter* beskou word.⁷⁹

Die *gestor* sal nie 'n eis tot sy beskikking hê indien iemand die uitgawe uit sy eie sak sou betaal het nie, nie as *negotiorum gestor* nie, maar byvoorbeeld as 'n familielid van die *dominus* wat die behartiging van die belange sou onderneem het uit 'n gevoel van piëteit of toegeneentheid.⁸⁰ Wessels⁸¹ kwalifiseer hierdie stelling egter as volg:

⁷⁵ D 3 5 24; 3 5 30 4; Pothier *Contrat de Mandat* : 227; Voet *Commentarius* : 3 5 9; Wessels 1951: par 3615; Visser 2008: 567 vn 9. Kyk ook die voorbeelde aangehaal deur Sonnekus 2007: 156.

⁷⁶ Van Zyl 1985: 45; **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd**: 376.

⁷⁷ D 3 5 42; Voet *Commentarius* : 3 5 10; Pothier *Contrat de Mandat* : par 222.

⁷⁸ D 3 5 24; Voet *Commentarius* : 3 5 10; Wessels 1951: par 3616.

⁷⁹ D 3 5 26 pr; 15 3 3 4; Voet *Commentarius* : 3 5 10; Wessels 1951: par 3619.

⁸⁰ C 2 18 1-2; Pothier *Contrat de Mandat* : par 225; Voet *Commentarius* : 3 5 11; Wessels 1951: par 3623; Van Zyl 1977: 315 vn 257.

⁸¹ 1951: par 3624. Van Zyl 1985: 456 gaan akkoord hiermee maar wys daarop dat dit 'n swaar bewyslas op die *gestor* sal plaas wat betref die bevoegdheid van die betrokke persoon.

“It is doubtful whether this rule ought to apply where the *negotiorum gestor* can show that the person, who offered to manage gratis the affairs of the absent *dominus*, was not competent to undertake the burden”.

As die *dominus* egter die *inutiliter* behartiging van sy belange ratifiseer, is hy aanspreeklik op grond van *negotiorum gestio* of *mandatum*.⁸²

6. Die *actiones negotiorum gestorum*

Sodra daar aan die vereistes van *negotiorum gestio* voldoen is en die voorvereistes vir aanspreeklikheid aanwesig is, kom wederkerige verpligtinge tussen *dominus* en *gestor* tot stand en word die wederkerige remedies beskikbaar waarop die partye hulle kan beroep om hul onderskeie regte mee af te dwing. Die remedies wat hier ter sprake is, is die volgende:

- die *actio negotiorum gestorum directa* :⁸³ die *dominus* kan hiermee sy regte wat uit die *negotiorum gestio* voortspruit, afdwing;
- die *actio negotiorum gestorum contraria* :⁸⁴ hierdie aksie is tot beskikking van die *gestor* om die uitgawes of onkoste wat hy aangegaan het, of die skade wat hy gedurende die loop van die *gestio* gely het, te verhaal.⁸⁵

⁸² D 3 5 8; Voet *Commentarius* : 3 5 10; Pothier *Contrat de Mandat* : par 218; **Pollock v Creydt**: 356.

⁸³ Kyk in hierdie verband byvoorbeeld Wessels 1951: par 3586-3612; Scholtens 1951: 136; Rubin 1958a: 48-50; Van Zyl 1970: 6-7; Visser 2008: 566 vn 6.

⁸⁴ Kyk in hierdie verband byvoorbeeld Wessels 1951: pare 3613-3633; John 1951: 57 en 134; Rubin 1958a: 23-28; Van Zyl 1970: 7 en 147-149; De Vos 1987: 39-41; Visser 2008: 566.

⁸⁵ Kyk oor die algemeen wat hierdie wederkerige remedies betref: D 3 5 2; Inst 3 27 1; Pothier *Contrat de Mandat* : par 199 en 214; Van Zyl 1985: 46-48; **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd**: 367; **Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd**: 392 D-H. Kyk ook Scholtens 1970: 284-288 waar soos in laasgemelde hofspraak op die *actio negotiorum gestorum contraria* gekonsentreer word.

Van Zyl⁸⁶ wys daarop dat die aksies wat uit *negotiorum gestio* voortspruit, gebaseer is op die beginsels van billikheid en bona fides.

- Die *actio negotiorum gestorum utilis* : in enkele gevalle waarin daar nie aan al die vereistes⁸⁷ vir die verlening van die *actio negotiorum gestorum contraria* voldoen is nie kan die *gestor* nog steeds van hierdie remedie, wat op ongeregverdigde verryking gebaseer is, teen die *dominus* gebruik maak.⁸⁸

Die afsterwe van die *gestor* of *dominus* het nie tot gevolg dat aanspreeklikheid uit hoofde van die *actio negotiorum gestorum* beëindig word nie. Die *gestor* is verplig om die *gestio* te voltooi en sy erfgename bly aanspreeklik vir enige nie-nakoming van hierdie of ander verpligtinge van die *gestor*. Net so bly die *dominus* en sy erfgename aanspreeklik teenoor die *gestor* en sy erfgename in verband met die *dominus* se verpligtinge.⁸⁹

⁸⁶ Van Zyl 1985: 47 en die bronne deur hom in vn 200 aangehaal.

⁸⁷ Byvoorbeeld die *animus negotia aliena gerendi* – en *utiliter coeptum* – vereistes. Van Niekerk 1992: 170 vn 133; Visser 2008: 568.

⁸⁸ Hierdie aksie, wat bekend geraak het as die onegte of uitgebreide saakwaarnemings-aksie, word in Hoofstuk 6 in meer detail bespreek. Kyk byvoorbeeld Van Zyl 1985: 85-110; De Vos 1987: 213-218.

⁸⁹ D 3 5 3 7; 3 5 20 2; Pothier *Contrat de Mandat* : par 216 en vergelyk par 201, 202, 204 en 217; Voet 3 5 6.

HOOFSTUK 4

VERPLIGTINGE VAN DIE *NEGOTIORUM GESTOR*

1. Inleiding

Benewens die verskeie regte wat uit die behartiging van 'n ander se belange vir die *gestor* voortspruit, rus daar ook sekere verpligtinge op hom. Die nakoming van hierdie verpligtinge deur die *gestor* is 'n voorvereiste vir 'n geslaagde beroep op die *actio negotiorum gestorum contraria* waardeur die *dominus* gedwing kan word om die *gestor* te vergoed. Die verpligtinge van die *gestor* sluit die volgende in:

2. Voltooiing van *negotiorum gestio*

Die *gestor* is verplig om dit wat hy in verband met die ongemagtigde behartiging van die *dominus* se belange aangepak het, uit te voer en te voltooi.¹ Hierby word ingesluit alles wat noodwendigerwys verwant is aan die belang(e) wat hy verkies het om te behartig.² Indien die *negotiorum gestio* nie beperk is tot 'n spesifieke aangeleentheid nie maar betrekking het op die behartiging van die besigheid van die *dominus* as 'n geheel, moet die *gestor* alles doen wat nodig is om die besigheid te bestuur sowel as alles wat daarmee gepaard gaan.³ Die rede vir hierdie beginsel is dat indien die *gestor* die algemene administrasie van 'n ander se belange aanneem, moet hy optree asof hy oor laasgemelde se volmag beskik

¹ D 3 5 5 14; 3 5 15; Van Leeuwen *Cens For* : 1 4 26 2; Grotius *Inleidinge* : 3 27 4; Van Zyl 1985: 49-51; Van Niekerk 1992: 173 vn 151; Thomas ea 2000: 371; Sonnekus 2007: 158.

² Rubin 1958a: 50; **Hochmetals Africa (Pty) Ltd v Otavi Mining Co (Pty) Ltd**: 580 C waar hierdie verpligting as volg uitgedruk word. "It is one of the duties of a *negotiorum gestor* to complete his administration. He is obliged to complete what he has begun".

³ Joubert en Van Zyl 2009: par 26.

om namens hom op te tree.⁴ Die *gestor* is derhalwe nie slegs aanspreeklik vir alle handelingne *per commissionem* in verband met die betrokke besigheid of belange nie, maar ook dié wat *per omissionem* geskied het.⁵ As die *gestor* aan die ander kant onderneem het om slegs 'n enkele belang van die *dominus* te behartig, is hy nie verplig om enige van sy ander belange te behartig nie, behalwe insoverre sodanige ander belange afhanklik mag wees van of noodwendigerwys verbonde is aan die belang wat hy onderneem het om te behartig.⁶

Van Zyl⁷ wys daarop dat die beginsel in hierdie verband ontwikkel het dat die *gestor* nie veroorloof is om die belange wat hy onderneem het, te laat vaar nie indien die *dominus* as gevolg daarvan skade sou ly of indien die *dominus* nie in 'n posisie verkeer om die behartiging van die belange self te hervat nie. Dit beteken egter nie dat die *gestor* van die *dominus* mag vereis om die behartiging van die betrokke belange voort te sit of hom daarmee by te staan sodra dit 'n aanvang geneem het nie, selfs al is die *dominus* in staat om dit te doen. Hierdie kwalifikasie word baie duidelik as volg in die saak van **Hochmetals Africa (Pty) Ltd v Otavi Mining Co (Pty) Ltd**⁸ uiteengesit:

“It seems to be inconsistent with the concept of *negotiorum gestio* that a *gestor* should have a right of action against his *dominus* to compel the latter to assist him in completing the administration which he took upon himself, as in the present case, by exercising the right to sell the goods that were allegedly deteriorating”.

⁴ Joubert en Van Zyl 2009: par 26.

⁵ D 3 5 5 14; C 2 18 20 1; Voet *Commentarius* : 3 5 6; Pothier *Contrat de Mandat* : par 202; Wessels 1951: par 3593.

⁶ D 3 5 15; 3 5 38; C 2 18 20 2; Pothier *Contrat de Mandat* : par 201; vergelyk ook par 206; Voet *Commentarius* : 3 5 6; Wessels 1951: par 3591.

⁷ Van Zyl 1985: 50.

⁸ Op 580A (per Van Blerk AR).

Indien die *dominus* te sterwe kom voordat die *gestio* voltooi is, moet die *gestor* nietemin die *gestio* voltooi en al sy verpligtinge wat daaruit voortpruit, nakom.⁹ Indien hy sou versuim om dit te doen, sal die eksekuteur van die *dominus* se boedel kan eis dat die *gestor* al sy verpligtinge moet volvoer, insoverre die wederkerige aksies van die *dominus* en *gestor* na hul onderskeie erfgename oorgedra word.¹⁰

Waar die *gestor* te sterwe kom voordat die *gestio* voltooi is of hangende die vervulling van sy verpligtinge in terme van die *negotiorum gestio*, kan die *dominus* aandrang op voltooiing van die *gestio* of vervulling van die afgestorwe *gestor* se verpligtinge deur instelling van die *actio negotiorum gestorum directa* teen die *gestor* se boedel.¹¹ Pothier¹² wys egter daarop dat indien die *gestor* se erfgenaam ná eersgemelde se afsterwe die behartiging van nuwe sake onderneem, sal die erfgenaam persoonlik aanspreeklikheid opdoen en nie die *gestor* se boedel nie.

Waar daar verskeie *gestores* is wat die belange van 'n *dominus* behartig, is hulle nie in *solidum* aanspreeklik nie.¹³ Elke *gestor* doen slegs aanspreeklikheid op tot die mate van sy eie aandeel in die behartiging van die *dominus* se belange.¹⁴

⁹ Joubert en Van Zyl 2009: par 26.

¹⁰ D 3 5 3 7; 3 5 20 2; Pothier *Contrat de Mandat* : par 201 en 216; Voet *Commentarius* : 3 5 6. Wat betref die *gestio* ten behoeve van 'n bestorwe boedel, kyk verder D 3 5 3 pr 6; Voet *Commentarius* : 3 5 1; **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd**: 375.

¹¹ D 3 5 37; Pothier *Contrat de Mandat* : par 204 en 216-217; Wessels 1951: par 3612.

¹² Pothier *Contrat de Mandat* : par 217.

¹³ Joubert en Van Zyl 2009: par 26.

¹⁴ D 3 5 25; Voet *Commentarius* : 3 5 2; Pothier *Contrat de Mandat* : par 215; Wessels 1951: par 3607.

3. Lewering van 'n rekening

Dit is een van die *gestor* se primêre verpligtinge om 'n rekening waarin die behartiging en administrasie van die belange van die *dominus* uiteengesit word, aan laasgemelde te lewer.¹⁵

Die *gestor* hoef slegs 'n rekening te lewer van daardie belange wat hy in werklikheid vir die *dominus* behartig het,¹⁶ maar hierdie rekening moet volledig wees en moet geregverdig kan word aan die hand van relevante dokumentêre of ander getuienis in die vorm van kwitansies, ontvangsbewyse/teenblaai ("vouchers") en so meer.¹⁷

Volgens Pothier¹⁸ moet aanbidding van die rekening deur die *gestor* geskied vóór of minstens tegelyk met die instelling van sy eis teen die *dominus* vir terugbetaling van die uitgawes of onkoste deur hom aangegaan tydens die verloop van die *negotiorum gestio*. Die *ratio* vir hierdie vereiste is volgens hom geleë in die bilaterale aard van *negotiorum gestio* wat inhou dat die *gestor* nie eise aan die *dominus* mag stel nie tensy hy bereid is om sy eie verpligtinge na te kom. Die *dominus* moet verder die geleentheid gegun word om navraag oor die *gestor* se rekening te doen. Word so 'n navraag gerig, moet die *gestor* daarop reageer en in sodanige geval moet die rekening deur die partye beredeneer/bespreek word. Indien die rekening egter nie deur die *dominus* aangeveg word

¹⁵ D 3 5 2; Inst 3 27 1; Grotius *Inleidinge* : 3 27 3; Van Leeuwen *Cens For* : 1 4 26 2; Pothier *Contrat de Mandat* : par 199-200; vergelyk ook par 212; Voet *Commentarius* : 3 5 3; Wessels 1951: par 3587; Rubin 1958a: 51; Van Zyl 1985: 55; Thomas ea 2000: 371; Sonnekus 2007: 158; **Greenshields v Chisholm**: 226; **Grant's Farming Co Ltd v Attwell**: 95-96; **Vernall v Naested** 1924 SR 103; **McEwan NO v Khader**: 561A.

¹⁶ Van Zyl 1985: 52 wys daarop dat hierdie stelling geld op voorwaarde dat die *gestor* slegs 'n enkele en nie verskeie belange, of die belange van die *dominus* in die algemeen behartig het nie, in welke geval ander oorwegings ter sprake is.

¹⁷ Pothier *Contrat de Mandat* : par 226; Wessels 1951: par 3631. Daar kan selfs vereis word dat sodanige bewyse onder eed aangebied/ingedien ("presented") word – kyk Van Zyl 1985: 53 en vn 222.

¹⁸ *Contrat de Mandat* : par 226.

nadat hy wel die geleentheid gehad het om dit te doen nie, kan die *gestor* voortgaan om te eis wat hom in terme van die rekening toekom.¹⁹

Wessels²⁰ aanvaar bogenoemde benadering van Pothier deur te bevestig dat die lewering van 'n volledige rekening in verband met die behartiging van die *dominus* se belange, gestaaf deur die nodige dokumentasie, 'n voorwaarde is wat eers nagekom moet word alvorens die *gestor* sy kostes kan verhaal.

In die saak van **McEwan NO v Khader**²¹ is bevind dat Pothier se standpunt wat deur Wessels aanvaar is, die korrekte regsposisie weerspieël.²² Hierdie uitspraak het hewige kritiek van Scholtens²³ ontlok, onder andere omdat Pothier volgens hom Franse prosesreg bespreek in sy bydrae wat as gesag in onderhawige uitspraak aangehaal is²⁴ en derhalwe twyfelagtige gesag vir ons reg is.²⁵ Op grond hiervan en ander punte van kritiek deur Scholtens²⁶ geopper, kom hy tot die slotsom dat die lewering van 'n rekening deur die *gestor* nie as 'n voorvereiste vir die instel van 'n aksie deur hom teen die *dominus* in ons reg moet geld nie.

Hoewel Scholtens se kritiek nie sonder meriete is nie, is Van Zyl²⁷ die mening toegedaan dat die gesag van Pothier, soos aanvaar en bevestig in die **McEwan**

¹⁹ Pothier *Contrat de Mandat* : par 226. Volgens Van Zyl 1985: 53 vn 223 blyk dit asof die geleentheid wat die *gestor* aan die *dominus* moet bied om die rekening te bevraagteken, 'n redelike tyd moet wees.

²⁰ Wessels 1951: par 3631.

²¹ 1969 (4) SA 559 (N).

²² Op 562 A: "What, then, would be fairer than that one who has *meru motu* undertaken the management of the affairs of another should first render an account of his administration before he is entitled to sue for his expenses?"; en op 562B: "This means that a *negotiorum gestor* is precluded from suing a *dominus* for expenses incurred in the unauthorized administration of the latter's affairs until the *gestor* has rendered a proper account of such administration".

²³ 1970: 284-288; vir 'n verdere bespreking van onderhawige saak deur hom kyk Scholtens 1969: 131-133.

²⁴ Die bydrae hier ter sprake is Pothier se *traité du contrat de mandat* en die aanhangsel (*appendice*) daartoe.

²⁵ Scholtens 1970: 287.

²⁶ 1970: 288.

²⁷ 1985: 55.

NO-saak,²⁸ nie in twyfel getrek kan word nie, veral waar daar, soos in die onderhawige geval, nie 'n presedent in die Hollandse praktyk op die betrokke punt bestaan nie.²⁹

4. Teruggawe van dit wat hy (die *gestor*) ontvang het of hom toegeval het.

Die *gestor* moet alles terugbesorg wat hy ontvang het of wat hom andersins toegeval het as gevolg van sy behartiging van die *dominus* se belange.³⁰ Alles wat die *gestor* ontvang het en wat insidenteel tot die *gestio* is, word hierby ingesluit, ongeag of dit voorkom in die vorm van eiendom, kapitaal, rente op kapitaal, vrugte of winste.³¹

Verder word vereis dat die *gestor* alle gelde wat deur derde partye verskuldig is, moet insamel insoverre sodanige gelde betaalbaar is as gevolg van sy behartiging van die *dominus* se belange.³² Traagheid aan die *gestor* se kant om verskuldigde bedrae geld aan die *dominus* oor te betaal, kan daartoe aanleiding gee dat hy aanspreeklikheid opdoen vir die verlies aan rente op sodanige

²⁸ 1969 (4) SA 559 (N).

²⁹ Kyk byvoorbeeld **Gerber v Wolson** 1955 (1) SA 158 (A): 170H waar Van den Heever AR hom as volg uitlaat oor die status van Pothier as gesag op die gebied van Romeins-Hollandse Reg: "As an interpreter of the Roman Law, our law in *subsidio*, on questions on which the Dutch jurists are silent, his opinions naturally carry much weight".

³⁰ Grotius *Inleidinge* : 3 27 2; Voet *Commentarius* : 3 5 3; Van Leeuwen *Cens For* : 1 4 26 2; Pothier *Contrat de Mandat* : par 199 en 212-213; Van Zyl 1985: 55-57.

³¹ D 3 5 2; 3 5 7 1; 3 5 10; 3 5 18 4; 3 5 30 3; 17 1 10 3; Wessels 1951: par 3587 en 3590; **Grant's Farming Co Ltd v Attwell**: 91 waar die verweerder tydens die Engelse Oorlog osse namens die eiser in bewaring gehou het. Hierdie osse is later deur die verweerder aan 'n derde vir transportdoeleindes verhuur. In hierdie omstandighede het die Hof bevind dat die verweerder in die posisie van 'n *negotiorum gestor* was en dat die eiser (*dominus*) derhalwe geregtig was op teruggawe van al die winste wat deur die verweerder gemaak en ontvang is na aanleiding van die verhuring van die osse.

³² D 3 5 5 14.

gelde,³³ tensy hy kan aantoon dat enige verlies aan rente of kapitaal nie aan sy skuld te wyte was nie.³⁴

Die *gestor* kan nie gelde behou wat hy as *gestor* ingesamel het en waarvan die *dominus* eers later bewus geword het nie, selfs indien die *dominus* dit nie binne die verjaringstydperk teruggeëis het nie.³⁵

Hoewel die *gestor* alle gelde moet betaal wat hyself aan die *dominus* verskuldig is, is hy nie verplig om bedrae wat deur ander aan die *dominus* verskuldig is, op te eis nie tensy sodanige verpligting insidenteel tot sy behartiging van die *dominus* se belange is.³⁶

Waar 'n *gestor* in sy hoedanigheid as krediteur van die *dominus* betalings ontvang wat aan die *dominus* verskuldig is, moet hy sodanige betalings in die beste belang van die *dominus* aanwend. Hy is derhalwe nie veroorloof om die geld wat hy in ontvangs geneem het, aan te wend om die bedrag wat die *dominus* aan hom verskuldig is, te delg nie waar hy daarvan bewus is dat dit voordeliger vir die *dominus* sou wees indien 'n ander krediteur daarmee betaal word.³⁷

Selfs waar die *gestor* geld op die *dominus* se rekening in ontvangs neem wat regtens nie aan laasgenoemde verskuldig is nie, kan hy dit nie tot sy eie voordeel

³³ D 3 5 5 14; 3 5 18 4; 3 5 36 1; 15 3 10 5; Voet *Commentarius* : 3 5 3-6; Pothier *Contrat de Mandat* : par 205; Wessels 1951: par 3594. Rente in sodanige gevalle word bereken soos op datum van *litis contestatio* – D 3 5 36 1.

³⁴ Voet *Commentarius* : 3 5 3; Wessels 1951: par 3595.

³⁵ Pothier *Contrat de Mandat* : par 203; Wessels 1951: par 3596.

³⁶ Voet *Commentarius* : 3 5 6; Pothier *Contrat de Mandat* : par 206; Wessels 1951: par 3597. Die *ratio* hieragter is dat hy nie in sy hoedanigheid as *gestor* oor 'n algemene volmag beskik om die betaling van skulde namens die *dominus* af te dwing nie.

³⁷ Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar 'n rentedraende skuld eerder as 'n skuld waarteen geen rente akkumuleer nie, gedelg behoort te word. Kyk Voet *Commentarius* : 3 5 6; Pothier *Contrat de Mandat* : par 207; Wessels 1951: par 3598 en 3599 waar hy daarop wys dat die *gestor* hom aan nalatigheid skuldig sal maak indien hy in stryd met hierdie beginsel optree.

hou nie en moet hy dit aan die *dominus* oorbetaal.³⁸ Sou die *gestor*, voordat hy sodanige gelde aan die *dominus* oorbetaal of 'n rekening in verband daarmee lewer, of voordat die *dominus* die betaling wat deur die *gestor* ontvang is, goedgekeur het, vasstel dat dit nie verskuldig is nie, mag hy dit terugbetaal aan die persoon van wie hy dit ontvang het en sal hy verder nie verplig wees om 'n rekening in verband daarmee te lewer nie.³⁹ Die bewyslas rus egter op die *gestor* om te bewys dat gemelde rekening nie verskuldig is nie aangesien 'n betaling wat aan hom gemaak is, geag word verskuldig te wees tensy die teendeel bewys word.⁴⁰

Lewering van wat opgeloop het, sluit die sessie van enige aksie wat deur die *gestor* tydens die loop van die behartiging van die belange verwerf is aan die *dominus* in.⁴¹

5. Aanspreeklikheid vir verlies en skade

Die algemene beginsel hier ter sprake, is dat die *gestor* aanspreeklik is vir alle verlies en skade deur die *dominus* gely indien sodanige verlies en skade deur die *gestor* se skuld veroorsaak is.⁴² Dieselfde oorwegings is van toepassing waar die *dominus* rente verloor het as gevolg van die *gestor* se optrede.⁴³

Waar meer as een saak/belang ter sprake is en die *dominus* wat die een betref 'n verlies gely het as gevolg van die *gestor* se nalatigheid maar wat die ander

³⁸ Joubert en Van Zyl 2009: par 28.

³⁹ Joubert en Van Zyl 2009: par 28.

⁴⁰ D 3 5 7 1; 3 5 22; 22 3 25 1; Pothier *Contrat de Mandat* : par 2112; Voet *Commentarius* : 3 5 3; Wessels 1951: par 3588-3589.

⁴¹ D 3 5 48; Pothier *Contrat de Mandat* : par 213.

⁴² D 3 5 2; 3 5 11; 3 5 20 3; 3 5 24; 3 5 31 2; Voet *Commentarius* : 3 5 3. Kyk ook oor die algemeen Wessels 1951: par 3600-3605 en 3608-3611; Rubin 1958a: 52-59; Van Zyl 1985:57-66.

⁴³ D 3 5 5 14; 3 5 18 4; 3 5 36 1; 15 3 10 5; Pothier *Contrat de Mandat* : par 205; Van Leeuwen *Cens For* : 1 4 26 2. Vergelyk ook Voet *Commentarius* : 3 5 3-6; Wessels 1951: par 3594-3595.

betref wins gemaak het as gevolg van sy voortreflike hantering van die betrokke belang, mag verrekening tussen die wins en verlies plaasvind.⁴⁴

Die neerlegging van die vereiste standaard waaraan die *gestor* moet voldoen tydens sy hantering van die *dominus* se belange ten einde aanspreeklikheid vir ingetrede verliese of skade vry te spring, blyk 'n ietwat problematiese kwessie te wees.⁴⁵ In die Romeinse Reg was die algemene standaard van aanspreeklikheid van die *gestor* dat hy verantwoordelik gehou is vir sy *culpa* (nalatigheid in die wydste sin) en *dolus* (bedrog).⁴⁶ In sekere omstandighede kon die *gestor* selfs aanspreeklik wees vir *casus fortuitus*,⁴⁷ maar in post-klassieke Romeinse Reg was dit nie meer die geval nie.⁴⁸

In 'n sekere Digesta-tekst word voorgestel dat die *gestor* dieselfde mate van ywer tydens hantering van die *dominus* se belange aan die dag moet lê as wat hy sou doen indien sy eie belange ter sprake was.⁴⁹ Aan die ander kant word die *gestor* se standaard van aanspreeklikheid in 'n Codex-tekst bloot gekoppel aan die toetse vir *dolus*, *culpa lata* (groot nalatigheid) en *culpa levis*.⁵⁰ Justinianus vereis egter 'n strengere vorm van nalatigheid, naamlik *culpa levissima*, wat voortvloei uit die *gestor* se versuim om *exactissima diligentia* (uiterste ywer), aan die dag te lê. Hy doen aan die hand dat die mate van ywer waaraan 'n persoon gewoon is om ten opsigte van sy belange toe te pas nie voldoende is nie, veral in die geval waar iemand anders in 'n posisie verkeer het om dié belange met meer sorg en ywer te behartig.⁵¹ As die beweegrede vir die *gestio*

⁴⁴ D 3 5 20.

⁴⁵ Van Zyl 1985: 58.

⁴⁶ Van Zyl 1985: 58.

⁴⁷ Dit is toevallige verlies of skade wat nie ingetree het as gevolg van enige skuld aan die kant van die *gestor* nie. D 3 5 10; 3 5 36 1.

⁴⁸ C 2 18 20.

⁴⁹ D 10 2 25 16 waar dit gaan oor die remedies van mede-erfgename.

⁵⁰ C 2 18 20 1. Vir 'n verduideliking van die term *culpa levis*, wat 'n minder "ernstige" vorm van nalatigheid as *culpa lata* is, kyk Van Zyl 1985: 59 vn 247.

⁵¹ Inst 3 27 1; Van Zyl 1985: 59.

toegeneentheid (*affectione coactus*) of dringende noodsaaklikheid (*necessitate urgente*) was, is die *gestor* slegs aanspreeklik gehou vir *dolus* of *culpa lata*.⁵²

Wat die Romeins-Hollandse Reg betref, was die algemene standaard van aanspreeklikheid wat van die *gestor* vereis is, gebaseer op *dolus* (of *culpa lata*) en *culpa levissima*⁵³ (of *culpa levis in abstracto*). Van tyd tot tyd was daar verder 'n verwysing na die *bona fides* wat van die *gestor* vereis is en die billikheid daarvan om 'n streng standaard van aanspreeklikheid op hom van toepassing te maak.⁵⁴ In sekere omstandighede is *casus fortuitus* ook as 'n vorm van aanspreeklikheid beskou maar hierdie benadering het nie algemene byval gevind nie.⁵⁵

Hoewel die Romeinse regsbasis vir die standaard van aanspreeklikheid van toepassing op die *gestor* deur 'n aantal regsgeleerdes wat die Europese en Romeins-Hollandse tradisie verteenwoordig het, aanvaar is, wys Van Zyl⁵⁶ daarop dat hulle die toepassing van die relevante Romeinse beginsels uitgebrei het en sekere variasies en nuwighede aangaande sodanige aanspreeklikheid ingevoer het. Pothier volg die relevante Romeinse regsbeginsele noukeurig in sy bespreking van die *gestor* se aanspreeklikheid maar verskaf desnieteenstaande 'n nuwe aanbieding van die tema.⁵⁷ Volgens hom moet die *gestor* byvoorbeeld dieselfde mate van ywer as die lashebbter tydens behartiging van die *dominus* se belange aan die dag lê en doen hy aanspreeklikheid op vir *dolus* en *culpa levis* of *culpa levissima*, na gelang van die belang wat hy behartig.⁵⁸ Hy sluit ook nie

⁵² D 3 5 3 9-10.

⁵³ Die vorm van nalatigheid waaraan die skuldenaar skuldig sou wees indien hy nie die uiterste ywer in sy optrede aan die dag gelê het nie.

⁵⁴ Van Zyl 1985: 60.

⁵⁵ Van Zyl 1985: 60 en die bronne in vn 255 deur hom aangehaal.

⁵⁶ 1985: 61. Daar word onder andere verwys na Domat en Pothier.

⁵⁷ Kyk Van Zyl 1985: 62.

⁵⁸ Pothier *Contrat de Mandat* : par 208.

aanspreeklikheid vir *casus fortuitus* uit waar die aard van die *gestio* dit vereis nie.⁵⁹

Groenewegen⁶⁰ beveel aan dat die mate van ywer wat van die *gestor* verwag word aan die diskresie van die hof oorgelaat moet word. Hierdie diskresie is klaarblyklik uitgeoefen met verwysing na al die omringende omstandighede.

Hoewel Van Leeuwen⁶¹ die Romeinse Reg navolg deurdat hy spesifieke sake wat in die Romeinse regsbronne behandel word hieroor aanhaal, beveel hy ook aan dat die aanspreeklikheid van die *gestor* 'n vraagstuk is wat oorgelaat moet word aan die diskresie van die regter met verwysing na die aard en toedrag van die besondere omstandighede.

Wat Suid-Afrikaanse regspraak betref, blyk dit asof die standaard van aanspreeklikheid dié van 'n persoon is wat in die gewone loop van sake versigtig/verstandig optree ("ordinarily prudent man"), ofskoon 'n groter of mindere mate van sorg vereis mag word indien die omstandighede dit regverdig.⁶²

In **Jacobs v Maree**⁶³ het die goeie trou van die *gestor* 'n deurslaggewende rol gespeel in die hof se bevinding dat hy nie aanspreeklikheid teenoor die *dominus* opgedoen het nie. In die saak van **Amod Salie v Ragoon**⁶⁴ het die *bona fides* van die *gestor* en die besondere omstandighede waaronder die beweerde *gestio* plaasgevind het eweneens 'n rol gespeel in die hof se bevinding. Met verwysing

⁵⁹ Byvoorbeeld waar die *gestor* 'n onderneming aanpak wat die *dominus* gewoonlik nie self sou doen nie: in sodanige geval sal die *gestor* die verliese wat uit die mislukking van sy onderneming voortvloei self moet dra – Pothier *Contrat de Mandat* : par 210. Kyk ook Grotius *Inleidinge* : 3 27 3; Voet *Commentarius* : 3 5 4-6.

⁶⁰ *De Leg Abr ad* : C 2 19 20.

⁶¹ Van Leeuwen *Cens For* : 1 4 26 3. Hierdie benadering word ook deur Voet *Commentarius* : 3 5 4 onderskryf.

⁶² Joubert en Van Zyl 2009: par 29.

⁶³ Op 154-155: "... As the defendant acted in good faith he was not in my opinion liable for damages".

⁶⁴ 1903 TS 100. Kyk ook **Boyce v Bloem** 1960 (3) SA 855 (T): 866 F-G.

na Voet⁶⁵ bevind die hof dat die *gestor* in die betrokke omstandighede slegs vir growwe nalatigheid aanspreeklik was.⁶⁶

'n Duidelike onderskeid kan tussen die **Amod Salie**-saak en dié van **Lawrie v Union Government (Minister of Justice)**⁶⁷ getref word deurdat in laasgenoemde saak beslis is dat die standaard van aanspreeklikheid wat van 'n *negotiorum gestor* vereis word dié van gewone ywer ("ordinary diligence") is. Die hof wys egter daarop dat besondere omstandighede in die **Amod-Salie**-saak voor hande was en gaan dan as volg voort:

"But, generally speaking, the *negotiorum gestor* must show ordinary diligence. It is left to the discretion of the judge, taking into consideration the different conditions and quality of the business to see that the agent shows the degree of diligence required by the nature of the business. ... In a case like the present, where the police take charge of a motor car in the possession of a person arrested, I see no reason why the police should not be required to exercise ordinary care in the custody of it".⁶⁸

Die feite van nog 'n saak waar die *gestor* se aanspreeklikheid ter sprake gekom het, naamlik **Mohamed v Kamaludien**,⁶⁹ was kortliks die volgende: Die eiser

⁶⁵ *Commentarius* : 3 5 4.

⁶⁶ Op bladsy 103 van die hofverslag: "... The defendant was in the position of a *negotiorum gestor*, and the passage cited from Voet 3 5 4 is directly applicable. The defendant having taken possession of plaintiff's goods after the store had been broken into and when the remaining stock was in danger of perishing, would be liable for gross negligence only ...".

⁶⁷ 1930 TPD 402.

⁶⁸ Op 407. Op verdere appèl is die uitspraak teen die polisie gehandhaaf en het die hof beklemtoon dat die ywer wat van die *gestor* vereis word dié van "a reasonable prudent person under the circumstances" is – Kyk **Minister of Justice v Lawrie** 1930 TPD 877: 878.

⁶⁹ 1938 CPD 140.

(*dominus*) het sekere grammofoonplate in die sorg van die verweerder (*gestor*) gelaat met dien verstande dat laasgenoemde dit in sy winkel sou aanhou en teen kommissie verkoop. Die verweerder het die eiser op 'n latere tydskop versook om die plate te verwyder, anders sou hy dit by 'n derde laat stoor op risiko en ten koste van die eiser. Die eiser het egter nie op hierdie versook gereageer nie en is die plate toe inderdaad aan 'n derde oorhandig op die basis dat sommige daarvan gestoor moet word en ander gestoor of verkoop kon word op 'n kommissiebasis.

Die verweerder het 'n dokument van die derde bekom waarin hierdie reëling tussen hulle bevestig is en toe sy regte teen die derde uit hoofde van hierdie dokument aan die eiser gesedeer. Die derde party het hierna insolvent geraak en aangesien geen stoorkoste aangebied of betaal is nie het die trustee al die plate verkoop. Die eiser het die verweerder toe gedagvaar vir teruggawe van die plate of betaling van die waarde daarvan. Die landdros het in die guns van die eiser bevind maar sy beslissing is op appèl ter syde gestel. Die hof van appèl het onder andere bevind dat, inaggenome die omstandighede van die saak, die toepaslike standaard van aanspreeklikheid wat op die verweerder in sy hoedanigheid as *negotiorum gestor* van toepassing is, dié van bedrog (*dolus*) of growwe nalatigheid (*culpa lata*) is. Bevestiging van die algemene reël, naamlik dat die mate van ywer wat 'n *gestor* moet handhaaf dié van 'n versigtige en redelike man in die besondere omstandighede van die saak moet wees, blyk egter ook duidelik uit die uitspraak.

Die beginsels wat rondom die aanspreeklikheid van die *negotiorum gestor* uit bogemelde gesag ontwikkel het, word treffend deur Rubin⁷⁰ soos volg uiteengesit:

⁷⁰ Rubin 1958a: 59. Kyk ook Lee en Honoré 1978: 155 par 434; De Villiers en Macintosh 1981: 277.

“In modern law, therefore, it would appear that these degrees of *culpa* are no longer of importance. The care which every person of ordinary prudence takes in his own affairs is, it is submitted, a proper measure of the care required of a *gestor* in dealing with the affairs of another, provided that it acknowledged that reasons may exist for acting, in some cases, a greater, and permitting in others a lesser, degree of care ... Once this general principle is accepted there is room for the special cases cited by the jurists, not as cases calling for the observance of defined standards of care, but as examples of circumstances which should be taken into account in determining whether the *gestor's* conduct corresponds to that of an ordinarily prudent man”.

Waar verskeie *gestores* die belange van 'n besonder *dominus* behartig, is elke *gestor pro parte* aanspreeklik vir sy aandeel van die *gestio* en die standaard van aanspreeklikheid soos hierbo uiteengesit is op elke individuele *gestor* van toepassing.⁷¹

⁷¹ D 3 5 25; Voet *Commentarius* : 3 5 2; Pothier *Contrat de Mandat* : par 215.

HOOFSTUK 5

REGTE VAN DIE *NEGOTIORUM GESTOR*

1. Vergoeding vir noodsaaklike en nuttige uitgawes

Deur gebruik te maak van die *actio negotiorum gestorum contraria* is die *gestor* geregtig om vergoeding te eis vir alle noodsaaklike en nuttige uitgawes (*impensae necessariae et utiles*) wat hy tydens behartiging van die *dominus* se belange opgedoen het, mits sy optrede redelik (*utiliter*) onder die omstandighede was en hy aan die verdere voorvereistes van *negotiorum gestio* voldoen het.¹

Noodsaaklike uitgawes (*impensae necessariae*) is altyd verhaalbaar waar sodanige uitgawes noodsaaklik was vir die behoud van die saak of sake waarop die *gestio* gerig was of andersins noodsaaklik was vir die behoorlike behartiging van die tersaaklike belang of belange.² Nuttige uitgawes (*impensae utiles*) is eweneens verhaalbaar indien dit aangewend is om die *dominus* se saak/e of omstandighede wat met hom verband hou, te verbeter en dit betrekking het op die behartiging van sy belange.³

Indien die *gestor* se optrede inderdaad *utiliter* was met die aanvang van die *gestio* sal hy geregtig wees op terugbetaling van sy noodsaaklike en nuttige

¹ D 3 5 2; 3 5 9 1; 5 44 pr; 44 7 5 pr; Inst 3 27 1; Pothier *Contrat de Mandat* : par 199 en 219; Grotius *Inleidinge* : 3 27 5; Voet *Commentarius* : 3 5 8; **Klug and Klug v Penkin**: 404; **New Club Garage v Milborrow and Son**: 99-100: "And the owner is bound to reimburse the *negotiorum gestor* for all useful and necessary expenses incurred by him in connection with his administration of the owner's business ...". Vergelyk ook **Theron v Africa** 10 SC (1893) 246; **Killian v Reilly** 18 CTR (1908) 159 en **Meyers v Marks Ltd** 1916 CPD 716. Kyk verder Rubin 1958a: 65 – 66; Wessels 1951: par 3613; De Villiers en Macintosh 1981: 277-278; Van Zyl 1985: 67-71; Van Niekerk 1992: 167, 170 en 173.

² D 25 1 1; 50 16 79 pr. Vergelyk D 3 5 30 3 en 7; 3 5 20 2; 25 1 14 pr.

³ D 50 16 79 1. Vergelyk ook D 3 5 58; 3 5 44 pr en kyk Voet *Commentarius* : 3 5 8.

uitgawes, selfs al was die *gestio* uiteindelik onsuksesvol gewees.⁴ Dit is dus nie vir die *gestor* noodsaaklik om te bewys dat die gevolg van die *gestio* tot voordeel van die *dominus* was nie, mits hy kan bewys dat die uitgawes redelikerwys aangegaan is.⁵

In **Klug and Klug v Penkin**⁶ is verkeerdlik aan die hand gedoen dat noodsaaklike en nuttige uitgawes slegs verhaal kan word as die *dominus* die voordeel van die *gestio* aanvaar het. Wessels⁷ verklaar eweneens dat die *gestor* se uitgawe die *dominus* moes bevoordeel het en dat die *gestor* die *dominus* se werklike voordeel moet bewys. Hierdie stelling is skynbaar gebaseer op 'n foutiewe interpretasie van Voet⁸ en is in elk geval in stryd met Grotius⁹, wat korrek deur Wessels¹⁰ aangehaal is.¹¹ Van Zyl¹² wys daarop dat hierdie benadering duidelik strydig is met die *utiliter coeptum* - vereiste wat slegs verg dat die *gestor* aanvanklik redelik moes optree, ongeag die uitslag van die *gestio* en ongeag daarvan of die *dominus* as gevolg van sodanige *gestio* bevoordeel is.¹³

In **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd**¹⁴ is die standpunt ingeneem dat 'n *gestor* se eis vir terugbetaling beperk kan word tot die werklike verryking van die *dominus* indien sy optrede nie *utiliter* was nie. Hoewel Van

⁴ Joubert en Van Zyl 2009: par 30.

⁵ D 50 16 79; 3 5 38; 3 5 44 pr; 44 7 5 pr; Grotius *Inleidinge* : 3 27 5; Voet *Commentarius* : 3 5 8; Van der Linden *Koopmans Handboek* : 1 15 5 1.

⁶ Op 404.

⁷ 1951: par 3614.

⁸ *Commentarius* : 3 5 10.

⁹ *Inleidinge* : 3 27 5.

¹⁰ 1951: par 3625.

¹¹ Van Zyl 1985: 69 vn 290.

¹² 1985: 69.

¹³ Vir kritiek teen hierdie sogenaamde "voordeel-teorie" kyk hoofstuk 3.4 hierbo. Volgens Van Zyl 1985: 69 vn 290 is Wessels 1951: par 3618 ook nie korrek waar hy aan die hand doen dat nuttige uitgawes nie verhaal kan word indien aangetoon word dat die *dominus* inderdaad nie deur die *gestor* se optrede bevoordeel is nie.

¹⁴ Op 376.

Zyl¹⁵ met hierdie siening akkoord gaan, verskil hy van Wessels¹⁶ waar dié geleerde outeur aan die hand doen dat die verhaling van noodsaaklike uitgawes wat deur die *gestor* aangegaan is noodwendig verband hou met die *dominus* se ongeregverdigde verryking. Hy wys daarop dat die gesag waarop Wessels ter ondersteuning van sy standpunt staatmaak, naamlik Voet¹⁷, hoofsaaklik handel oor die verrykingsaksie wat voortspruit uit die *negotiorum gestio* van 'n *gestor* wat die belange van 'n *dominus* vir sy eie gewin (*sui lucri causa*) en nie vir dié van die *dominus* behartig het nie, en derhalwe nie geregverdig is nie.¹⁸

Luukse uitgawes of uitgawes wat bloot vir plesier of vermaak (*impensae voluptuariae*) aangegaan is, kan nie deur die *gestor* verhaal word nie.¹⁹ Hierdie uitgawes voldoen nie aan die *utiliter* - vereiste vir aanspreeklikheid op grond van *negotiorum gestio* nie.²⁰ Die *gestor* mag vergoeding vir huidige en toekomstige uitgawes eis, mits sodanige uitgawes noodsaaklik of nuttig is.²¹

Indien die *gestor* gedurende die verloop van die *gestio* betalings namens die *dominus* in ontvangs geneem het, is hy geregtig om sy uitgawes van sodanige betalings af te trek en die balans aan die *dominus* oor te betaal.²²

¹⁵ 1985: 70.

¹⁶ 1951: par 3617.

¹⁷ *Commentarius* : 3 5 9.

¹⁸ Van Zyl 1985: 70.

¹⁹ D 3 5 26 pr; 15 3 3 4; Voet *Commentarius* : 3 5 10; Wessels 1951: par 3619. Vir 'n uiteensetting van die verskillende kategorieë uitgawes kyk **Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze and Sons** 1970 (3) SA 264 (A): 270 H – 271 A.

²⁰ Joubert en Van Zyl 2009: par 30.

²¹ D 3 5 2; Grotius *Inleidinge* : 3 27 5; Van Leeuwen *Cens For* : 1 4 26 4; Voet *Commentarius* : 3 5 8.

²² D 3 5 12; 3 5 30 3; Pothier *Contrat de Mandat* : par 219. Van Zyl 1985: 71 vn 299 wys daarop dat laasgemelde *Digesta* - teks slegs melding maak van noodsaaklike uitgawes, maar doen hy aan die hand dat die onderhawige beginsel ook op nuttige uitgawes van toepassing sal wees.

Die *gestor* se eis vir terugbetaling van sy uitgawes of onkoste kan slegs afgedwing word sodra hy 'n behoorlike rekening van sy administrasie aan die *dominus* gelewer het.²³

2. Eis vir verlore rente en inkomste

Die *gestor* is geregtig om 'n eis in te stel vir rente op geld wat hy uit sy eie sak betaal of gespandeer het nadat hy 'n lening daarvoor moes aangaan gedurende die verloop van die *gestio*, op die basis dat sodanige rente vir hom verlore gegaan het as gevolg van sy behartiging van die *dominus* se belange.²⁴ Hierdie reg word egter getemper deur die vereiste dat die *gestor utiliter* moes opgetree het wat betref die oloop van die betrokke rente.²⁵ Indien hy derhalwe 'n swaarder rentelas aangaan as wat die besondere omstandighede vereis, sal die *dominus* nie aanspreeklik wees vir sodanige rente nie.²⁶

Weersprekende standpunte bestaan in die Romeins-Hollandse Reg betreffende die vraag of rente betaalbaar is vanaf datum van uitgawe van die betrokke gelde of eers vanaf datum van *litis contestatio*. Van der Keessel²⁷ en Van der Linden²⁸ gee voorkeur aan 'n vroeë beslissing van die Hof van Holland²⁹ waarin die

²³ Pothier *Contrat de Mandat* : par 226; **McEwen NO v Khader**: 559. Kyk hoofstuk 4.2 hierbo.

²⁴ D 3 5 18 4. Dit is ooreenkomstig die beginsel vervat in D 3 5 2, naamlik dat 'n *gestor* geregtig is om vergoed te word vir al sy uitgawes, wat huidige sowel as toekomstige uitgawes insluit (*quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est*). Kyk verder D 22 1 37; C 2 18 18; Voet *Commentarius* : 3 5 8; Groenewegen *De Leg Abr ad* : C 28 18 (19) 18; Wessels 1951: par 3626; **Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd**: 387 H – 388 A.

²⁵ Kyk Van Zyl 1985: 71-72 en die gesag daar deur hom aangehaal.

²⁶ Van Zyl 1985: 72 wys daarop dat 'n moontlike uitsondering hierop gebaseer is op ongeregverdigde verryking, byvoorbeeld in die geval waar die *gestor* groter uitgawes aangegaan het as wat hy redelikerwys moes.

²⁷ Van der Keessel *Prael ad Gr* : 3 27 5 (vol 5 p 240).

²⁸ Van der Linden *Suppl ad Voet* : 3 5 8.

²⁹ *Decisien et resolutien van den hove van Holland* no 91 (1604) soos aangehaal deur Van Zyl 1985: 72 vn 308 waar hy daarop wys dat 'n soortgelyke beslissing klaarblyklik op 20 September 1602 in die Hof van Utrecht gelewer is, welke uitspraak in die *Hollandsche Consultatien* vol 6 no 121 (pp 581 – 583) gerapporteer is.

Romeinse beginsel dat rente opeisbaar is vanaf datum van uitgawe, synde die datum waarop die *gestor* se verlies aan rente begin, nagevolg is. Groenewegen³⁰ daarenteen huldig die mening dat gemelde Romeinse beginsel in onbruik verval het in Frankryk en Holland en dat rente eers vanaf datum van *litis contestatio* opeisbaar is. Groenewegen se standpunt word sonder beswaar deur Voet³¹ aanvaar, maar deur Wessels³² en Rubin³³ in soortgelyke terme gekritiseer. Rubin verwoord sy kritiek soos volg:

“Notwithstanding the weighty authority in its favour, it is difficult to justify this departure from the clear terms of the Roman law. It can hardly be justified on equitable grounds for there seems to be no reason why a *gestor* should not be compensated when he has been deprived of the use of his money because he has spent it in the interests of the *dominus*”.

Van Zyl³⁴ is dit eens met bogemelde kritiek in die lig van die basiese beginsel dat die *gestor* vergoed moet word vir al sy noodsaaklike en nuttige uitgawes, insluitend huidige en toekomstige uitgawes, asook vir alle verliese en skade deur hom gely. Volgens hom moet die geheel van die verlies aan rente, bereken vanaf die datum waarop sodanige rente begin loop het, derhalwe ingesluit word in die verlies wat ooreenkomstig gemelde beginsel terugbetaal moet word.

Die *gestor* is ook geregtig om verlies aan inkomste of enige soortgelyke verlies voortspruitende uit sy behartiging van die *dominus* se belange terug te eis, op

³⁰ *De Leg Abr ad* : C 2 19 18.

³¹ *Commentarius* : 3 5 8.

³² 1951: par 3626.

³³ Rubin 1958a: 66.

³⁴ 1985: 73.

voorwaarde dat hy voldoen aan al die voorvereistes wat geld vir die instelling van 'n eis aan die hand van die *actio negotiorum gestororum contraria*.³⁵

Die *gestor* is nie geregtig op enige beloning, vergoeding of salaris vir sy dienste nie.³⁶ Van Zyl³⁷ wys daarop dat hierdie beginsel stewig in die Europese *ius commune* en die Romeins-Hollandse reg ingegrawe was ondanks 'n teenoorgestelde standpunt van Van Leeuwen.³⁸

In Suid-Afrikaanse regspraak is die regsposisie betreffende die vergoeding van 'n *gestor* eweneens duidelik uiteengesit. In **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd**³⁹ het die hof na deeglike oorweging van die tersaaklike gemeenregtelike gesag tot die slotsom gekom dat die *gestor* definitief nie geregtig is op enige vergoeding nie. Davis R gaan voort en maak die volgende interessante opmerking aangaande hierdie kwessie:

"I may add that I am not sorry to see this limitation on the right of action of the *negotiorum gestor*. With it, the *dominus* is in less danger of having onerous services thrust upon him: nobody usually can object to paying for things at absolute cost price. But without it, even though there are other safeguards into which it is unnecessary at the moment to enter, he might not be by any means so safe: the

³⁵ Dit is inbegrepe in die *gestor* se reg om vergoed te word vir welke verlies of skade hy ookal gely het as gevolg van die *gestio* (*quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est*). D 3 5 2. Kyk ook Grotius *Inleidinge* : 3 27 5; Voet *Commentarius* : 3 5 8; Van Leeuwen *Cens For* : 1 4 26 4; **New Club Garage v Milborrow and Son**: 99-100. Kyk verder Lee en Honoré 1978: 156 par 435; Van Niekerk 1992: 173; Sonnekus 2007: 166-167; en vergelyk De Villiers en Macintosh 1981: 277.

³⁶ Huber *HR* : 3 28 6; Van der Keessel 3 27 *Th* : 7 71; Rubin 1958a: 66-69; Sonnekus 2007: 166.

³⁷ Van Zyl 1985: 73-75 en die gesag daar deur hom aangehaal. Kyk ook die bespreking van Rubin 1958a: 66-69 hieroor en Van Niekerk 1992: 167 en 173.

³⁸ *Cens For* : 1 4 24 13 n 1 waar hy die mening uitspreek dat indien die *gestor* daaraan gewoond was om 'n salaris te ontvang en die *dominus* om dit te betaal, kan die *gestor* 'n salaris eis. Kyk ook die standpunt ingeneem deur Van Bynkershoek *Quaest jur Publ* : 1 5 (41-2).

³⁹ Op 370-372.

out-of-work carpenter or builder (or even the mason) looking for a job might well be a menace in such circumstances".⁴⁰

In **Grant's Farming Co Ltd v Attwell**⁴¹ en **Lewis Brothers v East London Municipality**⁴² is voorgestel dat 'n redelike vergoeding aan die *gestor* betaal mag word vir dienste deur hom gelewer. Van Zyl⁴³ doen egter aan die hand dat hierdie standpunt nie in ooreenstemming is met die oorwig van gesag nie. Om dieselfde rede kan die volgende standpunt van Wessels,⁴⁴ hoe redelik dit ook al mag voorkom, nie aanvaar word nie:

"On principle, the *negotiorum gestio* of the Civil Law is a gratuitous act and therefore as a rule the unauthorized manager cannot claim a salary. It is doubtful whether our courts would regard this rule as rigid. A mason finds that the house of an absent friend requires urgent repairs. He does the work himself. Why should he not recover, over and above any money he has expended, a fair wage for his work?"

Die enigste skynbare uitsondering op die reël teen vergoeding van 'n *gestor* kom voor in die sogenaamde "bergingsake", wat as 'n uitsonderlike vorm van *negotiorum gestio* beskou kan word. Soos in die Romeins-Hollandse Reg word 'n redelike vergoeding vir bergingsdienste reeds geruime tyd as deel van die Suid-Afrikaanse Reg aanvaar.⁴⁵

⁴⁰ Op 372. Vergelyk **Nortje en 'n Ander v Pool NO** 1966 (3) SA 96 (A): 121 A-B; **Skyword (Pvt) Ltd v Peter Scales (Pvt) Ltd** 1979 (1) SA 570 (R): 573 F-H; **Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd**: 392 E-H.

⁴¹ Op 95.

⁴² Op 162.

⁴³ 1985: 75. Vergelyk ook **Killian v Reilly**: 160.

⁴⁴ 1951: par 3627.

⁴⁵ Kyk byvoorbeeld **Table Bay Harbour Board v New Zealand Steamship Company The "Papanui"**: 35 waar die beginsels met betrekking tot die bedrag vergoeding betaalbaar in sodanige sake uiteengesit is. Van Zyl 1985: 76 en vn 330 is van mening dat hierdie beginsels steeds in ons moderne reg van toepassing is.

3. Kwytskelding van verpligtinge

'n Verdere reg waarop 'n *gestor* aanspraak kan maak, is om vrygestel te word van verpligtinge wat deur hom aangegaan is gedurende die loop van die behartiging van die *dominus* se belange. Dit was die posisie in die Romeinse Reg en het dit ook weerklank gevind in die geskrifte van die Romeins-Hollandse skrywers. Volgens Gaius het die *gestor* 'n aksie teen die *dominus* gehad wanneer hy ook al verpligtinge opgedoen het teenoor 'n ander in verband met die belange van die afwesige (*dominus*).⁴⁶

Bogemelde Romeinsregtelike beginsel word deur Domat⁴⁷ aanvaar en is hy van mening dat die persoon wie se belange behartig is, se verpligting om die *gestor* van die gevolge van sodanige behartiging kwyt te skeld die volgende insluit: uitvoering van dit wat die *gestor* onderneem het, vrywaring van die verpligtinge wat die *gestor* opgedoen het en bekragtiging van aangeleenthede wat op 'n bevredigende wyse deur die *gestor* uitgevoer is. Volgens Pothier⁴⁸ het die *actio negotiorum gestorum contraria* twee doelwitte, naamlik om die *gestor* te vergoed vir uitgawes deur hom aangegaan tydens behartiging van die *dominus* se belange, en om hom kwyt te skeld van die verpligtinge wat hy gedurende die loop van die *gestio* opgedoen het.

Van Zyl⁴⁹ is die mening toegedaan dat daar geen twyfel bestaan dat die posisie in die moderne Suid-Afrikaanse reg is, soos wat dit ook in die Romeins-Hollandse

⁴⁶ D 3 5 2.

⁴⁷ 1861: 1469.

⁴⁸ Pothier *Contrat de Mandat* : par 228 waar hy gebruik maak van 'n treffende voorbeeld van 'n *gestor* wat met werkers ooreengekom het om verbeterings aan die *dominus* se huis aan te bring.

⁴⁹ 1985: 78. Kyk ook **New Club Garage v Milborrow and Son**: 100; Wessels 1951: par 3628; Rubin 1958a: 69-70; De Villiers en Macintosh 1981: 278.

Reg⁵⁰ was, dat die *gestor* geregtig is om sonder kwalifikasie vrygestel te word van verpligtinge wat hy gedurende die loop van die *gestio* opgedoen het.

4. Retensiereg op eiendom van *dominus*

'n *Gestor* wat uitgawes ten behoeve van die *dominus* gedurende die loop van die *gestio* aangegaan het, het 'n retensiereg op die eiendom van die *dominus* wat in sy besit of onder sy beheer is tot tyd en wyl hy vergoeding vir sodanige noodsaaklike en nuttige uitgawes ontvang het.⁵¹

Van Zyl⁵² wys daarop dat bogemelde skynbaar die posisie in die Romeinse Reg en latere regsontwikkeling was, en is hierdie gemeenregtelike beginsels oënskynlik ook in die saak van **New Club Garage v Milborrow and Son**⁵³ aanvaar. In hierdie saak is 'n motorvoertuig deur die huurder daarvan aan 'n garage-eienaar oorhandig ten einde sekere herstelwerk daaraan te laat verrig. Ten tyde van die verrigting van sodanige herstelwerk was die garage-eienaar egter onbewus van die feit dat die huurder nie die eienaar van die betrokke motorvoertuig was nie. Nadat hy die ware stand van sake vasgestel het, het die garage-eienaar beheer oor die voertuig behou en verder het hy ook 'n addisionele bedrag vir stoorkoste geëis. Op appèl word die hof *a quo* se bevinding dat die garage-eienaar oor 'n retensiereg ten opsigte van die motorvoertuig beskik, bekragtig en bevind die hof verder dat hy in die besondere omstandighede in die posisie van 'n *negotiorum gestor* verkeer het:

“He took charge of a car bona fide in the absence of the owner, without any mandate express or implied from the owner, for the

⁵⁰ Grotius *Inleidinge* : 3 27 5; Voet *Commentarius* : 3 5 8; Van der Linden *Suppl ad Voet* : 1 15 15 1. Kyk ook Van Leeuwen *Cens For* : 1 4 26 4.

⁵¹ D 12 6 33. Kyk oor die algemeen Wessels 1951: par 3629; Rubin 1958a: 64-65; De Villiers en Macintosh 1981: 279; Van Niekerk 1992: 174.

⁵² 1981: 279; Van Niekerk 1992: 174.

⁵³ 1931 GWLD 86.

owner's benefit and with the intention of holding the owner liable".⁵⁴

Die *negotiorum gestor* is nie geregtig om onkoste te verhaal wat aangegaan is ten einde die retensiereg in stand te hou nie, indien sodanige onkoste opgeloop het nadat die *gestor* die geleentheid gehad het om die betrokke eiendom aan die eienaar terug te besorg.⁵⁵

5. Beëindiging van *negotiorum gestio*

Hoewel die beëindiging van *negotiorum gestio* streng gesproke nie tuishoort onder 'n bespreking van die *gestor* se regte nie, is dit om doelmatigheidsredes wel sinvol om vervolgens daaraan aandag te skenk aangesien die realisering daarvan tot gevolg het dat sodanige regte, en daarmee saam ook die gepaardgaande verpligtinge, beëindig word.⁵⁶

Van Zyl⁵⁷ is van mening dat die gewone wyses waarop verbintenisse beëindig word ook op *negotiorum gestio* van toepassing is. Voltooiing van die *gestio* sal byvoorbeeld tot gevolg hê dat die wederkerige regte en verpligtinge wat daaruit voortspruit, beëindig word.⁵⁸ *Negotiorum gestio* kan ook by ooreenkoms tussen die partye beëindig word.⁵⁹

⁵⁴ Op 99.

⁵⁵ **Wessels v Morice** 1913 NPD 112. Kyk egter die kritiese vrae wat in verband met die *ratio* van hierdie saak deur Van Zyl 1985: 79-80 gestel word.

⁵⁶ Van Zyl 1985: 80-81.

⁵⁷ Van Zyl 1985: 231.

⁵⁸ Hier moet egter in gedagte gehou word dat aanspreeklikheid uit hoofde van die *actio negotiorum gestorum* nie verval met die afsterwe van die *gestor* of *dominus* nie. Beide se erfgename bly naamlik aanspreeklik vir die verpligtinge wat onderskeidelik vir die *gestor* en *dominus* uit die *gestio* voortspruit.

⁵⁹ Sodanige ooreenkoms kan inhou dat die *gestor* van sy verpligtinge onthef word, wat die beëindiging van die partye se wederkerige regte en verpligtinge sal beteken, of dit kan die vorm van 'n novasie aanneem waarvolgens die *negotiorum gestio* in byvoorbeeld 'n *locatio conductio operarum* of *locatio conductio operis* omskep word. Kyk Van Zyl 1985: 81.

Indien die *dominus* die *gestor* se behartiging van sy belange geratifiseer het, kan die *negotiorum gestio* omskep word in 'n lasgewingsooreenkoms (*mandatum*) en word die verhouding tussen *dominus* en *gestor* soortgelyk aan dié tussen prinsipaal en agent.

Die *gestio* word ook beëindig wanneer uitvoering of afhandeling daarvan onmoontlik gemaak word as gevolg van *vis maior* of *casus fortuitus*.⁶⁰

'n Verdere wyse waarop *negotiorum gestio* beëindig word, is deur verjaring. In terme van die ou Verjaringswet van 1943,⁶¹ soos vertolk in die saak van **Vryburg School Board v Cloete**,⁶² blyk dit dat die *gestor* se eis verjaar drie jaar vanaf datum waarop die behartiging van die *dominus* se belange voltooi is.⁶³

Met verwysing na bogemelde hofspraak som De Vos⁶⁴ die korrekte regsposisie in hierdie verband as volg op:

“Die uitwerking van hierdie beslissing skyn te wees dat enige vorderingsreg om die prys of waarde van goedere of dienste, of vergoeding daarvoor, te eis hoedat daardie reg ook al ontstaan het, na drie jaar verjaar. Dit sluit m.i. ook die eis van die *gestor* in. Al kan hy nie vergoeding eis vir wat hy self gedoen het nie (behalwe vir sover hy deur sy optrede inkomste wat hy andersins sou gehad het, verbeur het), eis hy tog vergoeding vir hierdie bewese dienste en verrigte werk wanneer hy vergoeding eis vir wat hy uitbetaal het

⁶⁰ Kyk egter Van Zyl 1985: 58-66 betreffende die *gestor* se aanspreeklikheid vir *casus fortuitus* onder sekere omstandighede.

⁶¹ 18 van 1943; meer spesifiek art 3 (2) (c) van hierdie wet.

⁶² 1955 (3) SA 355 (A): 358 B – 359 E.

⁶³ Rubin 1958a: 59 en 73 is verkeerdlik van mening dat die tersaaklike verjaringstermyn 30 jaar is.

⁶⁴ De Vos 1987: 218.

of nog moet uitbetaal aan mense wat hy gehuur het om die werk te doen. Regtens is dit tog hy wat die dienste bewys het".

Onderworpe aan die bepalings betreffende skorsing van verjaring wat in dié Wet vervat is,⁶⁵ ontstaan die verhaalsreg wanneer óf van die *actio negotiorum gestorum directa* óf die *actio negotiorum gestorum contraria* gebruik gemaak word sodra die *gestio* voltooi is.⁶⁶

Die huidige Verjaringswet⁶⁷ maak eweneens voorsiening vir 'n verjaringstermyn van drie jaar waarbinne die *actio negotiorum gestorum* ingestel moet word.⁶⁸ Van Zyl⁶⁹ doen aan die hand dat verjaring, net soos in die geval van die ou Wet, begin loop sodra die *gestio* afgehandel is.⁷⁰

⁶⁵ Art 7.

⁶⁶ Van Zyl 1985: 82 met verwysing na art 5 (1) (d), geles met art 5 (2) van Wet 18 van 1943. Vergelyk Rubin 1958a: 59 en 73.

⁶⁷ 68 van 1969. Artikel 16 (2) van hierdie wet bepaal dat die ou Verjaringswet 18/1943 steeds van toepassing is waar die *gestor* se eis ontstaan het voor inwerkingtreding van die nuwe Wet, naamlik 1 Desember 1970.

⁶⁸ Art 11 (d).

⁶⁹ Van Zyl 1985: 83.

⁷⁰ Hierdie stelling is natuurlik onderworpe aan die bepalings van art 12 van Wet 68 van 1969 wat handel oor die skorsing van verjaring.

HOOFSTUK 6

***NEGOTIORUM GESTIO* EN ONGEREGVERDIGDE VERRYKING**

1. Inleiding

Onder sekere omstandighede is die aksie van die *negotiorum gestor* 'n verrykingsaksie deurdat sy eis beperk word tot die omvang van die *dominus* se werklike verryking as gevolg van die behartiging van sy belange deur die *gestor*.¹ Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar sodanige behartiging *inutiliter* was.²

Daar moet egter daarteen gewaak word dat begripsverwarring veroorsaak dat elke saakwaarnemingsaksie nou as 'n verrykingsaksie beskou word.³ Ten einde verwarring met die gewone saakwaarnemingsaksie uit te skakel, kan daar eerder na die verrykingsaksie wat uit *negotiorum gestio* voortspruit as die uitgebreide saakwaarnemingsaksie, of die aksie voortspruitend uit "onegte", "abnormale" of *quasi negotiorum gestio* verwys word.⁴

Verrykingsaanspreeklikheid word as volg deur De Vos⁵ omskryf:

¹ Joubert en Van Zyl 2009: par 35. In **Odendaal v Oudtshoorn**: 437; **Kunneke v Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk** 1997 (3) SA 300 (T) en **ABSA Bank Ltd t/a Bankfin v Stander t/a CAW Paneelkloppers** 1998 (1) SA 939 (K): 944 is bevestig dat by afwesigheid van sodanige omstandighede die aksie van die *negotiorum gestor* nie verryking as grondslag het nie. Kyk ook Visser 2008: 568.

² Kyk **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd**: 376 waar hierdie beginsel duidelik uiteengesit word, asook Van Zyl 1985: 45 vn 192 se kwalifikasie daarop. Wessels 1951: par 3615; Visser 2008: 568.

³ Kyk byvoorbeeld Wille 1961: 481 en Wessels 1951: par 3617 en 3572 by wie sodanige verwarring onder andere bestaan het. In latere uitgawes van eersgenoemde bron word gemelde denkfout egter nie herhaal nie – kyk byvoorbeeld Wille 2007: 1073. Vir soortgelyke verwarring in ons regspraak, kyk **Grant's Farming Co Ltd v Attwell** 9 HCG (1901); **Knoll v SA Flooring Industries Ltd**: 408; **McEwen NO v Khader** 1969 (4) SA 559 (N) en **Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze and Sons**: 272.

⁴ Van Zyl 1970: 173-175; De Vos 1987: 216; Joubert en Van Zyl 2009: par 35 vn 1; **Gouws v Jester Pools**: 571A.

⁵ 1987: 2.

“n aanspreeklikheid of verbintenis wat ontstaan deurdat een persoon se vermoë ten koste van 'n ander se vermoë vergroot is, sonder dat daar 'n grond is wat die reg beskou as afdoende vir die verskuiwing van waarde of vir die voortdoring van die verskuiwing van waarde en wat die verrykte verplig om sodanige verryking aan die verarmde af te gee”,

terwyl Lotz en Brand⁶ die volgende beskrywing van die begrip verryking verskaf:

“The term ‘enrichment’ is used to describe the situation which occurs when one person’s estate is increased at the expense of another without legal cause. From the fact of such increase an obligation arises in certain circumstances in terms of which the person whose estate has been increased has a duty to restore the increase to the person at whose expense the increase has taken place. Enrichment is therefore a source of a legal obligation”.

Van Zyl⁷ wys daarop dat die uitgebreide saakwaarnemingsaksie reeds in klassieke Romeinse reg bestaan het en dat dit gedurende die Middeleeue en later verder ontwikkel het, 'n ontwikkeling wat in 'n mindere of meerdere mate in die Suid-Afrikaanse reg gehandhaaf is.

Daar bestaan vier gevalle in ons reg waar die *gestor* se eis beperk is tot die omvang van die *dominus* se werklike verryking,⁸ naamlik:⁹

⁶ 2009: par 207.

⁷ 1970: 170.

⁸ Dit beteken dat die *gestor* slegs die minste van sy verarming of die verryking van die *dominus* kan verhaal – kyk Sonnekus 2007: 158.

⁹ Wat betref die verhouding tussen ongeregverdigde verryking en *negotiorum gestio* in die algemeen, kyk Van Zyl 1970; De Vos 1987: 39-43, 83-86 en 213-218; John 1951: 18-88; Rubin 1958a: 42-48 en 70-73; Van Zyl 1985: 84-118.

- (1) waar die *gestor* die belange van 'n minderjarige behartig het;
- (2) waar die *gestor mala fide* die belange van 'n ander in sy eie belang behartig het;
- (3) waar die *gestor bona fide* 'n ander se belange behartig het menende dat dit sy eie is; en
- (4) waar die *gestor* in stryd met 'n uitdruklike verbod van die *dominus* 'n ander se belange behartig (*domino prohibente*).

Vervolgens word elk van bogemelde gevalle afsonderlik in oënskou geneem.

2. Behartiging van 'n minderjarige se belange

Waar die *dominus* of *gestor* in 'n *negotiorum gestio* - verhouding 'n minderjarige is, word sy belange beskerm deurdat enige eis teen hom beperk word tot die omvang van sy werklike ongeregverdigde verryking.¹⁰

Hierdie beginsel dateer terug na die Romeinse reg waar die verrykingsaanspreeklikheid van die minderjarige verband gehou het met die *rescriptum* van keiser Antonius Pius.¹¹ Dit is in die Middeleeuse regsontwikkeling en latere Europese reg sonder bevraagtekening aanvaar en toegepas.¹²

¹⁰ Sonnekus 2007: 167-168; Visser 2008: 568.

¹¹ Die inhoud hiervan was dat indien 'n minderjarige 'n party was tot 'n verbintenis, daar slegs teen hom ageer kon word vir insoverre hy verryk is. Kyk D 26 8 1 pr en 26 8 5 pr. Kyk ook D 3 5 5 2; 3 5 34; 3 5 33; 3 5 36 pr; C 2 18 2; Van Zyl 1970: 12-22; Van Zyl 1985: 87-90; Visser 2007: 1073.

¹² Kyk Van Zyl 1970: 40-42, 51, 56-67, 63-64, 76-77 en 84-85 vir meer inligting oor die Middeleeuse ontwikkeling.

Van Zyl¹³ wys daarop dat hierdie beginsel, benewens geringe variasies wat benadering betref, deur die Romeins-Hollandse skrywers van die sestende tot agtiende eeu aanvaar is. Die onderhawige beginsel dat 'n minderjarige slegs aanspreeklik gehou kan word tot die mate waarin hy verryk is, is eweneens in wese in die moderne Suid-Afrikaanse reg opgeneem.¹⁴ Wessels¹⁵ en De Vos¹⁶ doen egter aan die hand dat die *gestor* nie in alle omstandighede tot 'n verrykingseis beperk moet word waar hy die belange van 'n minderjarige behartig het nie.¹⁷ Die *gestor* behoort volgens hulle vergoed te word vir al sy verliese en uitgawes waar die behartiging *utiliter coeptum* geskied het en indien al die ander vereistes vir die beskikbaarheid van die *actio negotiorum gestorum contraria* aanwesig is.¹⁸

Laasgemelde situasie moet egter deeglik onderskei word van dié waar iemand 'n kontrak met 'n minderjarige gesluit het wat dan weens die beperkte handelingsbevoegdheid van die minderjarige onafdwingbaar is, maar die

¹³ Van Zyl 1985:89; Grotius *Inleidinge* : 1 8 5; 3 1 26; 3 6 9; Voet *Commentarius* : 3 5 2; 4 4 22; 15 1 11; 23 2 43; 26 8 2; Van Leeuwen *RHR* : 1 16 8; 4 2 3; *Cens For* : 1 17 10; 4 3 2; *Van der Keessel Prael ad Gr* : 1 8 5; 1 11 5; 3 1 26; 3 6 9; 3 30 3; Pothier *Contrat de Mandat* : par 173 en 224; Wessels 1951: par 3579-3583 en 3621-3622; Van Zyl 1970: 90-91.

¹⁴ Wessels 1951: par 3579-3583 en 3621-3622; Coertze 1938: 280 ev; Boberg 1977: 593-598.

¹⁵ 1951: par 3622.

¹⁶ 1987: 214.

¹⁷ Die *ratio* onderliggend aan sodanige beperking in ons reg is die voorkoming van selfs die moontlikheid van uitbuiting van die minderjarige onder die dekmantel van die "behartiging" van sy belange, daarom word die barmhartige Samaritaan wat die minderjarige tot hulp kom se eis altyd beperk tot die bedrag van laasgenoemde se verryking – kyk Visser 2008: 568.

¹⁸ Hierdie vereistes sluit dan in besonder in die bedoeling van die *gestor* om die belange van die minderjarige te behartig tot voordeel van sodanige minderjarige. Visser 2008: 589 ondersteun hierdie standpunt en wys daarop dat indien 'n *gestor* se eis sonder uitsondering beperk sou word tot die verryking van die minderjarige, dit baie gevalle van ingryping ten behoeve van minderjariges skipbreuk kan laat ly as gevolg van die risiko daaraan verbonde om 'n wesentliche bedrag te verloor nadat redelikerwys opgetree is tot voordeel van gemelde minderjarige. Kyk ook Eiselen en Pienaar 1999: 222.

minderjarige tog as gevolg daarvan bevoordeel is. In sodanige geval sal die eis teen die minderjarige steeds tot sy verryking beperk word.¹⁹

De Vos²⁰ vestig die aandag daarop dat in omstandighede waar die voog van die minderjarige as die eintlike *dominus* beskou moet word omdat die *gestor* uitgawes aangegaan het ten behoeve van die minderjarige wat direk betrekking het op prestasie wat deur die voog in belang van die minderjarige verskuldig was, die *gestor*, as 'n alternatief tot sy verrykingsaksie teen die minderjarige, 'n normale *actio negotiorum gestorum contraria* teen die voog sal hê.

Aanvanklik is daar wat die aanspreeklikheid van minderjariges betref die sogenaamde "benefit"-teorie gevolg soos voorgestaan in **Nel v Divine Hall and Co.**²¹ Hierdie benadering is egter in **Edelstein v Edelstein NO**²² oorweeg en verwerp. Van Zyl²³ wys daarop dat dit in elk geval in stryd is met die vroeëre beslissing van **Prince qq Dieleman v Berrange, alias Anderson**,²⁴ waar die betrokke "voordeel" korrek as verryking beskou is.

¹⁹ De Vos 1987: 214; Eiselen en Pienaar 1999: 222; Sonnekus, 2007: 167-168; Visser 2008: 588-589.

²⁰ 1987: 214. Kyk D 3 5 5 2 6 pr; Van Zyl 1970: 19-21; Eiselen en Pienaar 1999: 222; Sonnekus 2007: 168.

²¹ (1890) 8 SC 16: 18-19. Ingevolge hierdie teorie sal 'n eis teen 'n minderjarige misluk indien die betrokke handeling nie "tot voordeel" van die betrokke minderjarige was nie. Sonnekus 2007: 168 wys daarop dat hierdie "voordeelteorie" in werklikheid 'n aanwending van die *utiliter coeptum* - toets is wat in die Romeinse Reg as kwalifikasie vir die egte saakwaarnemingsaksie gestel was.

²² 1952 (3) SA 1 (A): 12H – 13H.

²³ 1985: 90.

²⁴ 1 Menzies (1830) 435:437 waar daar gesteun word op Voet *Commentarius* : 3 5 9, welke teks verwys na die verrykingsaksie van die *gestor* wat *mala fide* en in sy eie belang opgetree het (*sui lucri causa*). Volgens Van Zyl 1970: 150 laat dit dus geen twyfel dat die Hof die beskikbare aksie teen die minderjarige in die onderhawige omstandighede as 'n soortgelyke uitgebreide saakwaarnemingsaksie beskou het. Kyk ook **Nel v Divine Hall and Co**: 18; **Pretorius v Van Zyl** 1927 OPD 226: 229-230; **Van Rensburg v Straughan** 1914 AD 317: 329-330; **Karsten v Forster**: 923. Vergelyk **Nortje en 'n Ander v Pool NO**: 138 E-F.

3. *Mala fide* behartiging van 'n ander se belange tot voordeel van die *gestor*

Die treffendste voorbeeld van die *actio negotiorum gestorum* as 'n verrykingsaksie doen hom voor waar die *gestor* wetend, en derhalwe *mala fide*, die behartiging van 'n ander se belange onderneem, nie met die *animus negotia aliena gerendi* nie maar met die bedoeling om homself te bevoordeel (*sui lucri causa*).

'n Digesta-tekst waarvan Ulpianus die outeur was, naamlik D 3 5 5 5, was die oorsprong van die gedagte dat volgende op die *sui lucri causa* - behartiging van 'n ander se belange deur die *gestor*, hy nie geregtig behoort te wees op sy uitgawes of verliese wat hy as gevolg van sy *gestio* gelyk het nie, maar dat sy eis beperk moet word tot die omvang van die *dominus* se verryking.²⁵

Gedurende Middeleeuse regsontwikkeling²⁶ is laasgemelde beginsel geredelik aanvaar en is die toepassing van die verrykingsaksie voortspruitend uit *negotiorum gestio* inderwaarheid uitgebrei na die terrein van *possessio*, insoverre die *mala fide gestor* gelyk gestel is aan die *mala fide possessor* wat uitgawes aangegaan het tydens sy verbetering van 'n ander se eiendom.²⁷

Die verrykingsaksie wat uit D 3 5 5 5 voortspruit, is oor die algemeen in die Romeins-Hollandse reg van die sewentiende en agtiende eeu aanvaar.²⁸ 'n Mate van teenstrydigheid bestaan egter in Romeins-Hollandse gesag betreffende die

²⁵ Van Zyl 1985: 91. Kyk ook Voet *Commentarius* : 3 5 5 en 3 5 9; Groenewegen *De Leg Abr ad* : D 3 5; De Vos 1987: 84 en 215; Visser 2008: 570. Wat betref die kontroversiële aard en uitleg van hierdie teks, kyk Van Zyl 1970: 22-28 en Van Zyl 1985: 90-99.

²⁶ Kyk Van Zyl 1970: 42-45, 51-52, 57-58, 64-68, 77-79, 85-86; Van Zyl 1985: 91 vn 396.

²⁷ Die *glossator* Martinus het in sodanige omstandighede nie slegs 'n retensiereg aan die *mala fide possessor* toegeken as 'n middel waarmee hy vergoeding vir sy uitgawes kon afdwing nie, maar ook 'n aksie gebaseer op ongeregtigde verryking.

²⁸ Van Zyl 1985: 94 vn 417.

vraag of 'n aksie aan die *mala fide possessor* toegeken behoort te word om sy uitgawes mee te verhaal.²⁹

Ten spyte van die duidelike gesag vervat in D 3 5 5 5 en die aanvaarding van die beginsel wat daarin voorkom deur die Romeins-Hollandse reg, is daar in verskeie Suid-Afrikaanse beslissings geweier om 'n aksie gebaseer op ongeregverdigde verryking, of andersins, aan die *mala fide gestor* wat in sy eie belang opgetree het, toe te staan. Die sake wat hier ter sprake kom, is **Bernstein v Tayler**,³⁰ **Amod Salie v Ragoon**³¹ en **Shaw v Kirby**.³²

In 'n latere beslissing, **Van Staden v Pretorius**,³³ was die feite analoog aan dié van die **Shaw**-saak hierbo genoem. Die eiser het naamlik die verweerder se skuld, sonder enige versoek of magtiging daartoe, betaal met die uitsluitlike doel om homself daardeur te bevoordeel. Op grond van sodanige betaling het die eiser toe 'n eis teen die verweerder ingestel vir terugbetaling van die betrokke bedrae deur hom betaal. Die hof verwys na Voet se *Beginnelsen des Rechts*³⁴ en kom tot die gevolgtrekking dat dit nie op onderhawige saak van toepassing is nie omdat nóg *mandatum* nóg *negotiorum gestio* per sprake is. Die volgende word voorts deur Vieyra R bygevoeg:

²⁹ Groenewegen *De Leg Abr ad* : D 3 5 en Voet *Commentarius* : 3 5 5; 3 5 9 herhaal dat die Romeinse beginsel geldige reg is. Grotius *Inleidinge* : 3 1 15 het die beginsel uitgebrei na *mala fide* en *bona fide possessors*, hoewel Van der Keessel *Prael ad Gr* : 2 10 8 en *Th* : 212 214 onwillig was om die *mala fide possessor* by te staan deur aan hom 'n aksie toe te staan. Kyk verder Groenewegen *De Leg Abr ad* : D 3 5; *ad* : Inst 2 1 30; Van der Linden *Suppl ad Voet* : 3 5 14; Van Leeuwen *Cens For* : 2 5 10; *RHR* : 2 6 4; Voet *Beginnelsen des Rechts* : 3 28 7; 3 30 4; Van Bynkershoek *Obs Tum* : 303; Pauw *Obs Tum Nov* : 12 558; Pothier *Contrat de Mandat* : par 190-193; Van Zyl 1985: 91-95; Visser 2008: 570-571.

³⁰ Op 266.

³¹ Op 103.

³² 1924 GWL 33: 36. Rubin 1958a: 44 merk tereg op dat hierdie saak nie te ernstig opgeneem kan word nie aangesien dit nie 'n enkele verwysing na Suid-Afrikaanse gemene reg of regspraak bevat nie, maar aan die hand van die Engelse reg beslis is.

³³ 1965 (1) SA 852 (T).

³⁴ 3 30 4.

"The payment was in any event not made for the benefit of the defendant but of the plaintiff himself." ³⁵

Hierdie uitspraak het hewige kritiek uitgelok³⁶ en daar moet met Van Zyl³⁷ saamgestem word dat dit in die lig van die uitgebreide saakwaarnemingsaksie van D 3 5 5 5 nie korrek kan wees nie. 'n Treffende uiteensetting van wat die korrekte regsposisie rondom hierdie punt behoort te wees, word deur De Vos³⁸ verskaf:

"Wat is die juiste posisie dan? Kort en bondig dit, dat iemand wat 'n ander se sake behartig, bv. deur sy skulde te betaal, maar dit doen om homself te bevoordeel en nie, of nie slegs, met die voordeel van die *dominus* in gedagte nie ... wel 'n aksie as *gestor* kan instel. Dit is egter nie die gewone *contraria* – aksie waarmee die *gestor* al sy uitgawes kan eis nie, maar 'n abnormale of *quasi actio negotiorum gestorum contraria*, wat beperk is tot die *dominus* se werklike verrykingsaksie. Dit is in wese 'n verrykingsaksie wat onder die vlag van *negotiorum gestio* vaar".

Daar is egter 'n aantal Suid-Afrikaanse beslissings waarin die Howe 'n suiwerder benadering betreffende onderhawige aangeleentheid gevolg het. In **Prince qq Dieleman v Berrange, alias Anderson**³⁹ is daar met goedkeuring na die verrykingsaksie van die *mala fide gestor* verwys as gesag vir die aard van die

³⁵ Op 854.

³⁶ Kyk byvoorbeeld De Vos 1965: 229-231 en Beuthin 1965: 468. Van Zyl 1985: 97 vn 430 verwys na die saak van **Turkstra v Massyn** 1959 (1) SA 40 (T) wat ook gehandel het oor die betaling van 'n ander se skuld en waarin die Hof skynbaar die uitgebreide saakwaarnemingsaksie as moontlike remedie tot beskikking van die persoon wat die skuld betaal het, misken het. Hierdie saak is eweneens deur Scholtens 1959: 266-271 gekritiseer.

³⁷ Van Zyl 1970: 155.

³⁸ 1965: 230.

³⁹ 1 Menzies (1830) 435.

saakwaarnemingsaksie wat teen die minderjarige ingestel kan word.⁴⁰ In **Stoll's Trustee v Kriege and Bosman**⁴¹ het die Hof eweneens bevind dat betaling van 'n ander se skuld, in belang van die betaler, aanleiding gee tot 'n verhaalsreg teen die persoon wie se skuld betaal is. Ook in **Harman's Estate v Bartholomew**⁴² blyk dit asof die Hof die beginsel soos uiteengesit in D 3 5 5 5 aanvaar.

Volle erkenning is egter verleen aan die aksie van die *mala fide gestor* in die belangrike saak van **Odendaal v Van Oudtshoorn**.⁴³ Die feite van die saak was kortliks die volgende: C het A se besigheid gekoop, maar B, 'n groothandelaar, het geweier om voort te gaan om goedere aan die besigheid te voorsien tot tyd en wyl A die bedrag geld wat hy nog aan C verskuldig was, betaal het. Aangesien C die voorraad nodig gehad het, het hy die uitstaande bedrag aan B betaal met die uitsluitlike bedoeling om in sy eie belang op te tree en nie om A te bevoordeel nie. Hierdie betrokke bedrag word nou deur C van A geëis.

In sy uitspraak verwerp die Hof vroeëre beslissings⁴⁴ wat versuim het om erkenning te verleen aan die aksie wat voortvloei uit *quasi-negotiorum gestio* waar die *gestor* in sy eie belang opgetree het. Na oorweging van 'n verskeidenheid bronne laat die Hof hom as volg uit:

“Vir my kom dit voor, as die werke van die ou sowel as die moderne skrywers nagegaan word, dat daar eintlik weinig twyfel kan bestaan dat die aksie wat aan die “*gestor*” toegestaan word in omstandighede soortgelyk as die wat hier onder bespreking is op die beginsel van ongeregverdigde verryking gegrond is. Weliswaar

⁴⁰ Kyk paragraaf 6.2 hierbo.

⁴¹ 3 Menzies (1835) 448.

⁴² 1955 (2) SA 302 (N): 308.

⁴³ 1968 (3) SA 433 (T).

⁴⁴ Spesifiek **Shaw v Kirby** 1924 GWLD 33 en **Van Staden v Pretorius** 1965 (1) SA 852 (T).

is daar nie eenstemmigheid oor die naam van die aksie nie. Sommige sien dit as 'n uitbreiding of uitbouing van die *actio negotiorum gestorum contraria*. Ander noem dit 'n *quasi actio negotiorum gestorum contraria*. Daar word ook na verwys as 'n *actio utilis* of selfs onder ander benaminge ... Na my mening is dit voldoende om te weet dat ons gemene reg die bestaan van 'n grond van aksie in sulke omstandighede erken het en dat ongegronde verryking die beginsel is wat ten grondslag van daardie aksie gelê het".⁴⁵

Die Hof wys verder daarop dat ontkenning van 'n algemene verrykingsaksie vir die Suid-Afrikaanse reg in **Nortje en 'n Ander v Pool NO**⁴⁶ nie die erkenning van die uitgebreide saakwaarnemingsaksie raak nie, aangesien dit wel binne die aanwendingsgebied van 'n erkende verrykingsaksie van ons reg tuisgebring kan word.⁴⁷

Navolging van die bevinding in die **Odendaal**-saak⁴⁸ dat die *gestor* wat 'n ander se skuld in sy eie belang betaal 'n verrykingsaksie tot sy beskikking het, het in die saak van **Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd**⁴⁹ geskied. Daarmee is die beginsel soos uiteengesit in D 3 5 5 5 onteenseglik in ons reg bevestig.⁵⁰

Erkenning van verrykingsaanspreeklikheid blyk egter problematies te wees waar 'n derde party byvoorbeeld 'n ander se skuld vereffen wat op die punt staan om te verjaar of ten opsigte waarvan die moontlikheid van kwytskelding bestaan

⁴⁵ Op 438 H – 439 A.

⁴⁶ 1966 (3) SA 96 (A).

⁴⁷ Op 441 G – 442 A.

⁴⁸ 1968 (3) SA 433 (T).

⁴⁹ Op 387 F.

⁵⁰ Van Zyl 1985: 99. Kyk ook van Zyl 1970: 153-159 betreffende die ontwikkeling van *mala fide gestio* in Suid-Afrikaanse regspraak oor die algemeen; Visser 2008: 573.

volgende op skikkingsonderhandelinge met, of ontslag deur die betrokke krediteur.⁵¹ Dit is reeds deur Voet⁵² aangevoer dat die derde party se terugvorderingsreg in sodanige omstandighede nie onbeperk kan wees nie.⁵³ In **Odendaal v Van Oudtshoorn**⁵⁴ is aan die hand gedoen dat die redelikheid van die derde party se optrede in hierdie omstandighede relevant mag wees tot die vraag of die verryking van die skuldenaar ongeregverdig was al dan nie.

Hoewel Van Zyl⁵⁵ ietwat onseker is oor wat die hof sou bedoel het deur aan te dui dat die *gestor* redelik moes optree ten einde 'n eis te mag instel, kom hy tog tot die slotsom dat indien daarmee bedoel word dat die *gestio utiliter coeptum* moes geskied het, geen kaspie daarteen gemaak kan word nie.

Die saak van **Maritime Motors (Pty) Ltd v Von Steiger**⁵⁶ dien as voorbeeld van 'n geval waar die eiser hom onsuksesvol beroep het op onderhawige vorm van verrykingsaanspreeklikheid, juis omdat hy nie redelik opgetree het tydens sy inmenging in die belange van 'n ander nie. Die eiser het hier opgetree as agent van die verweerder en 'n motorvoertuig namens hom verkoop. In weerwil van die verweerder se weiering daartoe, en sonder dat daar enige regsbasis daarvoor bestaan het, gaan die eiser voort om die kansellasië van die betrokke koopkontrak te aanvaar. Hy gaan selfs verder en betaal sonder magtiging 'n bedrag oor aan die bank wat die aankoop van bogenoemde voertuig finansier het. Die eiser het nie die bedoeling gehad om tot voordeel van die verweerder op te tree nie en het ook nie onder die foutiewe indruk verkeer dat hy die belange van die verweerder op die hart dra nie. Sy optrede is inderwaarheid gemotiveer deur 'n poging om sy goeie naam en reputasie te beskerm en kan allermins as

⁵¹ Van der Merwe ea 2003: 493.

⁵² *Commentarius* : 3 5 10.

⁵³ Dit wil sê in omstandighede waar die skuldenaar 'n belang daarin gehad het dat die betrokke skuld nie afgelos moet word nie.

⁵⁴ Op 438. Kyk Van der Merwe ea 2003: 493; Sonnekus 2007: 177; **B & H Engineering v First National Bank of SA Ltd** 1995 (2) SA 279 (A).

⁵⁵ 1985: 99.

⁵⁶ 2001 (2) SA 584 (SOK).

utiliter coeptum jeens die verweerder beskou word, daarom kon hy nie staatmaak op ongeregverdigde verryking, vermoedelik in terme van die uitgebreide aksie van die *negotiorum gestor*, om 'n suksesvolle eis in te stel nie.

In **Blesbok Eiendomsagentskap v Cantamessa**⁵⁷ het 'n eiendomsagentskap 'n bedrag van R1 316-00 van die verweerder geëis, synde die uitgawe wat dit aangegaan het om 'n waardasie van 'n sekere eiendom te bekom wat die voorwerp gevorm het van 'n koopkontrak tussen die verweerder en die derde party. Van Zyl R bevind dat selfs indien die eiser nie die bestaan van 'n lasgewingsooreenkoms kon bewys nie, die eis steeds sou geslaag het op grond van ongeregverdigde verryking. Aangesien die eiser egter sou opgetree het ter bevordering van sy eie belange (*sui lucri causa*), naamlik om die kommissie voortspruitend uit die verkoping te verseker, sou hy nie geregtig gewees het om te steun op die gewone saakwaarnemingsaksie nie, maar sou hy gebruik moes maak van die "uitgebreide" weergawe daarvan.⁵⁸

4 Behartiging van 'n ander se belange deur die *gestor* onder die *bona fide* oortuiging dat dit sy eie is

Waar 'n *gestor* die belange van 'n ander behartig onder die *bona fide* indruk dat dit sy eie is, is hy net soos die *mala fide gestor* geregtig om vergoeding vir sy

⁵⁷ 1991 (2) SA 712 (T).

⁵⁸ Ook in **ABSA Bank Ltd t/a Bankfin v Stander t/a CAW Paneelkloppers**: 945C word dit deur Van Zyl R beklemtoon dat die "*gestor*" in die uitgebreide weergawe van die saakwaarnemingsaksie nooit bedoel het om die belange van die eienaar van die saak te behartig nie, maar dat hy deurgaans bedoel het om in eie belang op te tree. Kyk egter die kritiek van Sonnekus 2007: 178 vn 130 teen hierdie beslissing. Kyk verder na die saak van **WP Koöperatief Bpk v Louw** 1995 (4) SA 978 (K) waar die eiser die skuld van die verweerder jeens derdes vereffen het. Hoewel die spesifieke verrykingsaksie tot beskikking van die eiser nie deur die hof genoem is nie, is Sonnekus 2007: 180 van mening dat dit hier moontlik oor 'n uitgebreide saakwaarnemingsaksie gegaan het.

noodsaaklike en nuttige uitgawes van die *dominus* te eis. Die omvang van sy eis word beperk tot die mate waarin die *dominus* ongeregverdig verryk is.⁵⁹

Die oorsprong van hierdie aksie word gevind in 'n teks van die Romeinse juris, Africanus, soos weerspieël in D 3 5 48.⁶⁰ Indien hierdie teks met D 12 1 23 saamgelees word, blyk dit duidelik dat die aksie wat aan die *gestor* in onderhawige omstandighede verleen word, die uitgebreide *actio negotiorum gestorum* is wat as 'n verrykingsaksie funksioneer.⁶¹

Van Zyl⁶² wys daarop dat die uitgebreide saakwaarnemingsaksie van die *bona fide gestor* in vroeë Middeleeuse regsontwikkeling algemeen as geldige remedie aanvaar is. Hoewel weinig verwysings hierna in Romeins-Hollandse bronne voorkom, bestaan besliste aanduidings dat die Romeins-Hollandse reg dit eweneens aan die *bona fide gestor* wat 'n ander se belange behartig het onder die indruk dat dit sy eie is, toegeken het.⁶³

Wat die Suid-Afrikaanse reg betref word weinig, tog duidelike gesag in hierdie verband aangetref. In **Klug and Klug v Penkin**⁶⁴ het die agent van die eisers herstelwerk aan die verweerder se huis verrig onder die *bona fide* maar foutiewe indruk dat dit aan die eisers behoort. Die eisers het vervolgens terugbetaling geëis van die kostes wat in verband met die herstelwerk aangegaan is, welke eis gebaseer was op die verweerder se verryking.

⁵⁹ Van Zyl 1985: 100; Sonnekus 2007: 181; Scholtens 1951: 136 stel 'n bykomstige kwalifikasie vir die aanwending van hierdie aksie, naamlik dat die vordering wel as egte saakwaarnemingsaksie moes kon geslaag het as dit nie vir die enkele aspek van die dwaling van die *gestor* was nie.

⁶⁰ Van Zyl 1985: 100; Visser 2008: 571. Kyk Van Zyl 1970: 29-36 betreffende die probleme en twispunte wat daar in verband met hierdie teks bestaan.

⁶¹ Van Zyl 1985: 100.

⁶² Van Zyl 1985: 101; Van Zyl 1970: 58-60.

⁶³ Voet *Commentarius* : 3 5 13; Van Zyl 1985: 104; De Vos 1987: 85. Pothier *Contrat de Mandat* : par 189-193. In par 190 van hierdie bespreking word die aksie van die *mala fide gestor* van D 3 5 5 5 feitlik gelykgestel aan dié van die *bona fide gestor* van D 3 5 48.

⁶⁴ 1932 CPD 401.

Op appèl⁶⁵ verwys die Hof na Voet⁶⁶ en Digesta 3 5 en bevind dat die eisers “onder die algemene beginsel” ’n aksiegrond teen die verweerder het en derhalwe daarop geregtig was om hul noodsaaklike en nuttige uitgawes te verhaal. Volgens Van Zyl⁶⁷ is dit duidelik dat daar met hierdie “algemene beginsel” daarna verwys word dat niemand op ’n ongeregverdigde wyse ten koste van ’n ander verryk moet word nie. Hy doen aan die hand dat hoewel dit nie uitdruklik deur die Hof vermeld is nie, die aksie wat aan die eisers toegeken is niks anders as die uitgebreide *actio negotiorum gestorum* van D 3 5 48 is wat sonder twyfel deur die Hof in **Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd**⁶⁸ aanvaar is.

In **Absa Bank Ltd t/a Bankfin v Stander t/a CAW Paneelkloppers**⁶⁹ het ene Kent ’n motorvoertuig van ’n motorhandelaar, Motortown, ingevolge ’n afbetalingsooreenkoms gekoop wat bepaal het dat eiendomsreg eers na haar sal oorgaan by betaling van die volle koopprys. Motortown het hierna sy eienaarskap van die voertuig aan Absa Bank (die appellant), wat die kooptransaksie gefinansier het, gesedeer. Terwyl Kent in besit van die voertuig was, het sy dit aan Bezuidenhout geleen wat in ’n ongeluk daarmee betrokke was. Bezuidenhout het die voertuig aan Stander (die respondent) gelewer om herstel te word en was Stander te alle relevante tye onder die indruk dat Bezuidenhout die eienaar daarvan was. Bezuidenhout het later verdwyn en kon nie deur die respondent opgespoor word nie. Die respondent was verder onsuksesvol in sy pogings om Kent te oorreed om vir die herstelwerk te betaal.

⁶⁵ In die landdroshof is ’n eksepsie gehandhaaf dat die betrokke eis nie ’n skuldoorsaak openbaar het nie.

⁶⁶ *Commentarius* : 3 5 12.

⁶⁷ 1985: 105.

⁶⁸ Op 388 A-D. Kyk ook Wessels 1951: par 3573; Rubin 1958a: 38; Van Zyl 1970: 152-153.

⁶⁹ 1998 (1) SA 939 (K).

Eventueel het die appellant die *rei vindicatio* teen die respondent ingestel ten einde die voertuig terug te vorder en het ook aansoek vir beslaglegging daarvan gedoen hangende die finale bevel. Die respondent het die aksie teengestaan maar nie die aansoek vir beslaglegging nie. Hy het 'n teeneis ingestel gebaseer op die argument dat die verbeterings aan die motor redelik, noodsaaklik en nuttig was en dat die appellant derhalwe ongeregverdig ten koste van die respondent verryk is. Die teeneis is in die landdroshof toegestaan en die appellant het teen dié bevel appelleer.

Op appèl word ten gunste van die respondent beslis en tipeer Van Zyl R die betrokke verrykingeis as volg:

“[I]n as much as Stander never had the intention to manage Absa’s affairs, he cannot be regarded as an (ordinary) *negotiorum gestor*. His legal position can, however, be construed as that of a *bona fide gestor* who has managed the affairs of the *dominus*, Absa, in the mistaken belief that he has managed his own affairs in the sense of complying with his obligations in terms of his agreement with Bezuidenhout”.⁷⁰

Visser⁷¹ argumenteer dat die situasie in **B & H Engineering v First National Bank of SA Ltd**⁷² ook binne onderhawige kategorie tuisgebring kan word. In hierdie saak het die bank verkeerdelik 'n bedrag aan die nemer van 'n tjek (B & H Engineering) uitbetaal nadat die trekker (SAPCO) sodanige uitbetaling gestop het, waarna die bank gepoog het om die bedrag van die tjek van die nemer te

⁷⁰ Op 957. In **McCarthy Retail Ltd v Shortdistance Carriers CC** 2001 (3) SA 482 (HHA) op 490 (per Schutz AR) en 495 (per Harms AR) is egter bevind dat die gepaste verrykingsaksie in soortgelyke omstandighede die aksie van die *bona fide* okkupeerder is. Vir kritiek teen hierdie beslissing kyk Sonnekus 2007: 186-187.

⁷¹ 2008: 580.

⁷² 1995 (2) SA 279 (A).

verhaal. Die eis het nie geslaag nie omdat die hof van mening was dat die nemer nie in die omstandighede voorhande verryk is nie.⁷³

Die hof het verder aan die hand gedoen dat die uitgebreide aksie van die *negotiorum gestor* in bogenoemde situasie tot beskikking van die bank mag wees om die betrokke uitbetaling van die trekker te verhaal.

“It is not necessary to consider whether the principles of *quasi negotiorum gestio* are strictly and literally applicable to facts such as the present. Even if they are not, this case is so closely analogous, and the need for equitable relief so clamant, that an action on the grounds of unjustified enrichment should lie”.⁷⁴

Volgens Visser⁷⁵ is bogenoemde geval verteenwoordigend van ‘n situasie waar die bank *bona fide* van voornemens is om sy eie belange te bevorder deur die nakoming, altans so het dit gemeen in daardie stadium, van die kontrak wat tussen die bank en sy kliënt bestaan het. Inderwaarheid het die bank egter deur sy optrede die belange van die kliënt bevorder deur laasgenoemde se skuld te betaal.

Inaggenome die erkenning van die *mala fide gestor* se aksie, kan daar weinig twyfel bestaan dat ‘n aksie vir die verhaal van sy noodsaaklike en nuttige uitgawes aan die *gestor* toegestaan sal word wat ‘n ander se belange behartig onder die *bona fide* indruk dat dit sy eie is, veral in die lig van die ontwikkeling

⁷³ Op 294 I: “My conclusion ... is that B & H was not enriched by the payment of the cheque in question since, ... its receipt of the amount of the cheque was balanced by its loss of a claim against SAPCO. Its nett financial position was unchanged”.

⁷⁴ Op 294 van die hofverslag.

⁷⁵ 2008: 581.

van die beginsel van verryking met betrekking tot *bona fide* en *mala fide possessio*.⁷⁶

5. Behartiging van 'n ander se belange in stryd met 'n uitdruklike verbod van die *dominus*

In die Romeinse reg het die behartiging van 'n ander se belange in stryd met sy uitdruklike verbod (*domino prohibente*) nie aanleiding gegee tot 'n aksie vir die verhaal van die *gestor* se uitgawes nie, nie teenstaande behoorlike verrigting van die *gestio*.⁷⁷

Skrywers van die Middeleeue en later was egter ten spyte van besware daarteen deur sekere juriste bereid om 'n aksie gebaseer op die ongeregverdigde verryking van die *dominus* aan die *gestor* te verleen.⁷⁸ Pothier⁷⁹ as Franse eksponent van die *ius commune* het hom egter sterk uitgespreek ten gunste van 'n aksie vir die *gestor* in hierdie omstandighede, welke aksie gebaseer was op die algemene beginsel van natuurlike geregtigheid dat niemand ten koste van 'n ander verryk behoort te word nie.

'n Teësinigheid word onder sekere Romeins-Hollandse skrywers aangetref om 'n aksie gebaseer op ongeregverdigde verryking of andersins aan die *gestor* wat *domino prohibente* opgetree het, toe te staan.⁸⁰ Ander egter, waaronder die

⁷⁶ Van Zyl 1985: 105; Whitty en Van Zyl 2004: 391 vn 2; Kyk par 6 hieronder.

⁷⁷ C 2 18 24. Vergelyk D 3 5 7 3; 11 7 14 13 en 17 1 40. Van Zyl 1977: 316.

⁷⁸ Kyk Van Zyl 1970: 48-50, 55 en 61-62 wat betref die andersdenkende standpunte wat onder andere deur sekere *glossatore* (byvoorbeeld Martinus), *ultramontani* (byvoorbeeld Révigny) en *kommentatore* (byvoorbeeld Cynus, Albericus en Castransis) hieroor ingeneem is.

⁷⁹ *Contrat de Mandat* : par 182 waar hy hierdie aksie "*l' action générale in factum* " noem. Kyk Van Zyl 1970: 71-73.

⁸⁰ Kyk byvoorbeeld Huber *HR* : 3 28 8; *Prael ad Inst* : 3 28 2 en *Prael ad D* : 3 5 3; Van der Keessel *Prael ad Gr* : 3 27 5; Van der Linden *Koopmans Handboek* : 1 15 15 1. 'n Soortgelyke teësinigheid kom in Duitse gesag van die pre-kodifikasie periode voor – kyk Van Zyl 1970: 81-82 en 88; Visser 2008: 572.

gesaghebbende Voet⁸¹ en Groenewegen⁸² ressorteer, is van mening dat 'n aksie aan die *gestor* verleen moet word vir die verhaal van noodsaaklike en nuttige uitgawes op die basis van ongeregverdigde verryking, soos wat die geval met die *mala fide gestor* en *mala fide possessor* is.⁸³

Wat Suid-Afrikaanse regspraak betref, is 'n aksie waar die *gestio domino prohibente* geskied het in enkele vroeëre beslissings van die hand gewys.⁸⁴ In **Colonial Government v Smith and Company**⁸⁵ het die Hof egter, met 'n beroep op Voet en Groenewegen, die teenoorgestelde standpunt ingeneem:

“Now the usual conception of a *negotiorum gestor* is one who, without express mandate, carries on the business, or who protects the property of another who is absent or who is incapable of acting for himself. As a rule, if the owner is present, or is unwilling or forbids the business being done, the unauthorized agent cannot force his services upon such owner ... Voet, in his title *De Negotiis Gestis*, admits the general rule founded on the civil law to be that a person is not liable for expenses incurred against his consent, but he points out the injustice of allowing one person to be enriched to the injury of another, and adds that nowadays it was admitted rather that moneys so expended could be recovered (3, 5, 11) and he adds that his view of the law was also held by Groenewegen and other Roman-Dutch jurists ... The claim is certainly an equitable one, and

⁸¹ *Commentarius* : 3 5 11.

⁸² *De Leg Abr ad* : C 2 18 (19) 24 wat die mening huldig dat die Romeinse verbod soos vervat in C 2 18 24 waarvolgens 'n *gestor* wat *domino prohibente* opgetree het 'n aksie ontsê is, in Holland herroep is. Kyk verder Van Zyl 1970: 96-97 en Van Zyl 1985: 107.

⁸³ Visser 2008: 572-573 en De Vos 1987: 84 is egter skepties of daar met vertroue gesê kan word dat hul siening die heersende mening verteenwoordig het. Kyk egter die kontrasterende opinie van Van Zyl 1970:96 ev in verband hiermee.

⁸⁴ Kyk byvoorbeeld **Ryneveld v The Wine Depot** 2 Menzies (1833) 185 en **Union Bank v Beyers**; **Union Bank v Du Toit** 3 SC (1881) 89: 102.

⁸⁵ 18 SC (1901) 380.

in my opinion our law, possibly differing from English common law, allows the outlay to be recovered".⁸⁶

Volgens Van Zyl⁸⁷ bestaan daar min twyfel dat die aksie wat hier aan die *gestor* toegestaan word inderwaarheid die uitgebreide *actio negotiorum gestorum* is wat as 'n verrykingsaksie funksioneer.

In **Odendaal v Van Oudtshoorn**⁸⁸ het die Hof egter by monde van De Kock R in 'n *obiter dictum* 'n mate van twyfel uitgespreek of die moderne Suid-Afrikaanse reg ontvanklik sal wees vir die bestaan van 'n aksie aan die *gestor* wat *domino prohibente* opgetree het. Hoewel hierdie *obiter dictum* die kritiek van sekere skrywers ontlok het,⁸⁹ het daar by verskeie ander ook 'n onwilligheid bestaan om 'n aksie in hierdie omstandighede aan die *gestor* te verleen.⁹⁰

Enige twyfel wat daar mag bestaan het na aanleiding van bogemelde, is geheel en al uit die weg geruim deur die saak van **Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd**⁹¹ waar 'n aksie aan 'n *gestor* toegestaan is wat 'n

⁸⁶ Op 392. Vergelyk ook **Colonial Cabinet Manufacturing Co v Wiid** 1927 CPD 198; **Pretorius v Van Zyl**: 230.

⁸⁷ 1985: 109.

⁸⁸ Op 437G-438B.

⁸⁹ Kyk byvoorbeeld Van Zyl 1970: 152; Lotz en Brand 2009: par 223 vn 4 en De Vos 1987: 214-215.

⁹⁰ Kyk Wessels 1951: par 3562-3567; John 1951: 74; Joubert 1979: 128; De Vos 1987: 84. Rubin 1958a: 30ev doen aan die hand dat daar selfs geargumenteer kan word dat die *gestor* wat *domino prohibente* opgetree het, nie die bedoeling kon gehad het om die *dominus* onder 'n verpligting te plaas nie. Met verwysing na die saak van **Colonial Government v Smith and Company** 18 SC (1901) 380 waar die hof egter bereid was om 'n verrykingsaksie aan die *gestor* te verleen, stel hy op p 33 die volgende voor: "It seems to me ..., that our courts cannot do justice either to the *gestor* or to the *dominus prohibens* by applying the principle of enrichment without some qualification. In order to do justice to both, our courts should have regard to two distinct considerations, (a) whether the *dominus* has, in fact, been enriched by the *gestio* at the *gestor's* expense, and (b) whether it was, in all the circumstances, reasonable for the *gestor* to ignore the prohibition of the *dominus*". Hierdie voorstel word deur De Vos 1987: 215 onderskryf.

⁹¹ 1979 (2) SA 383 (K). Vir 'n bespreking van hierdie saak kyk Scholtens 1979: 175-177 en Nathan 1979: 14-16.

ander se skuld betaal het om homself te bevoordeel (*sui lucri causa*) en sodanige betaling geskied het in stryd met die uitdruklike verbod van die *dominus* (*domino prohibente*). 'n Voorbehoud wat egter deur die Hof bygevoeg is, bepaal dat 'n persoon nie toegelaat word om na willekeur in 'n ander se sake in te meng nie, maar dat sodanige bemoeiing toegelaat sal word as dit noodsaaklik is "in order to do justice between man and man" en indien daar "some just cause" bestaan vir die verontagsaming van die *dominus* se verbod daarop.⁹²

Gebaseer op bogenoemde beslissing formuleer Sonnekus⁹³ die volgende vereistes aan die hand waarvan bepaal moet word of die betaling in die lig van die tersaaklike omstandighede nie op 'n onaanvaarbare bemoeienis deur die eiser neerkom nie:

- (a) billikheid moet tussen die partye seëvier;
- (b) die bemoeiing deur die "gestor" mag nie sinloos of nodeloos wees nie – dus moet die inmenger 'n duidelike eie belang kan aantoon;
- (c) beide die betrokke partye moet 'n duidelike eie belang in die aangeleentheid hê;
- (d) geen sinnelose negering van die *dominus* se belange of opdragte nie;
- (e) *iusta causa* om wense van die *dominus* te negeer in 'n gees van goeie buurmanskap;
- (f) die *dominus* darf nie na die tyd daar slegter aan toe te wees as wat hy by ontstentenis van die bemoeiing sou wees nie".

⁹² Op 392 D-H, 395. Kyk Van der Merwe ea 2003: 493.

⁹³ 2007: 171.

Rubin⁹⁴ en De Vos⁹⁵ verklaar dat die voorbehoud neergelê deur die hof in die saak van **Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd**⁹⁶ redelik en noodsaaklik is. Van Zyl⁹⁷ huldig egter die mening dat daar nie steun te vinde is vir bogemelde voorbehoud in die gemene reg of ander gesag nie, en stel voor dat benewens om te vereis dat ongeregverdigde verryking van die *dominus* ten koste van die *gestor* moes plaasgevind het, ons howe versigtig moet wees om enige kwalifikasies te heg aan die aard van die *gestio domino prohibente*. Volgens Eiselen en Pienaar⁹⁸ is die standpunt van Van Zyl in beginsel die korrekte een. Hulle voer aan dat 'n subjektiewe beoordeling van of die optrede van die *gestor* regverdig of onregverdig was nie die kriterium behoort te wees nie, maar wel of verryking en verarming plaasgevind het in omstandighede waar dit redelik is om van die *dominus* te verwag om die *gestor* te vergoed.

Visser⁹⁹ se standpunt is egter dat bogenoemde saak verkeerd beslis is en derhalwe nie gevolg behoort te word nie. Hy meen dat die hof, tydens afweging van die betrokke partye se belange, nie voldoende waarde geheg het aan die beginsel van vryheid nie. Deur die vermeende *gestor* toe te laat om hom te bemoei met die sake van die *dominus* terwyl duidelike getuienis bestaan dat laasgenoemde daarteen gekant is, veroorsaak volgens Visser¹⁰⁰ 'n uitkalwing van die *dominus* se outonomie wat die skaal té veel laat swaai teen die behoud van vryheid as sodanig.

⁹⁴ 1958a: 33.
⁹⁵ 1987: 215.
⁹⁶ 1979 (2) SA 383 (K).
⁹⁷ 1985: 110.
⁹⁸ 2008: 199.
⁹⁹ 2008: 586.
¹⁰⁰ 2008: 586-587.

In **Kunneke v Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk**¹⁰¹ het die bank in stryd met 'n uitdruklike bepaling in die ooreenkoms met sy mandant opgetree deur tjeks wat nie die voorgeskrewe tweede handtekening namens die betrokke BK bevat het nie, tóg uit te betaal. Die bank het sy optrede probeer regverdig deur aan te voer dat hy in die proses tog in belang van die BK opgetree het deur bestaande skulde van die BK teenoor die derde te delg. Uit die getuienis voor die hof het dit egter geblyk dat die bank nooit werklik bedoel het om bewustelik die belange van die mandant te bevorder nie en dat dit hoogstens bedoel het om in eie belang sy vermeende kontraktuele verpligtinge jeens sy kliënt na te kom.¹⁰²

Met verwysing na die beginsels soos uiteengesit in die saak van **Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd**¹⁰³ beslis Stafford R derhalwe dat die bank hom nie suksesvol kan beroep op die onderhawige aanwending van die uitgebreide saakwaarnemingsaksie as verrykingsvordering nie.¹⁰⁴ Daar word verder bevind dat die bank se optrede neergekom het op presies die teenoorgestelde van wat vereis word "to do justice between man and man".¹⁰⁵

In sy bespreking van die **Kunneke**-saak¹⁰⁶ wys Visser¹⁰⁷ daarop dat hoewel die betrokke regter met goedkeuring verwys het na die bogenoemde Taylam-beginsel, hy nie bereid was om dié beslissing se erkenning van 'n verrykingsaksie ten spyte van die bestaan van 'n kontraktuele verhouding tussen die betrokke partye na te volg nie. Hy spreek derhalwe sy bedenkinge uit of dié beginsel werklik so diep in die Suid-Afrikaanse reg ingegrawe is, juis omdat die

¹⁰¹ 1997 (3) SA 300 (T).

¹⁰² Op 313 D.

¹⁰³ Naamlik dat dit in die Suid-Afrikaanse reg in sekere omstandighede moontlik is dat die *gestor*, wat in stryd met die wense van die *dominus* optree, vergoeding kan eis deur gebruik te maak van die uitgebreide saakwaarnemingsaksie.

¹⁰⁴ Op 312 H.

¹⁰⁵ Op 312.

¹⁰⁶ 1997 (3) SA 300 (T).

¹⁰⁷ 2008: 583-586.

oorspronklike toepassing daarvan op 'n situasie waar daar 'n kontrak tussen die betrokke eiser en verweerder bestaan het, nog nooit in 'n ander saak onderskryf is nie.¹⁰⁸

6. *Negotiorum gestio en possessio*

Gedurende na-klassieke Romeinse regsontwikkeling is die aksie van die *mala fide gestor* wat die sake van 'n ander tot sy eie voordeel (*sui lucri causa*) behartig het, uitgebrei na die terrein van *possessio* insoverre dit deurgaans ook aan die *mala fide possessor* toegestaan is vir uitgawes aangegaan ten opsigte van die eiendom van 'n ander.¹⁰⁹ Insgelyks het daar reeds so vroeg as die Middeleeue 'n neiging bestaan om 'n *bona fide possessor* as 'n *bona fide gestor* te behandel, en om beide se eise vir vergoeding vir verbeterings as verrykingseise te hanteer.¹¹⁰

Joubert en Van Zyl¹¹¹ wys daarop dat die Romeins-Hollandse skrywers van die sewentiende en agtiende eeu hul bykans sonder uitsondering verlaat het op die uitgebreide saakwaarnemingsaksie insoverre dit besitsremedies aangegaan het.¹¹² Hierdie ontwikkeling het ook in die moderne Suid-Afrikaanse reg weerklank gevind, hoewel dit volgens Van Zyl¹¹³ aanvanklik nie deur duidelikheid gekenmerk is nie.

¹⁰⁸ In die saak van **Maritime Motors (Pty) Ltd v Von Steiger** 2001 (2) SA 584 (SOK) was die eiser se beroep op die onderhawige remedie eweneens onsuksesvol gewees.

¹⁰⁹ Hierdie uitbreiding blyk duidelik uit *inter alia* die *glos actionem* op D3 5 5 5 waarvolgens die *glossator* Martinus sowel 'n retensiereg as 'n aksie gebaseer op ongeregverdigde verryking aan die *mala fide possessor* toegestaan het. Kyk Van Zyl 1970: 44.

¹¹⁰ Die *glossator* Martinus stel eweneens voor dat 'n *bona fide possessor* geregtig was op 'n *utilis actio negotiorum gestorum* om die waarde van verbeterings aangebring aan die eiendom van 'n ander te verhaal. Kyk Van Zyl 1970: 46; Visser 2008: 642-643.

¹¹¹ 2009: Par 40.

¹¹² Daar het egter nie eenstemmigheid bestaan wat betref die toepassing van die *actiones negotiorum gestorum* op die gebied van *possessio* nie. Van der Keessel *Prael ad Gr* : 2 10 8 en *Th* : 212 214 is byvoorbeeld bereid om slegs die *bona fide possessor* met 'n aksie by te staan, terwyl die volgende skrywers 'n aksie aan sowel *bona fide* as *mala fide possessors* toeken: Grotius *Inleidinge* : 3 1 15, Van Leeuwen *Cens For* : 1 2 5 10; *RHR* : 2 6 4 en Groenewegen *De Leg Abr ad* : I 2 1 30 en *ad* : C 218 24.

¹¹³ 1985: 111.

Die skakel tussen besit en *negotiorum gestio* het ook reeds vroeg in 'n aantal Suid-Afrikaanse hofbeslissings na vore gekom insoverre die beginsel ontvou het dat die *gestor* wat verbeterings aan die eiendom van 'n ander aangebring het, net soos die *possessor* geregtig is op 'n aksie om vergoeding vir sodanige verbeterings te verhaal.¹¹⁴ So is daar in **Nortjé en 'n Ander v Pool NO**¹¹⁵ *obiter* deur Rumpff AR beslis dat die *bona fide possessor* as *gestor* wel 'n uitgebreide saakwaarnemingsaksie vir verbeteringe kan hê. Bevestiging vir hierdie standpunt kan gevind word in die volgende woorde van Jansen R in die saak van **Gouws v Jester Pools**¹¹⁶:

“The only specific action which merits careful consideration is the action of the bona fide occupier for compensation in respect of his utiles impensae. De Vos considers this a manifestation of a general action based on unjustified enrichment [Verrykingsaanspreeklikheid 2 ed 140-8], but it must now be seen merely as a modern extension of the specific action given to the bona fide possessor in Roman-Dutch Law, which, in turn, according to De Vos (p. 60), could be construed as “n uitgebreide actio negotiorum gestorum”.”¹¹⁷

¹¹⁴ Kyk byvoorbeeld **De Beers Consolidated Mines v London and South African Exploration Company** 10 SC (1893) 359: 369; **Wiplinger v Wax** 1933 EDL 60. Vergelyk ook **Colonial Government v Smith and Company** 18 SC (1901) 380; **Rademeyer and Others v Rademeyer and Others** : 8H – 9A en 10G.

¹¹⁵ Op 120F. Ondersteuning vir hierdie standpunt word uitgespreek deur Scholtens 1966: 392. Van Zyl 1970: 161-162 wys daarop dat dit dan ook die aksie is wat Scholtens en Rumpff AR nie slegs aan die *possessor* wil gee nie maar ook logieserwys aan die *detentor* of houer van 'n ander se sake. Kyk ook Eiselen en Pienaar 2008: 260-261.

¹¹⁶ 1968 (3) SA 563 (T).

¹¹⁷ Op 575.

Aan die hand van die beslissing in **New Club Garage v Milborrow and Son**¹¹⁸ word 'n verdere skakel tussen *possessio* en *negotiorum gestio* deur Van Zyl¹¹⁹ uitgewys. Hier het die hof bevind dat 'n motorhawe-eienaar wat die motorvoertuig van 'n ander herstel het, geag word 'n *gestor* te wees van sodanige persoon en dat hy as *bona fide* en onskuldige *possessor* van die voertuig geregtig was op 'n retensiereg vir die noodsaaklike en nuttige uitgawes deur hom aangegaan.¹²⁰ Waar die *gestor* besit van die saak verloor het ten opsigte waarvan hy uitgawes aangegaan het en hy derhalwe nie 'n retensiereg kan uitoefen nie, wil dit voorkom asof die *gestor*, net soos die *possessor* wat verbeterings aan 'n ander se eiendom aangebring het, oor 'n aksie ter verhaling van vergoeding vir sodanige verbeterings beskik.¹²¹

Opsommenderwys kan met Van Zyl¹²² saamgestem word dat wanneer die verhouding tussen *possessio* en *negotiorum gestio* van naderby beskou word, dit wil voorkom asof daar in alle gevalle waar 'n *possessor* verbeterings aan die eiendom van 'n ander aangebring het, hy as 'n *gestor* ten opsigte van sodanige persoon beskou kan word, met dien verstande dat die aksie tot sy beskikking in hierdie omstandighede nie die gewone *actio negotiorum gestio* is nie maar wel die uitgebreide vorm daarvan wat as verrykingsaksie funksioneer.¹²³

¹¹⁸ Op 100.

¹¹⁹ 1985: 112.

¹²⁰ Kyk ook **Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze and Sons** 1970 (3) SA 264 (A); **Hochmetals Africa (Pty) Ltd v Otavi Mining Co (Pty) Ltd** 1968 (1) SA 571 (A); Nathan 1974: 101-106; De Vos 1974: 308-314.

¹²¹ Kyk **De Beers Consolidated Mines v London & SA Exploration Company**: 369; **Wipplinger v Wax**: 68-70; **Nortjé en 'n Ander v Pool NO** 1966 (3) SA 96 (A); **Gouws v Jester Pools (Pty) Ltd** 1968 (3) SA 563 (T). Vergelyk **Rademeyer and Others v Rademeyer and Others** 1968 (3) SA 1 (K); **Ploughall (Edms) Bpk v Rae** 1971 (1) SA 887 (T); **Soane v Lyle NO** 1980 (3) SA 183 (D); De Vos 1987: 41, 79-81 en 191-192.

¹²² 1985: 112.

¹²³ 'n Verdere uitbreiding van die uitgebreide *actio negotiorum gestorum* as verrykingsaksie om ook as remedie te dien vir die kontrakteur en subkontrakteur in analoë gevalle wat voortspruit uit *locatio conductio operis* of *locatio conductio operarum* word deur Van Zyl 1985: 113 in die vooruitsig gestel. Kyk ook Joubert en Van Zyl 2009: par 40 en die gesag aldaar deur die outeurs in voetnoot 7 aangehaal.

7. Indirekte verryking

Twee van die algemene vereistes vir verrykingsaanspreeklikheid, naamlik (1) dat die verryking *sine causa* moes geskied het, en (2) dat dit ten koste van iemand anders (die verarmde party) moes plaasgevind het, veroorsaak normaalweg nie enige probleem in situasies waar slegs die verarmde en verrykte partye betrokke is nie. Die toevoeging van 'n derde party tot die scenario gee egter aanleiding tot die interessante verskynsel wat as indirekte verryking bekend staan en wat al heelwat omstredenheid en onsekerheid in die Suid-Afrikaanse reg veroorsaak het.¹²⁴

In die saak van **Buzzard Electrical (Pty) Ltd v 158 Jan Smuts Avenue Investments (Pty) Ltd en 'n Ander**¹²⁵ het die Appèlhof onderskeid getref tussen twee soorte indirekte verryking, naamlik:

- (i) In die eerste geval waar A, die verarmde party, noodsaaklike of nuttige verbeterings aangebring het aan die eiendom van E, die eienaar in terme van 'n kontrak met B, die derde party; en
- (ii) In die tweede geval waar A, die subkontraakteur, noodsaaklike of nuttige verbeterings aangebring het aan die eiendom van E, die eienaar, in terme van 'n subkontrak met

¹²⁴ Eiselen en Pienaar 2008: 204. Honoré 1960: 253 verklaar byvoorbeeld dat ons regstelsel sommige gevalle van derde party verryking erken, terwyl De Vos 1987: 346-350 die bestaan van of regverdiging vir sodanige aksie heftig ontken, *inter alia* omdat dit in stryd is met die "ten koste van"-vereiste vir 'n verrykingsaksie en ewenseens in stryd is met die beginsels in verband met *paritas creditorum*. Steun vir die standpunt van Honoré kan onder andere gevind word in die bydraes van byvoorbeeld Scholtens 1968: 371-379 en Van Zyl 1985: 117-118. Kyk verder vir 'n bespreking van hierdie probleem Leech 1994: 695; Sonnekus 1996: 1-19, 583-591 en 1997: 383-390; Visser en Miller 2000: 594-617.

¹²⁵ 1996 (4) SA 19 (A).

B, die hoofkontraakteur. In hierdie geval is die verbeterings aangebring as gevolg van die hoofkontrak tussen E en B.

Die vraag wat ontstaan, is of die verbeteraar A hierbo direk teen E kan optree op grond van ongeregverdigde verryking indien dit sou blyk dat hy om watter rede ookal, nie in staat is om sy uitgawes of skade van B te verhaal nie?

Die Appèlhof het beslis dat verrykingsaanspreeklikheid nie tot stand gekom het wat betref die tweede geval waarna hierbo verwys is nie omdat die verryking nie *sine causa* was nie as gevolg van die bestaan van die hoofkontrak tussen E en B en ook omdat die eienaar nie verryk is nie.¹²⁶ Die waarde van die verbeterings is verreken teenoor die aanspreeklikheid van E om B in terme van die ooreenkoms te betaal en E se boedel het derhalwe nie as gevolg van die gebeure vergroot nie. Die hof het egter die vraag in verband met die eerste geval waarna hierbo verwys is, onbeantwoord gelaat.¹²⁷

Sonnekus¹²⁸ is die mening toegedaan dat daar in beginsel geen verskil is tussen bogenoemde twee gevalle van indirekte verryking nie. Volgens hom slaag nie een van die gevalle die *sine causa* – vereiste nie omdat die verarming in beide

¹²⁶ Hierdeur word die uitspraak in **Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze and Sons** 1970 (3) SA 264 (A) op hierdie punt omver gewerp, en word teruggekeer na die posisie soos uiteengesit in **Gouws v Jester Pools (Pty) Ltd** 1968 (3) SA 563 (T) en **Wynland Construction (Pty) Ltd v Ashley-Smith en Andere** 1985 (3) SA 798 (A).

¹²⁷ Voorbeelde van hierdie soort indirekte verryking kan in die volgende regspraak gevind word: **United Building Society v Smookler's Trustees and Golombick's Trustee** 1906 TS 623; **Savory v Baldochi** 1907 TS 523; **Anderson & Co v Pienaar & Co** 1922 TPD 435; **New Club Garage v Milborrow and Son** 1931 GWLD 86; **Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze and Sons** 1970 (3) SA 264 (A); **Standard Kredietkorporasie Bpk v JOT Motors (Edms) Bpk h/a Vaal Motors** 1986 (1) SA 223 (A); **Gouws v Jester Pools (Pty) Ltd** 1968 (3) SA 563 (T); **ABSA Bank Ltd t/a Bankfin v Stander t/a CAW Paneelkloppers** 1998 (1) SA 939 (K). Kyk ook Visser en Miller 2000: 594-617.

¹²⁸ 1996: 1 ev; 1997: 383 ev.

gevalle die gevolg is van 'n kontrak tussen die verarmde party en die derde party en derhalwe *cum causa* is.¹²⁹

In die saak van **ABSA Bank Ltd t/a Bankfin v Stander t/a CAW Paneelkloppers**¹³⁰ het die Kaapse Hoë Hof egter die benadering wat die Appèlafdeling in die **Buzzard Electrical**-saak gevolg het, gekritiseer deur die onderskeid wat daarin getref is tussen bogenoemde twee soorte indirekte verryking as gekunsteld en verwarrend te beskryf.

Die feite van hierdie saak is reeds in paragraaf 6.4 hierbo uiteengesit, maar word dit vir doelmatigheidsredes kortliks herhaal: Ene Kent het 'n motorvoertuig gekoop ingevolge 'n afbetalingsooreenkoms wat bepaal het dat eiendomsreg eers na haar sal oorgaan wanneer die volle koopsom betaal is. Die oorspronklike verkoper het alle regte aan die appellant oorgedra, wat die eienaar van die motor geword het. Kent het versuim om die verpligtinge in terme van die ooreenkoms na te kom. Terwyl sy in besit van die voertuig was, het sy dit aan ene Bezuidenhout geleen wat toe in 'n ongeluk daarmee betrokke was. Bezuidenhout het die motor aan die respondent gelewer vir herstelwerk en laasgenoemde was te alle relevante tye onder die indruk dat Bezuidenhout die eienaar daarvan is en dat die herstelwerk op Bezuidenhout se instruksies en vir sy rekening gedoen word. Bezuidenhout het later verdwyn en kon nie deur die respondent opgespoor word nie.

Die appellant het aksie in die vorm van die *rei vindicatio* teen die respondent ingestel en het ook 'n aansoek vir beslaglegging op die motor hangende die finale bevel gebring. Die respondent het die aksie teengestaan maar nie die aansoek vir beslaglegging nie, en het 'n teeneis ingestel gebaseer op die

¹²⁹ Sonnekus 1996: 581-590; 1997: 386-389.

¹³⁰ 1998 (1) SA 939 (K).

argument dat die verbeterings aan die motor redelik, noodsaaklik en nuttig was en dat die appellant ongeregverdig ten koste van die respondent verryk is.

Die hof was die mening toegedaan dat die respondent in hierdie omstandighede as 'n *bona fide gestor* beskou kon word aangesien hy in goeie trou die belange van 'n ander persoon (die appellant) behartig het terwyl hy onder die foutiewe indruk verkeer het dat hy sy eie belange behartig (in die sin dat hy sy verpligtinge ingevolge die ooreenkoms met Bezuidenhout nagekom het).¹³¹

In die alternatief het van Zyl R argumenteer dat beleidsoorwegings aandui dat dit onbillik, onregverdig en onredelik sou wees as die respondent geen aksie teen die appellant sou hê nie. Derhalwe is daar volgens die hof in hierdie geval wel 'n aksie beskikbaar, naamlik die uitgebreide saakwaarnemingsaksie, waarmee die respondent vergoeding van die appellant kan verhaal vir die bedrag waarmee die appellant ongeregverdig en ten koste van die respondent verryk is (deur besparing van die herstelkoste).¹³²

Eiselen en Pienaar¹³³ doen aan die hand dat beide die benaderings gevolg in die **Buzzard Electrical-** en **Stander-**sake onderskeidelik in ooreenstemming is met die beginsels van ons reg, dat dit korrek is en derhalwe in die toekoms nagevolg behoort te word.

¹³¹ Op 957 van die hofverslag.

¹³² Op 957 van die hofverslag. Kyk Van der Walt 2002: 376. Kyk verder Van Zyl 1985: 118 vir 'n bevestiging van hierdie beginsel in ons reg.

¹³³ 2008: 205.

HOOFSTUK 7

INGELIGTE TOESTEMMING: SUID-AFRIKA

1. Inleiding

In Suid-Afrika word die regsverhouding tussen geneesheer en pasiënt as 'n algemene reël beheers deur die bestaande kontrak tussen die partye sowel as deur die beginsels van die deliktereg.¹ In terme van beide kontrak en delik word die verkryging van 'n pasiënt se toestemming² of die toestemming van 'n persoon wat namens hom optree, in die afwesigheid van ander regverdigingsgronde,³ allerweë aanvaar as 'n noodsaaklike voorvereiste vir die uitvoering van enige vorm van mediese behandeling,⁴ hetsy van terapeutiese of

¹ Van Oosten 1995: 166; Beard en Midgley 2005: 51; **Van Wyk v Lewis** 1924 AD 438: 443, 450-451, 455; **Correia v Berwind** 1986 (4) SA 60 (Z): 63 ev; **Administrator Natal v Edouard** 1990 (3) SA 581 (A): 588 ev.

² Toestemming as regverdigingsgrond sluit die onregmatigheid van die benadeling wat na bewering deur die pasiënt gely is uit. Neethling ea 2006: 96 wys daarop dat die beginsel dat die dader nie aanspreeklik is nie indien die benadeelde toestemming tot behandeling of die risiko daarvan gegee het, weergegee word in die stelreël *volenti non fit iniuria* ('n gewillige persoon word nie veronreg nie). Hierdie beginsel was al in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg bekend – kyk D 47 10 2 5; Voet *Commentarius*: 47 10 4; De Groot *Inleidinge*: 3 35 8. Vergelyk Van Der Walt en Midgley 2005: 140. Toestemming kan twee verskyningsvorme aanneem, naamlik toestemming tot benadeling en toestemming tot (of aanvaarding van) die risiko van benadeling – kyk Neethling ea 2006: 96; Van Der Walt en Midgley 2005: 140.

³ Byvoorbeeld noodtoestand, magtigende wetgewing en magtiging deur 'n hof. Kyk Van Oosten 1995: 166; Beard en Midgley 2005: 52.

⁴ Van Oosten 1991: 11 wys interessantheidshalwe daarop dat hoewel heelwat Romeinse en Romeins-Hollandse gesag bestaan wat betref aangeleenthede soos mediese nalatigheid, die status en vergoeding van mediese praktisyns en toestemming oor die algemeen, hy geen Romeinse of Romeins-Hollandse gesag in verband met toestemming tot mediese ingrepe as sodanig, en meer spesifiek, inligting as 'n vereiste vir toestemming in die mediese konteks kon opspoor nie. Kyk ook Strauss 1961: oor die algemeen en spesifiek 361 ev, 432 ev en 459 ev; Joubert R se uitspraak in **Verhoef v Meyer** 1975 (T) Ongerapporteerde: 26-27 van die hofrekord.

diagnostiese aard.⁵ Daar kan derhalwe nie van 'n pasiënt verwag word om hom aan behandeling te onderwerp wat hy nie verlang nie, ongeag die feit dat sodanige behandeling pynloos, voordelig en daar geen risiko aan verbonde is nie, en ongeag die feit dat weiering daarvan sy gesondheid ernstig kan benadeel. Versuim om die pasiënt se toestemming te bekom, niesteenstaande die afwesigheid van nalatigheid tydens toediening van die betrokke behandeling en ongeag of sodanige behandeling later blyk tot voordeel van die pasiënt te strek al dan nie, kan aanleiding gee tot deliktuele, kontraktuele en/of strafregtelike aanspreeklikheid van die geneesheer.⁶

In die saak van **Stoffberg v Elliot**⁷ was die feite kortliks die volgende: Die betrokke pasiënt het kanker van die penis onder lede gehad. Hy is in 'n hospitaal opgeneem waar daar 'n operasie op hom uitgevoer is. Nadat hy sy bewussyn herwin het, het hy vasgestel dat sy penis geamputeer is. By monde van

⁵ Strauss en Strydom 1967: 178; Burchell 1978: 197; Burchell 1986: 293; Van Oosten 1989: 444; Strauss 1991: 3; Van Wyk 1992: 28; Van den Heever 1997: 1; Clark 2001: 608; Beard en Midgley 2005: 52; **Zurnamer v Thielke** 1924 CPD 176: 178; **McCallum v Hallen** 1916 EDL 72: 82; **Stoffberg v Elliot** 1923 CPD 148: 149-150; **Lymbery v Jefferies** 1925 AD 236: 240; **Prowse v Kaplan** 1933 EDL 257: 260-261; **Allot v Paterson and Jackson** 1936 SR 221: 224; **Recsei's Estate v Meine** 1943 EDL 227: 283-290; **Layton & Layton v Wilcox & Higginson** 1944 SR 48: 50-51; **Ex Parte Dixie** 1950 (4) SA 748 (W): 751; **Rompel v Botha** 1953 (T) (Ongerapporteerde – soos bespreek in **Esterhuizen v Administrator Transvaal** 1957 (3) SA 710 (T): 719); **Lampert v Hefer** 1955 (2) SA 507 (A): 508; **Richter v Estate Hamman** 1976 (3) SA 226 (K): 232; **Verhoef v Meyer** 1975 (T); 1976 (A) (Ongerapporteerde – soos bespreek in Strauss 1991: 35-36). Vergelyk ook **Palmer v Palmer** 1955 (3) SA 56 (O): 59 en **Phillips v De Klerk** 1983 (T) (Ongerapporteerde – soos bespreek deur Strauss 1991: 29 ev) waar uitdruklik erkenning verleen is aan die pasiënt se outonomie om te besluit of hy hom aan mediese diagnose of behandeling wil onderwerp of nie; **Van Wyk v Lewis**: 451 en **Correia v Berwind**: 63 waar die kontraktuele, en derhalwe konsensuele aard van die geneesheer/ pasiënt-verhouding beklemtoon is.

⁶ Volgens Van Oosten 1995: 167 is die rede hiervoor dat die inbreukmaking deur die geneesheer gemik is teen die pasiënt se fisiese integriteit of *dignitas*/privaatheid eerder as teen sy gesondheid. Kyk Van den Heever 1997: 109; McQuoid-Mason en Dada 1999: 133; Beard en Midgley 2005: 53; Carstens en Pearmain 2007: 676-677. Op 872 wys laasgenoemde outeurs ook op die moontlikheid van dissiplinêre optrede op grond van onprofessionele en onetiese gedrag teen die geneesheer deur die betrokke professionele raad in terme van die Wet op Gesondheidsberoepes 56 van 1974 soos gewysig.

⁷ 1923 CPD 148.

Watermeyer R word daar in die saak as volg erkenning verleen aan die eie persoonlikheid en wil van die mens:

“In the eyes of the law every person has certain absolute rights which the law protects. They are not dependant on statute or upon contract, but they are rights to be respected, and one of the rights is absolute security to the person... Any bodily interference with or restraint of a man’s person which is not justified in law, or excused in law or consented to, is a wrong...”

en verder:

“... A man by entering a hospital does not submit himself to such surgical treatment as the doctors in attendance upon him might think necessary... by going into hospital he does not waive or give up his right to say what operation he will submit to, and unless his consent to an operation is expressly⁸ obtained, any operation performed upon him without his consent is an unlawful interference with his right of security and control of his own body...”⁹

In *Ex Parte Dixie*¹⁰ word ‘n soortgelyke standpunt deur die hof ingeneem jeens die uitvoering van ‘n operasie sonder die pasiënt se toestemming daartoe:

“... such an operation cannot lawfully be performed without the consent of the patient, or, if he is not competent to give it, that of some persons in authority over his person. The fact that he is a patient in this hospital does not entitle those in charge of it to perform any surgical operation upon him which they may consider beneficial. They would only be justified in performing a major

⁸ Aangesien regsgeldige toestemming óf uitdruklik óf stilswyend verleen kan word, word die korrektheid van hierdie stelling van Watermeyer R in twyfel getrek deur onder andere Strauss en Strydom 1967: 187 en Van Oosten 1991: 35. Kyk ook Gordon ea 1953: 155.

⁹ Op 149.

¹⁰ Op 751.

operation without consent where the operation is urgently necessary and cannot with due regard to the patient's interest be delayed."

In **Phillips v De Klerk**¹¹ is die pasiënt se reg op selfbeskikking bevestig deurdat erkenning verleen is aan die betrokke pasiënt se reg om mediese behandeling te weier.¹²

Daar bestaan egter sekere uitsonderings op die reël dat 'n pasiënt moet toestem tot enige vorm van behandeling of operasie wat op hom uitgevoer word, naamlik:

- (a) 'n Pasiënt is soms statutêr verplig om hom in belang van openbare gesondheid te onderwerp aan byvoorbeeld 'n inentingsveldtog of een of ander vorm van behandeling;¹³
- (b) In die geval van 'n noodsituasie waar 'n pasiënt in 'n bewustelose of semi-bewustelose toestand na die geneesheer gebring word, is laasgenoemde ook daarop geregtig om in te gryp sonder die pasiënt se toestemming.¹⁴
- (c) 'n Persoon kan ook sonder sy toestemming behandel word waar hy as gevolg van sy ouderdom of geestestoestand onbevoeg is om te stem.¹⁵

In plaas van toestemming is 'n "beroepsreg om te genees" in ooreenstemming met wat die geneesheer meen in die pasiënt se beste belang is, al voorgehou as

¹¹ TPD Maart 1983 (Ongerapporteerde).

¹² Hierdie saak het gehandel oor die weiering van 'n Jehovah Getuie om 'n bloedoortapping te ontvang, en, derhalwe oor sy reg om te sterf.

¹³ Strauss 1991: 3. Kyk ook Van den Heever 1997: 43 vn 3 vir voorbeelde van magtigende wetgewing.

¹⁴ Strauss 1991: 3.

¹⁵ McQuoid-Mason en Strauss 17(2) LAWSA (2^{de} uitg.): par 32.

regverdigingsgrond vir mediese behandeling. Strauss en Strydom¹⁶ wys egter daarop dat dié idee nie veel guns geniet nie omdat dit tot gevolg kan hê dat die geneesheer daardeur as't ware gelisensieër word om na goeddunke teen die wil van die pasiënt in te gryp. Smit¹⁷ huldig ook die mening dat die erkenning van 'n "beroepsreg" sal beteken dat die individu se reg op selfbeskikking ontken word.

Dit is belangrik om daarop te let dat onderskeid getref kan word tussen die begrippe "wil" en "toestemming". Strauss¹⁸ wys daarop dat eersgenoemde begrip steeds laasgenoemde ten grondslag lê en dat daar alleenlik van toestemming sprake kan wees indien daar 'n manifestasie van die wilsinhoud na buite blyk. So kan 'n pasiënt byvoorbeeld heeltelmal gewillig wees om 'n operasie te ondergaan, maar alvorens hy sy houding kenbaar maak het, het hy nog nie tot die uitvoering daarvan toegestem nie.

2. Kenmerke van toestemming as regverdigingsgrond

2.1 Toestemming tot benadeling is 'n eensydige handeling.¹⁹

Dit is derhalwe nie nodig dat toestemming noodwendig aan die dader bekendgemaak hoef te word nie. Die bestaan van 'n ooreenkoms, kontrak of

¹⁶ 1967: 178; Van Oosten 1991: 49; Henly ea 1995: 1277; Van den Heever 1997: 28.

¹⁷ 1983: 282.

¹⁸ 1963: 11. Hier beskryf die outeur dié twee begrippe soos volg: "Die begrip 'wil' wanneer in verband gebring met 'n benadeling wat iemand aangedoen word, behels die geestesinstelling van 'n intelligente mens teenoor 'n bepaalde toedrag van sake waarmee hy bekend is, en die aard waarvan hy begryp. Hierdie geestesinstelling is dat die willende die toedrag van sake begeer, of uit eie beweging goedkeur of minstens nie afkeur nie, dit wil sê daarmee genoeë neem of tevrede is dat dit intree of bestaan. Toestemming in dieselfde verband gebesig, is vir my 'n wilsdaad waaruit dié geestesinstelling van begeerte tot, goedkeuring of versoening met die besondere toedrag van sake te kenne gegee word; dus die manifestasie van die wilsinhoud."

¹⁹ Neethling en Potgieter 2010: 111; Van der Merwe en Olivier 1989: 89-90; Van der Walt en Midgley 2005: 141,144.

onderhandelinge tussen die benadeelde en dader op grond waarvan die dader van aanspreeklikheid onthef word, word nie vereis nie.²⁰

2.2 Toestemming is 'n regshandeling wat beperkend op die benadeelde se regte inwerk.²¹

Toestemming sal slegs as regshandeling kwalifiseer indien dit deur een of ander vorm van gedrag bekend gemaak word.²² Toestemming hoef nie net uitdruklik deur byvoorbeeld woorde verleen te word nie, maar kan ook stilswyend gemanifesteer word deur byvoorbeeld die wyse waarop die benadeelde optree.²³

2.2.1 Uitdruklike toestemming

Die pasiënt kan uitdruklik tot die geneeskundige ingreep toestem by wyse van spraak of in skrif.²⁴ Toestemming word gewoonlik verleen deur 'n versoek aan 'n geneesheer te rig om 'n besondere behandeling of operasie uit te voer. Hoewel daar in ons reg nie onderskeid getref word tussen uitdruklike en stilswyende toestemming insoverre dit die regsgeldigheid daarvan aangaan nie, sal skriftelike toestemming deur die pasiënt natuurlik latere bewyslewering aansienlik vergemaklik.²⁵ By ernstige ingrypings is die verkryging van skriftelike toestemming hoogs wenslik, maar dit sou onprakties wees om vir elke geringe

²⁰ Van der Walt en Midgley 2005: 141; Neethling ea 2006: 97.

²¹ Van der Merwe en Olivier 1989: 91; Van der Walt en Midgley 2005: 144; Neethling en Potgieter 2010: 112.

²² Van Oosten 1991: 18-19; Van der Walt en Midgley 2005: 144; Neethling ea 2006: 97; **R v Taylor** 1927 CPD 16: 20; **Esterhuizen v Administrator Transvaal**: 720.

²³ Van der Merwe en Olivier 1989: 90; Van der Walt en Midgley 2005: 144; Neethling ea 2006: 97; Snyman 2002: 128; **Waring and Gillow Ltd v Sherborne** 1904 TS 340: 344-345; **Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Mathee** 1917 AD 688: 703; **Stoffberg v Elliot** 1923 CPD 148; **Maartens v Pope** 1992 (4) SA 883 (N).

²⁴ Strauss en Strydom 1967: 187.

²⁵ Strauss en Strydom 1967: 187.

prosedure daarop aan te dring.²⁶ Gewoonlik word skriftelike toestemming vereis van 'n pasiënt wat tot die hospitaal toegelaat word of op wie 'n operasie uitgevoer gaan word.²⁷

2.2.2 Stilswyende toestemming

Deur 'n geneesheer na sy huis te ontbied of hom te gaan spreek in verband met 'n kwaal, stem 'n pasiënt stilswyend toe tot die behandeling wat na oordeel van die geneesheer tot sy voordeel sal strek.²⁸ Toestemming kan ook geskied deur blote stilswyende onderwerping aan die behandeling.²⁹ In **Esterhuizen v Administrator Transvaal**³⁰ was die verweer teen 'n klag van aanranding daarop gebaseer dat daar na bewering stilswyende toestemming verleen is tot die toediening van x-straalbehandeling op 'n minderjarige. Die verweer het in effek behels dat deur die hospitaal binne te gaan om aldaar behandel te word, en dan inderdaad behandeling te ontvang vir die kwaal waaraan sy gely het, die minderjarige en haar ouers stilswyend toegestem het tot watter behandeling ook al die hospitaalpersoneel geoordeel het noodsaaklik was. Hierdie verweer word egter verwerp omdat die pasiënt en haar ouers onbewus was van die gevolge en risiko's van die behandeling.

“Indeed if it is to be said that a person consented to bodily harm or to run the risk of such harm, then it presupposes, so it seems to me, knowledge of that harm or risk; accordingly mere consent to undergo x-ray treatment, in the belief that it is harmless or being

²⁶ Strauss 1967: 9 en 330 waar die outeur daarop wys dat 'n pasiënt wat tot 'n operasie toegestem het, ook tot prosedures wat daarmee saamgaan moet toestem, byvoorbeeld die toediening van narkose.

²⁷ McQuoid-Mason en Strauss 17(2) LAWSA (2^{de} uitg): par 33.

²⁸ Strauss 1991: 4.

²⁹ Strauss en Strydom 1967: 187.

³⁰ 1957 (3) SA 710 (TPA).

unaware of the risks it carries, cannot in my view amount to effective consent to undergo the risk or the consequent harm.”³¹

Blote berusting of stilsweye deur die pasiënt is nog nie toestemming nie,³² maar waar 'n wilsvermoënde pasiënt hom aan mediese behandeling, waarvan die aard en gevolge aan hom bekend is, onderwerp sonder om enige weerstand te bied of protes aan te teken, sal die afleiding gewoonlik gemaak word dat hy stilswyend toegestem het.³³ Sodanige afleiding is egter nie geregverdig in stryd met 'n uitdruklike verbod deur die pasiënt op die uitvoering van 'n sekere operasie op hom nie. Toestemming deur die pasiënt verleen tot 'n klein operasie beteken nie dat hy daardeur ook tot die uitvoering van 'n groter, omvangryker ingryping toegestem het nie.

2.3 Toestemming moet die benadeling voorafgaan³⁴

Neethling *et al*³⁵ wys daarop dat “instemming” na afloop van die daad nie toestemming is nie maar dat dit moontlik aanduidend kan wees van 'n ooreenkoms om nie 'n eis teen die dader op grond van sy onregmatige optrede in te stel nie ('n *pactum de non petendo*).³⁶

2.4 Toestemming moet deur die benadeelde persoon self gegee word

³¹ Per Bekker R op 719H van die hofverslag. Kyk ook Van Oosten 1991: 17 vn 14.

³² Smit 1975: 259; Burchell 1986: 297; Van der Merwe en Olivier 1989: 90; Snyman 2002: 126; **R v Taylor**: 20. Neethling ea 2006: 97 wys daarop dat blote kennis of wete dat behandeling gaan intree natuurlik ook nie op toestemming sal neerkom nie.

³³ McQuoid-Mason en Strauss 17(2) LAWSA (2^{de} uitg): par 33.

³⁴ Van Oosten 1991: 18-19; Van den Heever 1997: 24; Van der Walt en Midgley 2005: 144; Neethling en Potgieter 2010: 112.

³⁵ 2006: 98.

³⁶ Van der Merwe en Olivier 1989: 102-103; Van der Walt en Midgley 2005: 141, 144; Neethling ea 2006: 98, 101-102; **Jameson's Minors v CSAR** 1908 TS 575.

Volgens Snyman³⁷ moet die toestemming in beginsel deur die benadeelde persoon self gegee word, maar kan iemand anders in uitsonderlike gevalle namens die benadeelde toestemming verleen, byvoorbeeld 'n ouer wat toestemming gee dat 'n operasie op sy minderjarige kind uitgevoer word of 'n kurator wat toestem dat 'n geestesongestelde mediese behandeling ondergaan.³⁸

3. Vereistes waaraan toestemming moet voldoen

Of daar in 'n besondere geval toegestem is, is 'n feitevraag³⁹ wat bewys moet word met inagneming van 'n verskeidenheid beginsels soos vervat in die bepalings van die Grondwet⁴⁰, die toepaslike beginsels van die gemenerereg, relevante wetgewing, regspraak en mediese etiek. Alvorens gegewe toestemming as regsgeldig beskou sal word, moet daar aan die volgende vereistes voldoen word:

3.1 Toestemming moet vrywillig gegee word

In die eerste plek moet toestemming vrywillig, sonder dwang, verleen word.⁴¹ Daar kan derhalwe nie sprake wees van regsgeldige toestemming indien dit deur die uitoefening van fisiese geweld of sielkundige druk op die pasiënt verkry is nie. Eweneens word toestemming ongeldig gemaak indien die pasiënt by wyse van 'n bedrieglike voorstelling beweeg is om toe te stem tot een of ander vorm van mediese behandeling.⁴² Burchell⁴³ huldig die mening dat toestemming tot

³⁷ 2002: 128; Van der Merwe en Olivier 1989: 93; Van Oosten 1991: 19.

³⁸ Neethling ea 2006: 98.

³⁹ Claassen en Verschoor 1992: 59; Neethling ea 2006: 98.

⁴⁰ Wet 108 van 1996.

⁴¹ Snyman 2002: 126; Smit 1975: 259; Van der Merwe en Olivier 1989: 92; Van Oosten 1991: 17; Blackbeard 2003: 48; Van der Walt en Midgley 2005: 142-143; Neethling en Potgieter 2010: 113.

⁴² Strauss en Strydom 1967: 188 wys op die Engelse saak, **R v Case**, waar 'n veertienjarige meisie haar aan geslagsgemeenskap met 'n geneesheer onderwerp het nadat hy haar onder die indruk gebring het dat dit deel van die behandeling was. Die geneesheer se

geneeskundige ingryping in sommige gevalle ongeldig gemaak kan word indien die pasiënt deur 'n aanbieding van finansiële voordele daartoe oorgehaal is.

3.2 Toestemming moet nie *contra bonos mores* wees nie

Toestemming sal slegs 'n geldige verweer wees indien die handeling waartoe toegestem is nie in stryd met die openbare belang is nie.⁴⁴ Toestemming tot byvoorbeeld roekelose mediese proefnemings of 'n statutêr verbode beëindiging van swangerskap sal nie 'n geneesheer teen aanspreeklikheid vrywaar nie aangesien sodanige handeling as *contra bonos mores* beskou word.⁴⁵ Hierdie vereiste verskaf egter selde, indien ooit, probleme wanneer 'n pasiënt tot mediese behandeling toestem omdat:

“... hardly anyone will doubt the lawfulness of the infliction of some degree of pain by a medical man who, in accordance with recognized procedures, attempts to cure his consenting patient.”⁴⁶

3.3 Persoon wat toestem moet wilsvermoënd wees

Aangesien toestemming tot benadeling en toestemming tot die risiko van benadeling regshandeling is, moet die persoon wat dit verleen wilsvermoënd wees.⁴⁷ Hy hoef egter nie volkome handelingsbevoeg te wees nie, solank hy net

verweer dat sy toegestem het, is verwerp en hy is skuldig gevind aan aanranding. Kyk ook Beard en Midgley 2005: 57; Carstens en Pearmain 2007: 889.

⁴³ 1986b: 320 waar die outeur sy standpunt aan die hand van die volgende voorbeeld illustreer: Gestel 'n Krugerrand word aan 'n armoedige persoon aangebied as aansporing om as 'n proefkonyn deel te neem aan 'n gevaarlike mediese eksperiment. Volgens Burchell sal enige daaropvolgende toestemming in so 'n geval nie geheel en al as vrywillig beskou kan word nie.

⁴⁴ Van Oosten 1991: 17; Blackbeard 2003: 48; Van der Walt en Midgley 2005: 143; Neethling en Potgieter 2010: 115.

⁴⁵ McQuoid-Mason en Strauss 17(2) *LAWSA* (2^{de} uitg): par 33; McQuoid-Mason en Dada 1999: 133; Beard en Midgley 2005:55.

⁴⁶ Strauss 1964:183. Vergelyk Neethling ea 2006: 100; Snyman 2002: 125-126.

⁴⁷ Snyman 2002: 126 ev; Strauss en Strydom 1967: 189; Smit 1975: 259; Van Oosten 1991: 133; Van der Walt en Midgley 2005:144. Volgens Neethling en Potgieter 2010:

verstandelik ryp genoeg is om die implikasies van sy handeling te besef.⁴⁸ Van der Walt en Midgley⁴⁹ is derhalwe die mening toegedaan dat meerderjarigheid nie noodsaaklik is om toestemming tot benadeling kan gee nie.⁵⁰

Volgens Van der Merwe en Olivier⁵¹ is 'n persoon wilsvermoënd "indien hy verstandelik ryp genoeg is om die implikasies van sy handeling te besef en hy nie geesteskrank is of onder die invloed van verdowingsmiddels wat belemmerend op sy brein inwerk, verkeer nie."

Vervolgens word kortliks aandag gegee aan die vermoë van onderskeidelik kinders, geestesongestelde persone en getroudes om toestemming tot mediese behandeling te verleen.

3.3.1 Getroude persone

As algemene beginsel is iedere eggenoot volkome vry om onafhanklik toe te stem tot 'n geneeskundige ingryping, sonder dat ag geslaan hoef te word op die wil van die ander eggenoot.⁵² Hierdie reg wat toestemming tot mediese behandeling of operasies omvat, word in artikel 12 van die Grondwet van die

114-115 is iemand wilsvermoënd as hy oor die geestesvermoëns beskik om tussen reg en verkeerd te kan onderskei en sy handeling dienooreenkomstig in te rig.

⁴⁸ Neethling ea 2006: 98 – 99.

⁴⁹ 2005: 144.

⁵⁰ Daar bestaan egter nie eenstemmigheid wat hierdie aangeleentheid betref nie. Strauss 1964: 123-124 doen byvoorbeeld aan die hand dat 'n minderjarige wel tot die aantasting van persoonlikheidsgoedere toestemming kan gee maar dat hy nie sonder bystand tot vermoënsbenadeling kan toestem nie omdat dit in laasgenoemde gevalle in wese om besigheidstransaksies gaan waarvoor handelingsbevoegdheid 'n vereiste is. Van der Walt en Midgley 2005: 144 daarenteen meen dat die bevoegdheid om toestemming te kan gee nie op die onderskeid tussen vermoënsbenadeling en persoonlikheidskrenking kan berus nie maar dat 'n bepaalde persoon wilsbevoeg sal wees "if he or she has the mental capability and maturity to evaluate responsibly the nature, extent and implications of the consent or assumption of risk".

⁵¹ 1989: 91.

⁵² Strauss 1991: 5. Carstens en Pearmain 2007: 902 wys daarop dat ingrepe wat betrekking het op die partye se voortplantingsfunksies by wyse van voorbehoeding, sterilisasie en aborsie hierby ingesluit is. Kyk ook Strauss 1991: 5; Sonnekus 1986: 369.

Republiek van Suid-Afrika⁵³ uitgestippel. Wat betref die beëindiging van swangerskappe word uitdruklik in relevante wetgewing⁵⁴ bepaal dat slegs die vrou wat die beëindiging ondergaan se toestemming vereis word. In **Palmer v Palmer**⁵⁵ is bevind dat 'n man sy vrou nie kan dwing om 'n operasie teen haar sin te ondergaan nie.

3.3.2 Geestesongestelde persone

Die vereistes vir die verlening van toestemming waar geestesongesteldes ter sprake is, word in die *Mental Health Care Act*⁵⁶ uiteengesit. Hierdie wet maak uitdruklik voorsiening vir die verskaffing van vrywillige en onvrywillige sorg, behandeling en rehabilitasie aan "mental health care users".⁵⁷

Artikel 9 (1) van die wet bepaal onder andere dat 'n gesondheidsorgverskaffer of gesondheidsinstelling slegs sorg, behandeling en rehabilitasiedienste mag voorsien aan, of 'n "mental health care user" opneem indien sodanige verbruiker daartoe toegestem het. Die element van vrywilligheid is hier voorhande en dui op aanvaarding daarvan deur die wetgewer dat die blote feit dat 'n persoon geestesongesteld is nie *per se* impliseer dat hy onbevoeg is om toestemming te verleen nie.⁵⁸

In die afwesigheid van toestemming mag behandeling of ander dienste deur die behandelende praktisyns of instelling voorsien word indien daartoe gemagtig deur 'n hofbevel of 'n hersieningsraad. Indien as gevolg van die aanwesigheid van geestesongesteldheid, enige vertraging in die voorsiening van sorg of ander

⁵³ 108 van 1996.

⁵⁴ *Choice on Termination of Pregnancy Act* 92 van 1996.

⁵⁵ 1955 (3) SA 56 (O). Mcquoid-Mason en Dada 1999: 133 wys daarop dat een gade nie eers daarop geregtig is om die ander gade te dwing om 'n mediese ondersoek te ondergaan nie.

⁵⁶ Wet 17 van 2002.

⁵⁷ Carstens en Pearmain 2007: 900.

⁵⁸ Carstens en Pearmain 2007: 900.

dienste, aanleiding mag gee tot: (i) die dood of onomkeerbare skade of nadeel aan die verbruiker se gesondheid; of (ii) die aandoen van ernstige skade of nadeel aan homself of ander persone deur die verbruiker; of (iii) die veroorsaking deur die verbruiker van ernstige skade aan of verlies van eiendom wat aan homself of ander persone behoort, mag verdere stappe teen hom geneem word.⁵⁹

Die wet maak ook daarvoor versiening dat iemand namens die verbruiker (pasiënt) kan toestem aan die hand van 'n volmag of vervangende toestemming waar die pasiënt jonger as agtien jaar is of onbevoeg is om besluite te kan neem.⁶⁰ Ingevolge artikel 17 van die wet moet elke gesondheidsdiensverskaffer, alvorens enige sorg, behandeling of rehabilitasiedienste toegedien word, die pasiënt op 'n toepaslike wyse omtrent sy regte inlig (behalwe waar 'n noodgeval soos omskryf in artikel 9(1)(c) van die wet aanwesig is).

3.3.3 Kinders

Beskermende maatreëls in verband met die gesondheid van kinders word in die Kinderwet⁶¹ uiteengesit en vervolgens word aandag geskenk aan die bepalings van artikel 129 daarvan wat handel oor toestemming tot mediese behandeling en chirurgiese operasies.

Bogenoemde artikel bepaal eerstens dat 'n kind⁶² slegs aan mediese - of chirurgiese behandeling onderwerp kan word indien toestemming daartoe ingevolge die bepalings van die wet verleen is.⁶³

⁵⁹ Kyk artikel 9 (1) (c).

⁶⁰ Carstens en Pearmain 2007:901. Die relevante artikels van die wet hier ter sprake, is 26, 27, 31, 32 en 38.

⁶¹ Wet 38 van 2005.

⁶² 'n Kind word in artikel 1 van die wet omskryf as 'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar.

'n Kind mag tot sy mediese behandeling toestem indien hy (a) ouer as twaalf jaar is; en (b) genoegsaam volwasse is en oor die geestesvermoëns beskik om die voordele, risiko's, sosiale en ander implikasies daaraan verbonde te begryp.⁶⁴ Benewens hierdie vereistes moet 'n kind ook behoorlik bygestaan word deur sy ouer of voog ten einde regsgeldige toestemming te kan verleen vir die uitvoer van 'n chirurgiese operasie op hom.⁶⁵

In die geval waar die kind onder die ouderdom van twaalf jaar is, of bo sodanige ouderdom is maar nie genoegsaam volwasse is of in staat is om die voordele, risiko's en sosiale implikasies verbonde aan die behandeling te begryp nie, mag sy ouer of voog toestem tot sy mediese behandeling of die uitvoer van 'n chirurgiese operasie op hom.⁶⁶ 'n Sogenaamde "care-giver" van sodanige kind mag slegs toestem tot sy mediese behandeling en nie tot die uitvoer van 'n chirurgiese operasie op hom nie.⁶⁷

Artikel 129 (6) van die Wet bepaal dat die superintendent van 'n hospitaal, of die persoon wat in sy afwesigheid in beheer van die hospitaal is, in die volgende omstandighede mag toestem tot die mediese behandeling of chirurgiese operasie op 'n kind: (a) indien dit noodsaaklik is om die kind se lewe te bewaar of om die kind te red van 'n ernstige of blywende fisiese besering of gebrek; (b) indien die behoefte aan die behandeling of operasie so dringend is dat dit nie uitgestel kan word ten einde die toestemming te bekom wat andersins vereis sou word nie.

Die relevante minister mag toestem tot die mediese behandeling van die kind of die uitvoer van 'n chirurgiese operasie op hom indien sy ouer of voog: (a)

⁶³ Hierdie bepaling is onderworpe aan artikel 5(2) van die *Choice on Termination of Pregnancy Act* 92 van 1996. Kyk artikel 129 (1) van die wet onder bespreking.

⁶⁴ Artikel 129 (2).

⁶⁵ Artikel 129 (3).

⁶⁶ Onderworpe aan artikel 31 van die onderhawige wet. Kyk artikel 129(4) en (5).

⁶⁷ Artikel 129(4).

onredelik weier om toestemming te gee of om die kind by te staan om toestemming te verleen; (b) onbevoeg is om toestemming te gee of om die kind by te staan om toestemming te verleen; (c) nie geredelik opgespoor kan word nie; of (d) oorlede is.⁶⁸ Die minister mag verder toestem tot mediese behandeling van die kind of die uitvoer van 'n chirurgiese operasie op hom indien die kind onredelikerwys weier om daartoe toe te stem.⁶⁹

'n Hoë Hof of Kinderhof⁷⁰ mag toestem tot die kind se mediese behandeling of die uitvoer van 'n chirurgiese operasie op hom in alle gevalle waar 'n ander persoon wat toestemming in terme van artikel 129 van die wet mag verleen, weier of nie in staat is om sodanige toestemming te verleen nie.⁷¹

Volgens artikel 129(10) mag geen ouer, voog of "care-giver" weier om 'n kind by te staan⁷² of toestemming weerhou⁷³ slegs op grond van geloofs- of ander oortuigings nie, tensy die ouer of voog kan aantoon dat daar 'n medies aanvaarde alternatiewe keuse tot die betrokke mediese behandeling of chirurgiese operasie bestaan.⁷⁴

Artikel 13 van die wet bepaal onder andere dat 'n kind geregtig is op toegang tot inligting in verband met sy gesondheidstatus, asook op inligting wat verband hou met die oorsake en behandeling daarvan.⁷⁵

3.4 Grense van die toestemming

⁶⁸ Artikel 129(7).

⁶⁹ Artikel 129(8).

⁷⁰ Soos verwys na in artikel 42 van die onderhawige wet.

⁷¹ Artikel 129(9).

⁷² Ingevolge artikel 129(3).

⁷³ Ingevolge artikel 129 (4) en (5).

⁷⁴ Artikel 129(10).

⁷⁵ Kyk ook artikel 31 van die Wet wat bepaal dat alvorens 'n persoon wat oor ouerlike verantwoordelikhede beskik, 'n besluit neem oor 'n aangeleentheid wat van groot belang vir die kind is, byvoorbeeld sy gesondheid, hy behoorlike oorweging moet skenk aan die standpunte en wense deur die kind uitgedruk.

Dit spreek vanself dat die aantasting binne die perke van die toestemming moet val.⁷⁶ 'n Geneesheer wat die grense van die verleende toestemming oorskry, sal derhalwe aanspreeklik wees vir inbreukmaking op die pasiënt se reg op fisiese integriteit.⁷⁷ Volgens Van Oosten⁷⁸ moet die toestemming omvattend wees, dit wil sê die geheel van die mediese prosedure moet daardeur gedek word, insluitend die gevolge daaraan verbonde.

3.5 Kennis van die aard en volle omvang van die behandeling

Die persoon wat toestem moet nie net oor blote kennis van die betrokke risiko of benadeling beskik nie,⁷⁹ hy moet ook begryp en verstaan wat die aard en omvang van die benadeling of risiko is.⁸⁰ Neethling ea⁸¹ wys daarop dat die toestemmende persoon hierbenewens inderdaad subjektief moet toestem tot die volle omvang van die aantasting. In **Waring and Gillow Ltd v Sherborne**⁸² merk die hof as volg op:

“(I)t must be clearly shown that the risk was known, that it was realised, and that it was voluntarily undertaken. Knowledge, appreciation, consent – these are the essential elements; but knowledge does not necessarily imply appreciation and both together are not necessarily equivalent to consent.”⁸³

⁷⁶ Neethling ea 2006:101; Van der Walt en Midgley 2005: 142; **Burger v Administrateur, Kaap** 1990 (1) SA 483 (K).

⁷⁷ Beard en Midgley 2005:55.

⁷⁸ 1991: 18-19. Kyk ook Mcquoid-Mason en Dada 1999:133; Blackbeard 2003:53; Van der Walt en Midgley 2005: 142; **Castell v De Greef** 1994 (4) SA 408 (K): 425 I; **Christian Lawyer's Association v Minister of Health and Others** 1998 (4) SA 1113 (T) : 37d.

⁷⁹ Van der Merwe en Olivier 1989: 92; Van der Walt en Midgley 2005: 141; Neethling ea 2006: 99; Snyman 2002: 127.

⁸⁰ Neethling ea 2006: 100; Van der Walt en Midgley 2005:142.

⁸¹ 2006: 100; Van der Merwe en Olivier 1989: 90; Van der Walt en Midgley 2005: 143; Snyman 2002: 127.

⁸² 1904 TS 340.

⁸³ Op 344.

Bogenoemde uiteensetting staan ook bekend as sogenaamde ingeligte toestemming,⁸⁴ 'n konsep wat 'n baie belangrike rol in die geneesheer/pasiënt-verhouding speel en word dit vervolgens in meer detail bespreek.

3.5.1 Ingeligte toestemming

3.5.1.1 Inleiding

Vanuit 'n pasiënt se oogpunt beskou, moet hy dus oor inligting beskik wat die ware en wesenlike feite van die aard en effek van die behandeling sowel as die risiko's daaraan verbonde weerspieël en moet hy sodanige beskikbare inligting verstaan alvorens hy enigsins sy ingeligte toestemming daartoe kan verleen.⁸⁵ Die geneesheer as deskundige word derhalwe met 'n regsplig opgesaal om die nodige inligting aan die pasiënt oor te dra ten einde kennis en begrip, en bygevolg werklike toestemming aan die kant van die pasiënt te verseker.⁸⁶

Volgens Strauss⁸⁷ rus daar vanuit 'n regsoogpunt beskou normaalweg nie 'n plig op 'n geneesheer om sy pasiënt volledig omtrent die betrokke diagnose in te lig nie. Die rede hiervoor is dat 'n diagnose 'n wetenskaplike evaluering van die pasiënt se simptome behels wat op die geneesheer se kennis, vaardigheid en ervaring gebaseer is. Die oordra van die inligting daaraan verbonde sal noodwendigerwys komplekse mediese terminologie insluit wanneer die redes vir die bepaalde diagnose uiteengesit word. Dit sal effektiewe kommunikasie

⁸⁴ Volgens Thomas 2007: 206 weerspieël die terme “ingeligte keuse” of “ingeligte besluitneming” die onderliggende begrip van outonomie beter en behoort dit voorkeur bo ingeligte toestemming te geniet.

⁸⁵ Strauss en Strydom 1967: 209; Smit 1975: 258.

⁸⁶ Van Oosten 1995: 167. Vergelyk **Verhoef v Meyer** 1975 (T), 1976 (A) (Ongerapporteerde, soos bespreek deur Strauss 1991: 35-36); **Edouard v Administrator Natal** 1989 (2) SA 368 (D): 385 E-F. **Mtsetwa v Administrator Natal** 1989 (3) SA 600 (D): 604 F-G; **Pringle v Administrator Transvaal** 1990 (2) SA 379 (W): 381 H-I, 384 A-B; 393 H en 379 A; **Administrator Natal v Edouard**: 585 H; **Applicant v Administrator Transvaal** 1993 (4) SA 733 (T): 739.

⁸⁷ 1991: 8-9. Kyk ook Mcquoid-Mason en Dada 1999: 136.

prakties onmoontlik maak omdat die pasiënt in wese 'n leek is.⁸⁸ Daar bestaan natuurlik uitsonderings op hierdie algemene reël, soos byvoorbeeld: (a) waar 'n pasiënt dit as 'n voorwaarde gestel het alvorens hy sy toestemming tot 'n operasie of behandeling sal verleen; (b) waar die inligting wesenlik is tot die pasiënt se besluit om die behandeling te ondergaan of te weier; en (c) waar dit noodsaaklik is vir terapie en 'n versuim om dit te doen fisiese of sielkundige nadeel vir die pasiënt mag veroorsaak.⁸⁹

Strauss⁹⁰ wys egter tereg daarop dat bogenoemde gemeenregtelike posisie deur nasionale wetgewing vervang is. Artikel 6(1)(a) van die *National Health Act*⁹¹ het in duidelike terme 'n einde gebring aan bogenoemde debat of die openbaarmaking van die diagnose in beginsel verpligtend is al dan nie. In gemelde artikel word daar uitdruklik 'n plig op geneeshere geplaas om pasiënte van hul gesondheidstatus in te lig. Gemelde outeur is van mening dat dit moeilik is om in te sien hoe 'n geneesheer hierdie plig sal nakom tensy die diagnose openbaar gemaak word. Ingevolge die Wet hoef inligting in verband met die pasiënt se gesondheidstatus nie openbaar gemaak te word nie waar dit strydig met sy beste belang sou wees.

Carstens en Pearmain⁹² wys daarop dat die reg op liggaamlike integriteit en outonomie, soos vervat in die Grondwet⁹³, hoogs relevant in die konteks van die openbaarmaking van die diagnose is. Hulle is die mening toegedaan dat dit aanvaar moet word dat 'n geneesheer in die gewone loop van sake verplig sal wees om die diagnose aan die pasiënt te openbaar ten einde uiting te gee aan die beginsel van outonomie. Enige bestaande regverdigingsgrond om nie die diagnose te openbaar nie, behoort slegs afdwingbaar te wees indien dit in terme

⁸⁸ Beard en Midgley 2005: 56.

⁸⁹ Van Oosten 1995: 171; Van den Heever 1997:92; Mcquoid-Mason en Dada 1999: 136.

⁹⁰ 2006: par [130].

⁹¹ Wet 61 van 2003.

⁹² 2007: 673.

⁹³ Artikel 12 (2).

van die Grondwet as 'n geregverdigde beperking beskou kan word.⁹⁴ Indien daar derhalwe nie 'n goeie rede bestaan om die diagnose van 'n pasiënt te weerhou nie, moet dit tesame met ander relevante inligting aan die pasiënt oorgedra word. Sodanige benadering is meer verenigbaar met 'n pasiënt se reg op menswaardigheid, selfbeskikking en outonomie.⁹⁵

'n Verdere vraag wat ontstaan, is of 'n pasiënt in die uitoefening van sy grondwetlike reg om toegang tot inligting te bekom,⁹⁶ daarop geregtig is om toegang tot inligting te versoek (byvoorbeeld die openbaarmaking van 'n diagnose) wat deur 'n geneesheer gehou word.⁹⁷ Ter beantwoording van hierdie vraag moet die bepalings van die *Promotion of Access to Information Act*,⁹⁸ wat spesifiek die lig laat sien is om praktiese effek te gee aan die grondwetlike reg van toegang tot enige inligting wat deur die staat of 'n ander persoon gehou word en wat benodig word vir die uitoefening of beskerming van enige regte, in oorweging geneem word. Carstens en Pearmain⁹⁹ doen aan die hand dat 'n pasiënt se diagnose wel deel vorm van die "persoonlike inligting" waarop in terme van hierdie wet toegang verkry mag word of wat aangevra mag word. Volgens hulle sal 'n poging deur 'n persoon om openbaarmaking van 'n diagnose te bewerkstellig deur hom op die bepalings van die onderhawige wet te beroep in alle waarskynlikheid nie maklik slaag nie aangesien dit wil voorkom asof die bepalings daarin wat die weiering van die verskaffing van inligting in sekere omstandighede verpligtend maak in die pad staan van sodanige toegang en howe noodwendigerwys versigtig sal wees om toegang af te dwing.¹⁰⁰

⁹⁴ Soos voorgeskryf in artikel 36 van die Grondwet 108 van 1996.

⁹⁵ Carstens en Pearmain 2007: 690-691.

⁹⁶ Waarvoor breedweg voorsiening gemaak word in artikel 32 van die Grondwet 108 van 1996.

⁹⁷ Carstens en Pearmain 2007: 673.

⁹⁸ Wet 2 van 2000.

⁹⁹ 2007: 674.

¹⁰⁰ Carstens en Pearmain 2007: 676.

Strauss¹⁰¹ wys daarop dat die gebrek aan ingeligte toestemming, naas aanspreeklikheid op grond van mediese nalatigheid, die belangrikste potensiële aanspreeklikheidsgrond teen geneeshere is. As gevolg van struikelblokke verbonde aan die bewys van nalatigheid aan die kant van die geneesheer, het 'n toenemende aantal pasiënte hul oor die jare begin wend tot die gebrek aan ingeligte toestemming as aksiegrond.¹⁰² In Amerika het dit tot gevolg gehad dat 'n leerstuk van ingeligte toestemming ("doctrine of informed consent") tot stand kom as logiese voortvloeiende van die gemeenregtelike reël dat 'n ongemagtigde operasie die geneesheer aan deliktuele aanspreeklikheid sal blootstel.¹⁰³ Hierdie sogenaamde "doctrine of informed consent" word as volg deur Holder¹⁰⁴ omskryf:

"... the duty to warn a patient of the hazards, possible complications, and expected and unexpected results of standard treatment."

Vir Strauss¹⁰⁵ beteken die begrip ingeligte toestemming:

"... dat daar 'n (positiewe) plig op die geneesheer rus om die pasiënt 'n redelike mate van inligting oor die wesenlike aard van die voorgestelde ingreep en die belangrikste gevolge, newegevolge en risiko's daaraan verbonde te verstrek."

Met verwysing na enkele ander skrywers omskryf Van Oosten¹⁰⁶ die begrip ingeligte toestemming as volg:

¹⁰¹ 1984: 330.

¹⁰² Strauss 1984: 330. Kyk ook Slovenko 1997: 652. Volgens Van Oosten 1992: 633 kan aanspreeklikheid op grond van nie-openbaarmaking op die volgende berus: 'n Afwesigheid van inligting; (b) onvoldoende inligting; of (c) foutiewe inligting.

¹⁰³ Green Koopersmith 1984: 231. Vir 'n regsvergelijkende bespreking van die posisie in die VSA, kyk hoofstuk 8 hieronder.

¹⁰⁴ 1978: 226.

¹⁰⁵ 1996: 492.

¹⁰⁶ 1989: 449.

“... as meaning that the person who consents, knows and appreciates fully what he is consenting to. In turn this is taken to mean that the consenting person must be capable of weighing the advantages against the disadvantages of the medical intervention concerned in such a manner as to be in a position, after due consideration of all possible factors and alternatives, to arrive at an enlightened and rational decision on whether to take the risk or not.”¹⁰⁷

Ingevolge die leerstuk van ingeligte toestemming berus die uiteindelijke besluit om 'n mediese ingreep te ondergaan al dan nie by die pasiënt en nie die geneesheer nie. Hierdie beginsel is van toepassing selfs waar, beskou vanuit die oogpunt van die mediese professie, 'n weiering deur die pasiënt om die voorgestelde ingreep te ondergaan totaal onredelik sal wees en tot die dood van die pasiënt mag lei, en selfs waar die mediese professie die mening huldig dat openbaarmaking van die risiko's en gevare in sodanige omstandighede onnodig of ongewens mag wees.¹⁰⁸ Tensy ander regverdigingsgronde bestaan, sal mediese ingrepe sonder die pasiënt se ingeligte toestemming op die basis van kriteria soos die “beste belang van die pasiënt” en die “geneesheer weet beter”, op die inbreukmaking van die pasiënt se outonomie neerkom.¹⁰⁹

Volgens Morton¹¹⁰ is die leerstuk van ingeligte toestemming 'n manifestasie van die reg se erkenning van die feit dat 'n pasiënt 'n outonome¹¹¹ individu is wat oor

¹⁰⁷ Kyk ook Strauss 1991: 267; Van Wyk 1992: 28; McQuoid-Mason en Dada 1999: 133; **Castell v De Greef** (1994): 425 H; **C v Minister of Correctional Services** 1996 (4) SA 292 (T): 300, 301; Blackbeard 2003: 48; Beard en Midgley 2005: 56.

¹⁰⁸ Van Oosten 2000: 24; **Castell v De Greeff** (1994): 420-421.

¹⁰⁹ Kyk **Stoffberg v Elliot**: 149-150; **Ex Parte Dixie**: 751; **Esterhuizen v Administrator Transvaal**: 718, 720; **Castell v De Greef** (1994): 420-421.

¹¹⁰ 1987: 118. Cohen en Mariano 1982: 173 stel dit soos volg: “The fountainhead of the doctrine of informed consent is the patient's right to exercise control over his own body, ...” Kyk ook Earle 1997: 630.

die keuse beskik om die toediening van mediese behandeling óf te magtig óf te weier. Deur van geneeshere te vereis om die pasiënt se ingeligte toestemming te verkry, poog die leerstuk om ingeligte besluitneming te bevorder.¹¹²

Daar is outeurs wat van mening is dat die vereiste wat deur die reg gestel word om volledige ingeligte toestemming te bekom bykans, indien nie geheel en al nie, onmoontlik is om te bereik.¹¹³ Van Oosten¹¹⁴ wys op die volgende struikelblokke wat onder andere deur die geneesheer oorkom moet word ten einde sy pasiënt se ingeligte toestemming te bekom: (a) Eerstens is dit onprakties om van die geneesheer te verwag om sy volle deskundige kennis en begrip oor te dra; (b) dit mag tot nadeel van die pasiënt se herstelproses wees indien hy ingelig word omtrent die erns van die toestand; (c) terapeutiese ingrepe deur 'n geneesheer uitgevoer veronderstel 'n mate van professionele diskresie; (d) daar mag onsekerheid by die geneesheer bestaan wat betref sy diagnose van die pasiënt se toestand; (e) daar mag alternatiewe metodes van mediese behandeling bestaan vir 'n bepaalde geval; (f) aan baie mediese prosedures is daar 'n sekere mate van risiko verbonde; (g) die gevolge van die behandeling wat onderneem word mag nie heeltemal voorspelbaar wees nie; en (h) daar is die moontlikheid dat die betrokke pasiënt 'n eiesoortige reaksie op die voorgestelde behandeling mag openbaar.

Shuck¹¹⁵ bevraagteken ook die effektiwiteit van die leerstuk in die lig van navorsing wat aantoon dat pasiënte selfs kort na openbaarmaking, verbasend min onthou van die inligting wat aan hulle bekend gemaak is. Hy merk die

¹¹¹ Beard en Midgley 2005: 56 wys daarop dat 'n pasiënt se outonomie inhou dat hy 'n reg tot selfbeskikking het. Volgens Thomas 2007: 203 vorm outonomie die grondslag van ingeligte toestemming.

¹¹² Green Koopersmith 1984: 231.

¹¹³ Kyk byvoorbeeld De Wet 1977: 528.

¹¹⁴ 1989: 450. Kyk ook Strauss 1991:8.

¹¹⁵ 1994: 993-934.

volgende op: "..., anecdotal and social science evidence alike demonstrate that informed consent law in action is often ritualistic, formalistic and hollow."

In die saak van **Castell v De Greef**¹¹⁶ is die leerstuk van ingeligte toestemming onomwonde in die Suid-Afrikaanse reg erken en aanvaar.¹¹⁷ In **Christian Lawyers Association v Minister of Health and Others**¹¹⁸ merk die hof by monde van Mojapelo R die volgende op met verwysing na die begrip van ingeligte toestemming:

"The concept is, however, not alien to our common law. ... More particularly, day to day invasive medical treatment, which would otherwise have constituted a violation of a patient's right to privacy and personal integrity, is justified and is lawful only because as a requirement of the law, it is performed with the patient's informed consent."¹¹⁹

Carstens en Pearmain¹²⁰ wys daarop dat die inwerkingtreding van die *National Health Act*,¹²¹ waarin uitvoerig vir ingeligte toestemming voorsiening gemaak word,¹²² tot gevolg gehad het dat die leerstuk van ingeligte toestemming nou in Suid-Afrika gekodifiseer is.¹²³

3.5.1.2 Omvang van openbaarmakingsplig¹²⁴

¹¹⁶ 1994 (4) SA 408 (K)

¹¹⁷ Kyk Van Oosten 1995: 164; Strauss 1996: 492; Beard en Midgley 2005: 64.

¹¹⁸ [2004] 4 All SA 31 (T).

¹¹⁹ Op 36 g - h.

¹²⁰ 2007: 692-693.

¹²¹ Wet 61 van 2003.

¹²² Kyk artikels 6 en 7.

¹²³ Gemelde wetgewing word hieronder op p 129-132 in meer detail bespreek.

¹²⁴ Vir Burchell 1986a: 294 omvat die geneesheer se openbaarmakingsplig 'n balansering van die konsepte van kliniese oordeel aan die een kant en selfbeskikking aan die ander kant. Volgens hom (op 297) behoort behoorlike aandag aan sowel professionele mediese getuienis as die getuienis van die pasiënt geskenk te word ten einde die omvang van die geneesheer se inligtingsplig te bepaal. Aangesien die verweer van toestemming tot 'n mediese prosedure gebaseer is op die kennis en begrip van die pasiënt, is die

Volgens Skegg¹²⁵ is daar sekere faktore wat die trefwydte van die geneesheer se openbaarmakingsplig beïnvloed, waarvan een die vermoë van die pasiënt is om die twispunte verbonde aan die voorgestelde behandeling te begryp en besluite daaromtrent te neem.¹²⁶ Hy gaan verder deur die volgende te sê:

“Generally speaking, the greater the patient’s capacity to comprehend the issues involved and come to a decision about them, the greater will be the extent of the duty to disclose relevant information. Conversely the more restricted his capacity – whether by reason of his current medical condition, limited intelligence or education, or the complexity of the issues involved – the less may be the extent of any duty to inform.”¹²⁷

Waar die pasiënt ongeletterd is, is ingeligte toestemming vir Ingelfinger¹²⁸ niks meer as ‘n “elaborate ritual, a device...” nie. Smit¹²⁹ laat hom as volg oor hierdie aspek uit:

“The extent of the information and technical detail depends on the patient’s mental development end educational level.”

Sommer¹³⁰ is egter onseker of die omvang van openbaarmaking van die vlak van die pasiënt se geletterdheid moet afhang. Hy meen dat sodanige kriterium

gemoedstoestand en verwagtings van ‘n individuele pasiënt volgens hom belangrike faktore wat in ag geneem behoort te word.

¹²⁵ 1988: 88-92. Die mate waarin die pasiënt inligting omtrent die behandeling verlang en die belangrikheid van die prosedure is van die ander faktore wat deur die outeur gemeld word.

¹²⁶ Van Oosten 1991: 450-451 stel voor dat die volgende aspekte onder andere ook ‘n invloed kan uitoefen: (i) die aard van die pasiënt se siekte; (ii) die dringendheid en belangrikheid van die voorgestelde ingreep; (iii) die kundigheid en ervaring van die geneesheer; en (iv) die pasiënt se persoonlike en professionele omstandighede, byvoorbeeld intelligensie, kennis, vlak van opvoeding, vermoë om die vereiste inligting te verstaan, fisiese en sielkundige toestand, mediese geskiedenis en professie.

¹²⁷ 1988: 88. Kyk ook Burchell 1986b: 319.

¹²⁸ 1972: 466.

¹²⁹ 1977: 778.

daartoe aanleiding kan gee dat die omvang van die persoon se reg om besluite in verband met sake wat op sy liggaam betrekking het, te neem van die vlak van sy opvoeding afhanklik sal wees.

Die geneesheer is uit hoofde van sy openbaarmakingsplig verplig om die pasiënt te voorsien van 'n algemene idee van wat die voorgestelde ingreep behels. Dié inligting moet in breë trekke, deur van leketaal gebruik te maak, aan die pasiënt oorgedra word.¹³¹ Inligting omtrent die volgende aspekte moet openbaar word¹³²: (a) die aard ¹³³ en omvang ¹³⁴ van die voorgestelde terapie; (b) die verwagte resultate of gevolge daarvan ¹³⁵ en die voordele wat daaruit geput kan word; ¹³⁶ (c) die inherente risiko's of nuwe-effekte verbonde aan die besondere terapie; ¹³⁷ (d) moontlike alternatiewe behandelingswyses ¹³⁸ en die risiko's en

¹³⁰ 1986: 362 vn 30.

¹³¹ **Lymbery v Jefferies**: 240; **Esterhuizen v Administrator Transvaal**: 721 A-C; **Castell v De Greef** (1993): 518 G.

¹³² Strauss en Strydom 1967: 212 – 213 stel as algemene uitgangspunt dat die geneesheer die wesenlike feite wat op die voorgestelde behandeling betrekking het, aan die pasiënt moet openbaar. Kyk van Oosten 1995: 169 wat onderskei tussen selfbeskikkingsopenbaarmaking en terapeutiese openbaarmaking. Hy verdeel hierdie twee hoofgroeperinge dan weer verder in onderafdelings.

¹³³ Strauss 1991: 10; Van Oosten 1989: 449; Blackbeard 2003: 48.

¹³⁴ Kyk **Esterhuizen v Administrator Transvaal** 1957 (3) SA 710 (T) waar die geneesheer versuim het om die feit te openbaar dat, anders as vorige behandelings wat uit oppervlakkige radioterapie bestaan het, die voorgestelde behandeling die uitvoer van radikale radioterapie behels het.

¹³⁵ Van Oosten 1989: 449. Strauss 1991: 9 wys op die belangrikheid daarvan om die pasiënt op ondubbelsinnige wyse in te lig omtrent die onvermydelike resultate, veral waar die voorgestelde behandeling drastiese gevolge inhou, byvoorbeeld waar hy 'n kolostomie ondergaan, dat hy toegerus sal word met 'n kunsmatige opening van die kolon aan die oppervlak van sy liggaam. Blackbeard 2003: 48; Beard en Midgley 2005: 57; Wilson 2009: 867; **Esterhuizen v Administrator Transvaal**: 719, 722; **Castell v De Greef** (1994): 425.

¹³⁶ Van Oosten 2000: 25; Beard en Midgley 2005: 57.

¹³⁷ Smit 1975: 259; Van Oosten 1991: 451; Strauss 1991: 9 – 10; Beard en Midgley 2005: 57. Wat regspraak betref, kyk byvoorbeeld **Lymbery v Jefferies** 1925 AD 236; **Esterhuizen v Administrator Transvaal** 1957 (3) SA 710 (T); **Richter v Estate Hamman** 1976 (3) SA 226 (K); **Castell v De Greef** 1994 (4) SA 408 (K).

¹³⁸ Van Oosten 1991: 451; Carstens en Pearmain 2007: 885. Vergelyk **Broude v McIntosh and Another** 1998 (3) SA 60 (HHA): 563 – 564.

voordele daaraan verbonde; (e) die waarskynlike gevolge indien die behandeling nie uitgevoer word nie.¹³⁹

Wat betref die aard van die voorgestelde behandeling behoort 'n verskeidenheid faktore met die pasiënt bespreek te word. Dit behels onder andere die redes waarom die besondere behandelingswyse voorgestel word; of dit diagnosties of terapeuties van aard is en of 'n operasie waarskynlik die gewenste resultaat teweeg sal bring, die tipe narkose wat die geneesheer van plan is om te gebruik.¹⁴⁰

Ten einde die pasiënt in staat te stel om 'n ingeligte keuse te maak, behoort inligting omtrent alternatiewe behandelingswyses aan hom bekend gemaak te word.¹⁴¹ Dit is dan vir die pasiënt om te besluit aan watter prosedure, indien enige, hy hom gaan onderwerp.¹⁴²

Sekerlik die belangrikste element van 'n geneesheer se openbaarmakingsplig teenoor sy pasiënt is die verskaffing van inligting omtrent die risiko's verbonde aan die operasie of behandeling. 'n Uiters netelige vraag wat die geneesheer egter in die gesig staar is in hoeverre hy die pasiënt aangaande die potensiële gevare moet inlig. In **Richter and another v Estate Hamman**¹⁴³ word hierdie moeilike posisie waarin 'n geneesheer homself dikwels tydens sy professionele loopbaan bevind, soos volg beskryf:

¹³⁹ Strauss 1987: 4; Van Wyk 1992: 29; Beard en Midgley 2005: 57. Uit hierdie laaste aspek het ook die sogenaamde leerstuk van "informed refusal" ontwikkel waarvolgens 'n geneesheer aanspreeklikheid kan opdoen indien hy sou versuim om sy pasiënt in te lig omtrent die risiko's verbonde aan laasgenoemde se weiering om byvoorbeeld diagnostiese toetse te ondergaan of hom aan 'n operasie te onderwerp. Kyk byvoorbeeld Deutsch 1989: 434 – 435.

¹⁴⁰ Morton 1987: 119.

¹⁴¹ Holder 1978: 226.

¹⁴² Volgens Morton 1987: 120 behoort faktore soos die onkoste verbonde aan die alternatiewe voorstel en die waarskynlike graad van sukses van elke opsie hier ter sprake te kom.

¹⁴³ 1976 (3) SA 226 (K).

"A doctor whose advice is sought about an operation to which certain dangers are attached – and there are dangers attached to most operations – is in a dilemma. If he fails to disclose the risks he may render himself liable to an action for assault, whereas if he discloses them he might well frighten the patient into not having the operation when the doctor knows full well that it would be in the patient's interests to have it." ¹⁴⁴

Regsgeleerdes is dit eens dat pasiënte nie omtrent al die risiko's verbonde aan 'n sekere operasie of behandeling ingelig hoof te word nie. ¹⁴⁵ Vanselfsprekend kan 'n geneesheer slegs dié risiko's openbaar wat ten tyde van die behandeling of operasie aan hom bekend was. Indien die voorgestelde behandeling nie noodsaaklik vir die pasiënt se mediese welsyn is nie, rus daar 'n groter plig op die geneesheer om die pasiënt omtrent die risiko's daaraan verbonde in te lig as in die geval waar die behandeling terapeuties van aard is. Hoe dringender die ingreep, hoe minder noodsaaklik word dit om die pasiënt in te lig. ¹⁴⁶ Wat die Suid-Afrikaanse reg betref wil dit voorkom asof 'n pasiënt omtrent risiko's wat waarskynlik sal intree, ingelig moet word. ¹⁴⁷ Waar die moontlikheid van nadelige reaksie egter uiters gering en verwyderd is, ¹⁴⁸ is dit nie nodig om die pasiënt vooraf daarteen te waarsku nie. ¹⁴⁹ Millner ¹⁵⁰ huldig ook die mening dat dit nie

¹⁴⁴ Op 232 G.

¹⁴⁵ Kyk byvoorbeeld Burchell 1986a: 295; Van Oosten 1989: 448.

¹⁴⁶ Van Wyk 1992: 29.

¹⁴⁷ Burchell 1986a: 295; Van Oosten 1989: 449; Van Wyk 1992: 28; Taitz 1993: 80. Met ander woorde die tipiese risiko's wat met die behandeling geassosieer kan word. Volgens Beard en Midgley 2005: 58 moet alle "significant and usual" risiko's openbaar word.

¹⁴⁸ Strauss 1991: 9 spreek sy bedenkinge uit oor 'n kriterium waarvolgens geneesheer se plig om inligting in verband met 'n bepaalde risiko te verskaf, gebaseer word op die empiriese, statistiese kennis van die persentasie van gevalle waarin dit sal intree, byvoorbeeld waar dit 7% of 10% oorskry. Kyk ook Van Wyk 1992: 29; McQuoid-Mason en Dada 1999: 136; Van den Heever 2007: 44.

¹⁴⁹ Strauss 1991: 11; Van Oosten 1989: 450. Burchell 1986a: 295 dui aan dat die Suid-Afrikaanse howe nog nie pertinent die belangrike onderlinge verhouding tussen die waarskynlikheid dat 'n gevolg sal intree en die ernstigheid van die potensiele gevolg in konteks van die plig tot openbaarmaking erken het nie. Hierdie onderlinge verhouding

nodig is om al die verwyderde risiko's aan die pasiënt te openbaar nie. Die geneesheer moet egter ten minste die waarskynlike en moontlike risiko's aan die pasiënt meld, veral waar sodanige risiko's 'n ernstige bedreiging vir die gesondheid van die pasiënt inhou.¹⁵¹ Van Oosten¹⁵² dui ook aan dat ernstige, ongewone of verwyderde risiko's of gevare (byvoorbeeld dood, verlamming, blind- of doofheid) openbaar moet word. Indien die pasiënt navraag doen oor ongewone of verwyderde risiko's, moet inligting daaromtrent ook aan hom openbaar word.

In **Lymbery v Jefferies**¹⁵³ laat Wessels AR hom soos volg uit oor die openbaarmakingsplig wat op geneesheer rus:

“It may well be that it is the duty of a surgeon before operating to tell the patient that the operation is dangerous and may end in death, or that it will be accompanied with great pain, and to obtain the patient's consent.¹⁵⁴ In such cases, however, all the surgeon is

word egter wel erken in die algemene toets vir nalatigheid. Kyk **Richter v Estate Hamman**: 233 B – D; **Lymbery v Jefferies**: 240.

¹⁵⁰ 1957: 389; Strauss 1991: 9; Beard en Midgley 2005: 58. Dit is ook nie nodig om die gewone risiko's inherent aan alle operasies te openbaar nie, dit wil sê daardie risiko's wat as algemene kennis getipeer kan word. Kyk Van Oosten 1989: 450.

¹⁵¹ In **Esterhuizen v Administrator Transvaal**: 712 word uitdruklik gestel dat daar nie sprake van toestemming tot 'n operasie kan wees indien die pasiënt nie omtrent die risiko's daaraan verbonde ingelig is nie. Kyk ook **Rompel v Botha** 1953 TPD (ongerapporteerde), soos aangehaal in **Esterhuizen v Administrator Transvaal**: 719, waarin Nesor R hom soos volg uitlaat: “I have no doubt that a patient should be informed of the serious risks he does run. If such dangers is not pointed out to him then, in my opinion, the consent to the treatment is not in reality consent – it is consent without knowledge of the possible injuries.” In hierdie saak is beslis dat waar ernstige risiko's verbonde is aan skokbehandeling vir 'n neurotiese toestand, die pasiënt daarvan verwittig moet word. Kyk ook **Castell v De Greef** (1993): 518; McQuoid-Mason en Dada 1999: 136; Van Oosten 2000: 26.

¹⁵² 1995: 70.

¹⁵³ 1925 AD 236. Hierdie was die eerste saak in die Suid-Afrikaanse reg waar die geneesheer se openbaarmakingsplig pertinent vir beslissing ter sprake gekom het.

¹⁵⁴ *In casu* het die getuienis egter aan die lig gebring dat daar normaalweg geen gevaar verbonde was aan die behandeling wat deur die geneesheer aanbeveel is nie. Die brandwonde wat opgedoen is, was uitsonderlik in gevalle waar die behandeling behoorlik uitgevoer is en was dit dikwels te wyte aan een of ander eienaardigheid wat eiesoortig aan die pasiënt was en wat nie voorsien kon word nie. In die lig hiervan het die hof

called upon to do is to give some general idea of the consequences. There is no necessity to point out meticulously all the complications that may arise.”¹⁵⁵

In **Richter and Another v Estate Hamman**¹⁵⁶ was die feite kortliks soos volg: Nadat die eiseres, 'n jong getroude vrou, haar stuitjie vir die tweede keer beseer het, het sy die verweerder, 'n ervare neurochirurg, in verband met haar probleem gaan spreek. Die verweerder het voorgestel dat hulle eerstens van 'n epidurale afsluiting¹⁵⁷ gebruik moes maak in 'n poging om die eiseres se toestand te verlig. Dié behandeling het egter niks gehelp nie en vervolgens het die verweerder voorgestel dat 'n bilaterale fenoolafsluiting (“phenol block”)¹⁵⁸ van die laer sakrale senuweë uitgevoer word.

Hierna het die eiseres by die hospitaal aangemeld waar eers net 'n eensydige afsluiting aan haar regterkant uitgevoer is. Die afsluiting aan haar linkerkant sou twee dae later uitgevoer word. Die tweede inspuiting is egter nooit toegedien nie, want nieteenstaande die feit dat die eerste inspuiting verligting van die pasiënt se pyn teweeg gebring het, het dit die volgende ongelukkige gevolge veroorsaak: (a) Die eiseres het beheer oor haar blaas en ingewande verloor; (b) sy kon na die behandeling geen seksuele gevoelens meer ervaar nie; en (c) haar regtervoet en –been is aansienlik deur die afsluiting verswak.

bevind dat daar nie 'n plig op die geneesheer geplaas kon word om die betrokke inligting aan die pasiënt te openbaar nie.

¹⁵⁵ Op 240. Kyk Van Oosten 1989: 448; Beard en Midgley 2005: 58.

¹⁵⁶ 1976 (3) SA 226 (K).

¹⁵⁷ 'n Behandelingswyse waarvolgens die eiseres met 'n soutoplossing (“saline”) en verdowingsmiddel (“novocaine”) ingespuut is.

¹⁵⁸ Ingevolge dié prosedure word fenool in die pasiënt se rugmurg ingespuut. Omdat die fenool swaarder as die rugmurgvloeistof is, beweeg dit as gevolg van die werking van gravitasiekrag al met die rugstring langs totdat die laer sakrale senuweë bereik word. Wanneer die fenool dan vir langer as een en 'n half tot twee minute met die senuweeweefsel in aanraking kom, word die weefsel by wyse van 'n stollingsproses vernietig.

In die eis wat hierna teen die verweerder se boedel ingestel is, is onder andere beweer dat laasgenoemde nalatig opgetree het deurdat hy versuim het om die eiseres teen inherente gevare van die prosedure te waarsku. Uit hoofde van die deskundige getuienis voor die hof het dit egter geblyk dat die waarskynlikheid dat onderhawige komplikasies sou intree, uiters gering was.¹⁵⁹ Die hof bevind derhalwe dat die verweerder nie nalatig was deur te versuim om die eiseres aangaande die moontlike intrede van die komplikasies in te lig nie.

In **Castell v De Greef** het die volbank van die Kaapse afdeling van die Hooggeregshof by monde van Ackermann R 'n uiters belangrike uitspraak gelewer wat as 'n waterskeiding in die Suid-Afrikaanse geneeskundige reg en meer spesifiek toestemming tot geneeskundige ingrepe beskou kan word. Die feite van die saak was die volgende: Die verweerder, 'n plastiese chirurg, is deur die eiseres gedagvaar vir skadevergoeding na aanleiding van 'n onsuksesvolle onderhuidse mastektomie. Die eiseres het 'n geskiedenis van borskanker in haar familie gehad en het sy voorheen 'n operasie ondergaan om knoppe in haar borste te verwyder. Nadat verdere knoppe gediagnoseer is, het haar ginekoloog 'n mastektomie as voorkomende behandeling aanbeveel en haar na die verweerder verwys. Die eiseres en haar man het toe die verweerder besoek en die operasie met hom bespreek. Daar is besluit om so veel as moontlik van die eiseres se borsweefsel te verwyder en om tegelykertyd haar borste met silikonimplantings te rekonstrueer. As gevolg van die operasie het daar egter 'n aantal ongelukkige gevolge ingetree: (a) 'n Verkleuring van die eiseres se "areolae"; (b) nekrose van die weefsel; en (c) die afskeiding van etter wat met 'n

¹⁵⁹ Die drie neurochirurge wat getuig het, het die intrede van die onderhawige komplikasies soos volg beskryf: Professor De Villiers: "very unusual" – op 229A; dokter Rose-Innes: "extremely uncommon", "could not have been expected by any stretch of imagination" – op 233C; dokter Mendelow: "very unusual" – op 233C. Vergelyk ook **Verhoef v Meyer** 1975 (T); 1976 (A) waar die hof in beide instansies geweier het om die pasiënt se bewering te handhaaf dat die geneesheer, 'n oftalmoloog, versuim het om haar behoorlik in te lig dat die operasie wat hy voorgestel het om 'n retinale loslating in haar regteroog te genees, moontlik onsuksesvol kon wees, en dat sy tot sodanige operasie toegestem het omdat sy onbewus was van hierdie feit.

onaangename reuk gepaard gegaan het. Verder het die eiseres 'n *staphylococcus aureus* infeksie opgedoen, sy het aansienlike pyn en sielkundige verleentheid ervaar en moes sy verskeie verdere chirurgiese ingrepe ondergaan om die skade te herstel.

Een van die gronde van die eiseres se aksie was dat die verweerder voor die mastektomie verplig was om haar te waarsku teen die wesentliche risiko's en komplikasies verbonde aan die prosedure, en dat hy haar moes inlig omtrent enige spesifieke alternatiewe prosedures wat moontlik die intrede van sodanige risiko's of komplikasies kon verklein of uitsluit. Die eiseres het beweer dat die eiser in stryd met sodanige plig versuim het om haar te adviseer dat:

- (a) 'n verplasing van haar "areolae" beoog word, wat die risiko dat nekrose post-operatief kan ontwikkel, verhoog het;
- (b) 'n verplasing van die "areolae" nie noodsaaklik was nie, dat dit vir kosmetiese redes gedoen is en dat dit die eiseres se keuse was of sy dit wou laat doen of nie;
- (c) daar 'n alternatiewe chirurgiese prosedure was waaraan daar 'n kleiner risiko van nekrose en/of infeksie verbonde was as die een wat met haar bespreek is, te wete die uitvoering van die operasie in twee fases. Die eerste fase behels die verwydering van die borsweefsel en die tweede die invoeging van 'n prostese en die aanbring van enige verstelling aan die tepel wat nodig sou blyk te wees.
- (d) die voorgenome operasie het 'n komplikasiekoers van so hoog as 50% gehad en/of
- (e) aangesien nekrose een van die erkende komplikasies van die operasie was, dit bykans onmoontlik was om dit af te weer of in te perk sodra dit na-operatief ingetree het.

Die eiseres het beweer dat as dit nie was vir die verweerder se verbreking van sy plig om behoorlik en volledig bogenoemde wesenlike risiko's of komplikasies te openbaar nie, sy nie die operasie wat die tersaaklike tegniek omvat het, sou ondergaan nie. In plaas daarvan sou sy 'n alternatiewe chirurgiese prosedure ondergaan het wat die risiko's en komplikasies, en spesifiek dié van nekrose en/of infeksie, sou verlaag of verminder het en derhalwe sou die ingetrede gevolge en skade haar nie getref het nie.

Op grond van bogenoemde feite en die getuienis wat voor die hof geplaas is, is bevind dat die eiseres nie daarin geslaag het om op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys dat die verweerder versuim het om sy plig na te kom om haar voor plaasvind van die operasie in te lig omtrent die aard van die operasie, die risiko's en komplikasies daaraan verbonde asook moontlike alternatiewe tot die operasie nie. Meer spesifiek bevind die hof onder andere dat:

- (a) daar nie voldoende vasgestel is dat die tegniek wat deur die verweerder gebruik is 'n wesenlike hoër risiko ingehou het as die tweefase prosedure waarna hierbo verwys is nie, en dat laasgenoemde prosedure wel aan die eiseres verduidelik is, maar het sy die prosedure verkies wat deur die verweerder uitgevoer is;
- (b) die verweerder se versuim om die graad van risiko te kwalifiseer deur die syfer van 50% te vermeld nie neergekom het op wesenlike nie – openbaarmaking nie; dat die eiseres bewus was van die feit dat die risiko van vel of areolêre verlies nie gering was nie en indien die syfer van 50% wel genoem is, sou dit nie die eiseres se keuse van operasie beïnvloed het nie; en
- (c) die eiseres bewus was van die feit dat die skade wat deur die operasie veroorsaak is nie sonder rekonstruktiewe chirurgie omkeerbaar sou wees nie; dat dit nie vir die verweerder nodig was om die patologiese oorgangsproses aan die eiseres te verduidelik

nie en dat 'n verduideliking nie die eiseres se besluit sou beïnvloed het nie.

In die onderhawige saak het die hof verder bevind dat die geneesheer verplig is om die pasiënt omtrent die wesenlike risiko's wat inherent aan die voorgestelde behandeling is, in te lig. Hierdie beginsel is bevestig in die saak van **McDonald v Wroe**.¹⁶⁰ Die beginsel ter sprake om vas te stel wanneer 'n bepaalde risiko wesenlik is al dan nie, word in paragraaf (3.5.1.3) hieronder bespreek.

Volgens Burchell¹⁶¹ sal dit van die omstandighede van die besondere geval afhang of die betrokke risiko's as wesenlik beskou behoort te word en behels dit onder andere 'n afweging van die erns van die potensiële gevolg en die waarskynlikheid dat dit sal intree.

Die standpunt bestaan ook dat 'n geneesheer wat soveel tegniese inligting aan sy pasiënt voorsien dat laasgenoemde dit nie kan verwerk nie, deliktueel aanspreeklik gehou kan word indien dit daartoe lei dat die pasiënt sielkundig of fisies as gevolg daarvan benadeel word.¹⁶² Van den Heever¹⁶³ is egter van mening dat daar nie 'n behoefte in die Suid-Afrikaanse reg bestaan vir aanspreeklikheid op grond van die verskaffing van oormatige inligting ("over-disclosure") in 'n mediese konteks nie. Hy is die mening toegedaan dat om 'n geneesheer te onderwerp aan 'n gelyktydige plig om te openbaar sowel as 'n plig

¹⁶⁰ [2006] 3 All SA 585 (K): par 7. Vir ondersteuning van hierdie beginsel, kyk Van Wyk 1992: 28; McQuoid-Mason en Dada 2001: 26; Clark 2001: 608; Blackbeard 2003: 52; Beard en Midgley 2005: 65.

¹⁶¹ 1986a: 293.

¹⁶² Van Oosten 1989: 450. Strauss 1991: 12.

¹⁶³ 1997: 93-100. Dié outeur se standpunt is in teenstelling met dié van Van Oosten 1992: 633 wat poog om 'n stel werkbare beginsels te formuleer om voorsiening te maak vir beide die geneesheer se dilemma en die beskerming van die pasiënt in gevalle van sogenaamde "over-disclosure" en wel teen die agtergrond van die algemene beginsels van die geneesheer se openbaarmakingsplig. Vergelyk **SA Medical and Dental Council v McLoughlin** 1948 (2) SA 355 (A): 366; **Richter v Estate Hamman**: 232; **Castell v De Greef** 1993 (3) SA 501 (K): 518.

om hom daarvan te weerhou om te veel inligting te verskaf onreëmatig en klaarblyklik onhoudbaar is.

Volgens van Oosten¹⁶⁴ bestaan daar 'n uitgebreide openbaarmakingsplig waar: (a) die pasiënt vrae stel, in welke geval die geneesheer volledig en eerlik daarop moet antwoord, selfs al sou dit beteken dat openbaarmaking nadelig vir die pasiënt mag wees¹⁶⁵; en (b) die pasiënt 'n medies aangewese ingreep van die hand wys, is die geneesheer verplig om die noodsaaklikheid daarvan om dit te ondergaan by hom tuis te bring.

3.5.1.3 Standaard waaraan openbaarmakingsplig gemeet word

Wanneer dit eers vasstaan wat die omvang van 'n geneesheer se openbaarmakingsplig is, ontstaan die vraag noodwendigerwys aan watter standaard hierdie plig gemeet moet word.¹⁶⁶ Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, word die standaard wat in die verlede van toepassing was, treffend deur Watermeyer R in die saak van **Richter and Another v Estate Hamman**¹⁶⁷ soos volg opgesom:

"It may well be that in certain circumstances a doctor is negligent if he fails to warn a patient, and, if that is so, it seems to me in principle that his conduct should be tested by the standard of the reasonable doctor faced with the particular problem. In reaching a conclusion a court should be guided by medical opinion as to what a reasonable doctor, having regard to all the circumstances of the particular case, should or should not do. The court must, of course,

¹⁶⁴ 1991: 451 – 452 .

¹⁶⁵ Beard en Midgley 2005: 58; Van den Heever 1997: 28.

¹⁶⁶ Volgens Strauss en Strydom 1967: 212 streef die praktiese regspleging wat betref die inligtingsplig wat daar op 'n geneesheer rus na 'n kompromie wat die individuele pasiënt se selfbeskikkingsbevoegdheid eerbiedig sonder om die geneesheer se professionele oordeel aan bande te lê.

¹⁶⁷ Op 232 G – H.

make up its own mind, but it will be assisted in doing so by medical evidence.”

Die standaard van openbaarmaking wat dus aanwending gevind het, was dié van die redelike geneesheer¹⁶⁸, onderworpe aan die bevoegdheid van die hof om te beslis of daar in 'n bepaalde geval aan hierdie standaard voldoen is al dan nie.¹⁶⁹ Beard en Midgley¹⁷⁰ argumenteer dat 'n aanvaarding van die redelike geneesheer-toets as die toets vir ingeligte toestemming sou meebring dat die mediese profesie kan bepaal of die onregmatige optrede van 'n geneesheer wat mediese behandeling onderneem ten spyte van 'n gebrek aan voldoende openbaarmaking geregverdig kan word al dan nie. Volgens dié outeurs sal dit nie in ooreenstemming wees met die toets wat in ons reg gebruik word om die aanwesigheid van onregmatigheid vas te stel nie, wat 'n verdere rede is waarom die redelike geneesheer-toets verwerp moet word ten gunste van die redelike pasiënt-toets.

In **Castell v De Greef**¹⁷¹ is die opvatting dat die redelike geneesheer-toets vir openbaarmaking goed in ons reg gevestig is, egter verwerp.¹⁷² Die hof was verder van mening dat die redelike geneesheer-toets inderdaad tot gevolg het dat die standaard van openbaarmaking deur mediese oordeel bepaal word en dat daar nie net 'n regverdiging bestaan nie, maar ook 'n noodsaaklikheid om 'n pasiënt-georiënteerde benadering tot openbaarmaking in ons reg in te voer.¹⁷³

Ackermann R kom tot die gevolgtrekking dat alvorens die pasiënt se toestemming as regverdiging kan dien wat die onregmatigheid van mediese

¹⁶⁸ Strauss 1991: 9; Van Oosten 1991: 52 – 53; Van Wyk 1992: 29.

¹⁶⁹ Van Oosten 1991: 53.

¹⁷⁰ 2005: 67.

¹⁷¹ 1994 (4) SA 408 (K).

¹⁷² Beard en Midgley 2005: 65 wys daarop dat wat regspraak betref daar slegs in **Richter v Estate Hamman**: 232 H en *obiter* in **SA Medical and Dental Council v Mchoughlin**: 366 – 367 aandag geskenk is aan die redelike geneesheer-toets.

¹⁷³ Op 418 H – 419 C. Kyk Van den Heever 1995: 53.

behandeling en die gevolge daarvan uitsluit, is die geneesheer, soos hierbo vermeld¹⁷⁴, verplig om die pasiënt te waarsku teen die wesenlike risiko's wat eie is aan die voorgestelde behandeling. 'n Risiko is volgens die hof wesenlik indien in die bepaalde omstandigheid:

- “(a) ... a reasonable person in the patient's position, if warned of the risk, would be likely to attach significance to it¹⁷⁵, or
- (b) the doctor is or should reasonably be aware that the particular patient, if warned of the risk would be likely to attach significance to it.”¹⁷⁶

Volgens Strauss¹⁷⁷ het die hof hierdeur as't ware 'n *quantum*-sprong gemaak deur die geneesheer-georiënteerde norm van die mate van inligting wat 'n pasiënt van sy geneesheer kan vereis, prys te gee vir 'n pasiënt-georiënteerde norm. Toepassing van bogenoemde toets behels dat die redelike-pasiënt toets as 'n basiese uitgangspunt sal dien, en dat dit aangevul word deur 'n meer subjektiewe pasiënt-gebaseerde standaard wat voorsiening maak vir situasies wat verby die parameters van die objektiewe toets strek.¹⁷⁸ Hierdie formulering is in ooreenstemming met die fundamentele reg van individuele outonomie en selfbeskikking en kan gesien word as 'n verset teen mediese paternalisme.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Kyk par (3.5.1.2) hierbo wat handel oor die omvang van die geneesheer se openbaarmakingsplig.

¹⁷⁵ Sogenaamde “basiese” of “objektiewe” openbaarmaking.

¹⁷⁶ Op 426 F – H. Sogenaamde “individuele” of “subjektiewe” openbaarmakings. Kyk Van Oosten 2000: 26. Wilson 2009: 875 wys daarop dat hierdie pasiënt-gesentreerde toets net so uit die Australiese saak van **Rogers v Whitaker** (1992) 175 CLR 479 oorgeneem is. Laasgenoemde saak het gehandel oor die versuim om inligting te openbaar en is beslis aan die hand van die Engelse “duty of care” – leerstuk waar die elemente van onregmatigheid en skuld uitdruklik saamgesmelt word in 'n enkele navraag na nalatigheid. Sy is die mening toegedaan dat die samesmelting van die elemente van toestemming en skuld, in die konteks van toestemming as regverdigingsgrond vir 'n handeling wat andersins op aanranding sou neerkom, strydig met gevestigde beginsels in die Suid-Afrikaanse reg is.

¹⁷⁷ 1996: 492. Kyk ook Van Oosten 1995: 176; Carstens en Pearmain 2007: 877.

¹⁷⁸ Van den Heever 1995: 56.

¹⁷⁹ Hierdie benadering is bevestig in **C v Minister of Correctional Services**: 300 en **Christian Lawyers Association v Minister of Health and Others**: 39 a – b. Kyk ook Beard en Midgley 2005:66.

Na aanleiding van die onderhawige uitspraak is die vraag nie meer of die mediese professie 'n bepaalde risiko of gevaar as ernstig of tipies of ongewoon of verwyderd beskou, en of die redelike geneesheer sodanige risiko of gevaar sou openbaar het al dan nie. Die vraag is hetsy: (a) of die redelike pasiënt die risiko of gevaar as wesenlik sou beskou het; (b) of die geneesheer daarvan bewus was of daarvan bewus kon gewees het dat die individuele pasiënt die risiko of gevaar as wesenlik sou geag het.¹⁸⁰

Die hof het verder van die standpunt uitgegaan dat deskundige getuienis relevant is om te bepaal watter risiko's eie is aan, of die resultaat is van 'n bepaalde ingreep of behandeling. Deskundige getuienis mag ook betrekking hê op die wesenlikheid van risiko's, op voorwaarde dat in gedagte gehou word dat 'n saak nie op die basis van deskundige getuienis alleenlik beslis sal word nie, maar dat dit uiteindelik deur die hof beslis sal word.¹⁸¹ Volgens die hof sal die inligting wat deur 'n versigtige en verantwoordelike geneesheer openbaar gemaak sou word, afhang van omstandighede soos die aard van die mediese ingreep, die behoefte van die pasiënt om ingelig te word en die pasiënt se temperament en gesondheid.¹⁸² Volgens van Oosten¹⁸³ is hierdie verwysing van die hof na die versigtige en verantwoordelike geneesheer nie strydig met, of doen dit nie afbreuk aan die pasiënt-georiënteerde toets vir openbaarmaking nie. Hy wys daarop dat mediese getuienis nuttig is om die kousale verband tussen die komplikasies en die behandeling vas te stel. Deskundige getuienis sal ook van hulp wees om te bepaal of 'n redelike pasiënt die bepaalde risiko's as belangrik

¹⁸⁰ Thomas 2007: 191 vn 24 wys egter daarop dat dit moeilik is om vas te stel watter been (objektief of subjektief) van die toets wat deur die hof neergelê is, gebruik is om tot die bevinding te kom dat die versweë risiko wesenlik was.

¹⁸¹ Op 426 H – J. Kyk Carstens 2002: 434; Beard en Midgley 2005: 66. Vergelyk **Michael v Linksfield Park Clinic (Pty) Ltd** 2001 (3) SA 1188 (HHA): 1200 D – E.

¹⁸² Op 427 A –B.

¹⁸³ 1995: 176.

sou beskou het al dan nie. Die hof moet egter daarteen waak om nie toe te laat dat die pasiënt se selfbeskikkingsreg daardeur ondermyn word nie.¹⁸⁴

In **Louwrens v Oldwage**¹⁸⁵ het die verweerder (appellant), 'n chirurg, 'n operasie op die eiser uitgevoer ten einde die bloedtoevoer in sy regterbeen te herstel. Na die operasie het die eiser kruppel geword in sy linkerbeen wat veroorsaak het dat hy nie meer die lewenstyl waaraan hy gewoon was voor die operasie kon handhaaf nie.

Die eiser het onder andere beweer dat hy nie ingeligte toestemming tot die betrokke chirurgiese ingreep verleen het nie en dat die verweerder versuim het om hom te waarsku teen die intrede van die risiko van sogenaamde "steal"-sindroom wat kreupelheid tot gevolg kan hê. Die toestemming wat deur die pasiënt verleen is, was volgens hom gebrekkig gewees en het die uitvoer van die operasie derhalwe op 'n aanranding neergekom. Op grond van die getuienis aangebied, was die hof tevrede dat die eiser genoegsaam ingelig is in verband met die voorgenome ingreep en dat die verleende toestemming derhalwe geldig was. Die vraag in verband met watter risiko's openbaar gemaak moet word, is deur die hof beantwoord aan die hand van beginsels van toepassing op nalatigheid.

In die hof *a quo*¹⁸⁶ is die beginsels soos neergelê in **Castell v De Greef**¹⁸⁷ toegepas om te bepaal of die eiser voldoende ingelig is omtrent die betrokke risiko en is daar in sy guns beslis. Op appèl is bogenoemde formulering in **Castell v De Greef** egter nie deur Mthiyane AR, wat die uitspraak namens 'n eenparige hof gelewer het, toegepas nie en word daar in plaas daarvan met

¹⁸⁴ Kyk Beard en Midgley 2005: 67.

¹⁸⁵ 2006 (2) SA 161 (HHA).

¹⁸⁶ [2004] 1 All SA 532 (K).

¹⁸⁷ Op 426 F – H.

goedkeuring verwys na **Richter and Another v Estate Hamman**¹⁸⁸ waar die redelike geneesheer-standaard van openbaarmaking voorgestaan is.

Hoewel die Hoogste Hof van Appèl in die onderhawige saak verwys het na die **Castell**-saak en die redelike geneesheer-toets soos uiteengesit in die **Richter**-saak goedgekeur het, blyk dit egter uit die uitspraak dat die hof nie een van die toetse wat in daardie sake uiteengesit is, toegepas het nie. Gebaseer op die getuienis wat deur die mediese deskundige van die verweerder aangebied is, het die hof bevind dat 'n waarskynlikheid van 2% bestaan het dat die betrokke risiko, en daaruit voortvloeiend die tersaaklike kreupelheid, kon intree.

Ten spyte van hierdie bevinding gaan die hof egter toe nie voort om aan die hand van professionele mediese oordeel te bepaal of die risiko weselik is al dan nie. Hierdie benadering kom vreemd voor in die lig van die hof se goedkeuring, soos hierbo genoem, van die redelike geneesheer-standaard. Die hof verkies eerder om die vraag na die geneesheer se aanspreeklikheid op grond van nie-openbaarmaking bloot aan die hand van die statistiese waarskynlikheid van intrede van die betrokke risiko as volg te beslis:

“If there was only a two percent chance of [the risk] occurring then the risk to the plaintiff was so negligible that it was not unreasonable for the defendant not to mention it.”¹⁸⁹

¹⁸⁸ Op 232 G – H.

¹⁸⁹ Par 25. Volgens Wilson 2006: 24 het die hof na die **Richter**-uitspraak verwys ter ondersteuning van sy bevinding dat 'n verwyderde risiko nie openbaar hoef te word nie. Sy toon egter aan dat die intrede van die betrokke risiko in die **Richter**-saak deur mediese deskundiges as “a very unusual result”, “very uncommon in any man’s experience” en “could not have been expected by any stretch of the imagination” beskryf is (op 230 F). Sy voer dan aan dat die verskil tussen hierdie beskrywings en die 2% waarskynlikheid van die intrede van die risiko in **Louwrens v Oldwage** nie gering is nie. Sy is derhalwe die mening toegedaan dat die gebruik van die **Richter**-uitspraak as presedent om te bevind dat 'n risiko van 2% sodanig verwyderd is dat dit nie openbaar gemaak hoef te word nie, nie geregverdigd was nie. Van den Heever 2007: 44 vn 84 doen aan die hand dat daar nie net oorweging geskenk moet word aan die statistiese

en

“[i]n my view of the evidence, the likelihood of [the risk] occurring, with the resultant claudication, was so negligible that no duty arose on the defendant to mention it and his omission to do so did not constitute negligence.”¹⁹⁰

Die uitspraak van die hof *a quo* is vervolgens tersyde gestel en het die Hoogste Hof van Appèl ten gunste van die verweerder beslis. Wilson¹⁹¹ dui aan dat daar derhalwe huidiglik nie ‘n bindende uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl is waarin aangedui word wat die korrekte benadering mag wees om die grense van ‘n wesenlike risiko verbonde aan mediese behandeling te bepaal nie.¹⁹² Sy doen daarom aan die hand dat howe in die afwesigheid van sodanige uitspraak steeds korrek sou optree indien die pasiënt-gesentreerde benadering soos uiteengesit in **Castell v De Greef** gevolg word.¹⁹³

Carstens en Pearmain¹⁹⁴ beskryf die uitspraak in **Louwrens v Oldwage** as dubbelsinnig, verwarrend en omstrede. Die outeurs kritiseer die eendimensionele benadering wat deur die Hoogste Hof van Appèl gevolg is deurdat die impak van die Grondwet¹⁹⁵ (in besonder artikel 12 (2)(b) wat betrekking het op liggaamlike

kans dat ‘n risiko kan intree nie, maar ook aan die aard en erns van die betrokke komplikasie ten einde behoorlike uitvoering te gee aan die geneesheer se openbaarmakingsplig. Kyk die voorbeeld aldaar deur die outeur gebruik wat hierdie punt treffend illustreer.

¹⁹⁰

Op par 25.

¹⁹¹

2006: 25.

¹⁹²

Volgens Van den Heever 2007: 44 het die Hoogste Hof van Appèl se klaarblyklik goedkeurende verwysing na **Richter v Estate Hamman** onsekerheid veroorsaak of die benadering in **Castell v De Greef** daardeur by implikasie verwerp word al dan nie, en of dit ‘n terugkering na die *status quo ante Castell* inlei. Vergelyk Nienaber 2008: 95; Thomas 2007: 188 vn 5.

¹⁹³

2006: 25. Vergelyk Thomas 2007: 188; Carstens en Pearmain 2007: 686.

¹⁹⁴

2007: 683.

¹⁹⁵

Wet 108 van 1996.

integriteit) op die bestaande reg ten aansien van ingeligte toestemming geïgnoreer is. Hulle wys op die totale afwesigheid van 'n meervlakkige benadering wat aangewese is in terme van die transendentale aard van mediese reg in die konteks van die konstitusionele paradigma – dit is dat bykomend tot die gemenerereg die toepaslike bepalings van die Grondwet en relevante wetgewing wat ingeligte toestemming beheers (artikels 6 en 7 van die *National Health Act*¹⁹⁶) in ag geneem moet word wanneer oorweging geskenk word aan die vraag of regtens aanvaarbare toestemming tot mediese behandeling verleen is al dan nie.¹⁹⁷

Die hof in **Louwrens v Oldwage** het verder kritiek uitgespreek teen die wyse waarop die verhoorregter die teenstrydige mediese getuienis wat voor hom geplaas is, hanteer het. Die getuienis wat namens die eiser aangebied is, is verkies bo dié van die verweerder sonder dat daar enige grondslag verskaf is wat sodanige keuse regverdig.¹⁹⁸ Hierdie benadering is as volg in **Michael and another v Linksfield Park Clinic (Pty) Ltd**¹⁹⁹ afgekeur:

“... it would be wrong to decide a case by simple preference where there are conflicting views on either side, both capable of logical support. Only where expert opinion cannot be logically supported at all will it fail to provide ‘the benchmark by reference to which the defendant’s conduct falls to be assessed?’ ”²⁰⁰

Mthiyane AR dui aan dat wat van die verhoorregter verwag was, was om te bepaal in watter mate die deskundige mening op logiese beredenering gebaseer

¹⁹⁶ Wet 61 van 2003.

¹⁹⁷ Carstens en Pearmain 2007: 686.

¹⁹⁸ Op par 27.

¹⁹⁹ 2001 (3) SA 1188 (HHA).

²⁰⁰ Op par 39. Kyk Carstens en Pearmain 2007: 861 – 862 vir 'n opsomming van die Hoogste Hof van Appèl se benadering tot deskundige getuienis, soos uiteengesit op 1200 A – 1201 F van hierdie saak.

was en hoe die teenstrydige stelle getuienis in verhouding tot mekaar gestaan het, beskou in die lig van die waarskynlikhede.²⁰¹

In **McDonald v Wroe**²⁰² is die verweerder, 'n tandarts, onder andere aangespreek omdat hy versuim het om die eiseres in te lig omtrent die moontlike komplikasies en risiko's verbonde aan die voorgenome prosedure waartydens drie van haar verstandtande, met nommers 18, 38 en 48, onder algemene narkose chirurgies verwyder sou word. Hoewel die operasie met behoorlike sorg en vaardigheid uitgevoer is, is 'n senuwee in die omgewing van een van die getrekte tande permanent beskadig en as gevolg daarvan het die eiseres gevoelloosheid en 'n sensasie van "naalde en spelde" ervaar wanneer sy aan die linkerkant van haar gesig geraak het, asook 'n gevoelloosheid in die omgewing van tande met nommers 32 en 36. Die deskundige getuies van beide partye was dit eens dat permanente skade aan die betrokke senuwee 'n erkende komplikasie van die chirurgiese ingreep was, maar dat daar 'n minder as 1% kans vir die intrede daarvan bestaan het.

Daar is namens die verweerder toegegee dat hy beide onregmatig en nalatig opgetree het deur te versuim om die eiser omtrent bogenoemde risiko in te lig, welke toegewing as korrek deur die verhoorregter beskou is in die lig van die toepaslike regsbeginsels.²⁰³ Die hof het met goedkeuring verwys na **Castell v De Greef** waar bevind is dat 'n geneesheer sy pasiënt moet inlig aangaande wesenlike risiko's aan die hand van die redelike pasiënt-toets.²⁰⁴

Die hof het ook bevind dat daar op die verweerder se reg op liggaamlike integriteit, soos uiteengesit in artikel 12 (2) van die Grondwet van die Republiek

²⁰¹ Op par 27 van die **Louwrens v Oldwage** – saak. Vergelyk **McDonald v Wroe**: par 36.

²⁰² [2006] 3 All SA 565 (K).

²⁰³ Op par 19 van die hofverslag.

²⁰⁴ Op par 7 van die hofverslag.

van Suid-Afrika ²⁰⁵, inbreuk gemaak is deurdat die verweerder haar aan 'n operasie onderwerp het sonder om haar ingeligte toestemming daarvoor te bekom.²⁰⁶

4. Wetgewing

4.1 Die *National Health Act* ²⁰⁷

Thomas ²⁰⁸ wys daarop dat hierdie wet, wat op 2 Mei 2005 in werking getree het, ten doel het om 'n eenvormige wetgewende raamwerk daar te stel waarvolgens gesondheidsdienste in Suid-Afrika gereguleer word en is dit van toepassing op alle gesondheidsinstellings in beide die openbare- en privaatsektore. Dit poog verder om die bestaande wetgewing wat die gesondheidstelsel reguleer, te belyn met grondwetelike waardes asook om die staat se plig om "redelike wetgewende maatreëls te tref in terme van die reg op toegang tot gesondheidsorgdienste soos vervat in die Handves van Regte²⁰⁹, te verwesenlik.²¹⁰

Ingevolge die bepalinge van die Wet word van alle verskaffers van gesondheidsorg verwag om 'n verbruiker (pasiënt) se ingeligte toestemming²¹¹ te bekom.²¹² Die term "ingeligte toestemming" word nie in artikel 1 van die Wet gedefinieer nie, maar word dit in artikel 7 (3) gebruik waar aangedui word dat dit vir doeleindes van dié artikel beteken "consent for the provision of a specified health service given by a person with legal capacity to do so and who has been informed as contemplated in section 6."

²⁰⁵ Wet 108 van 1996.

²⁰⁶ Op par 39 van die hofverslag.

²⁰⁷ Wet 61 van 2003.

²⁰⁸ 2007: 207.

²⁰⁹ Artikel 27.

²¹⁰ Thomas 2007: 207.

²¹¹ Kyk artikels 6, 7 en 8.

²¹² Kyk artikel een waar die terme "health care provider" en "user" omskryf word.

Artikel 6 van die Wet plaas die verpligting op 'n gesondheidsorgverskaffer om die pasiënt (verbruiker) in verband met die volgende aspekte in te lig alvorens daar sprake kan wees van ingeligte toestemming:

- (a) Die verbruiker se gesondheidstatus;
- (b) die reeks van diagnostiese prosedures en behandelingsopsies wat oor die algemeen aan hom beskikbaar is;
- (c) die voordele, risiko's, kostes en gevolge wat oor die algemeen met elk van die opsies geassosieer kan word; en
- (d) die pasiënt se reg om gesondheidsdienste te weier en die implikasies, risiko's en verpligtinge verbonde aan sodanige weiering.

Bogenoemde inligting moet, waar moontlik, aan die verbruiker oorgedra word in 'n taal wat vir hom verstaanbaar is en op 'n wyse wat rekening hou met sy geletterdheidsvlak.²¹³

Volgens Thomas²¹⁴ is die omvang van die inligting wat in terme van bogemelde artikel 6 aan die verbruiker verskaf moet word meer omvattend as die standaard van openbaarmaking soos in **Castell v De Greef** uiteengesit, waarvolgens slegs kennis en bewustheid van die aard en omvang van die nadeel en wesenlike risiko's vereis word.²¹⁵

²¹³ Artikel 6 (2).

²¹⁴ 2007: 208.

²¹⁵ Gemelde outeur (2007: 208) doen egter aan die hand dat die gebruik van die woord "generally" in artikel 6 om aan te dui in watter mate die pasiënt inligting moet ontvang in verband met behandelingsopsies beskikbaar en onder andere die risiko's daaraan verbonde, die omvang van sodanige inligting waarop die pasiënt geregtig is, mag beperk. Hierdie standpunt word ondersteun deur Wilson 2009: 881.

Artikel 7 (1) bepaal dat gesondheidsdiens nie verskaf mag word sonder die verbruiker se ingeligte toestemming nie. Die artikel sit egter sekere uitsonderingsgevalle uiteen waar met die verskaffing van gesondheidsdienste voortgegaan kan word al is die ingeligte toestemming daartoe nie vooraf van die bepaalde verbruiker bekom nie. Daar word met hierdie artikel gepoog om sommige probleme aan te spreek wat deur gesondheidsverskaffers ervaar word om ingeligte toestemming te bekom vir die behandeling van persone wat nie noodwendig oor die bevoegdheid beskik om noodsaaklike besluite op hul eie te neem nie, maar wie se gebrek aan bevoegdheid nie amptelik deur een of ander regsproses erken is nie.²¹⁶ Daar word van die gesondheidsverskaffer verwag om alle redelike stappe te neem om die pasiënt se ingeligte toestemming te bekom.²¹⁷

Artikel 8 (1) vestig die pasiënt se reg om deel te neem aan enige besluit wat sy persoonlike gesondheid en behandeling raak. By implikasie bevestig dit ook die verbruiker se reg om, soos uitdruklik bepaal in artikel 6 (1) (d), gesondheidsdienste te weier. Carstens en Pearmain²¹⁸ doen aan die hand dat die reg van die pasiënt om ingelig te word beduidend deur die bepalinge van artikel 8 uitgebrei is deur die voorsiening daarin vir gevalle waar persone reeds behandeling ontvang het en dit om een of ander rede nie moontlik was om hul vooraf verleende toestemming daartoe te verkry nie. Ingevolge artikel 8 (3) word dieselfde standaard en omvang van openbaarmaking vereis as dié wat in artikel 6 vir ingeligte toestemming in die vooruitsig gestel word.

Artikel 8 maak ook voorsiening vir die deelname van verbruikers in besluite wat hul gesondheid raak, selfs waar die betrokke ingeligte toestemming op sigself

²¹⁶ Carstens en Pearmain 2007: 693 verwys hier byvoorbeeld na bejaarde persone wat aan verskillende grade van seniliteit ly en dikwels op 'n dringende basis behandeling benodig in gevalle wat nie op noodsituasies neerkom nie.

²¹⁷ Artikel 7 (2).

²¹⁸ 2007: 694.

deur 'n ander persoon gegee moet word. Bogenoemde outeurs²¹⁹ meen dat dit ten doel het om erkenning te verleen aan die reg op menswaardigheid van kinders en bejaardes wat, hoewel bevoegdheid tot 'n mindere of meerdere mate by hulle mag ontbreek, steeds in staat mag wees om in 'n mindere mate te verstaan wat besig is om met hulle te gebeur. Volgens hulle word verskaffers derhalwe as gevolg van artikel 8 opgesaal met verpligtinge bo en behalwe dié wat normaalweg ingevolge die gemeenregtelike leerstuk van ingeligte toestemming van hulle verwag word waar situasies ter sprake is waarin dit nie die pasiënt self is wat die vereiste toestemming moet verskaf nie.²²⁰

Sover bekend is die bepalinge van die onderhawige wet nog nie aan toetsing deur die houe onderwerp nie en bestaan daar derhalwe nog onsekerheid aangaande die interpretasie en toepassing daarvan op werklike situasies.

5. Uitsonderings op die geneesheer se inligtingsplig teenoor sy pasiënt – regverdigingsgronde.

Geneeshere word in sekere omstandighede onthef van hul inligtingsplig en daarmee saam ook van die vereiste om 'n pasiënt se ingeligte toestemming tot 'n operasie of behandeling te verkry. Vanweë die aanwesigheid van sodanige omstandighede, oftewel regverdigingsgronde, sal die mediese ingreep in die afwesigheid van die verkryging van die vereiste toestemming nie as onregmatig geoordeel word nie.

Tydens beoordeling van die afdwingbaarheid van die relevante regverdigingsgronde is dit van kardinale belang om nie die invloed van die bepalinge van die Grondwet²²¹ daarop uit die oog te verloor nie. Verskeie van

²¹⁹ Carstens en Pearmain 2007: 694.

²²⁰ Carstens en Pearmain 2007: 694.

²²¹ Wet 108 van 1996.

die bepalings van die Handves van Regte soos vervat in die Grondwet mag die tradisionele verweke in geneeskundige reg op 'n direkte of indirekte wyse beïnvloed, byvoorbeeld:

- artikel 10: beskerm die reg op waardigheid;
- artikel 11: beskerm die reg op lewe;²²²
- artikel 12: beskerm die reg op liggaamlike integriteit en om nie onderwerp te word aan mediese eksperimentering sonder ingeligte toestemming nie;²²³ en
- artikel 14: beskerm die reg op privaatheid.

Carstens en Pearmain²²⁴ merk tereg op dat die bogenoemde regte nie absoluut is nie en beperk mag word deur die werking van artikel 36 (die beperkingsklousule) in die konteks van artikel 39 wat vereis dat sodanige regte op 'n wyse vertolk moet word sodat die waardes wat onderliggend is aan 'n oop en demokratiese samelewing, daardeur bevorder word.

5.1 Noodgevalle

Volgens Carstens en Pearmain²²⁵ kan mediese ingrepe in noodgevalle in die volgende omstandighede geregverdig word: (a) noodtoestand; (b) saakwaarneming (*negotiorum gestio*); (c) statutêre magtiging; of (d) waar sodanige ingreep as 'n geregverdigde beperking in terme van artikel 36 van die Grondwet²²⁶ beskou word.

²²² Kyk byvoorbeeld **Christian Lawyers Association of South Africa v Minister of Health** 1998 (4) SA 1113 (T).

²²³ Kyk **Minister of Safety and Security v Gaqa** 2002 (1) SASV 654 (K); **Minister of Safety and Security v Xaba** 2003 (2) SA 703 (D); **Oldwage v Louwrens** [2004] 1 All SA 532 (K).

²²⁴ 2007: 874.

²²⁵ 2007: 906.

²²⁶ Wet 108 van 1996.

5.1.1 Noodtoestand ²²⁷

Hier word die pasiënt se belange opgeoffer ter beskerming van byvoorbeeld samelewingsbelang wat bedreig word deur nadeel wat reeds aanwesig is of onmiddellik dreigend is en wat nie op 'n ander wyse afgeweer kan word nie. 'n Dader kan hom nie op noodtoestand beroep waar hy regtens verplig is om die nood te verduur nie en oor die algemeen moet die belang wat opgeoffer word, nie groter wees as die belang wat gered word nie. ²²⁸

'n Pasiënt wat byvoorbeeld 'n aansteeklike siekte onderlede het, kan selfs teen sy wil behandel word om sodoende die verspreiding daarvan te voorkom. Dieselfde geld ook vir die geval waar 'n persoon ingeënt word ten einde die uitbreek van 'n gevaarlike siekte te voorkom. In beide gevalle mag die geneesheer optree sonder toestemming van die pasiënt. ²²⁹

Die volgende algemene vereistes word deur Carstens ²³⁰ voorgehou vir die suksesvolle toepassing van hierdie regverdigingsgrond: (a) Daar moet een of ander vorm van noodsituasie bestaan; (b) daar word nie vereis dat die pasiënt onbevoeg moes gewees het om toe te stem nie of dat die ingreep nie teen sy wil moet wees nie of dat die ingreep in sy beste belang moet wees nie; (c) die ingreep moet uitgevoer word in die beste belang van die gemeenskap.

²²⁷ Noodtoestand word as volg deur Carstens 2009: 428 omskryf: “[i]t is a ground of justification that justifies the act committed by a person in protection of the person's own or someone else's legally recognized interest that is endangered by a threat of harm which has already commenced or is imminent and cannot be averted in another way, provided that the person is not legally compelled to endure the danger and the interest protected by the protective act is not out of proportion to the interest infringed by the act.”

²²⁸ Neethling ea 2006: 85 – 91; Carstens en Pearmain 2007: 909.

²²⁹ Strauss 1991: 31. Kyk **Stoffberg v Elliot**: 150; **Ex Parte Dixie**: 751 D; **Esterhuizen v Administrator Transvaal**: 716 ev; **Burger v Administrateur Kaap**: 489. Vergelyk ook **Rompel v Botha** 1953 (T) Ongerapporteerde, soos bespreek in **Esterhuizen v Administrator Transvaal**: 719 D – F.

²³⁰ 2009: 428.

5.1.2 Saakwaarneming (*negotiorum gestio*)

Waar 'n pasiënt byvoorbeeld in 'n kritieke, bewustelose toestand by 'n hospitaal aangebring word, is dit nie nodig om tyd te verspil deur eers toestemming te probeer verkry alvorens met die noodsaaklike behandeling begin word nie. In so geval kan die geneesheer staatmaak op die leerstuk van *negotiorum gestio* (saakwaarneming) om sy optrede te regverdig.²³¹

Strauss en Strydom²³² stel die volgende vereistes vir 'n geslaagde beroep op saakwaarneming in die konteks van geneeskundige ingrepe sonder die toestemming van die pasiënt: (a) Daar moet 'n werklike noodsituasie wees wat die ingryping gebiedend maak; (b) die pasiënt moet onbewus wees van die ingryping; (c) die ingryping moet nie teen die wil van die pasiënt wees nie;²³³ (d) die geneesheer moet die operasie of behandeling onderneem met die oogmerk om die belange van die pasiënt te dien.

Volgens Smit²³⁴ sal saakwaarneming selfs as regverdigingsgrond kan dien waar 'n geneesheer eksperimenteel te werk gaan in 'n poging om die pasiënt se lewe te probeer red. Dit sal egter nie die geval wees waar daar 'n bestaande, gebruikelike behandeling of middel beskikbaar is wat ewe goed aangewend kan word nie. 'n Geneesheer tree sekerlik dan nie in sy pasiënt se beste belang op deur hom bloot te stel aan potensiële, onbekende risiko's wat moontlik met die onbeproeftede behandeling gepaard gaan nie.

²³¹ Strauss 1991: 31; Van den Heever 1997: 50 – 53; McQuoid – Mason en Dada 1999: 136.

²³² 1967: 238 ev.

²³³ Selfs al is sodanige behandeling noodsaaklik om die pasiënt se lewe te red. Volgens Strauss 1991: 94 moet die pasiënt se selfbeskikkingsreg in so 'n geval eerbiedig word, selfs al sou dit tot sy dood aanleiding gee.

²³⁴ 1975: 257.

'n Meer gedetailleerde bespreking van hierdie regverdigingsgrond volg in hoofstuk 11 hieronder waar die moontlikheid van die uitbreiding daarvan na die intellektueel "afwesige" pasiënt ondersoek word.

5.2 Afstanddoening

Dit is waar die pasiënt te kenne gee dat hy nie omtrent die aard van die voorgestelde behandeling, die risiko's daaraan verbonde, ensovoorts ingelig wil word nie.²³⁵ Sodanige afstanddoening van keuse sal egter nie gereedlik aangeneem word nie.²³⁶

5.3 Terapeutiese privilegie

'n Geneesheer word ook van sy inligtingspilig onthef indien sy pasiënt se gemoedstoestand van so 'n aard is dat mededeling van die volle omvang van sy ongesteldheid en van die ingrypende aard van die geneeskundige behandeling daaraan verbonde hom in so 'n mate kan beïnvloed dat sy genesing daardeur bemoeilik sou word.²³⁷ Hierdie standpunt geniet wye ondersteuning in regsmediese literatuur en staan bekend as die leerstuk van terapeutiese privilegie.²³⁸

²³⁵ Burchell 1986a: 297; Van Oosten 2000: 26 wys daarop dat hierdie uitsondering in beginsel onversoenbaar is met die kennis en begrip – vereiste wat vir effektiewe toestemming gestel word, maar sou die opdwinging van ongevraagde inligting aan die pasiënt ook op 'n inbreukmaking van sy vryheid van keuse neerkom.

²³⁶ Millner 1957: 387.

²³⁷ Kyk egter artikel 6(1)(d) van die *National Health Act* 61 van 2003 wat pertinent bepaal dat 'n verbruiker die reg het om gesondheidsdienste te weier. Kyk ook Strauss 1991: 10 ; Van Oosten 1989: 450; Van den Heever 1993: 911. Strauss en Strydom 1967: 221 wys daarop dat hoewel regsgeldige toestemming, gebaseer op volledige kennis van die siektetoestand en die ingryping in hierdie situasie ontbreek, dit tog onderskei kan word van gevalle waar geen toestemming hoegenaamd aanwesig is nie; hier is minstens 'n algemene toestemming tot die feit dat die geneesheer die pasiënt in behandeling neem.

²³⁸ Kyk byvoorbeeld Burchell 1986a: 300; Strauss 1991: 18-19; Van den Heever 1997: 2; Blackbeard 2003: 53.

Volgens Beard en Midgley²³⁹ sal verswyging van inligting in die volgende omstandighede ingevolge hierdie leerstuk geregverdig word: (a) waar medies-gespesialiseerde inligting die pasiënt sal verwar en sy vermoë om rasonale besluite te kan neem nadelig sal beïnvloed; (b) waar die inligting die pasiënt so bang sal maak dat hy moontlik behandeling sal weier; (c) waar die pasiënt se kommer en angs van so aard sal wees dat 'n suksesvolle afloop van die behandeling deur die openbaarmaking in gevaar gestel sal word; (d) waar die pasiënt terminaal siek is en bekendmaking daarvan gevoelloos onder die omstandighede sal wees en (e) waar die risiko's verbonde aan die bekendmaking van die inligting net so erg of erger is as die risiko's wat met behandeling gepaard gaan.²⁴⁰

Ingevolge hierdie leerstuk mag 'n geneesheer selfs in uitsonderlike omstandighede 'n leuen aan die pasiënt vertel ten einde laasgenoemde se lewe of sy fisiese en/of geestelike gesondheid te beskerm.²⁴¹ Dit is 'n debatteerbare punt of 'n geneesheer geregtig is om in terme van terapeutiese privilegie 'n leuen te vertel waar die pasiënt vrae aan hom gestel het in verband met sy toestand en/of voorgenome behandeling.²⁴²

Volgens Morton²⁴³ moet daar drie elemente aanwesig wees alvorens die verweer van terapeutiese privilegie opgewerp kan word: (a) die omringende feite en omstandighede moet van so 'n aard wees dat die gebruik van privilegie daardeur

²³⁹ 2005: 51. Kyk ook Thomas 2007: 208.

²⁴⁰ Volgens Van den Heever 1997: 136 speel die sielkundige profiel van die betrokke pasiënt die belangrikste rol wanneer die moontlike gevolge van volle openbaarmaking aan hom evalueer word. Hy wys ook daarop (1997: 137) dat daar 'n direkte korrelasie tussen die aard van die ingreep of diagnose en die omvang van die nie-openbaarmaking behoort te wees. 'n Ernstiger diagnose of ingreep behoort 'n hoër risiko of bedreiging van sielkundige of fisiese nadeel vir die pasiënt in te hou wat met ander woorde die suksesvolle beroep op die verweer in sodanige omstandighede sou verhoog.

²⁴¹ Byvoorbeeld waar 'n pasiënt aan kanker ly en inligting omtrent die diagnose of terapie kan veroorsaak dat hy in erge depressie verval of selfmoordneigings ontwikkel. Kyk Van Oosten 1995: 172; Van den Heever 1997: 59.

²⁴² Van Oosten 1995: 172.

²⁴³ 1987: 121.

geregverdig word; (b) die geneesheer moet oortuig wees dat volledige openbaarmaking 'n betekenisvolle nadelige effek op die pasiënt sal hê; en (c) redelike diskresie moet aan die dag gelê word.

Sommige juriste meen egter dat die leerstuk van terapeutiese privilegie nie erkenning behoort te geniet in 'n tydperk waar die pasiënt se reg om ingelig te word, van die allergrootste belang is nie.²⁴⁴ Volgens Burchell²⁴⁵ het die pasiënt 'n reg om te weet wat die aard van sy siekte is, veral as dit 'n terminale siekte soos kanker is, en hy is ook geregtig om ingelig te word omtrent die wesenlike risiko's verbonde aan enige voorgestelde behandeling van sy toestand. Hierdie openbaarmaking sal die vertrouensverhouding tussen geneesheer en pasiënt versterk, die selfstandigheid van die pasiënt bevorder en onsekerheid verminder.²⁴⁶ Giesen en Fahrenhorst²⁴⁷ huldig die standpunt dat selfs in gevalle waar volledige openbaarmaking 'n pasiënt se fisiese of geestelike toestand ernstig kan benadeel, dit te betwyfel is of die leerstuk van terapeutiese privilegie enige bestaansreg het. Volgens gemelde outeurs is die probleem in sodanige gevalle nie **of** die pasiënt ingelig moet word nie, maar **hoe** die inligting aan hom oorgedra moet word.²⁴⁸ Ook Sommer²⁴⁹ gaan van die standpunt uit dat potensiële benadeling van die pasiënt nie noodwendig beteken dat inligting van hom weerhou moet word nie, die probleem kan oorbrug word deur die inligting op 'n versigtige wyse aan die pasiënt oor te dra.

²⁴⁴ Kyk Thomas 2007: 215. Coetzee 2001: 82-94 is van mening dat indien die geneesheer weet, of 'n rede het om te glo, dat die pasiënt nie tot die betrokke behandeling sal toestem as hy van die risiko's bewus is nie, die verweer van terapeutiese privilegie nie opgewerp mag word nie.

²⁴⁵ 1986b: 320.

²⁴⁶ Burchell 1986b: 320.

²⁴⁷ 1984: 84.

²⁴⁸ Giesen en Fahrenhorst 1984: 84. Kyk ook Coetzee 2001: 120, 147-150 wat daarop wys dat selfs waar die vrees van selfmoord bestaan, sensitiewe openbaarmaking soms 'n alternatief tot nie-openbaarmaking bied.

²⁴⁹ 1986: 358.

Van Oosten²⁵⁰ is ook gekant teen die erkenning van terapeutiese privilegie as regverdigingsgrond omdat dit volgens hom onder andere die fundamentele beginsel van outonomie van die pasiënt ondermyn deur die plig wat daar op geneeshere rus om inligting te openbaar in sekere omstandighede onderworpe te stel aan professionele diskresie. Hy is verder van mening dat daar in beginsel geen rede bestaan waarom terapeutiese privilegie nie tuisgebring kan word onder die verweer van noodtoestand nie.²⁵¹ Hy wys daarop dat terapeutiese nie-openbaarmaking as 'n regverdigingsgrond fungeer in gevalle waar nakoming van die openbaarmakingsplig groter nadeel vir die pasiënt sou veroorsaak as die voorgenome behandeling. As geneeshere toegelaat word om in mediese noodsituasies, op grond van die verweer van noodtoestand, voorkeurbehandeling toe te dien ten einde die gesondheid of lewe van een pasiënt ten koste van 'n ander te red, is dit net logies dat in noodsituasies waar die beskerming van die pasiënt se een regsbelang sal veroorsaak dat 'n ander regsbelang van hom skade aangedoen word, die geneesheer ook geregtig behoort te wees om een van die pasiënt se regte ten koste van 'n ander te beskerm, op voorwaarde dat al die vereistes van die verweer van noodtoestand nagekom word.²⁵² Hy stel derhalwe voor dat die term "terapeutiese noodtoestand" moontlik gebruik kan word om die aanwending van die verweer in mediese konteks te beskryf.²⁵³

Met uitsondering van enkele *obiter dicta* in **South African Medical and Dental Council v McLoughlin**²⁵⁴ en **Castell v De Greef**²⁵⁵ het die kwessie van terapeutiese privilegie feitlik nog geen aandag in die Suid-Afrikaanse regspraak

²⁵⁰ 1991: 428.

²⁵¹ Van Oosten 1991: 426-429.

²⁵² Kyk ook Beard en Midgley 2005: 68.

²⁵³ Coetzee 2001: 249 ev verkies die term "terapeutiese regverdiging". Van den Heever 1997: 88-92 wys egter op sekere haakplekke wat die realisering van Van Oosten se bogenoemde voorstel sal bemoelik. Hy kom tot die gevolgtrekking dat die verweer van noodtoestand nie voldoende voorsiening maak vir die unieke omstandighede verbonde aan die geneesheer se terapeutiese privilegie nie en dat laasgenoemde derhalwe as 'n verweer *sui generis* erken moet word.

²⁵⁴ 1948 (2) SA 355 (A).

²⁵⁵ Op 416 D-E en 426H.

geniet nie en is daar nie sprake van die presiese afbakening van die trefwydte van die onderhawige leerstuk nie.²⁵⁶ In eersgemelde saak merk Watermeyer HR as volg op:

“... it may sometimes be advisable for a medical man to keep secret from his patient the form of treatment which he is giving him.”²⁵⁷

Strauss²⁵⁸ gee in oorweging dat indien dit in 'n besondere geval sou blyk dat volledige openbaarmaking van die aard van die voorgestelde behandeling ongetwyfeld die pasiënt se gesondheid sal benadeel, en die geneesheer na deeglike oorweging van al die komplikasies doelbewus besluit om nie al die inligting aan die pasiënt oor te dra nie, die geneesheer nie vir aanranding aanspreeklik gehou behoort te word nie.

Van den Heever²⁵⁹ wys ook op die behoefte wat bestaan om die geneesheer se openbaarmakingsplig in sekere omstandighede te versag en te beperk. Volgens hom moet gestreef word na 'n balans tussen die erkenning van gepaste beperkings (wat versigtig omskryf moet word) en die pasiënt se selfbeskikkingsreg en vryheid van keuse.²⁶⁰ Anders gestel: Die toepaslike regsbeginsels moet poog om 'n kompromie te bereik wat die pasiënt se outonomie beskerm sonder om die geneesheer se kliniese oordeel onnodig te beperk.

Empiriese navorsing wat deur Van den Heever²⁶¹ onderneem is in 'n poging om vas te stel wat 'n groep Suid-Afrikaanse geneesheer se menings en werklike

²⁵⁶ Thomas 2007: 208. Kyk oor die algemeen ook Welz 1999: 299; Coetzee 2004: 464; Beard 2005: 51.

²⁵⁷ Op 336.

²⁵⁸ 1991: 19. Kyk ook Strauss en Strydom 1967: 219 ev en in besonder die standpunt van Bockelmann daar aangehaal; Van Oosten 1989: 450.

²⁵⁹ 1993: 912.

²⁶⁰ Kyk die riglyne wat deur die outeur voorgestel word ter bereiking van 'n behoorlike balans – 1993: 12.

²⁶¹ 1997: 121 ev.

kliniese praktyke is in verband met die toepassing van terapeutiese privilegie, het onder andere aan die lig gebring dat: (a) 'n oorweldigende meerderheid van die geneeshere wat aan die opname deelgeneem het (77%), ten gunste was van 'n diskresie om sekere inligting van 'n pasiënt te weerhou vir terapeutiese doeleindes; en (b) 'n verrassende aantal van die respondente (67%) het aangedui dat hulle inderdaad sodanige diskresie in hul persoonlike ervaring uitgeoefen het.

In **Castell v De Greef**²⁶² het die hof erkenning verleen aan die mediese praktisyn se terapeutiese privilegie deur sy openbaarmakingsplig daaraan onderworpe te stel. Die hof het aangedui dat daar onsekerheid bestaan aangaande die trefwydte van dié verweer maar het nie ingegaan op die gevare daaraan verbonde nie omdat dit nie in die betrokke saak opgewerp is nie. Daar word egter uitgewys dat dié privilegie:

“... does, however, form part of the wider debate concerning consent to medical treatment and whether emphasis should be placed on the autonomy and right of self-determination of the patient in the light of all the facts or on the right of the medical profession to determine the meaning of reasonable disclosure.”²⁶³

Daar word ook in die *National Health Act*²⁶⁴ voorsiening gemaak vir die behoud van terapeutiese privilegie deurdat die verskaffer van gesondheidsorg toegelaat word om inligting van die verbruiker (pasiënt) te weerhou in omstandighede waar wesentliche getuienis bestaan dat openbaarmaking van die pasiënt se gesondheidstatus strydig met sy beste belang sou wees.²⁶⁵ Deur die onderhawige uitsondering op die gesondheidsdiensverskaffer se openbaarmakingsplig egter te beperk tot artikel 6 (a), wat handel oor die verskaffing van inligting aan die

²⁶² Op 426 H.

²⁶³ Op 418 G – H. Kyk Beard en Midgley 2005: 66.

²⁶⁴ Wet 61 van 2003.

²⁶⁵ Artikel 6 (a).

pasiënt in verband met sy gesonheidstatus, en nie die hele artikel nie, wil dit voorkom asof die toepassingsveld daarvan meer beperk is as wat dit in die geval van die gemenereg is.²⁶⁶ Volgens Wilson²⁶⁷ wil dit voorkom asof dit in die praktyk nie moontlik sal wees om die toepassing van die verweer van terapeutiese privilegie te beperk tot die verskaffing van inligting in verband met die pasiënt se gesondheidstoestand nie. Die oordra van inligting aan 'n pasiënt in verband met die voorgestelde behandelingswyse, byvoorbeeld bestralingsterapie, vir 'n lewensbedreigende siekte waaraan hy ly, sal onvermydelik lei tot bekendmaking van die pasiënt se gesondheidstoestand ten spyte van die feit dat die geneesheer op grond van die feite tot sy beskikking op terapeutiese privilegie sou wou staatmaak om nie sodanige inligting te openbaar nie.

Volgens Thomas²⁶⁸ bestaan daar onduidelikheid of die omvang van die geneesheer se geregtelike openbaarmakingsplig nou aan die hand van die bepalinge soos vervat in die *National Health Act* of ooreenkomstig die beginsels van die gemenereg vasgestel behoort te word en of beide stelle beginsels naas mekaar voortbestaan en derhalwe in ag geneem moet word.

Verdere moontlike uitsonderings op die geneesheer se openbaarmakingsplig kan teweeg gebring word deur: (a) wetgewende bepalinge²⁶⁹; (b) magtiging wat deur 'n bevoegde hof verleen is²⁷⁰; (c) die feit dat die pasiënt reeds oor die vereiste inligting beskik²⁷¹; en (d) die feit dat openbaarmaking in die betrokke

²⁶⁶ Thomas 2007: 208.

²⁶⁷ 2009: 879 vn 93.

²⁶⁸ 2007: 209.

²⁶⁹ Kyk byvoorbeeld artikel 37(2) en 225(2) van die Strafproseswet 51 van 1977 wat betrekking het op die neem van bloedmonsters wat relevant in strafregtelike verrigtinge mag wees.

²⁷⁰ Vergelyk byvoorbeeld **Phillips v De Klerk** 1983 (T) (Ongerapporteerde, soos bespreek deur Strauss 1991: 29 ev). Kyk Van Oosten 1992: 633; Van den Heever 1997: 53 ev.

²⁷¹ Vergelyk **Castell v De Greef** (1993): 520 D.

omstandighede onmoontlik is.²⁷² Daar word vervolgens slegs op eersgamelde twee moontlikhede kortliks uitgebrei:

5.4 Wetgewing

Drie tipes situasies waar wetgewing 'n mediese ingreep mag regverdig, word deur Carstens en Pearmain²⁷³ geïdentifiseer, naamlik:

- (a) Waar 'n statutêre bepaling 'n mediese ingreep of die openbaarmaking van inligting regverdig ongeag of die pasiënt daartoe toegestem het²⁷⁴;
- (b) waar statutêre bepalings 'n mediese ingreep regverdig wat plaasvind met die pasiënt se toestemming²⁷⁵;
- (c) waar statutêre bepalings 'n mediese ingreep in noodsituasies regverdig.²⁷⁶

5.5 Hofbevel

Magtiging deur 'n hof sal enige wederregtelikheid of onregmatigheid van die mediese ingreep wat uitgevoer is, uitskakel. Hierdie regverdigingsgrond kom ter sprake wanneer 'n hofbevel aangevra word om (a) 'n mediese ingreep te laat uitvoer wat nie teen die wil van die pasiënt is nie, of om (b) 'n mediese ingreep

²⁷² Van Oosten 1995: 172.

²⁷³ 2007: 917.

²⁷⁴ Kyk byvoorbeeld artikel 7(1)(d) van die *National Health Act* 61 van 2003 wat die mediese behandeling van 'n nie-toestemmende persoon magtig waar die versuim om hom te behandel, 'n ernstige risiko vir die openbare gesondheid tot gevolg sou hê.

²⁷⁵ Kyk Carstens en Pearmain 2007: 918 en die voorbeelde aldaar deur die outeurs uiteengesit. Hulle wys daarop dat hier 'n oorvleueling van toestemming en statutêre magtiging as regverdigingsgronde plaasvind.

²⁷⁶ Kyk byvoorbeeld artikel 38(3)(a) van die Wet op Gesondheidsberoep 56 van 1974 soos gewysig wat 'n geneesheer magtig om as tandarts op te tree in 'n noodsituasie waar geen tandarts beskikbaar is nie. Hier vind oorvleueling van die regverdigingsgronde van noodtoestand en statutêre magting plaas.

teen die wil van die pasiënt te laat uitvoer.²⁷⁷

5.6 Mediese ingryping sonder die vooraf verkryging van ingeligte toestemming: Aanranding of nalatigheid?

Van Oosten²⁷⁸ wys daarop dat die toediening van mediese behandeling sonder die pasiënt se toestemming in beginsel neerkom op strafregtelike en sivilregtelike aanranding deurdat op sy fisiese integriteit inbreuk gemaak word. Sodanige ingreep kan in gepaste omstandighede ook op *iniuria* neerkom, en in beginsel sou dit beide deliktuele en strafregtelike *iniuria* insluit.²⁷⁹ Verdere regsgevolge wat uit die geneesheer se optrede kan voortspruit, is byvoorbeeld kontraktuele aanspreeklikheid²⁸⁰ of die onvermoë om 'n professionele fooi van die pasiënt te verhaal.²⁸¹ Die nie-openbaarmaking van inligting aangaande die aard en gevolge van behandeling kan daarenteen aanleiding gee tot die instel van 'n deliktuele eis wat op nalatigheid gebaseer is (byvoorbeeld waar 'n

²⁷⁷ Relevante regspraak in die konteks van magtiging deur 'n hof vir die uitvoer van 'n mediese ingreep, sluit byvoorbeeld die volgende in: **Hay v B** 2003 (3) SA 492 (W); **Minister of Safety and Security v Gaqa** 2002 (1) SASV 654 (K); **Minister of Safety and Security v Xaba** 2003 (2) SA 703 (D); **S v Orrie** 2004 (3) SA 584 (K).

²⁷⁸ 1991: 51. Kyk ook Van den Heever 1997: 109; Wilson 2009: 867. Wat aanspreeklikheid vir aanranding betref, kyk **Stoffberg v Elliot**: 148 ev; **Layton and Layton v Wilcox and Higginson**: 50; **Lampert v Hefer**: 508 E-F; **Esterhuizen v Administrator Transvaal**: 718 ev; **S v Sikunyana** 1961 (3) SA 549 (E): 551A, 551H; **Richter v Estate Hamman**: 232 F-G; **Burger v Administrateur Kaap**: 489; **Nell v Nell** 1990 (3) SA 889 (T): 895; **S v Kiti** 1994 (1) SASV 14 (E): 18 f-g. Vergelyk **S v Binta** 1993 (2) SASV 33 (T): 39; **Broude v McIntosh**: 67-68; **Oldwage v Louwrens** [2004] 1 All SA 532 (K).

²⁷⁹ Kyk Van Oosten 1989: 445; Strauss 1991: 4; Van Wyk 1992: 28; Van den Heever 1997: 109; **Stoffberg v Elliot**: 152; **Seetal v Pravitha** 1983 (3) SA 827 (D); **Nell v Nell**: 895; **C v Minister of Correctional Services** 1996 (4) SA 292 (T). Vergelyk **Zurnamer v Thielke**: 178.

²⁸⁰ Vergelyk **Behrman v Klugman** 1988 (W) (ongerapporteerde, soos bespreek deur Strauss 1991: 176-177); **Castell v De Greef**: 425.

²⁸¹ Van Oosten 1995: 166. Vergelyk **McCallum v Hallen** 1916 EDL 74; **Recsei's Estate v Meine** 1943 EDL 227.

mediese ingreep met die nodige sorg en vaardigheid uitgevoer is, maar ten spyte daarvan 'n versweë risiko of gevaar ingetree het).²⁸²

Die standpunt dat die nie-openbaarmaking ook neerkom op 'n sogenaamde "breach of duty" wat as nalatigheid deliktueel verhaal kan word, word egter uitdruklik deur 'n aantal skrywers verwerp.²⁸³ Van die argumente wat aangevoer word teen die aanwending van 'n skadevergoedingsaksie gebaseer op nalatigheid in gevalle van nie-openbaarmaking, is onder andere dat die gevaar bestaan dat dit aanleiding kan gee tot die oorbeklemtoning van die verweer van terapeutiese privilegie.²⁸⁴

Waar 'n aksie op aanranding gebaseer word, moet bewys word dat nie-openbaarmaking onregmatig en opsetlik geskied het deurdat die geneesheer die nie-openbaarmaking voorsien het en hom daarmee vereenselwig het. In die geval van die nalatighedsaksie moes die betrokke nadeel nie net onregmatiglik veroorsaak gewees het nie maar ook nalatiglik, in die sin dat 'n redelike geneesheer in die individuele geneesheer se posisie die moontlikheid dat nadeel uit 'n onregmatige nie-openbaarmaking kon voortspruit, sou voorsien en stappe sou geneem het om dit te voorkom.²⁸⁵ In **Lymberry v Jefferies**²⁸⁶ is die pasiënt se kwaal gediagnoseer as fibromioom van die baarmoeder en na onsuksesvolle chirurgiese behandeling het die geneesheer diep x-straalbehandeling

²⁸² Van Wyk 1992: 28; Wilson 2009: 868. Wat aanspreeklikheid vir nalatigheid betref, kyk **Lymberry v Jefferies** 1925 AD 236; **Prowse v Kaplan** 1933 EDL 257; **Allot v Paterson and Jackson**: 222, 224; **Layton and Layton v Wilcox and Higginson**: 50; **Dube v Administrator Transvaal** 1963 (4) SA 260 (W): 269 C – 270 A; **Richter v Estate Hamman**: 226; **Castell v De Greef** 1993 (3) SA 501 (K). Vergelyk **Soumbasis v Administrator of the Orange Free State** 1989 (O) (Ongerapporteerde, soos bespreek deur Strauss 1991: 262-263). Thomas 2007: 193 noem dat die meeste van die sake wat voor Suid-Afrikaanse howe geplaas is vir beslissing waar toestemming tot mediese behandeling ter sprake was, op aanranding as aksiegrond gebaseer was.

²⁸³ Kyk Van Oosten 1989: 449 asook 454 vn 59.

²⁸⁴ Kyk Van Oosten 1989: 449 vir die uiteensetting van verdere argumente hieromtrent.

²⁸⁵ Van Oosten 1991: 455-456. Kyk ook Van den Heever 2004:55 waar hy wys op sekere belangrike implikasies wat betref die eiser se bewyslas indien 'n aksie vir nie-openbaarmaking van inligting op aanranding gebaseer word.

²⁸⁶ 1925 AD 236.

voorgeskrif. Na afloop van die behandeling het die pasiënt die geneesheer aangespreek omdat hy onder andere versuim het om haar in te lig dat een van die gevolge daarvan sou wees dat sy steriel sou raak. Die verhoorregter het egter bevind dat aangesien die geneesheer haar meegedeel het “that she would not see her menstrual period again”,²⁸⁷ sy as middeljarige vrou moes besef het dat sy as gevolg van die behandeling nie weer kinders sou kon hê nie en derhalwe word hy nie op hierdie grond vir nalatigheid aanspreeklik gehou nie.²⁸⁸ Die hof versuim egter om ‘n besliste standpunt in te neem oor die vraag of die geneesheer in die betrokke saak wel nalatig sou opgetree het indien hy nie voldoende inligting aan sy pasiënt openbaar gemaak het nie.²⁸⁹

In **Richter and another v Estate Hamman**²⁹⁰ is daar nie uitdruklik erkenning verleen aan die moontlikheid dat ‘n versuim om inligting te openbaar, in beginsel, en afhangende van die omstandighede, op nalatigheid kan neerkom nie. Strauss²⁹¹ was destyds van mening dat indien bogenoemde deur ons howe aanvaar sou word, ‘n nuwe beginsel daardeur in ons reg ingevoer sou word. Hy gee te kenne dat ons howe tradisioneel die nie-nakoming van die plig van geneeshere om hul pasiënte se ingeligte toestemming te verkry, oor die boeg van aanranding gegooi het. Om die versuim om in te lig as nalatigheid te beskou, sou nie in ooreenstemming met die Romeins-Hollandse begrip van nalatigheid wees nie, wat gedefinieer is as die versuim om die nadelige gevolge van ‘n handeling te voorsien en om redelike stappe te neem om dit te voorkom. Die kern van nalatigheid in die mediese konteks aldus Strauss²⁹² is onbekwame behandeling.

²⁸⁷ Op 240.

²⁸⁸ Strauss en Strydom 1967: 214 kritiseer hierdie standpunt en meen dat die vraag nie is wat die pasiënt moes verstaan nie, maar wat sy inderdaad verstaan het.

²⁸⁹ Kyk op 240 van die hofverslag.

²⁹⁰ 1976 (3) SA 226 (K).

²⁹¹ 1991: 268.

²⁹² 1991: 268. Kyk ook Van den Heever 2007: 44 vn 95.

Die eiser in **Esterhuizen v Administrator Transvaal**²⁹³ het gely aan Kaposi se *haemangiosarcoma*. Aanvanklik is sy by twee geleenthede aan oppervlakkige X-straalbehandeling onderwerp sonder enige nadelige gevolge. Later het 'n ander geneesheer beheer oor die pasiënt aanvaar en hy het aanbeveel dat sy radikale X-straalbehandeling moes ondergaan vir die kwaal wat weer kop uitgesteek het. Ten spyte van die verwagte ernstige gevolge van die behandeling het die geneesheer dit nie nodig geag om dit met die pasiënt te bespreek of haar moeder in te roep nie. Die eiseres is vervolgens onderwerp aan die radikale behandeling en dit het eventueel daartoe gelei dat beide haar bene asook haar regterhand by die gewrig geamputeer moes word. Na aanleiding van bogemelde gebeure word 'n eis om skadevergoeding ingestel teen die Provinsiale Administrasie, as werkgewer van die betrokke geneesheer, gegrond op aanranding en in die alternatiewe nalatige behandeling. Die hof bevind dat die nodige toestemming tot die behandeling nie aanwesig was nie aangesien die pasiënt se voog nie ingelig is oor die verwagte nadelige gevolge nie en derhalwe slaag die pasiënt se eis.

Gegrond op bogenoemde beslissing huldig Strauss²⁹⁴ die mening dat waar daar geen toestemming vir mediese behandeling verleen is of waar die verkreeë toestemming so oningelig was betreffende die aard van die behandeling of die gevolge wat waarskynlik daaruit sal voortvloei, daar nie sprake van "werklike" toestemming kan wees nie en sal die pasiënt 'n eis teen die geneesheer kan instel gebaseer op aanranding.²⁹⁵ Boberg²⁹⁶ kom tot die gevolgtrekking dat waar die pasiënt nie voldoende ingelig is omtrent die risiko's verbonde aan 'n sekere mediese prosedure nie, is die beweerde toestemming van die pasiënt ongeldig en is die aanspreeklikheid van die geneesheer nie op nalatigheid gebaseer nie,

²⁹³ 1957 (3) SA 710 (T).

²⁹⁴ 1991: 268.

²⁹⁵ Burchell 1986a: 298 gaan akkoord met hierdie standpunt van Strauss. **S v Sikunyana**: 551 is gesag vir die feit dat sodanige mediese ingryping ook strafregtelike aanranding daar kan stel.

²⁹⁶ 1989: 751.

maar “upon his intentional invasion on the patient’s body without the patient’s consent.”

In **Castell v De Greef**²⁹⁷ word die strydvraag in verband met die posisionering in die Suid-Afrikaanse reg van die aksie teen die geneesheer wat versuim om te voldoen aan sy openbaarmakingsplig as volg deur die hof beantwoord:

“... [t]he issue is treated not as one of negligence, arising from the breach of a duty of care, but as one of consent to the injury involved and the assumption of an unintended risk. In the South African context the doctor’s duty to disclose a material risk must be seen in the contractual setting of the unimpeachable consent to the operation and its sequelae.”²⁹⁸

Volgens Van Oosten²⁹⁹ verkies die hof dus om die geneesheer se openbaarmakingsplig en die verskynsel wat daarmee saamgaan, naamlik die pasiënt se ingelige toestemming, binne die raamwerk van die onregmatigheidselement (met *volenti non fit iniuria* of vrywillige aanvaarding van die risiko van nadeel as regverdiging) eerder as die skuldelement van die delik te plaas. Hy wys daarop dat hierdie benadering sekerlik korrek is waar ‘n mediese ingreep uitgevoer is sonder die pasiënt se ingeligte toestemming, maar met behoorlike sorg en vaardigheid en dit agterna blyk tot voordeel van die pasiënt se gesondheid te wees. Hier sou die gepaste aksie op aanranding of *iniuria* gebaseer wees, afhangende van die feite voorhande, eerder as op nalatigheid. Dit sal volgens die outeur egter sekerlik verkeerd wees om die nalatighedsaksie summier uit te sluit waar ‘n mediese ingreep met behoorlike sorg en vaardigheid uitgevoer is, maar die versweë risiko of gevaar intree en dit vasgestel word dat

²⁹⁷ 1994 (4) SA 408 (K).

²⁹⁸ Op 425 E-F.

²⁹⁹ 1995: 178. Kyk ook Van den Heever 1995: 56.

die pasiënt, indien hy behoorlik daaromtrent ingelig is, se gesondheid nie nadelig geraak sou gewees het nie.

In **Broude v McIntosh and Another**³⁰⁰ het die appellant beweer dat die eerste respondent onregmatiglik versuim het om sy werklike oftewel ingeligte toestemming vir die betrokke operasie te bekom en dat die eerste respondent derhalwe vir appellant aangerand het deur die operasie op hom uit te voer.

Die Hoogste Hof van Appèl het hier *obiter* die bestaande praktyk bevraagteken waarvolgens 'n chirurgiese ingreep deur 'n mediese praktisyn as 'n aanranding tipeer word bloot omdat die praktisyn versuim het om melding te maak van die bestaan van 'n risiko wat as wesenlik genoeg geag is om openbaarmaking te regverdig en wat, indien dit geopenbaar is, kon veroorsaak het dat die pasiënt sy toestemming sou weerhou het. Die hof het hier gevalle in gedagte gehad waar die geneesheer wel aan die pasiënt verduidelik het wat hy voornemens is om te doen en die pasiënt se toestemming daartoe bekom is. Gevalle waar daar *mala fides* betrokke was, soos gevalle van doelbewuste bedrog en wanvoorstelling ten einde toestemming te verkry wat andersins nie verleen sou word nie, was derhalwe nie hier ter sprake nie. Marais AR wys daarop dat dit inherent aan bogenoemde opvatting is dat selfs waar die tersaaklike risiko nie intree nie en die chirurgiese ingreep suksesvol uitgevoer is, die praktisyn se optrede desnieteenstaande 'n aanranding daar sou stel. Hierdie resultaat word deur die geleerde regter as bisar bestempel.

Die hof het opgemerk dat daar geen regsbeginsele bestaan waarvolgens die tipering as hetsy regmatig of onregmatig van 'n opsetlike handeling, wat objektief beskou die aandoen van liggaamlike nadeel aan 'n ander behels, uitgestel kan word totdat die gevolge daarvan bekend is nie. Sodanige opsetlike

³⁰⁰ [1998] 2 All SA 555 (A): 562-563.

handeling het óf 'n aanranding ten tyde van verrigting daarvan uitgemaak óf dit het nie. Gebeure wat *ex post facto* geskied, kan logieserwys nie op die vraag voorhande betrekking hê nie. Deur te sê dat indien die versweë risiko nie intree nie daar geen skade veroorsaak sou gewees het nie is nie 'n gepaste antwoord nie. Dit het niks te doen met die tipering van die mediese praktisyn se optrede, deur chirurgies in te gryp, as regmatig of onregmatig nie.

Gebaseer op bogemelde argumente is die hof by monde van Marais AR die mening toegedaan dat die geldigheid van aksiegronde wat op so 'n wyse ingeklee word dat die optrede van geneeshere in omstandighede soortgelyk aan dié wat na bewering in die onderhawige saak bestaan het, as aanranding te bestempel, weer ondersoek moet word. *In casu* was dit nie vir die hof nodig om 'n bevinding oor dié aangeleentheid te maak nie omdat die getuienis wat aangebied is nie die bewerings van aanranding ondersteun het nie.

Carstens en Pearmain³⁰¹ doen aan die hand dat die gebrek aan ingeligte toestemming op aanranding neerkom (in die konteks van onregmatigheid/wederregtelikheid) en nie nalatigheid nie (in die konteks van die skuldelement). Hulle voer verder aan dat die leerstuk van ingeligte toestemming in die Suid-Afrikaanse reg in wese net 'n ander term vir die toepassing van die stelreël *volenti non fit iniuria* is en dat die vernaamste strydvraag wat in **Castell v De Greef**³⁰² opgeklar of bepaal is, die aard van die standaard van openbaarmaking was wat aanwending behoort te vind wanneer ingeligte toestemming bekom word.³⁰³

5.7 Wyse waarop inligting in verband met die voorgename behandeling aan die pasiënt oorgedra moet word

³⁰¹ 2007: 687.

³⁰² 1994 (4) SA 408 (K).

³⁰³ Carstens en Pearmain 2007: 690.

Strauss en Strydom³⁰⁴ wys daarop dat die wyse waarop die geneesheer die pasiënt wil inlig, in 'n groot mate afhang van die ontwikkelingspeil van die pasiënt en dat geen algemene reëls opgestel kan word nie. Wanneer inligting in verband met die voorgenome mediese behandeling oorgedra word, moet die geneesheer die pasiënt se intelligensie eerder onderskat as oorskakel.³⁰⁵ Waar 'n pasiënt probleme ondervind om óf die taal³⁰⁶ óf die belangrikheid van sekere mediese risiko's te verstaan, rus daar 'n groter plig op die geneesheer om te verseker dat sy verduideliking inderdaad begryp word.³⁰⁷

Inligting moet verkieslik op 'n ondubbelsinige wyse en in nie-tegniese taal aan 'n pasiënt oorgedra word.³⁰⁸ Volgens Van Oosten³⁰⁹ moet inligting in eenvoudige terme en genoegsaam gedetailleerd aan die pasiënt verskaf word ten einde hom in staat te stel om dit op 'n intelligente wyse in oorweging te neem. Hy maan ook dat voorsorg getref moet word om te verseker dat die pasiënt die risiko's en gevare verbonde aan die betrokke operasie moet verstaan. In 'n verdere bydrae doen hy aan die hand dat openbaarmaking so moet geskied dat die mediese leek in die pasiënt se posisie in staat sal wees om dit te begryp en om besluite oor die relevante kwessies te kan neem.³¹⁰ Nadat die inligting aan die pasiënt oorgedra is, moet hy genoegsame geleentheid gegun word om dit te oorweeg en besluite

³⁰⁴ 1967: 221.

³⁰⁵ Strauss 1991: 9.

³⁰⁶ Burchell 1978: 203 stel voor dat 'n tolk gebruik moet word as daar taalprobleme tussen die geneesheer en die pasiënt bestaan. Henley ea 1995: 1277 wys egter daarop dat tolke nie noodwendig die proses vergemaklik nie aangesien 'n kombinasie van faktore soos selektiewe vertaling, persoonlike agendas, waardes en interpretasies 'n invloed uitoefen op die inligting wat uiteindelik aan die pasiënt oorgedra word. Kyk ook Dein en Bhui 2005: 354.

³⁰⁷ Burchell 1986b: 319, *contra* Skegg 1988: 88, wat van mening is dat hoe groter die pasiënt se vermoë is om die betrokke twispunte te verstaan en tot 'n besluit daaroor te kom, hoe groter sal die plig om relevante inligting te openbaar, wees.

³⁰⁸ Strauss en Strydom 1967: 221; Burchell 1986b: 319; Strauss 1991: 9; McQuoid-Mason en Dada 1999: 135; Beard en Midgley 2005: 57.

³⁰⁹ 1989: 450. Kyk ook Beard en Midgley 2005: 57.

³¹⁰ Van Oosten 1991: 458.

daaromtrent te neem.³¹¹ Daar is egter nie 'n verpligting om die pasiënt tot by die standaard van die geneesheer se mediese kennis op te voed nie.³¹²

Aangesien pasiënte van mekaar verskil, is die geneesheer verplig om die vereiste verduideliking na te streef totdat hy seker is dat die pasiënt of sy familie die strekking daarvan begryp.³¹³ McLean en McKay³¹⁴ is egter die mening toegedaan dat hoewel die geneesheer onder 'n mate van verpligting verkeer om relevante inligting op sodanige wyse oor te dra dat van die pasiënt verwag kan word om dit te verstaan, eersgenoemde uiteindelik nie aanspreeklik gehou kan word vir die pasiënt se onvermoë om die inligting te verwerk of as 'n geheel te begryp nie.

In terme van artikel 6 (2) van die *National Health Act*³¹⁵ word daar van die verskaffer van gesondheidsorg verwag om die inligting waar moontlik aan die verbruiker (pasiënt) oor te dra in 'n taal wat deur laasgenoemde verstaan word en op 'n wyse wat rekening hou met die pasiënt se vlak van geletterdheid.

Die persoon wat oor die algemeen verantwoordelik is om die pasiënt in te lig, is die geneesheer wat die ingreep gaan uitvoer.³¹⁶ Hierdie verantwoordelikheid mag egter onder sekere omstandighede as 'n uitsondering op die reël aan 'n ander persoon gedelegeer word. Omdat die geneesheer wat die ingreep uitvoer egter in die finale instansie verantwoordelik is om die pasiënt in te lig en aanspreeklikheid kan opdoen vir nie-openbaarmaking, is dit dringend noodsaaklik dat hy beheer daarvoor moet uitoefen dat die vereiste openbaarmaking inderdaad plaasvind.³¹⁷

³¹¹ Van Oosten 1995: 172.

³¹² **Castell v De Greef**: 518.

³¹³ Vergelyk Beard en Midgley 2005: 57.

³¹⁴ 1981: 100.

³¹⁵ Wet 61 van 2003.

³¹⁶ Strauss 1996: 493.

³¹⁷ Van Oosten 1991: 457-458; Van den Heever 1997: 41.

Die persoon aan wie die inligting oorgedra moet word, is die pasiënt self. Indien hy nie oor die vermoë beskik om die inligting te verstaan en tot 'n besluit daaroor te kom nie, moet die inligting aan sy verteenwoordiger ingevolge die reg oorgedra word, byvoorbeeld gades, ouers, voogde, persone in *loco parentis*, ensovoorts.³¹⁸ Aangesien 'n spesifieke manier van openbaarmaking nie vereis word nie, kan inligting by wyse van dokumentasie of tydens 'n gesprek tussen geneesheer en pasiënt oorgedra word.³¹⁹

Daar word aan die hand gedoen³²⁰ dat daar geen openbaarmakingsplig bestaan waar:

- (a) die pasiënt reeds oor die vereiste inligting beskik;
- (b) die pasiënt uitdruklik of stilswyend van sy reg op inligting afstand gedoen het;
- (c) die verweer van terapeutiese privilegie³²¹ van toepassing is;
- (d) openbaarmaking in die omstandighede onmoontlik is; en
- (e) waar wetgewing 'n statutêre plig op 'n geneesheer plaas om nie inligting te openbaar nie.³²²

5.8 Kousaliteit

Ten einde met 'n deliktuele eis gebaseer op nalatigheid te slaag waar die geneesheer se openbaarmakingsplig ter sprake is, sal die pasiënt wat nie behoorlik ingelig is omtrent die risiko's en gevare verbonde aan die operasie nie, moet bewys dat hy nie sou toegestem het tot die uitvoer daarvan nie, of

³¹⁸ Van Oosten 1991: 458.

³¹⁹ Van Oosten 1995: 173.

³²⁰ Van Oosten 1991: 459.

³²¹ Van Oosten 1991:459 stel voor dat hierdie term eerder as "therapeutic necessity" bekend behoort te staan.

³²² Byvoorbeeld artikel 8(3) van die *National Health Act* 61 van 2003. Kyk Carstens en Pearmain 2007: 888.

alternatiewe behandeling sou oorweeg het indien die risiko's wel aan hom bekend gemaak is.³²³ Waar die pasiënt egter, indien hy behoorlik ingelig is omtrent die risiko of gevaar, buitendien tot die mediese ingreep sou instem, ontbreek 'n kousale *nexus* tussen die nie-openbaarmaking en die intrede van die risiko of gevaar en sal aanspreeklikheid op grond van nalatigheid derhalwe uitgesluit wees.³²⁴

In **McDonald v Wroe**³²⁵ word bevestig dat van die *conditio sine qua non*-teorie oftewel die sogenaamde "but for"-toets gebruik gemaak word om aanvanklik te bepaal of 'n feitlike kousale verband tussen die optrede van die geneesheer en die nadelige gevolge bestaan.³²⁶ Indien dit wel die geval is, sal die volgende vraag ontstaan, naamlik of die geneesheer aanspreeklik gehou behoort te word vir die skadelike gevolge wat uit sy optrede voortvloei. Kousaliteit wat hier ter sprake is, staan bekend as juridiese kousaliteit. Sodanige kousaliteit is teenwoordig wanneer daar 'n genoegsaam noue verband tussen die optrede van die delikpleger en die gevolge daarvan bestaan om in die lig van beleidsoorwegings, gebaseer op redelikheid, billikheid en geregtigheid, aan die delikpleger toegedig te kan word.³²⁷

In die onderhawige saak is aangevoer dat die eiseres nie daarin kon slaag om die kousale verband tussen verweerder se versuim om haar in te lig, en die ingetrede permanente senuweeskade te bewys nie, omdat:

³²³ Vergelyk **Castell v De Greef** 1994: 427, 430 G-I; **Broude v McIntosh and Another**: 563 f-g.

³²⁴ Van den Heever 1997: 116.

³²⁵ [2006] 3 All SA 565 (K).

³²⁶ Wat die toepassing van die feitlike toets vir kousaliteit betref, kyk **Simon and Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd** 1984 (2) SA 888 (A): 914 C – 918 A en veral 915 E; **Silver v Premier, Gauteng Provincial Government** 1998 (4) SA 569 (W).

³²⁷ Op par 10 van die hofverslag van die saak onder bespreking. Kyk ook **Bonitas Medical Aid Fund v Volkskas Bank Ltd** 1992 (2) SA 42 (A); **Smit v Abrahams** 1994 (4) SA 1 (A): 14A-F.

- (a) indien die verweerder haar gewaarsku het teen die intrede van sodanige skade, sy waarskynlik steeds die operasie op 'n latere datum sou ondergaan het; en
- (b) eiseres nie bewys het nie dat indien die operasie op 'n latere datum uitgevoer is, sy waarskynlik nie gemelde skade sou gely het nie.

Die hof het tot die slotsom gekom dat indien die eiseres behoorlik ingelig is in verband met die risiko's verbonde aan die prosedure sy waarskynlik 'n tweede opinie sou ingewin het en dat sy op grond daarvan na 'n spesialis sou verwys gewees het vir uitvoering daarvan. Na ontleding van die deskundige getuienis deur die onderskeie partye aangevoer, het die hof bevind dat indien die operasie uitgevoer is deur 'n spesialis, die ingetrede gevolge waarskynlik nie die eiseres sou getref het nie. Daar is derhalwe bevind dat die eiseres daarin geslaag het om op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys dat die vereiste feitlike kousale verband tussen die verweerder se versuim om haar in te lig omtrent die risiko van permanente senuweeskade en die gevolge waaraan sy later gely het, bestaan het. Gevolglik is die verweerder, wat as algemene tandarts gepraktiseer het, aanspreeklik gehou vir die skade wat deur die eiser gely is as gevolg van die onregmatige versuim om haar te waarsku teen die risiko's verbonde aan die betrokke operasie.

5.8.1 Die leerstuk van "a loss of a chance"

Aangesien hierdie leerstuk nog nie in die Suid-Afrikaanse reg aanwending gevind het nie,³²⁸ word daar hierna geensins gepoog om 'n gedetailleerde uiteensetting daarvan voor te hou nie. Daar word eerstens slegs kortliks verwys na die aard en trefwydte daarvan en daarna word aandag geskenk aan die menings van enkele

³²⁸ Daar is in **Oldwage v Louwrens** [2004] 1 All SA 532 (K) verwys na die leerstuk maar geen bespreking daarvan het plaasgevind nie.

skrywers in verband met die vraag of die leerstuk 'n vastrapplek in die Suid-Afrikaanse reg behoort te kry.

Ingevolge onderhawige leerstuk word 'n eiser toegelaat om 'n aksie teen 'n verweerder in te stel, gebaseer op laasgenoemde se optrede wat veroorsaak het dat eiser die geleentheid ontnem is om 'n sekere gevolg te vermy, eerder as op grond van die ingetrede gevolg opsigself. Die voordeel verbonde aan die toepassing van die leerstuk is dat dit 'n hof in staat stel om skadevergoeding toe te ken in gevalle waar dit nie vir die eiser moontlik is om op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys dat die gevolg in alle geval nie sou ingetree het nie.³²⁹

Die skadevergoeding waarop 'n eiser ingevolge hierdie leerstuk geregtig is, word proporsioneel bereken ooreenkomstig die naaste graad waarvolgens die eiser se geleentheid om 'n nadelige gevolg te vermy deur die verweerder verminder of vernietig is.³³⁰ Van den Heever³³¹ wys daarop dat die besondere sterkpunt van die leerstuk daarin geleë is dat dit nie vereis dat die verweerder se bydrae tot die intrede van die betrokke gevolg die hooforsaak daarvan hoef te wees nie, en dat dit sodanig gekonstrueer is om 'n meer akkurate en regverdige bepaling van die impak van die verweerder se optrede op die eiser te verskaf.

Volgens Carstens en Pearmain³³² is dit onseker, maar ten minste 'n debatteerbare punt, of Suid-Afrikaanse howe bereid sal wees om die leerstuk in die konteks van mediese nalatigheid toe te pas. 'n *De lege ferenda* "loss of a chance"-model word deur Van den Heever³³³ voorgestel vir aanwending in aksies wat op nalatigheid gebaseer is, wat volgens hom nie 'n drastiese afwyking van die tradisionele benadering teweegbring nie en wat regverdiger teenoor

³²⁹ Carstens en Pearmain 2007: 835.

³³⁰ Van den Heever 2007: 1.

³³¹ 2007: 2.

³³² 2007: 838.

³³³ 2007: 127 – 130.

verweerders in mediese gedinge is deurdat hulle slegs vir die gedeelte van die skade wat hulle veroorsaak het, verantwoordelik is.³³⁴

5.9 Afwyking of uitbreiding van behandeling/operasie waartoe toegestem is

Ter inleiding kan gemeld word dat die afwyking of uitbreiding van 'n operasie of behandeling waartoe toegestem is, slegs geregverdig kan word indien dit geskied het in omstandighede wat tuisgebring kan word onder die verwere van noodtoestand of *negotiorum gestio*.

Toestemming deur 'n pasiënt verleen tot die uitvoer van 'n sekere operasie of behandeling ten opsigte waarvan hy die vereiste inligting ontvang het, magtig 'n geneesheer nie om 'n ander operasie of behandeling uit te voer nie, ongeag die feit dat daar nie 'n groot verskil tussen die twee situasies bestaan nie.³³⁵ Daar moet 'n wesenlike ooreenstemming tussen die operasie waartoe toestemming verleen is en dié wat inderdaad later uitgevoer word, bestaan. Indien 'n wesenlike afwyking wel voorkom, kan die geneesheer op grond van 'n gebrek aan toestemming aanspreeklik gehou word, tensy sodanige afwyking byvoorbeeld deur die intrede van 'n noodsituasie geregverdig kan word.³³⁶

In die praktyk is dit egter eerder die gevalle waar die geneesheer die trefwydte van die pasiënt se toestemming oorskry en voortgaan om tydens uitvoer van die gemagtigde operasie/behandeling sekere bykomstige handeling te verrig wat verband hou met die siektetoestand in verband waarmee die geneesheer oorspronklik geraadpleeg is, wat tot die inisiëring van regsverrigtinge aanleiding

³³⁴ Carstens en Pearmain 2007: 839 beskryf hierdie model as volhoubaar, weldeurdag en ooreenredend.

³³⁵ Strauss en Strydom 1967: 224.

³³⁶ Strauss en Strydom 1967: 224 wat die voorbeeld gebruik van 'n pasiënt wat tot 'n mangeloperasie toestem en die geneesheer dan voortgaan om sy blindederm te verwyder.

gee.³³⁷ Strauss en Strydom³³⁸ wys op die volgende moontlikhede wat hier ter sprake kan kom: (a) Die pasiënt se toestand blyk heelwat ernstiger te wees as wat die geneesheer aanvanklik gemeen het, wat 'n meer ingrypende operasie wenslik maak; (b) Dit kom aan die lig dat 'n ander lidmaat of orgaan van die pasiënt ook aangetas is, wat 'n operasie daaraan wenslik maak; (c) Daar word op 'n totaal "nuwe" toestand afgekom wat 'n operasie wenslik maak.³³⁹ In nie een van hierdie gevalle bestaan 'n noodtoestand wat 'n operasie gebiedend maak nie.

Die vraag wat ontstaan, is of die geneesheer in bogenoemde omstandighede op sy eie oordeel kan staatmaak en voortgaan om die operasie wat wenslik blyk te wees, uit te voer of moet hy eerder wag totdat die pasiënt weer by sy volle positiewe is en dan sy toestemming verkry?³⁴⁰

Van Oosten³⁴¹ beveel aan dat die leerstuk van ingeligte toestemming ideaal geskik is om die pasiënt in hierdie omstandighede te beskerm teen ongematigde afwykings of uitbreidings aangesien geen rede in beginsel of in praktyk bestaan waarom 'n pasiënt wat hom aan 'n operasie onderwerp nie voor die uitvoering daarvan in kennis gestel behoort te word van 'n potensiële afwyking of uitbreiding van die ooreengekome prosedure nie.

³³⁷ Strauss en Strydom 1967: 224. Kyk byvoorbeeld **Stoffberg v Elliot** 1923 CPD 148 waar die geneesheer se optrede, deur die pasiënt se penis te amputeer, neergekom het op 'n onregmatige uitbreiding van die operasie waartoe toegestem is.

³³⁸ 1967: 226.

³³⁹ Van Oosten 1998: 200 wys daarop dat die moontlikhede hierbo vermeld, almal op een of ander wyse verband hou met 'n verkeerde of onvoldoende diagnose van die pasiënt se toestand voor uitvoering van die operasie. Hierdie stand van sake kan volgens hom hedendaags grootliks uitgeskakel of verminder word deur die aanwending van gesofistikeerde moderne diagnostiese tegnologie.

³⁴⁰ Van Oosten 1998: 200 vermeld dat die toelatingsvorms van Suid-Afrikaanse hospitale gewoonlik 'n klousule bevat wat uitdruklik 'n medies aangewese afwyking of uitbreiding van die ooreengekome prosedure magtig. 'n Behoorlik ondertekende toelatingsvorm waarin sodanige klousule voorkom, sal as *prima facie* getuienis dien van die pasiënt se ingeligte toestemming tot enige medies aangewese afwyking of uitbreiding.

³⁴¹ 1998: 201.

Hoewel dit moeilik is om klinkklare antwoorde te verskaf op elke moontlike feitlike situasie wat hom voordoën, word die volgende riglyne deur Strauss en Strydom³⁴² voorgestel waar die afwyking of uitbreiding van 'n geneeskundige ingreep ter sprake is:

- (a) Waar daar geen uitdruklike toestemming daartoe verskaf is of dit nie uitdruklik geweier is nie, kan toestemming afgelei word deur te let op die omringende omstandighede;³⁴³
- (b) Waar die geneesheer sonder die medewete van die pasiënt vooraf besluit het om af te wyk van die operasie waartoe toegestem is, kan hy hom nie later op sodanige toestemming beroep indien die afwyking wesenlik verskillend is nie;
- (c) Indien die pasiënt se toestemming tot 'n ernstiger ingreep nie verkry is nie as gevolg van 'n nalatige diagnose deur die geneesheer, kan laasgenoemde homself nie verweer deur staat te maak op die pasiënt se toestemming tot 'n minder ernstige operasie nie; en
- (d) Waar 'n pasiënt uitdruklik toestem tot 'n operasie sonder om beperkings daaraan te koppel, stem hy ook stilswyend toe tot uitbreidings daarop wat ooreenkomstig die toepassing van gesonde beginsels van die geneeskunde wenslik blyk te wees in die lig van feite wat, nadat daar met die operasie begin is, na vore gekom het. Sodanige verdere ingreep sal slegs toelaatbaar wees indien dit te goeder trou uitgevoer word om die pasiënt se toestand te verbeter, en indien dit die betrokke risiko('s) nie wesenlik vergroot nie.³⁴⁴

³⁴² 1967: 234.

³⁴³ Van Oosten 1998: 198.

³⁴⁴ Van Oosten 1998: 198.

Waar 'n pasiënt tot behandeling toestem omdat hy onder die indruk verkeer dat dit geen nadelige gevolge vir hom sou inhou nie, en die toegediende behandeling, hoewel van dieselfde tipe, dan heelwat meer ingrypend is as wat hy gedink het dit sou wees, kan die geneesheer hom nie op die pasiënt se toestemming beroep indien ernstige nadelige gevolge vir laasgenoemde intree nie.³⁴⁵

5.10 Terugtrekking van toestemming

Omdat toestemming 'n eensydige handeling is, is dit vrylik en ter eniger tyd voor die dader se optrede herroepbaar.³⁴⁶ Wanneer 'n pasiënt sy toestemming herroep, word dit geag asof hy nooit sy toestemming gegee het nie. Die herroeping moet egter net soos die verlening van die toestemming na buite kenbaar gemaak word.³⁴⁷ 'n Pasiënt mag sy toestemming tot 'n operasie in enige stadium terugtrek, en ná sodanige terugtrekking mag die geneesheer nie die operasie uitvoer nie.³⁴⁸ 'n Persoon wat hom kontraktueel verbind het om nie sy toestemming te herroep nie (byvoorbeeld 'n pasiënt wat 'n skriftelike toestemming onderteken het om 'n operasie te ondergaan), sal hom weliswaar aan kontrakbreuk skuldig maak indien hy wel sou herroep, maar sy skending van die teenparty (geneesheer) se vorderingsreg kan laasgenoemde

³⁴⁵ 'n Goeie voorbeeld hiervan kan gevind word in die saak van **Esterhuizen v Administrator Transvaal**: 721 waar die eiseres, nadat sy aanvanklik toegestem het tot oppervlakkige stralingsterapie wat geen nadelige gevolge opgelewer het nie, sonder haar toestemming onderwerp is aan radikale bestraling wat gelei het tot die amputering van beide haar bene en haar regterhand. Kyk Carstens en Pearmain 2007: 912.

³⁴⁶ Strauss en Strydom 1967: 207; Smit 1975: 259; Van der Merwe en Olivier 1989: 92; Van der Walt en Midgley 2005: 144; Neethling en Potgieter 2010: 111-112; Snyman 2002: 128; **Jooste v National Media Ltd** 1994 (2) SA 634 (K): 647.

³⁴⁷ Strauss en Strydom 1967: 207.

³⁴⁸ Indien die geneesheer wel sou voortgaan met die uitvoering van die operasie, maak hy hom skuldig aan aanranding indien geen regverdigingsgrond vir sy optrede teenwoordig is nie. Vergelyk Neethling en Potgieter 2010: 112.

onmoontlik veroorloof om op te tree asof toestemming nog steeds
aanwesig is.³⁴⁹

³⁴⁹ Vergelyk Van der Walt en Midgley 2005: 144. Volgens Strauss en Strydom 1967: 207-208 kan toestemming sy regsrag verloor indien die mediese ingreep waartoe toegestem is, nie binne 'n redelike tyd tot uitvoer gebring word nie. Die vraag of toestemming verval het, moet beoordeel word aan die hand van al die feitlike omstandighede.

HOOFSTUK 8

REGSVERGELYKENDE OORSIG VAN INGELIGTE TOESTEMMING IN ENKELE BUITELANDSE REGSTELSELS

1. Australië

Verskeie howe¹ in Australië het al die Bolam-toets verwerp as 'n gepaste standaard vir die openbaarmaking van inligting deur die mediese profesie, en daardeur effektiewelik die redelik versigtige pasiënt-standaard aangeneem.²

In **F v R**³ het die eiseres na 'n onsuksesvolle buisafsluiting ("tubal ligation") swanger geraak. Sy het vervolgens 'n eis teen die geneesheer ingestel en beweer dat hy nalatig was deur haar nie te waarsku teen die minder as 1% mislukkingsyfer verbonde aan die betrokke ingreep nie. Daar is bevind dat die geneesheer nie nalatig opgetree het nie en die hof maak die volgende opmerkings aangaande die standaard van sorg wat van 'n mediese praktisyn vereis word:

"The ultimate question, however, is not whether the defendant's conduct accords with the practice of his profession or some part of it, but whether it conforms to the standard of reasonable care

¹ Die Hooggeregshof van Suid-Australië in **F v R** (1982) 33 SASR 189 en **Battersby v Tottman** (1984) 35 SASR 577, (1985) 37 SASR 524, die Hooggeregshof van Nieu-Suid-Wallis in **H v Royal Alexandra Hospital for Children** (1990) 1 Med LR 297 en die Nieu-Suid-Wallis Appèlhof in **Albrighton v Royal Prince Alfred Hospital** [1980] 2 NSWLR 542.

² Hierdie toets is afkomstig uit die Engelse saak van **Bolam v Friern Hospital Management Committee** [1957] 2 All ER 118 en het tot inhoud dat 'n pasiënt net op inligting geregtig is indien 'n redelike geneesheer dit as toepaslik beskou. Jones 1996: 346; Stone en Matthews 1996: 178; Jackson en Powell 1997: 700; Mason ea 2006: 402; d'Agincourt-Canning en Johnston 2008: 26; Mclean 2010:78.

³ (1982) 33 SASR 1989. Vir 'n kort bespreking van hierdie saak, kyk Giesen 1993: 555-556.

demanded by law. This is a question for the court and the duty of deciding it cannot be delegated to any profession or group in the community".⁴

Wat betref die omvang van openbaarmaking wat vereis word, verklaar King HR as volg:

"Finally the question must be: 'Has the doctor in the disclosure or lack of disclosure which has occurred, acted reasonably in the exercise of his professional skill and judgment, or ... in the way a careful and reasonable doctor in similar circumstances would have done?'"⁵

In **Rogers v Whitaker**⁶ was die eiseres bykans blind in haar regterooë as gevolg van 'n besering wat sy in haar kinderjare opgedoen het. Die verweerder, 'n oftalmoloog, het haar geadviseer dat 'n operasie waartydens die beskadigde weefsel van haar regterooë verwyder word, waarskynlik die sig daarin kon laat verbeter. Ten spyte van die eiseres se aanhoudende navrae omtrent moontlike komplikasies van die operasie, het die verweerder versuim om haar te waarsku teen die baie klein risiko van simpatiese oogontsteking ("sympathetic ophthalmia") (1 uit 14 000 – of bietjie groter waar daar, soos in hierdie geval, 'n vroeëre penetrenderende besering op die oog aanwesig was waarop geopereer is). Die verweerder was inderdaad bewus gewees van hierdie risiko.

⁴ Op p 194.

⁵ Op p 191. Beard and Midgley 2005: 63 wys daarop dat aangeleenthede in die Australiese reg wat handel oor ingeligte toestemming in terme van die geneesheer se "duty of care" teenoor sy pasiënt benader word en dat verbreking van hierdie plig op nalatigheid neerkom. In die Suid-Afrikaanse reg word die saak egter verskillend benader deurdat die vraag is of die toestemming wat van die pasiënt verkry is, behoorlik ingeligte toestemming was.

⁶ (1992) 109 ALR 625, [1993] 4 Med LR 79. Vir 'n bespreking van hierdie saak kyk byvoorbeeld Chalmers en Schwartz 1993: 139; McSherry 1993: 5; Tickner 1995: 109; Skene en Smallwood 2002: 39.

Indien sy kennis gedra het van hierdie risiko sou die eiseres nie tot die operasie toegestem het nie. Die verweerder het die operasie met redelike sorg en vaardigheid uitgevoer. Ongelukkig het die ingreep nie die beplande verbetering van die regteroog teweeg gebring nie, maar aanleiding gegee tot simpatiese oogontsteking in die linkeroog wat die eiseres bykans algeheel blind gelaat het.

Die Appèlhof van Nieu-Suid-Wallis het bevind⁷ dat ten spyte van getuienis dat 'n "body of reputable medical practitioners" nie 'n waarskuwing oor die gevaar van simpatiese oogontsteking sou gegee het nie, die verweerder nalatig was deur te versuim om melding te maak van dié risiko in reaksie op die eiseres se algemene navraag omtrent moontlike komplikasies. Die Hoë Hof van Australië het hierdie bevinding gehandhaaf en 'n skadevergoedingsbedrag van meer as 800 000 Australiese dollar toegestaan. Die hof bevestig dat die vraag nie is of die verweerder se gedrag in ooreenstemming was met dié van die mediese profesie of 'n vertakking daarvan nie, maar of dit in ooreenstemming was met die standaard van redelike sorg wat deur die reg vereis word.⁸

"Further, and more importantly, particularly in the field of non-disclosure of risk and the provision of advice and information, the Bolam principle has been discarded and, instead, the courts have adopted the principle that, while evidence of acceptable medical practice is a useful guide for the courts, it is for the courts to adjudicate on what is the appropriate standard of care ..."⁹

⁷ (1991) 23 NSWLR 600; [1992] 3 Med LR 331.

⁸ Met goedkeuring van die volgende uitsprake: **F v R** 1982: 194; **Battersby v Tottman** 1985: 524; **Gover v South Australia** (1985) 39 SASR 543; **Ellis v Wallsend District Hospital** (1989) 17 NSWLR 553; **E v Australian Red Cross Society** (1991) 99 ALR 601; [1991] 2 Med LR 303; (1991) 105 ALR 53 (Aus Fed CA); kyk ook Pincus 1993: 27; Khan en Robson 1997: 155; Tovey 2008: 72. Die uitspraak in **Rogers v Whitaker** is bekragtig deur die Hoë Hof van Australië in **Chappel v Hart** [1998] HCA 55. Kyk ook Grubb 2004: 193; Mclean 2010:78.

⁹ Per Mason HR op p 82.

Aangeleenthede wat deur 'n geneesheer oorweeg behoort te word wanneer hy/sy moet besluit of 'n sekere risiko verbonde aan die betrokke prosedure openbaar gemaak gaan word, is byvoorbeeld die volgende: die aard van die aangeleenthede wat openbaar gemaak moet word, die aard van die behandeling, die pasiënt se behoefte aan inligting, die gemoedsingesteldheid en gesondheid van die pasiënt en die algemeen omringende omstandighede.¹⁰ Dit kom daarop neer dat daar 'n plig op 'n geneesheer rus om 'n pasiënt te waarsku teen 'n wesenlike risiko wat inherent is aan die voorgestelde behandeling.¹¹ Mason HR som die resgposisie soos volg op in **Rogers v Whitaker**:¹²

“The law should recognize that a doctor has a duty to warn a patient of a material risk inherent in the proposed treatment; a risk is material¹³ if, in the circumstances of the particular case, a **reasonable person**¹⁴ in the patient's position, if warned of the risk, would be likely to attach significance to it or if the medical practitioner is or should reasonably be aware that a **particular patient**,¹⁵ if warned of the risk, would be likely to attach

¹⁰ Jones 1996: 347; Pincus 1993: 26.

¹¹ In **Hart v Chappel** [1994] 5 Med LR 365 is bevind dat die betrokke geneesheer nalatig opgetree het deurdat hy versuim het om sy pasiënt te waarsku dat 'n operasie aan haar keel 'n risiko vir haar stem ingehou het. Hy het aldus versuim ten spyte van die feit dat hy daarvan bewus was dat sy 'n onderwyser is, en verder het sy hom ook uitdruklik uitgevra na die moontlikheid van skade aan haar stem. Tovey 2008: 72-73.

¹² 1993: 83.

¹³ In **F v R** 1982: 191 het King HR gesê dat 'n risiko van nadeel of die moontlikheid dat 'n prosedure kan misluk so gering mag wees in verhouding tot die gevolge indien die voorgestelde behandeling nie ondergaan word nie, dat geen redelike persoon daardeur beïnvloed sal word nie. Die openbaarmakingsplig van 'n geneesheer sal derhalwe nie sodanige risiko insluit nie. King HR brei dan as volg uit oor watter risiko's wel openbaar behoort te word: “On the other hand, a small risk of great harm might call for disclosure, although a greater risk of slight harm would not. The more drastic the proposed intervention the more necessary it would be to keep the patient fully informed of the risks and likely consequences”.

¹⁴ My beklemtoning.

¹⁵ My beklemtoning.

significance to it.”¹⁶

Dit is dus duidelik dat die Hoë Hof van Australië ‘n “versigtige pasiënt”-toets aanvaar het vir die standaard van sorg wat gehandhaaf moet word waar die openbaarmakingsplig van ‘n geneesheer ter sprake kom en dat die sogenaamde Bolam-toets, soos toegepas in die Engelse saak van **Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital**¹⁷ daardeur verwerp is. Deur dit te doen, kritiseer gemelde hof die mediese opinie/redelike geneesheer-benadering wat in die **Sidaway**-saak nagevolg is onder andere as volg:

“One consequence of the application of the Bolam principle to cases involving the provision of advice or information is that, even if a patient asks a direct question about the possible risks or complications, the making of that inquiry would logically be of little or no significance; medical opinion determines whether the risk should or should not be disclosed and the express desire of a particular patient for information or advice does not alter that opinion or the legal significance of that opinion”.¹⁸

¹⁶ Die benadering gevolg in die uitspraak dat dit vir die hof is, en nie die mediese opinie nie, om te besluit of ‘n betrokke risiko wesenlik van aard is, is goedgekeur in die latere Australiese uitspraak van **Rosenberg v Percival** [2001] HCA 18. Volgens Pincus 1993: 26 beteken die woorde “should reasonably be aware” dat daar van die geneesheer verwag word om te oorweeg, en soms navraag te doen, of die bepaalde pasiënt ‘n spesiale behoefte het om besondere inligting te ontvang ten einde sodanige pasiënt in staat te stel om ‘n rasonele besluit te kan neem. In **Rogers v Whitaker** (1992) 109 ALR 625 byvoorbeeld moes die onophoudelike navrae van die betrokke pasiënt die geneesheer daarvan bewus maak het dat sy meer as die gebruikelike inligting verlang het. Kyk ook Grubb 2004: 193-194; Mason ea 2006: 401-402; d’Agincourt-Canning en Johnston 2008: 26.

¹⁷ [1985] AC 871.

¹⁸ **Rogers v Whitaker** (1993) 67 ALJR 47: 50. Khan en Robson 1997: 155 vestig die aandag daarop dat die hof in laasgemelde saak, deur hierdie bevinding te maak, afgewyk het van die voorheen gevestigde standpunt dat vroeë gestel deur ‘n pasiënt aan ‘n geneesheer geen verskil maak het om die standaard van sorg vas te stel nie; kyk ook Jones 1996: 361.

Molnar¹⁹ wys verder daarop dat die Australiese Hoë Hof verklaar het, in teenstelling met die leerstuk van ingeligte toestemming wat in die VSA toegepas word, dat dit die omstandighede van die besondere/bepaalde pasiënt wat van belang is om te bepaal watter inligting weselik is en derhalwe openbaar gemaak behoort te word.

In **Rogers v Whitaker**²⁰ het die meerderheid van die Hoë Hof verder aanvaar dat die geneesheer se plig om pasiënte te waarsku teen weselike risiko's onderworpe is aan sogenaamde terapeutiese privilegie. Die geneesheer kan hom derhalwe verweer deur aan te toon dat hy redelikerwys onder die indruk was dat openbaarmaking van 'n risiko nadelig vir die pasiënt sou wees.²¹ In **Battersby v Tottman**²² is byvoorbeeld bevind dat die geneesheer nie aanspreeklik was deur te versuim om 'n pasiënt te waarsku omtrent die risiko van blindheid wat met die gebruik van 'n bepaalde geneesmiddel in hoë dosisse gepaard gegaan het nie. Die rede hiervoor was dat die eiseres as gevolg van haar abnormale geestestoestand nie in staat was om die inligting te gebruik as die basis vir 'n kalm of rasonale besluit nie. Sy sou waarskynlik histories en irrasioneel gereageer het en behandeling geweier het, nie op rasonale gronde of as gevolg van kalm oorweging nie maar as gevolg van verwronge geestesprosesse wat deur haar geestesongesteldheid teweeg gebring is.²³

¹⁹ Molnar 1997: 573. Kyk ook Jones 1996: 348.

²⁰ (1992) 109 ALR 625: 632.

²¹ Pincus 1993: 26; Jones 1996: 349; Grubb 2004: 194; Tovey 2008: 72.

²² (1985) 37 SASR 524 (SC of S Aus).

²³ Kyk egter die verskil in mening van Zelling R op 534-535 van die betrokke hofsaak. Let ook op die minderheidsuitspraak van Gaudron R in **Rogers v Whitaker** 1991: 632 waar sy haarself as volg uitlaat oor terapeutiese privilegie: "Leaving aside cases involving a medical emergency or a situation where the circumstances of the individual require special consideration, I see no basis for treating the doctor's duty to warn of risks (whether involved in the treatment or procedures proposed or otherwise attending to the patient's condition or circumstances) as different in nature or degree from any other duty to warn of real and foreseeable risks and as at present advised, I see no basis for any exception or "therapeutic privilege" which is not based in medical emergency".

Molnar²⁴ wys daarop dat die *Australian National Health and Medical Research Council* riglyne geformuleer het betreffende watter inligting aan pasiënte verskaf moet word wat bepaalde prosedures ondergaan. Hy doen aan die hand dat versuim om voldoende inligting aan 'n pasiënt te verskaf aangaande 'n voorgestelde mediese prosedure in ooreenstemming met hierdie riglyne dit betreklik maklik sal maak vir 'n hof om te bevind dat 'n geneesheer nie net versuim het om die standaard van sorg soos uiteengesit in **Rogers v Whitaker**²⁵ na te kom nie, maar dat hy ook versuim het om hom te onderwerp aan aanvaarde mediese praktyk.²⁶

Sekere gedeeltes van hierdie riglyne is volgens Molnar²⁷ baie waardevol en prakties van aard. Paragraaf 9 daarvan verklaar dat:

“Doctors should normally discuss the following information with their patients:

- the possible and likely nature of the illness or diseases;
- the proposed approach to investigation, diagnosis and treatment:
 - what the proposed approach entails.
 - the expected benefits,
 - the common side effects and material risks of any intervention,
 - whether the intervention is conventional or experimental,
 - who will undertake the intervention,
- other options for investigating, diagnosis and treatment;
- the degree of uncertainty of any diagnosis arrived at;

²⁴ Molnar 1997: 576.

²⁵ (1992) 109 ALR 625.

²⁶ Molnar 1997: 577.

²⁷ Molnar 1997: 577.

- the likely consequences of not choosing the proposed diagnostic procedure or treatment, or of not having any procedure or treatment at all;
- any significant long term physical, emotional, mental, social, sexual, other outcome which may be associated with the proposed intervention;
- the time involved;
- the costs involved, including "out-of-pocket" costs."

In paragraaf 11 van die riglyne verskyn die volgende:

"The way the doctor gives information should help a patient understand the illness, management options, and the reasons for any intervention. It may sometimes be helpful to convey information in more than one session. The doctor should:

- communicate information and opinions in a form the patient should be able to understand;
- allow the patient sufficient time to make a decision. The patient should be encouraged to reflect on opinions, ask more questions, consult with the family, a friend or adviser. The patient should be assisted in seeking other medical opinion when this is requested;
- repeat key information to help the patient to understand and remember it;
- give written information to use diagrams, when appropriate, in addition to talking to the patient;
- pay careful attention to the patient's responses to help identify what has or has not been understood; use a competent interpreter when the patient is not fluent in English".

Fenwick en Beran²⁸ doen aan die hand dat 'n pasiënt geregtig is om ingelig te word van potensiële risiko's indien sodanige kennis sy besluit om 'n bepaalde prosedure te ondergaan, mag beïnvloed. Terselfdertyd behoort geneeshere nie aanspreeklik gehou te word vir alle mediese gevolge van enige toestand nie indien sodanige gevolge onvoorspelbaar en onverwags is en die geneesheer 'n voldoende standaard van sorg, soos vasgestel deur 'n verantwoordelike groep van sy eweknieë, nagekom het.

Om te bepaal of daar 'n kousale verband tussen die geneesheer se versuim om hom behoorlik van sy openbaarmakingsplig te kwyd en die pasiënt se ingetrede skade bestaan, het die Australiese Hoë Hof in **Rosenberg v Percival**²⁹ die toets wat in die Engelse reg aanwending vind, aanvaar.³⁰ Dit is naamlik 'n hibriede toets vir kousaliteit. Die uitgangspunt is subjektief van aard: Wat die bepaalde pasiënt se keuse sou gewees het indien hy behoorlik ingelig is. Hierdie keuse word dan onderwerp aan 'n objektiewe beoordeling ten einde te bepaal of dit redelikerwys geloofwaardig is.³¹

2. Kanada

In **Hopp v Lepp**³² het die Hoë Hof (*Supreme Court*) van Kanada 'n standaard van openbaarmaking gevestig wat op die "redelik versigtige pasiënt gebaseer is, en daardeur 'n toets wat uitsluitlik deur die praktyke van die mediese professie bepaal is, verwerp.

²⁸ Fenwick en Beran 1996: 222.

²⁹ (2001) 75 ALJR 734.

³⁰ Grubb 2004: 198.

³¹ Met ander woorde daar word van die bepaalde pasiënt verwag om soos die redelike pasiënt op te tree en word hy ook as sodanig beoordeel (tensy die teendeel uitdruklik bewys kan word). Kyk Grubb 2004: 197.

³² (1980) 112 DLR (3d) 67.

“In summary, the decided cases appear to indicate that, in obtaining the consent of a patient for the performance upon him of a surgical operation, a surgeon, generally, should answer any specific questions posed by the patient as to the risks involved and should, without being questioned, disclose to him the nature of the proposed operation, its gravity, any material risks and any special or unusual risks³³ attendant upon the performance of the operation. However, having said that, it should be added that the scope of the duty of disclosure and whether or not it has been breached are matters which must be decided in relation to the circumstances of each particular case”.³⁴

Bogemelde hof het verder bevind dat ‘n risiko wat ‘n blote moontlikheid is en wat normaalweg nie openbaar gemaak hoef te word nie, as ‘n wesenlike risiko beskou kan word wat openbaarmaking verg indien die intrede daarvan ernstige gevolge soos verlamming of dood inhou. Die gevare inherent aan enige operasie, byvoorbeeld die gevare van die narkose of die risiko’s van infeksie, hoef nie openbaar te word nie.³⁵

In **Reibl v Hughes**³⁶ is die eiser nie ingelig omtrent die 10% risiko dat hy ‘n beroerte kan kry na aanleiding van ‘n operasie wat op hom uitgevoer is nie. Die risiko sou moontlik nie die eiser se besluit om die operasie te ondergaan, beïnvloed het nie as dit nie was vir die feit dat hy aftrede met volle pensioenvoordele genader het nie. Die risiko van die beroerte was daarom baie belangrik vir hom omdat hy nie die gevaar kon loop om sy pensioen te verloor

³³ “Unusual or special risks” word deur Jones 1996: 346 beskryf as risiko’s wat seldsaam of ongewoon is, maar wat tog soms voorkom. Hoewel buitengewoon behoort hulle aan ‘n redelike pasiënt beskryf te word as gevolg van hulle ongewone of spesiale karakter. Kyk ook Polansky 2006: 25.

³⁴ Op 81.

³⁵ Op 81.

³⁶ (1980) 114 D.L.R. (3d) 1.

nie. Die hof het vervolgens beslis dat onderhawige risiko openbaar moes word indien 'n redelike pasiënt in die posisie van die eiser nie die operasie sou ondergaan het nie. Die hof het verder ook 'n professionele mediese standaard om te bepaal wat wesentliche risiko's is en of daar 'n verbreking van die geneesheer se openbaarmakingsplig plaasgevind het, uitdruklik as volg verwerp.³⁷

"To allow expert medical evidence to determine what risks are material and, hence, should be disclosed and, correlatively, what risks are not material is to hand over to the medical profession the entire question of the scope of the duty of disclosure, including the question whether there has been a breach of that duty ... The materiality of non-disclosure of certain risks to an informed decision is a matter for the trier of fact, a matter on which there would, in all likelihood, be medical evidence but also other evidence, including evidence from the patient or from members of his family."³⁸

Uit bogemelde is dit duidelik dat die toets deur die Kanadese hof toegepas dié van die redelike pasiënt is en nie dié van die redelike mediese praktisyn nie.³⁹ Dit is 'n regsnavraag, gebaseer op die bepaalde omstandighede van die betrokke

³⁷ Kyk Giesen 1993: 556.

³⁸ Op 13.

³⁹ Giesen 1993: 556; Grubb 2004: 193; d'Agincourt-Canning en Johnston 2008: 25-26; Tovey 2008: 72; Foster 2009: 102; Mclean 2010: 84.

saak.⁴⁰

In **Meyer Estate v Rogers**⁴¹ het die eiser probleme ondervind met sy urinekanaal en toegestem tot 'n operasie, 'n binnearse "pyelogram", wat 'n diagnostiese prosedure was. Gedurende die verloop van die operasie is 'n kleurstof, "hypoaque", aan die pasiënt toegedien wat 'n allergiese reaksie veroorsaak het wat eventueel tot sy dood gelei het. Volgens getuienis voor die hof was die risiko van 'n erge allergiese reaksie gedurende die bepaalde ingreep 1 uit 2 000 en die risiko van dood tussen 1 uit 40 000 en 1 uit 100 000. Die Kanadese Vereniging vir Radioloë het spesifiek aanbeveel dat pasiënte nie ingelig behoort te word omtrent die risiko's van 'n allergiese reaksie op 'n kontrasmedium ("contrast media") gedurende 'n binnearse "pyelogram" nie. Dit is gedoen omdat die moontlikheid voorsien is dat pasiënte nie tot die ingreep sou toestem nie. Die Vereniging was van mening dat die risiko's daaraan verbonde om die pasiënt volledig in te lig swaarder weeg as die risiko om die pasiënt nie in te lig nie. Die hof het nietemin bevind dat die risiko verbonde aan die toediening van bogemelde kleurstof wesenlik was en dat die Vereniging se aanbeveling direk in stryd is met die standaard soos neergelê in **Reibl v Hughes**.⁴²

⁴⁰ Beard en Midgley 2005: 63. In die volgende sake is bevind dat die geneeshere, gemeet aan die beginsels soos uiteengesit in **Reibl v Hughes** (1980) 114 DLR (3d) 1, nie hul openbaarmakingsplig nagekom het nie: **Casey v Provan** (1984) 11 DLR (4th) 708 (klein risiko van permanente skade aan stembande); **Considine v Camp Hill Hospital** (1982) 133 DLR (3d) 11 (1-4% risiko dat operasie sou lei tot verlies aan beheer oor blaas); **Diacak v Bardsley** (1983) 25 CCLT 159, (1984) 31 CCCT (4.4% risiko van tydelike "paraesthesia", 1% risiko van permanente "paraesthesia"); **Mason v Forgi** (1984) 31 CCLT 66, (1986) 38 CCLT 171 (klein risiko van beroerte); **Kitchen v McMullin** (1989) 50 CCLT 215 (verhoogde risiko van lewerontsteking as gevolg van die gebruik van Faktor VIII-konsentraat); **Haughian v Paine** (1987) 37 DLR (4th) 424 (risiko van verlamming). (1991) 78 DLR (4th) 307. Kyk Giesen 1988: 293.

⁴¹

⁴² (1980): 13. Interessante navorsing deur Robertson 2003: 153-159 het egter aan die lig gebring dat selfs ná die rigtinggewende beslissing in **Reibl v Hughes** [1980] 2 SCR 880 eisers steeds in die oorgrote meerderheid van sake waar geneeshere aangespreek is op grond van die gebrekkige verskaffing van inligting, die onderspit gedelf het. Sy navorsing (op 159) dui egter daarop dat die onvermoë van eisers om die kousaliteitsvereiste te bewys verantwoordelik is vir die meeste onsuksesvolle eise, en nie die feit dat hulle nie daarin kon slaag om te bewys dat die geneesheer nie voldoen het aan die redelike pasiënt-standaard wat openbaarmaking betref nie.

In **Videto v Kennedy**⁴³ het die Appèlhof van Ontario die effek van **Hopp v Lepp**⁴⁴ en **Reibl v Hughes**⁴⁵ as volg opgesom:

- (i) Die vraag of 'n risiko wesenlik is en of daar 'n verbreking van 'n geneesheer se openbaarmakingsplig plaasgevind het, moet nie alleenlik deur die standaard van die profesie bepaal word nie. Professionele standaard is 'n faktor wat oorweeg moet word.
- (ii) Die openbaarmakingsplig omvat wat die geneesheer weet of behoort te weet wat die pasiënt as relevant beskou tot sy besluit om die behandeling te ondergaan al dan nie. As die pasiënt spesifieke vrae stel, is hy geregtig op redelike antwoorde.
- (iii) 'n Risiko wat 'n blote moontlikheid is, hoef normaalweg nie openbaar te word nie, maar as die intrede daarvan ernstige gevolge inhou behoort dit as 'n wesenlike risiko hanteer te word.
- (iv) Die pasiënt is geregtig om 'n verduideliking te ontvang aangaande die aard en erns van die operasie.

⁴³ (1981) 125 DLR (3d) 127: 133-134.

⁴⁴ (1980): 67.

⁴⁵ (1980): 1.

- (v) Onderworpe aan (iv) hierbo moet ander inherente gevare soos die gevare van narkose of die risiko's van infeksie nie openbaar gemaak te word nie.⁴⁶
- (vi) Die omvang van die openbaarmakingsplig en of dit verbreek is, moet vasgestel word met inagneming van die omstandighede van elke saak.⁴⁷
- (vii) Die emosionele toestand van die pasiënt mag die geneesheer in sekere gevalle regverdig om inligting te weerhou of inligting te veralgemeen wat andersins meer spesifiek behoort te gewees het.⁴⁸ In **Meyer Estate v Rogers**⁴⁹ is egter beslis dat daar nie 'n verweer van terapeutiese privilegie in die Kanadese reg bestaan nie omdat sodanige verweer juis die verpligting om wesenlike risiko's te openbaar, ondermyn. In kontras met laasgenoemde saak is in **Pittman Estate v Bain**⁵⁰ aanvaar dat daar gevalle kan wees waar die pasiënt nie in staat is nie of onwillig is om slegte nuus van die geneesheer te ontvang, en laat Lang R homself as volg hieroor uit:

⁴⁶ Kyk byvoorbeeld **Hajgato v London Health Association** (1982) 36 OR (2d) 669: 680. Let egter daarop dat sekere risiko's van infeksie, soos byvoorbeeld die risiko om lewerontsteking op te doen van bloedprodukte, 'n "ongewone of spesiale" risiko mag wees wat openbaar moet word. Kyk Jones 1996: 344 vn 4.

⁴⁷ Benewens die risiko van behandeling moet 'n geneesheer ook aan 'n pasiënt verduidelik wat die gevolge sal wees indien 'n siektetoestand onbehandeld gelaat word, asook die alternatiewe behandelingswyses en die risiko's daaraan verbonde. Kyk **Haughian v Paine** (1987): 639 en **Schanczi v Singh** [1988] WWR 465.

⁴⁸ Kyk byvoorbeeld **Hajgato v London Health Association** (1982): 680. Polansky 2006: 27.

⁴⁹ (1991): 307. Kyk Giesen 1993: 557.

⁵⁰ (1994) 112 DLR (4th) 257.

“In those circumstances, a physician is obliged to take reasonable precautions to ensure that the patient has communicated their desire not to be told, or that the patient’s health is so precarious that such news will undoubtedly trigger an adverse reaction that will cause further unnecessary harm to the patient”.⁵¹

- (viii) Die vraag of ‘n bepaalde risiko wesenlik van aard is en of daar ‘n verbreking van die openbaarmakingsplig voorgekom het, moet deur die feitebeoordelaar bepaal word. In **White v Turner**⁵² verklaar die hof dat:

“No longer does the medical profession alone collectively determine, by its own practices the amount of information a patient should have in order to decide whether to undergo an operation. From now on [i.e. since the decision in *Reibl v Hughes*] the Court has a voice in deciding the appropriate level of information that must be conveyed to a patient in the circumstances as a question of fact”.

Linden R gaan voort om te verduidelik dat “wesentliche risiko’s” beduidende risiko’s is wat ‘n werklike gevaar inhou vir die pasiënt se lewe, gesondheid en gemak. Die hof moet die erns van die potensiële gevolg en die waarskynlikheid dat dit sal intree, balanseer. Selfs al bestaan daar net ‘n geringe kans van ernstige

⁵¹ Op 399. Kyk ook Jackson en Powell 1997: 695.

⁵² (1981) 120 DLR (3d) 269: 283-284.

besering of dood mag die risiko as wesenlik beskou word.⁵³ Aan die ander kant, as daar 'n beduidende kans van 'n geringe besering is, mag bevind word dat die risiko wesenlik is.⁵⁴

Waar 'n volledige verduideliking van die risiko's verbonde aan 'n prosedure⁵⁵ aan 'n pasiënt verskaf is, en hy dan, nadat hy daartoe toegestem het, gedurende die verloop van die prosedure sy toestemming terugtrek, word die openbaarmakingsplig gewysig.⁵⁶ Die geneesheer is in sodanige geval nie onder 'n verpligting om die volle verduideliking te herhaal om toestemming te bekom om die prosedure te hervat nie. Die verpligting behels dan die openbaarmaking van alle feite waarvan 'n pasiënt sal wil weet in die lig van wesenlike veranderings in die omstandighede sedert die vorige verduideliking wat die beraming van kostes of voordele om met die prosedure voort te gaan, kan beïnvloed.⁵⁷ 'n Pasiënt sal ingelig wil word omtrent enige beduidende veranderinge in die betrokke risiko's of die noodsaak om met die prosedure voort te gaan wat gedurende die verloop daarvan duidelik geword het.⁵⁸

⁵³ In **Ferguson v Hamilton Civic Hospitals** (1983) 144 DLR (3d) 214: 248; (1985) 18 DLR (4th) 638 is daarop gewys dat die geneesheer nie sy openbaarmakingsplig nakom deur slegs na die meer ernstige risiko (dood) te verwys nie en daardeur aanneem dat sodanige verwysing die minder ernstige risiko (beroerte) insluit.

⁵⁴ In **Arndt v Smith** [1994] 8 WWR 568 is 'n moeder ingelig omtrent die mees algemene risiko's wat blootstelling aan waterpokkies vir haar *foetus* ingehou het (vel- en spierprobleme), maar is sy nie ingelig omtrent die meer ernstige, hoewel meer verwyderde, risiko's nie (kortikale atrofie en verstandelike vertraging). Die hof het bevind dat hierdie optrede nalatig was, dat die meer verwyderde risiko's wesenlik was en dat nie-openbaarmaking daarvan op klassieke paternalisme neergekom het.

⁵⁵ Grubb 2004: 131 vn 1 wys daarop dat mediese **behandeling** 'n prosedure behels wat uitgevoer word deur, of namens, 'n mediese- of gesondheidsorgpraktisyn vir 'n terapeutiese doel. In teenstelling daarmee sluit 'n mediese **prosedure** ingrepe in waar die terapeutiese doel afwesig mag wees, byvoorbeeld die trek van bloed om dit te toets tot voordeel van ander persone, orgaan- of weefselskenking en nie-terapeutiese navorsing.

⁵⁶ Jones 1996: 346.

⁵⁷ **Ciarlariello v Schacter** (1993) 100 DLR (4th) 609. Kyk Grubb 2004: 141-144.

⁵⁸ Jones 1996: 346.

Grubb⁵⁹ wys daarop dat die Hooggeregshof van Kanada aanvanklik in **Reibl v Hughes**⁶⁰ die objektiewe benadering verkies het om te bepaal of 'n pasiënt se ingetrede skade inderdaad deur die versuim van die geneesheer om hom behoorlik van sy openbaarmakingsplig te kwyt, veroorsaak is. In die latere saak van **Arndt v Smith**⁶¹ het bogenoemde hof egter die "gewysigde objektiewe toets" goedgekeur. Hiervolgens moet die hof vra wat die redelike persoon met die bepaalde pasiënt se (redelike) oortuigings, vrese, begeertes en verwagtinge (wat onthul mag word deur die vrae wat deur die pasiënt gevra word), tesame met enige objektief vasstelbare omstandighede soos ouderdom en huwelikstatus, sou besluit het indien die relevante inligting aan hom verskaf is.⁶²

Daar is 'n plig op 'n geneesheer om seker te maak dat die inligting wat hy verskaf het behoorlik deur die pasiënt begryp is.⁶³ Dit is des te meer die geval waar die pasiënt probleme ondervind om die taal of tegniese terme wat die geneesheer gebruik het, te verstaan.⁶⁴

⁵⁹ 2004: 198.

⁶⁰ (1980) 114 DLR (3d) 1.

⁶¹ (1997) 148 DLR (4th) 48.

⁶² Polansky 2006: 25.

⁶³ Kyk **Ciarlariello v Schacter** (1993) 100 DLR (4th) 609 waar die Hooggeregshof van Kanada beslis het dat dit gepas is dat die bewyslas op die geneesheer rus om aan te toon dat die pasiënt die verduideliking en instruksies wat gegee is, verstaan. Picard en Robertson 1996: 137 bevraagteken dit egter of hierdie standaard realisties is. Kyk ook **Byciuk v Hollingsworth** [2004] ABQB 370 waar die "Alberta Court of Queen's Bench" bevind het dat dit voldoende is indien die geneesheer redelike stappe gedoen het om vas te stel of die pasiënt die boodskap wat oorgedra is, verstaan het.

⁶⁴ Polansky 2006: 27.

3. Verenigde State van Amerika

3.1 Inleiding

Die beginsels van persoonlike outonomie en selfbeskikking kan as die dryfvere beskou word vir die invoering van die leerstuk van ingeligte toestemming in die Amerikaanse reg.⁶⁵ In die vroeëre hofsake waar die regsverpligting om die pasiënt se toestemming te bekom aanvanklik tot stand gekom het, het die klem egter eerder geval op die reg tot liggaamlike integriteit as selfbeskikking.⁶⁶ Hierdie benadering verklaar dan waarom ontleding deur die Amerikaanse howe van die plig om 'n pasiënt se toestemming te verkry aanvanklik tuisgebring is binne die grense van deliktuele aanranding ("battery").⁶⁷

In 1905 het die hof byvoorbeeld in **Mohr v Williams**⁶⁸ 'n eis gebaseer op "battery" toegestaan nadat die pasiënt toegestem het tot 'n operasie op sy regteroor maar die geneesheer tydens die ingreep voortgegaan het om ook op sy linkeroor te opereer. Die hof het bevind dat tensy 'n jurie kon bevind dat die pasiënt óf uitdruklik óf stilswyend toegestem het tot die operasie, "the act of the defendant amounted at least to a technical assault and battery".⁶⁹

In **Schloendorff v Society of New York Hospital**⁷⁰ het die pasiënt toegestem tot 'n ondersoek onder narkose maar het hy dit uitdruklik aan die geneesheer gestel dat daar geen operasie uitgevoer mag word nie. Ten spyte van hierdie instruksie het die geneesheer voortgegaan om 'n gewas uit die pasiënt se maag

⁶⁵ Sones 2006: 257; King en Moulton 2006: 437; Beard en Midgley 2005: 60. Sien ook oor die algemeen die werk van Faden en Beauchamp 1986 oor die geskiedenis en teorie van ingeligte toestemming.

⁶⁶ King en Moulton 2004: 438; Grisso en Appelbaum 1998: 6.

⁶⁷ Sones 2006: 257.

⁶⁸ 95 Minn 261, 104 NW 12 (1905).

⁶⁹ Op 15. Fremgen 2006: 110.

⁷⁰ 105 NE 92 (NY 1914).

te verwyder. Afkeuring van sodanige optrede en die erkenning vanaf regsweë van die pasiënt se outonomie word soos volg deur Cardozo R verwoord:

“Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent, commits an assault, for which he is liable in damages”.⁷¹

Sones⁷² wys daarop dat eisers in die vroeëre sake waar ingeligte toestemming ter sprake gekom het, moes bewys dat hul geneeshere sonder vooraf verkreë toestemming op ‘n opsetlike wyse ongewenste kontak met hulle gemaak het.⁷³ Mettertyd het die fokus verskuif van die noodsaaklikheid om toestemming te bekom na die verkryging van voldoende ingeligte toestemming wat op volledige openbaarmaking gebaseer is.⁷⁴ Hierdie neiging het begin met die Kaliforniese saak van **Salgo v Leland Stanford Junior University Board of Trustees**⁷⁵ waar die feite kortliks die volgende was: Die betrokke chirurg het ‘n translumbane aortografie op die pasiënt uitgevoer in ‘n poging om hom te genees van die mankheid wat hy met tussenposes ervaar het. Die ingreep wat oënskynlik sonder enige komplikasie verloop het, het die pasiënt egter geheel en al verlam in albei sy bene gelaat.

⁷¹ Op 93. Volgens Berg ea 2001: 44 verteenwoordig hierdie uitspraak die vanselfsprekende volgende stap weg van die vereistes wat vroeër vir sogenaamde gewone/eenvoudige (“simple”) toestemming gestel is, aangesien onvrywillige toestemming inderwaarheid glad nie toestemming daarstel nie. Die konsep van gewone/eenvoudige (“simple”) toestemming het behels dat ‘n geneesheer ‘n pasiënt se toestemming moes verkry het alvorens daar met die voorgenome behandeling of ingreep voortgegaan kan word; dit was egter nie nodig om enige inligting in verband met gemelde behandeling of ingreep aan die pasiënt te verskaf alvorens sy toestemming as regsgeldig beskou sou word nie.

⁷² 2006: 257-258.

⁷³ Volgens Monks 1993: 223 was hierdie vroeëre hofsake eintlik slegs gemoed met die kwessie van sogenaamde “bare consent” tot die mediese prosedure as sodanig.

⁷⁴ Sones 2006: 258.

⁷⁵ 317 P 2d 170 (Cal Dist Ct App 1957).

Soortgelyk aan wat in die sake hierbo bespreek, gebeur het, het die hof *in casu* ook sy analise van die tersaaklike feite tuisgebring onder “battery” as die aangewese aksiegrond. Vir die eerste keer egter het ‘n hof ‘n uiteensetting gegee van wat openbaar gemaak moet word om te verseker dat ‘n pasiënt se toestemming as ingelig beskou kan word:

“A physician violates his duty to his patient and subjects himself to liability if he withholds any facts which are necessary to form the basis of an intelligent consent by the patient to the proposed treatment”.⁷⁶

3.2 Die redelike geneesheer - standaard

In **Natanson v Kline**⁷⁷ het die Hooggeregshof van Kansas die eerste hof geword wat uitdruklik ‘n geneesheer se aanspreeklikheid op grond van ‘n gebrek aan ingeligte toestemming in terme van nalatigheid in plaas van “battery”, beslis het.⁷⁸ In hierdie saak het Mev. Natanson haar geneesheer aangespreek omdat hy versuim het om haar ingeligte toestemming te bekom vir kobalt bestralings-behandeling wat toegedien is nadat sy ‘n mastektomie ondergaan het. Sy het erge brandwonde opgedoen as gevolg van die bestraling en het vervolgens ‘n wanpraktykseis ingestel teen Dr. Kline wat as radioloog gepraktiseer het. Die eiseres het beweer dat die verweerder se nalatigheid geleë was in beide die wyse waarop hy die behandeling uitgevoer het sowel as in sy versuim om haar te

⁷⁶ Op 181. Monks 1993: 223 wys daarop dat hierdie die eerste saak was waar die term “ingeligte toestemming” gebruik is. Berg ea 2001: 44-45.

⁷⁷ 350 P 2d 1093 (Kan 1960). Kyk ook die saak van **Mitchell v Robinson** 334 SW 2d 11 (Ma 1960) wat binne die bestek van twee dae van die **Natanson**-uitspraak in ‘n ander jurisdiksie beslis is. Die effek van hierdie twee uitsprake was basies dat die vereiste waarvolgens ‘n pasiënt se sogenaamde gewone/ eenvoudige (“simple”) toestemming verkry moes word tot die vergetelheid verdoem is.

⁷⁸ Hierdie saak dien as duidelike illustrasie daarvan dat Amerikaanse howe in sake waar die toestemming van pasiënte ter sprake was, hul fokus weg van “battery” en liggaamlike integriteit af begin verskuif het na die waarde van pasiënte se outonomie.

waarsku omtrent die aard daarvan en die risiko's daaraan verbode. Die hof beslis dat die verweerder-geneesheer:

“... was obligated to make a reasonable disclosure to the appellant (plaintiff) of the nature and probable consequences of the suggested and recommended cobalt irradiation treatment, and he was also obligated to make a reasonable disclosure of the dangers within his knowledge which were incident to, or possible in the treatment he proposed to administer”.⁷⁹

Die hof het bepaal dat nalatigheid, in teenstelling met “battery”, die aangewese aksiegrond is in gevalle waar pasiënte behandel is sonder die vooraf verskaffing van voldoende inligting.⁸⁰ Die klassifikasie van die leerstuk van ingeligte toestemming onder die opskrif van professionele nalatigheid is tans steeds die heersende siening en die aksiegrond gebaseer op “battery” word tipies gereserveer vir gevalle waar geneesheer optree hoegenaamd sonder enige toestemming of andersins met ‘n bouse oogmerk.⁸¹

Sekerlik die grootste voordeel vir ‘n litigant wat sy eis op “battery” baseer, is daarin geleë dat dit nie nodig is om te bewys dat enige fisiese nadeel veroorsaak is deur die geneesheer se onvoldoende openbaarmaking nie.⁸² Die vervolgbare

⁷⁹ Soos aangehaal deur Green Koopersmith 1984: 232. Kyk ook Grisso en Appelbaum 1998: 7; Berg ea 2001: 45.

⁸⁰ Op 1106 van die hofverslag wys die hof daarop dat geneesheer verplig is om inligting te openbaar “... which a reasonable medical practitioner would make under the same or similar circumstances”, wat daarop dui dat ‘n wanpraktykstandaard van toepassing is op ingeligte toestemming sake. Hierdie siening is byvoorbeeld bevestig deur die Hooggeregshof (*Supreme Court*) van Kalifornië in **Cobbs v Grant** 502 P 2d 1 (Cal 1972). Sones 2006: 258; Monks 1993: 223; Kegley 2002: 460; Tan 2006: 89.

⁸¹ Jackson 2006: 263; Faden en Beauchamp 1986: 27. Tan 2006: 89 wys daarop dat

⁸² verskillende verjaringstermyne geld vir die twee aksies waarop onderskeidelik “battery” en nalatigheid gebaseer is. Om te slaag met ‘n eis gebaseer op “battery” is dit ook nie nodig om deskundige mediese getuienis aan te bied nie.

onreg (oortreding) is geleë in die behandeling sonder toestemming as sodanig.⁸³ Hedendaags vind hierdie aksie egter slegs aanwending in beperkte situasies waar die aard van die voorgenome prosedure byvoorbeeld nie openbaar gemaak is nie of waar die geneesheer se optrede doelbewus die omvang van die verleende toestemming oorskry het.⁸⁴ Daarenteen sal 'n eiser in die saak gebaseer op professionele nalatigheid slegs suksesvol wees indien hy daarin slaag om die volgende te bewys: (1) dat daar 'n plig op die geneesheer gerus het om sekere inligting aan die pasiënt te openbaar; (2) dat die geneesheer sodanige plig nie nagekom het nie; (3) dat die eiser 'n besering opgedoen het; (4) dat die pasiënt nie die behandeling sou ondergaan het nie indien die inligting aan hom beskikbaar gestel is, en (5) dat die geneesheer se versuim om sy plig na te kom die onmiddellike oorsaak van die besering was.⁸⁵

In die **Natanson**-saak het die hof 'n geneesheer se openbaarmakingsplig beperk tot "those disclosures which a reasonable medical practitioner would make under the same or similar circumstances".⁸⁶ Hierdie redelike geneesheer-standaard van openbaarmaking is voorts as volg deur die hof omskryf:

"how the physician may best discharge his obligation to the patient in this difficult situation involves primarily a question of medical judgment".⁸⁷

Die **Natanson**-beslissing het die regsposisie rakende mediese openbaarmaking en ingeligte toestemming vir die volgende twaalf jaar in bykans al die jurisdiksies

⁸³ Faden en Beauchamp 1986: 27.

⁸⁴ Faden en Beauchamp 1986: 29-30. Monks 1993: 223 wys ook daarop dat indien vergelyk word met sake waar "tradisionele" aanranding ("assault and battery") ter sprake is, tree 'n geneesheer wat versuim om inligting te openbaar in relatiewe goeie trou op tot voordeel van die pasiënt, eerder as uit boosheid (kwaadwilligheid) of op 'n anti-sosiale wyse. Kyk byvoorbeeld **Kohoutek v Hafner** 383 NW 2d 295 (Minn 1986).

⁸⁵ Sones 2006: 259; King en Moulton 2006: 441; Green Koopersmith 1984: 233.

⁸⁶ **Natanson v Kline**: 1106. Grisso en Appelbaum 1998: 8; Berg ea 2001: 46.

⁸⁷ Op 1103 van die hofverslag.

waar sodanige kwessies oorweeg is, gevestig.⁸⁸ Die geneesheer-gebaseerde standaard van openbaarmaking is steeds die geldende reg in die meerderheid (25) van die VSA se state.⁸⁹ Die belangrikste punt van kritiek teen hierdie standaard is dat dit die individu se outonomie ondermyn terwyl die beskerming van laasgenoemde juis die primêre funksie en morele regverdiging vir die vereistes van ingeligte toestemming is.⁹⁰ Green-Koopersmith⁹¹ verwoord hierdie swakplek van die objektiewe standaard van openbaarmaking as volg:

“The primary criticism is that it deprives the patient of his right to make decisions concerning the kind of medical care (if any) that he wishes to undergo or forego, regardless of the soundness of his reasons”.

⁸⁸ King en Moulton 2006: 441.

⁸⁹ Hierdie state is: Alabama, Arkansas, Arizona, Colorado, Delaware, Florida, Idaho, Illinois, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New York, Noord-Carolina, Suid-Carolina, Tennessee, Vermont, Virginia en Wyoming. Kyk King en Moulton 2006: 441-442; Teff 2001: 302; Jones 1992: 125 en Tan 2006: 101.

⁹⁰ Kyk Faden en Beauchamp 1986: 31 waar ook die volgende punte van kritiek teen dié standaard uiteengesit word: (a) Dit word bevraagteken of 'n gebruikelike standaard van openbaarmaking werklik in die mediese profesie bestaan, en hoeveel eenstemmigheid vereis word vir die totstandkoming van sodanige standaard; (b) As relevante professionele persone oor die algemeen dieselfde minderwaardige inligting verskaf, hetsy as gevolg van onkunde, uit hoofde van opregte oortuiging of gebaseer op professionele solidariteit, kan dit die verskaffing van werklik nalatige mediese sorg laat voortbestaan; en (c) Betroubare empiriese data bestaan nie wat aantoon dat geneeshere oor voldoende kundigheid beskik om te weet watter inligting in 'n pasiënt se beste belang is nie. Vir die bespreking van verdere nadele verbonde aan hierdie standaard, kyk Jackson 2006: 278-281; Berg ea 2001: 46-47 en Kegley 2002: 460-461.

⁹¹ 1984: 235.

3.3 Die redelike pasiënt - standaard

In 1972 het die Appèlhof vir die Distrik van Columbia in **Canterbury v Spence**⁹² die geneesheer-gebaseerde standaard verwerp ten gunste van 'n standaard van sorg wat meer omvattende beskerming verleen aan die belange van pasiënte. In hierdie saak het 'n negentienjarige jong man 'n operasie ("laminectomy") ondergaan om die erge rugpyne wat hy ervaar het, te verlig. Die betrokke geneesheer het versuim om hom te waarsku teen 'n 1% risiko van verlamming wat gepaard gegaan het met die uitvoering van die operasie. Komplikasies volgende op die operasie het toe inderdaad ingetree wat gelei het tot verlamming van die pasiënt. Laasgenoemde het 'n eis ingestel teen die geneesheer gebaseer op wanpraktyk en die versuim om die risiko's verbonde aan die ingreep volledig aan hom te openbaar sodat hy 'n ingeligte besluit kon neem.

By monde van Robinson R kom die hof tot die gevolgtrekking dat tydens die bepaling van die omvang van 'n geneesheer se openbaarmakingsplig, groter klem gelê moet word op die pasiënt se reg op selfbeskikking en word die opvatting dat dit gedoen moet word binne 'n raamwerk van mediese diskresie as volg verwerp:

"[R]espect for the patient's right of self-determination on a particular therapy demands a standard set by law for a physician rather than one which physicians may or may not impose upon themselves".⁹³

⁹² 464 F 2d 772 (DC Cir 1972). Op 780 van die hofverslag word die teorie onderliggend aan die leerstuk van ingeligte toestemming en die verwagting wat in verband daarmee gekoester is, as volg in die woorde van die voorsittende regter vasgevang: "[t]rue consent to what happens to one's self is the informed exercise of a choice, and that entails an opportunity to evaluate knowledgeably the options available and the risks attendant upon each". Kyk Schneider en Farrel 2000: 107.

⁹³ Op 784.

Die hof het aanvaar dat daar 'n plig op 'n geneesheer rus om alle wesenlike risiko's wat eie is aan die voorgestelde behandeling te openbaar. Ten einde te bepaal of die betrokke verweerder-geneesheer hierdie openbaarmakingsplig nagekom het, het die hof in plaas van om te verwys na die redelike geneesheer-toets wat in die verlede gebruik is, voortgegaan om 'n nuwe toets, naamlik dié van die "redelike pasiënt" soos volg te formuleer:

"[A] risk is thus material when a reasonable person in what the physician knows or should know to be the patient's position, would be likely to attach significance to the risk or cluster of risks in determining whether or not to forgo the proposed therapy".⁹⁴

Die redelike pasiënt-toets is objektief van aard aangesien deur toepassing daarvan ondersoek ingestel word of 'n redelike persoon in die pasiënt se posisie die betrokke risiko as van belang sou beskou, en nie of die spesifieke pasiënt dit as betekenisvol geag het nie.⁹⁵ Wat egter objektief beskou 'n wesenlike risiko daarstel wat openbaarmaking noodsaak, is 'n vraag wat sentraal staan tot die kontroversie wat die ingeligte toestemming-leerstuk omring. Die waarskynlikheid van intrede van 'n risiko en die erns daarvan is voor-die-hand-liggende faktore wat in ag geneem moet word om te bepaal of sodanige risiko wesenlik van aard is al dan nie.⁹⁶ Die plig om ook die volgende fundamentele aspekte van die

⁹⁴ Op 787. Teff 2001: 302 wys daarop dat in terme van hierdie standaard word die waarde van pasiënte se outonomie beklemtoon en as belangriker beskou as professionele oordeel. Kyk ook Giesen 1993: 558; Bush 1995: 3; Jones 1996: 339; Grisso en Appelbaum 1998: 8; Berg ea 2001: 48; Fremgen 2006: 109; Foster 2009: 101; Miola 2009: 82.

⁹⁵ Beard en Midgley 2005: 61; Berger 2003: 745; King en Moulton 2006: 442; Sones 2006: 259. Vir verdere toeligting wat betref formulering van hierdie standaard van openbaarmaking, kyk Waltz en Scheuneman 1970: 628-650.

⁹⁶ Tan 2006: 90-91 en 97 waar die outeur daarop wys dat dit 'n wanopvatting van die reg is dat indien die pasiënt nie vrae vra nie, daar geen openbaarmakingsplig op die geneesheer rus nie. Sodanige positiewe plig om wesenlike risiko's te openbaar bestaan ongeag of die pasiënt daarna vra al dan nie. Teff 2001: 303. Volgens Appelbaum ea 1987: 51 speel die volgende faktore ook 'n rol wanneer ondersoek ingestel word na die

voorgenome behandeling te openbaar, word die geneesheer vanaf regsweë ten laste gelê: (a) Die diagnose en die aard van die voorgenome prosedure of behandelingsplan en verwagte resultate; en (b) Die beskikbare alternatiewe.⁹⁷

Behalwe vir die nie-openbaarmaking van bogenoemde inligting van die pasiënt is daar ook ander aspekte van openbaarmaking in die geneesheer-pasiënt verhouding wat in die VSA aanleiding gegee het tot aanspreeklikheid van die geneesheer. Sulke omstandighede sluit byvoorbeeld in die nie-openbaarmaking van risiko's indien die aanbevole behandeling nie ondergaan word nie;⁹⁸ die bestaan van finansiële - of navorsingsinsentiewe wat potensieël die geneesheer se besluitnemingsproses kan beïnvloed;⁹⁹ 'n chirurg se HIV-status¹⁰⁰ en die beperkte ervaring van 'n neurochirurg wat betref die uitvoer van 'n riskante prosedure.¹⁰¹

Kritiek teen die redelike pasiënt-standaard het egter ook nie uitgebrei nie en word onder andere daarop gewys dat dit van die veronderstelling uitgaan dat alle pasiënte gelyke waarde heg aan risiko's en voordele verbonde aan voorgenome

wesenlikheid van 'n bepaalde risiko: (a) die aard van die risiko; en (b) die dreigende intrede van die risiko ("the imminence of the risk").

⁹⁷ Tan 2006: 89-90; Leblang 1995: 430; Slovenko 1997: 651; Ridley 2001: 205-206; Berger 2003: 745. Teff 2001: 304 wys daarop dat in sommige jurisdiksies dit selfs van geneesheer verwag word om risiko's te openbaar van meer gewaagde behandelingsmetodes as dié wat hulle inderdaad aanbeveel.

⁹⁸ Kyk byvoorbeeld **Truman v Thomas** 611 P 2d 902 (Cal 1980).

⁹⁹ **Moore v Regents of the University of California** 793 P 2d 379 (Ca 1990); Le Blang 1995: 429.

¹⁰⁰ **Estate of Behringer v The Medical Center at Princeton** 192 A 2d 1251 (NJ Super 1991); Le Blang 1995: 431.

¹⁰¹ **Johnson v Kokemoor** 545 NW 2d 495 (Wis 1996). Clark en Oakley 2007: 111-133 argumenteer ook dat dit wesenlik is om inligting in verband met die vermoë van die beskikbare chirurg om die betrokke operasie uit te voer, te openbaar. Hierdie standpunt word deur Spriggs 2007: 133-146 ondersteun. Kyk verder Slovenko 1994: 467-472 in verband met die vraag of daar ingevolge die leerstuk van ingeligte toestemming vereis word dat nie net inligting omtrent die voorgenome behandeling openbaar moet word nie, maar ook omtrent die betrokke geneesheer. Volgens Le Blang 1995: 429 is die fisiese toestand van die geneesheer en die impak daarvan op mediese sorg byvoorbeeld hier ter sprake.

behandeling.¹⁰² Hierdie gedagterigting lei tot die verwaarlosing van die individualiteit en veranderlikheid van verskillende pasiënte.¹⁰³

Jackson¹⁰⁴ vra verder hoe is geneeshere veronderstel om vooraf te weet watter inligting die abstrakte, hipotetiese pasiënt sou verlang? Aangesien die standaard van sorg in 'n spesifieke saak slegs beslissend deur die howe bepaal kan word deur in retrospeksie daarna te kyk, sal die geneesheer moet raai wat 'n hof se beoordeling gaan wees van wat as wesenlik deur 'n redelike pasiënt beskou word.¹⁰⁵

3.4 Die subjektiewe standaard

In 1979 het die Hooggeregshof van Oklahoma in **Scott v Bradford**¹⁰⁶ 'n stap verder gegaan as die hof in **Canterbury v Spence**¹⁰⁷ in belang van pasiënte se outonomie deur 'n subjektiewe pasiënt-gebaseerde standaard daar te stel. Hierdie standaard het weggedoen met die beskerming wat deur die objektiewe standaard aan geneeshere verleen is en waarvolgens van hulle vereis is om slegs te openbaar wat 'n redelike pasiënt sou wou weet. Ingevolge die subjektiewe standaard word daar van die geneesheer vereis om inligting te openbaar wat

¹⁰² King en Moulton 2006: 443; Berg ea 2001: 50 waar die outeurs die volgende treffende voorbeeld gebruik: 'n Pasiënt wat in 'n juwelierswinkel werk en horlosies herstel, sal sekerlik baie graag wou weet dat voorgeskrewe medikasie af en toe 'n effense bewerigheid veroorsaak, terwyl vir die meeste pasiënte, synde die hipotetiese redelike pasiënt, sulke inligting van weinig belang sal wees.

¹⁰³ Kegley 2002: 461. Giesen 1993: 558 ondersteun hierdie siening deur te verklaar dat die sentrale swakpunt van hierdie standaard daarin geleë is dat dit faal om 'n pasiënt se reg op selfbeskikking te ondersteun.

¹⁰⁴ Jackson 2006: 282. Kyk ook Grisso en Appelbaum 1998: 8.

¹⁰⁵ Jackson 2006: 282. Vir verdere kritiek, kyk Giesen 1993: 557-558. Volgens Berg ea 2001: 48 is die pasiënt-georiënteerde standaard vir openbaarmaking ná die **Canterbury v Spence**-beslissing vinnig deur howe in verskeie ander jurisdiksies aanvaar. Sedert 1978 is daar egter 'n geleidelike omgekeerde neiging te bespeur, hoofsaaklik veroorsaak deur wetgewers wat die geregtelike toepassings van die pasiënt-georiënteerde standaard omvergewerp het.

¹⁰⁶ 606 P 2d 554 (Okla 1979); Kyk ook **Hartman v D'Ambrosia** 665 SO 2d 1206 (La App 4th Cir 1995).

¹⁰⁷ 464 F 2d 772 (DC Cir 1972).

wesenlik vir die besondere (spesifieke) pasiënt is.¹⁰⁸ Capron¹⁰⁹ argumenteer dat slegs hierdie standaard pasiënte se outonomie behoorlik kan beskerm aangesien dit erkenning verleen aan die feit dat mense se behoefte aan inligting hoogs veranderlik is, en omdat dit 'n plig op geneeshere plaas om hul openbaarmakinge in te klee ooreenkomstig die individuele pasiënt se eie prioriteite en besorgdhede.

Kritici van dié standaard voer egter aan dat dit 'n onregverdigde regsplig op geneeshere plaas om vooraf intuïtief die sonderlinge waardes en belange van hul pasiënte te ken.¹¹⁰ Verder stel dit die geneesheer in die hof bloot aan die bitterheid van sy pasiënt se selfsugtige retrospeksie aangesien laasgenoemde bloot hoef te getuig dat indien hy van die risiko bewus was hy nie die behandeling sou ondergaan het nie.¹¹¹ Die eiser-pasiënt se getuienis, indien bevind geloofwaardig te wees, ten opsigte van wat hy hipoteties sou gedoen het, sal dus deurslaggewend wees.¹¹² In **Cobbs v Grant**¹¹³ het die hof hierdie probleem duidelik as volg uiteengesit:

“The patient-plaintiff may testify on this subject but the issue extends beyond his credibility. Since at the time of trial the uncommunicated hazard has materialized, it would be surprising if the patient-plaintiff did not claim that had he been informed of the dangers he would have declined treatment. Subjectively he may believe so, with the 20/20 vision of hindsight, but we doubt that

¹⁰⁸ Faden en Beauchamp 1986: 33; Berg ea 2001: 50; Kegley 2002: 461.

¹⁰⁹ 1974: 416. Giesen 1993: 553 is ook 'n voorstaander van dié standaard.

¹¹⁰ Faden en Beauchamp 1986: 33.

¹¹¹ Kyk **Ashe v Radiation Oncology Assocs.** 9 SW 3d 119, 122 (Tenn 1999); King en Moulton 2006: 44; Faden en Beauchamp 1986: 33; Giesen 1993: 559; Berg ea 2001: 50.

¹¹² Green Koopersmith 1984: 234.

¹¹³ 104 Cal Rptr 505, 502 P 2d 1 (1972).

justice will be served by placing the physician in jeopardy of the patient's bitterness and disillusionment".¹¹⁴

'n Verdere probleem inherent aan die subjektiewe toets is dat dit die potensiaal het om die verhaal van skadevergoeding uit te sluit waar die pasiënt byvoorbeeld te sterwe sou kom as gevolg van 'n versweë risiko, juis omdat die suksesvolle afhandeling van 'n eis wat gebaseer is op die versuim om ingeligte toestemming te verskaf so afhanklik is van die eiser-pasiënt se getuienis.¹¹⁵ Sones¹¹⁶ wys daarop dat as gevolg van bogenoemde probleem daar geen howe in die VSA is wat die subjektiewe standaard vir openbaarmaking toepas nie.

3.5 Kousaliteit: 'n Objektiewe of subjektiewe benadering?

Ten einde te slaag met 'n siviele eis teen 'n geneesheer wat op nalatigheid gebaseer is en waar die gebrek aan ingeligte toestemming ter sprake is, sal die pasiënt die bestaan van 'n kousale verband, wat uit twee komponente bestaan, moet bewys.¹¹⁷ Eerstens sal bewys moet word dat die versweë risiko inderdaad die pasiënt se skade/besering veroorsaak het.¹¹⁸ Tweedens moet die pasiënt bewys dat hy nie tot die betrokke behandeling sou toegestem het nie, en dit vervolgens nie sou ondergaan het nie, indien hy ten volle omtrent die risiko's daaraan verbonde ingelig is.¹¹⁹

¹¹⁴ Soos aangehaal deur Green Koopersmith 1984: 234.

¹¹⁵ King en Moulton 2006: 444; Green-Koopersmith 1984: 234.

¹¹⁶ 2006: 260. Volgens King en Moulton 2006: 445 het die mislukking van die subjektiewe pasiënt-gebaseerde standaard feitlik geheel en al voortgespruit uit die onvermoë van geneeshere om te voorspel welke inligting 'n pasiënt sou verlang en die bevooroordeelende aard van die *post hoc* – getuienis van die pasiënt. 'n Vergelyking tussen state waar 'n professionele standaard toegepas word teenoor ander waar 'n pasiënt-gesentreerde standaard aanwending vind, het nie groot verskille aan die lig gebring wat betref die inligting wat deur geneeshere geopenbaar word nie – Kyk Rosoff 1981.

¹¹⁷ Burchell 1986: 299-300; Green Koopersmith 1984: 233; Schuck 2001: 302.

¹¹⁸ Faden en Beauchamp 1986: 34; Schuck 2001: 302; Monks 1993: 230.

¹¹⁹ Burchell 1986: 299-300; Green Koopersmith 1984: 233; Sones 2006: 261; Jackson 2006: 290. Volgens Schuck 2001: 305 vn 93 is dit analoog aan die vereiste in 'n nalatige

Beard en Midgley¹²⁰ wys daarop dat die bestaan van bogenoemde kousale verband egter nie bewys hoef te word waar die pasiënt se eis gebaseer is op die delik van "battery" nie. In sodanige geval sal die versuim om inligting te openbaar die eiser se skynbare toestemming ongeldig maak en is die onreg waarvoor geëis word, geleë in die uitvoering van 'n mediese ingreep sonder dat daar behoorlik daartoe toegestem is.¹²¹

'n Problematiese vraag wat ontstaan, is watter maatstaf aanwending behoort te vind om te bepaal of daar in 'n spesifieke geval aan die kousaliteitsvereiste voldoen is al dan nie. Faden en Beauchamp¹²² wys daarop dat daar in vroeëre hofsake gebruik gemaak is van 'n subjektiewe toets waarvolgens gevra word of die spesifieke pasiënt-eiser sou toegestem het of toestemming weerhou het indien hy voldoende ingelig is. Die belangrikste punt van kritiek teen hierdie toets is dat die vasstelling van 'n geneesheer se aanspreeklikheid basies geheel en al afhanklik gemaak word van die geloofwaardigheid van 'n pasiënt-eiser se getuienis omtrent wat hy hipoteties sou gedoen het indien die nodige inligting aan hom openbaar is.¹²³ 'n Verdere probleem inherent aan die subjektiewe toets is dat indien die pasiënt-eiser se getuienis nie beskikbaar is nie as gevolg van sy afsterwe, sou die aanbieding van sy saak onderworpe wees aan 'n uiters moeilike, indien nie onmoontlik nie, bewyslas.¹²⁴

diagnose-saak waar die eiser moet bewys dat indien 'n korrekte diagnose gemaak is, hy 'n ander keuse met betrekking tot sy behandeling sou gemaak het.

¹²⁰ 2005: 62. Kyk ook Faden en Beauchamp 1986: 47 vn 37.

¹²¹ Beard en Midgley 2005: 62.

¹²² 1986: 34.

¹²³ Green Koopersmith 1984: 234. Vir verdere kritiek teen hierdie benadering sien ook Sones 2006: 262.

¹²⁴ Green Koopersmith 1984: 234. Soos ook hierbo bespreek in par 4 toe die subjektiewe standaard waaraan 'n geneesheer se openbaarmakingsplig gemeet word, bespreek is.

Schuck¹²⁵ wys daarop dat bykans al die state van die VSA die subjektiewe toets vir kousaliteit, onder andere as gevolg van bogenoemde redes, verwerp het en eerder gebruik maak van 'n objektiewe toets. 'n Uiteensetting van laasgenoemde toets, tesame met die rasionaal agter die aanvaarding daarvan deur Amerikaanse howe, word aangetref in die volgende passasie uit **Canterbury v Spence**:¹²⁶

"In our view, this (subjective) method of dealing with the issue on causation comes in second best. It places the physician in jeopardy of the patient's hindsight and bitterness. It places the fact finder in the position of deciding whether a speculative answer to a hypothetical question is to be credited. It calls for a subjective determination solely on testimony of a patient-witness shadowed by the occurrence of the undisclosed risk.

Better it is, we believe, to resolve the causality issue on an objective basis, in terms of what a prudent person in the patient's position would have decided if suitably informed of all perils bearing significance ...

The patient's testimony is relevant on that score of course but it would not threaten to dominate the findings ... Such a standard would in any event ease the fact-finding process and better assure the truth as its product".¹²⁷

¹²⁵ 2001: 305. Kyk ook Monks 1993: 231.

¹²⁶ Op 790-791.

¹²⁷ Ondersteuning vir dié standpunt kan gevind word in die uitspraak van die Hooggeregshof van Kalifornië in **Cobbs v Grant** 502 P 2d 1, 11-12 (Cal 1972): "We doubt that justice will be served by placing the physician in jeopardy of the patient's bitterness and disillusionment. Thus an objective test is preferable: i.e., what would a prudent person in the patient's position have decided if adequately informed of all significant perils". Kyk ook **Sard v Hardy** 281 Md 432, 444, 379 A 2d 10104 (1977) en **Scaria v St Paul Fire**

Slegs in Oklahoma¹²⁸ en Oregon¹²⁹ word daar nie van 'n objektiewe kousaliteitstoets gebruik gemaak nie.¹³⁰ 'n Subjektiewe toets is ook in Noord-Carolina in **McPherson v Ellis**¹³¹ toegepas, maar die staat se wetgewer het dié bevinding met terugwerkende krag verwerp.¹³²

Twee geringe variasies op die objektiewe toets verdien ook vermelding. Eerstens is daar in **Fain v Smith**¹³³ bevind dat toepassing van laasgenoemde standaard oorweging van die volgende behoefte:

“[W]hat a reasonable person with all of the characteristics of the plaintiff, including his idiosyncrasies and religious belief would have done under the same circumstances”.¹³⁴

Tweedens het die hof in **Leyson v Stevermann**¹³⁵ die standpunt ingeneem dat kousaliteit bepaal moet word vanuit die oogpunt van die werklike pasiënt indien hy rasioneel en redelik opgetree het.

Die belangrikste punt van kritiek teen die objektiewe toets is dat dit die pasiënt die reg ontnem om besluite te neem aangaande die tipe mediese sorg (indien

and Marine Insurance Company 68 Wisc 2d 1, 227 NW 2d 647, 655 (1975). Kyk Giesen 1988: 302.

¹²⁸ **Spencer v Seikel** 742 P 2d 1126, 1129 (Okla 1987).

¹²⁹ **Arena v Gingrich** 748 P 2d 547 (Or 1988).

¹³⁰ In hierdie state is die toets meer subjektief en word gevra wat die spesifieke pasiënt, eerder as die objektiewe, “prudent” pasiënt sou besluit het indien die betrokke inligting behoorlik openbaar is.

¹³¹ 287 SE 2d 892, 896-97 (NC 1982).

¹³² Giesen 1988: 304.

¹³³ 479 So 2d 1150 (Ala 1985).

¹³⁴ Op 1155.

¹³⁵ 705 P 2d 37 (Haw 1985) 47.

enige) wat hy wens te ondergaan of nie te ondergaan nie, ongeag die grondigheid van die redes vir sy besluit.¹³⁶

3.6 Uitsonderings op openbaarmakingsplig

Vervolgens word daar vlugtig gekyk na enkele regserkende uitsonderings op die vereiste dat 'n pasiënt se ingeligte toestemming verkry moet word alvorens voortgegaan kan word met die betrokke mediese behandeling.

3.6.1 Noodtoestand: medies

Indien die uitstel van 'n pasiënt se aanbevole behandeling ten einde die vereiste ingeligte toestemming daarvoor te bekom, kan lei tot die veroorsaking van wesenlike nadeel vir hom en geen bewyse bestaan wat aandui dat die pasiënt die behandeling sou weier of die voordele daaraan verbonde van die hand sou wys nie, word die geneesheer onthef van sodanige plig om ingeligte toestemming te bekom.¹³⁷ Die voorgenome behandeling hoef nie net lewensreddend van aard te wees nie maar kan byvoorbeeld ook daarop gemik wees om die pasiënt se pyn en lyding te verlig.¹³⁸

3.6.2 Onbevoegdheid van pasiënt

Die onvermoë van 'n pasiënt om ingeligte toestemming te verskaf, kan veroorsaak word deur een of meer van 'n aantal redes, byvoorbeeld minderjarigheid of geestesongesteldheid. In die geval van 'n minderjarige word

¹³⁶ Green Koopersmith 1984: 235; Faden en Beauchamp 1986: 35. Sones 2006: 262 verwoord die kritiek teen dié toets as volg: "..., however, the objective test for causation is often criticized as being unfaithful to the underlying ideal of individual autonomy and self-determination".

¹³⁷ Faden en Beauchamp 1986: 36; Schuck 2001: 305; Berg ea 2001: 76-78; Berger 2003: 745.

¹³⁸ Tan 2006: 95; Faden en Beauchamp 1986: 36; Grisso en Appelbaum 1998: 6.

die ingeligte toestemming van 'n ouer of voog vereis alvorens daar met behandeling voortgegaan kan word. Waar 'n volwasse, onbevoegde pasiënt ter sprake is, word normaalweg van 'n geneesheer verwag, tensy 'n noodtoestand ter sprake is, om die toestemming van 'n derde party te bekom, byvoorbeeld 'n voog of behoorlik aangestelde regsverteenvoerder.

3.6.3 Afstanddoening

Hierdie uitsondering behels die ingeligte keuse van 'n pasiënt om afstand te doen van sy reg om ingeligte toestemming te verleen. Die uitoefening van hierdie keuse het basies tot gevolg dat die geneesheer onthef word van die verpligting wat op hom rus om die pasiënt se ingeligte toestemming te bekom.¹³⁹ Dit staan die pasiënt vry om of sy besluitnemingsgesag aan die geneesheer te delegeer of om te versoek om nie ingelig te word nie en sodoende word die geneesheer van sy openbaarmakingsplig bevry.¹⁴⁰ Dit spreek vir sigself dat 'n pasiënt bevoeg moet wees om afstand van die onderhawige reg te doen sowel as om dit uit te oefen.

Indien 'n pasiënt deur 'n wanvoorstelling van feite oorreed word om sy reg om ingeligte toestemming te verleen, prys te gee, sal die resulterende afstanddoening as ongeldig beskou word.¹⁴¹ Afstanddoening moet laastens vrywillig geskied ten einde geldig te wees.¹⁴²

3.6.4 Terapeutiese privilegie

¹³⁹ Faden en Beauchamp 1986: 38; Grisso en Appelbaum 1988: 6. Die *Supreme Court* van Amerika definieer die Engelse term van afstanddoening, "waiver", as: "a voluntary and intentional relinquishment of a known right". Kyk Berg ea 2001: 85; Ridley 2001: 208-210.

¹⁴⁰ Faden en Beauchamp 1986: 38; Berg ea 2001: 88; Tan 2006: 97; Fremgen 2006: 111.

¹⁴¹ Berg ea 2001: 87.

¹⁴² Berg ea 2001: 87 en op 88 wys die outeur daarop dat lokmiddels, oorreding en gesag almal vorme van druk is wat in sekere omstandighede as dwang beskou kan word, afhangende van individuele persepsie.

Ingevolge hierdie uitsondering is 'n geneesheer geregtig om in gepaste omstandighede sekere inligting van 'n pasiënt te weerhou wat hy andersins verplig sou gewees het om te openbaar en wel indien sodanige openbaarmaking nadeel vir die pasiënt sou inhou.¹⁴³ Hierdie privilegie word egter nie presies dieselfde geformuleer in die verskillende jurisdiksies van die VSA nie.¹⁴⁴

Die definisie daarvan soos uiteengesit in **Nishi v Hartwell**¹⁴⁵ veroorloof byvoorbeeld uitgebreide beweegruimte aan geneeshere wat betref die weerhouding van inligting. Die hof bevind dat:

“... the doctrine recognizes that the primary duty of a physician is to do what is best for his patient ... a physician may withhold disclosure of information regarding any untoward consequences of a treatment where full disclosure will be detrimental to the patient's total care and best interests”.¹⁴⁶

Hiervolgens word 'n geneesheer toegelaat om inligting van sy pasiënt te weerhou indien openbaarmaking daarvan enige kontra-terapeutiese verslegting, hoe gering ook al, sou veroorsaak wat betref die fisiese, sielkundige of emosionele toestand van die pasiënt.¹⁴⁷ Van den Heever¹⁴⁸ wys daarop dat sodanige omskrywing van die trefwydte van terapeutiese privilegie baie wyd is en dat dit basies daarop neerkom dat die geneesheer toegelaat word om 'n ongebonde professionele diskresie uit te oefen.

¹⁴³ Berg ea 2001: 79; Burchell 1986: 302 vn 49; Monks 1993: 226; Grisso en Appelbaum 1998: 6; Schuck 2001: 305; Berger 2003: 71; Beard en Midgley 2005: 61; Tan 2006: 95-96; Fremgen 2006: 111.

¹⁴⁴ Faden en Beauchamp 1986: 37.

¹⁴⁵ 473 P 2d 116 (Haw 1970).

¹⁴⁶ Soos aangehaal deur Berg ea 2001: 80.

¹⁴⁷ Faden en Beauchamp 1986: 37.

¹⁴⁸ 1997: 65.

In **Canterbury v Spence**¹⁴⁹ het die hof ook as volg erkenning verleen aan terapeutiese privilegie:

“The exception obtains risk-disclosure poses such a threat of detriment to the patient as to become unfeasible or contraindicated from a medical point of view. It is recognized that patients occasionally become so ill or emotionally distraught on disclosure as to foreclose a rational decision, or complicate or hinder the treatment, or perhaps even pose psychological damage to the patient. Where that is so, the cases have generally held that the physician is armed with a privilege to keep the information from the patient, and we think it clear that the portents of that type may justify the physician in action he deems medically warranted. The critical enquiry is whether the physician responded to a sound medical judgment that communication of the risk information would present a threat to the patient’s well-being”.¹⁵⁰

Wat die omvang van terapeutiese privilegie betref, staan die hof egter ’n merkbaar enger toepassing daarvan voor as wat die geval in die saak van **Nishi v Hartwell** was.¹⁵¹

“The physician’s privilege to withhold information for therapeutic reasons must be carefully circumscribed, however, for otherwise it might devour the disclosure rule itself. The privilege does not accept the paternalistic notion that the physician may remain silent

¹⁴⁹ 464 F 2d 772 (1972).

¹⁵⁰ Op 788-789. Burchell 1986: 302 vn 49 wys op die noodsaaklikheid van die bestaan van getuienis wat die geneesheer se opinie steun dat die oordra van sekere inligting ’n nadelige effek op die pasiënt se gesondheid sou gehad het. Volgens Beard and Midgley 2005: 62 kan dit prakties gesproke net vasgestel word deur gebruik te maak van deskundige mediese opinie en getuienis, en dat die hof noodwendigerwys dan sal moet bepaal wat ’n “redelike geneesheer” in dieselfde omstandighede sou gedoen het.

¹⁵¹ 473 P 2d 116 (Haw 1970).

simply because divulgence might prompt the patient to forego therapy the physician feels the patient really needs. That attitude presumes instability or perversity for even the normal patient, and runs counter to the foundation principle that the patient should and ordinarily can make the choice for himself".¹⁵²

Volgens Faden en Beauchamp¹⁵³ is 'n geneesheer ingevolde die enger toepassing van terapeutiese privilegie geregtig om inligting van 'n pasiënt te weerhou slegs indien kennisname van sodanige inligting deur die pasiënt ernstige gesondheidsverwante gevolge vir hom sal inhou.¹⁵⁴ Verskeie skrywers waarsku dan ook teen die potensiële misbruik van die privilegie as gevolg van die onbestaanbaarheid daarvan met die pasiënt se reg om ingelig te word en om behandeling te weier.¹⁵⁵ Opsommenderwys blyk die mening te wees dat indien daar enigsins plek is vir terapeutiese privilegie in die Amerikaanse regstelsel, dit eng toegepas moet word met verwysing na pasiënte se besluitnemingsvermoëns en moet dit slegs in uitsonderlike omstandighede aanwending vind.¹⁵⁶

3.6.5 Openbare gesondheid noodgevalle

Daar kan verder weggedoen word met die vereiste om ingeligte toestemming te bekom in gevalle waar persone vanaf regsweë verplig word om hulself te onderwerp aan mediese behandeling.¹⁵⁷ In sodanige gevalle word ingrepe deur amptenare van openbare gesondheidsdienste deur relevante wetgewing of 'n geldige hofbevel gemagtig. Die oorheersende regverdiging daarvoor is nie slegs

¹⁵² Op 789. Kyk Jones 1996: 339.

¹⁵³ 1986: 37.

¹⁵⁴ Deurdad dit byvoorbeeld die suksesvolle behandeling van die pasiënt in gevaar stel of die pasiënt sielkundige skade daardeur berokken word omdat sy relevante besluitnemingsprosesse as gevolg daarvan krities verswak word.

¹⁵⁵ Faden en Beauchamp 1986: 38. Meisel 1979: 467-470 gaan selfs so ver as om die afskaffing daarvan te bepleit.

¹⁵⁶ Berg ea 2001: 85; Van den Heever 1997: 69.

¹⁵⁷ Berg ea 2001: 90; Faden en Beauchamp 1986: 35; Tan 2006: 95.

die individu se gesondheid as sodanig nie, maar ook die gemeenskap se belang daarin om andere te beskerm.¹⁵⁸ Tipiese voorbeelde van geregverdigde verontagsaming van ingeligte toestemming deur owerhede sluit byvoorbeeld in die inperking van individuele beweging deur persone onder kwarantyn te plaas om die verspreiding van aansteeklike siektes te voorkom en die oplê van boetes en ander strawwe om die sukses van 'n inentingsveldtog te verseker ten einde epidemies te beheer.¹⁵⁹

3.6.6 Onvoorsiene toestande tydens operasies

Volgens Tan¹⁶⁰ word hierdie uitsondering eng uitgelê en kom dit ter sprake wanneer 'n chirurg 'n onvoorsiene abnormaliteit tydens 'n operasie teëkom. Dit staan bekend as die leerstuk van uitbreiding ("extension doctrine") en veronderstel die uitoefening van redelike oordeel deur die chirurg. In **Kennedy v Parrot**¹⁶¹ is 'n chirurg byvoorbeeld nie aanspreeklik gehou nie nadat hy siste op die pasiënt se eierstokke gedreineer het tydens die verwydering van haar blindederm.

Die toestand moes nie voorsienbaar gewees het nie en die pasiënt moes nie uitdruklik sodanige ingreep geweier het nie.

3.6.7 Verdere uitsonderings

Volgens Teff¹⁶² is die geneesheer se openbaarmakingsplig ook onderworpe aan die volgende uitsonderings wat hierna slegs vermeld word sonder enige gedetailleerde bespreking daarvan:

¹⁵⁸ Berg ea 2001: 90.

¹⁵⁹ Faden en Beauchamp 1986: 35-36; Tan 2006: 95.

¹⁶⁰ 2006: 95.

¹⁶¹ 90 SE 2d 754 (NC 1956).

¹⁶² 2001: 919.

- (a) Waar die risiko óf bekend is aan die pasiënt óf so voor die hand liggend is dat dit 'n vermoede aan die kant van die geneesheer regverdig dat die pasiënt weliswaar daarvan bewus is;¹⁶³
- (b) Waar die prosedure eenvoudig en die moontlike intrede van enige gevare daaraan verbonde gering is en deurgaans as sodanig ver verwyderd aanvaar word;¹⁶⁴ en
- (c) Waar die geneesheer nie bewus is van 'n andersins wesenlike risiko nie en nie daarvan bewus behoort te gewees het in die uitoefening van redelike sorg nie.¹⁶⁵

3.7 Ingeligte toestemming wetgewing

Gedurende die vroeë negentien sewentigerjare het die toename in die aantal hofsake wat voortspruit uit mediese wanpraktyke en die omvang van die vergoedingsbedrae wat na aanleiding daarvan aan pasiënte toegeken is, 'n krisis op die gebied van wanpraktykversekering veroorsaak wat die aandag van die breë publiek daarop gefokus het. Versekeringspremies wat die hoogte ingeskiet het, het drukgroepe namens geneeshere en wetgewers van state daartoe beweeg om stappe te doen ten einde die finansiële impak wat wanpraktykseise op geneeshere teweeg gebring het, te verlig en as gevolg daarvan het heelwat state wetgewing uitgevaardig om aanspreeklikheid op grond van wanpraktyk te beperk.¹⁶⁶ As gevolg daarvan is die impak van die gemene reg in heelparty gevalle ondergrawe.¹⁶⁷

¹⁶³ Die sogenaamde "actual knowledge" en "common knowledge"-uitsondering. Kyk Teff 2001: 919.

¹⁶⁴ Die sogenaamde "known remote risk"-uitsondering. Kyk Teff 2001: 919.

¹⁶⁵ Die sogenaamde "physician's reasonable ignorance"-uitsondering. Kyk Teff 2001: 919.

¹⁶⁶ Faden en Beauchamp 1986: 139; Sones 2006: 262.

¹⁶⁷ In **McPherson v Ellis** 305 NC 266, 287 SE 20 892 (1982) het die *Supreme Court* van Noord-Carolina byvoorbeeld die gemene reg van daardie staat geïnterpreteer as sou dit 'n subjektiewe kousaliteitsteorie toepas in 'n saak wat beslis is voordat die staat se

Gemelde ingeligte toestemming wetgewing het in die meeste van die jurisdiksies in die VSA tot gevolg gehad dat die relevante regsbeginsels as't ware gevries is in die posisie waarin dit was, wat die moontlikheid van verdere ontwikkeling en verandering deur die howe feitelik beëindig het.¹⁶⁸

Sones¹⁶⁹ wys daarop dat meer as die helfte van die Amerikaanse state nou oor ingeligte toestemming statute beskik waarvan die inhoud neig om een van twee algemene benaderings te volg: (1) Die uiteensetting van die vereiste vorme van openbaarmaking gekoppel aan 'n vermoede van ingeligte toestemming indien die uiteengesette openbaarmakings nagekom is; of (2) Die uiteensetting van die elemente van die aksiegrond gebaseer op die versuim om ingeligte toestemming te bekom sowel as die verwere teen sodanige aksiegrond.

Uit 'n opsomming van die ingeligte toestemming wetgewing wat in Amerikaanse state van krag is en wat opgestel is deur King en Moulton¹⁷⁰ blyk dit ook interessantheidshalwe dat die standaard waaraan die meerderheid van Amerikaanse state hul geneeshere se openbaarmakingsplig meet, dié van die redelike geneesheer is, dit wil sê 'n objektiewe geneesheer gebaseerde kriterium.

3.8 Spesiale ingeligte toestemming wetgewing

Benewens bogenoemde meer algemene ingeligte toestemming statute is 'n aantal spesiale statute wat die verkryging van ingeligte toestemming vir spesifieke behandelings en prosedures vereis gedurende die negentien sestiger- en negentien sewentigerjare voorgestel of uitgevaardig. Hulle is gewoonlik

ingeligte toestemming wetgewing uitgevaardig is. As gevolg van laasgenoemde wetgewing word 'n objektiewe standaard nou in gemelde staat toegepas.

¹⁶⁸ Faden en Beauchamp 1986: 140.

¹⁶⁹ 2006: 493-501.

¹⁷⁰ 2006: 493-501.

aangeneem om die uitbuiting van 'n kwesbare groep pasiënte te voorkom of om die toepassing van 'n gevaarlike of twyfelagtige "voordelige" behandeling of prosedure te beperk.¹⁷¹

Spesiale statute vereis openbaarmaking en ingeligte toestemming in aangeleenthede soos sterilisasie, skokterapie, behandeling vir borskanker en die toediening van psigotropiese ("psychotropic") geneesmiddels.¹⁷² Hulle is daarop gerig om te verseker dat 'n pasiënt inligting ontvang voordat hy 'n besluit aangaande 'n mediese ingreep moet neem.

Onderhawige statute is egter ook dikwels uitgevaardig nie slegs om inligting te verskaf nie maar ook om pasiënte te ontmoedig om toe te stem tot die betrokke behandeling. Hulle was dus uiteindelik daarop gemik om die gebruik van verskeie soorte behandelings te beperk.¹⁷³

¹⁷¹ Faden en Beauchamp 1986: 140.

¹⁷² Faden en Beauchamp 1986: 140. King en Moulton 2006: 460-461 wys daarop dat state gedurende die laaste twee dekades wysigings aan hul ingeligte toestemming wetgewing begin aanbring het op 'n *ad hoc* – basis. Dié skrywers meen dat die voortgesette poging om gebreke in die huidige standaarde op sodanige wyse reg te stel gevare inhou vir pasiënte sowel as geneeshere en derhalwe nie gevolg moet word nie.

¹⁷³ Faden en Beauchamp 1986: 140.

4. Engeland

4.1 Inleiding

Die deliktuele aanspreeklikheid van 'n geneesheer wat nie voldoende inligting aan sy pasiënt in verband met voorgenome behandeling verskaf het nie, en die pasiënt as gevolg van hierdie nie-openbaarmaking toegestem het tot 'n prosedure wat skade aan hom veroorsaak het, kan ingevolge die Engelse gemenereg voortvloei uit een van twee beskikbare aksies.¹⁷⁴ Die eerste hiervan is op die sogenaamde "tort of battery"¹⁷⁵ (waarna ook dikwels verwys word as "trespass to the person") gebaseer en die tweede op nalatigheid.¹⁷⁶

4.2 "Tort of battery"

Waar 'n geneesheer byvoorbeeld 'n pasiënt opereer of fisies ondersoek sonder om vooraf sy toestemming daartoe te bekom, stel hy homself daaraan bloot dat hy moontlik aanspreeklik gehou kan word vir deliktuele aanranding.¹⁷⁷ Hierdie

¹⁷⁴ Fenwick en Beran 1996: 216; Stone en Matthews 1996: 173.

¹⁷⁵ In **Allan v New Mount Sinai Hospital** (1980) 109 DLR (3d) 634: 641 (Ont HC) word dié begrip as volg omskryf: "Battery is the intentional application of offensive or harmful physical contact to a person. Any surgical operation is a battery, unless the patient consents to it". Kyk ook **Collins v Wilcock** [1984] 3 All ER 374 CA: 377. Trinitead 1982: 216 stel die volgende definisie voor: "... an intentional and unjustified act that causes direct contact with the claimant's body". In die geval van die misdryf van sogenaamde "common assault" bestaan daar 'n vrees by die slagoffer dat 'n aanraking ("touching") gaan plaasvind, terwyl by "battery" die aanraking inderdaad voorkom. Kyk Grubb 2004: 132.

¹⁷⁶ Sommer 1986: 355 wys daarop dat die een aksie deur die ander uitgesluit word.

¹⁷⁷ Hier is dus gevalle ter sprake waar sogenaamde "real consent" van die pasiënt afwesig is. McLean en Mason 2003: 48; Stone en Matthews 1996: 173; Lewis 1988: 194; Stauch ea 2006:132. Let daarop dat die Engelse howe nie die konsep van "informed consent" aanvaar het nie en dat daar in uitsprake eerder verwys word na "real consent" om regsgeldige toestemming aan te te dui. Kyk Skegg 1999: 142; Grubb 2004: 171; Sones 2006: 283; Greene 2006: 20; Tovey 2008: 68. Volgens Mason ea 2006: 397 vorm die frase "informed consent" egter nou al so deel van die inherente kennis wat met mediese etiek geassosieer kan word en vind dit gereeld aanwending onder selfs die hoogste gelede van die regters in Engeland. Kyk byvoorbeeld **Chester v Afshar** [2004] 4 All

aksiegrond sal ook beskikbaar wees indien die geneesheer die behandeling verder geneem het as waartoe die pasiënt toegestem het of waar die toestemming deur bedrog of wanvoorstelling bekom is.¹⁷⁸ Indien die verskafte inligting so onvolledig is dat 'n pasiënt nie eers die breë strekking van die voorgestelde behandeling verstaan nie, sal sy toestemming vir regsdoeleindes as ongeldig beskou word en sal hy moontlik 'n eis vir sivilregtelike aanranding tot sy beskikking hê teen die geneesheer.¹⁷⁹

Toestemming tot die uitvoer van een operasie magtig die geneesheer nie om 'n ander uit te voer nie.¹⁸⁰ Soortgelyk hieraan sal die geval wees waar 'n pasiënt toestem tot die uitvoer van 'n operasie op voorwaarde dat dit deur 'n bepaalde geneesheer gedoen moet word. Indien die operasie dan deur 'n ander geneesheer uitgevoer word, sal die pasiënt se toestemming van nul en gener waarde wees.¹⁸¹

Hierdie aksiegrond gebaseer op die "tort of battery" word oor die algemeen as 'n onvanpaste metode beskou om skadevergoeding van geneeshere te verhaal, deels as gevolg van die tegniese beperkings daaraan verbonde,¹⁸² maar hoofsaaklik omdat dit aanduidend is van doelbewuste, vyandige handeling wat nie tuishoort in die konteks van die geneesheer/pasiënt-verhouding nie waarvan die doel juis op genesing gefokus is.¹⁸³ Jones¹⁸⁴ wys daarop dat die howe in

ER 587: Par 14 per Lord Steyn: "Surgery performed without the informed consent of the patient is unlawful. The court is the final arbiter of what constitutes informed consent".
¹⁷⁸ **White v Turner** (1981) 120 DLR (3d) 269: 282-283 (Ont HC). Pattinson 2006: 105.
¹⁷⁹ Stone en Matthews 1996: 173.
¹⁸⁰ Pattinson 2006: 105-107.
¹⁸¹ Skegg 1988: 76; Brooke 1990: 194; Jones 1996: 287-288; Stauch ea 2006: 104; **Perna v Pirozzi** (1983) 457 A 2d 431.
¹⁸² Brazier 1987: 181.
¹⁸³ Jones 1996: 284; Grubb 2004: 173.
¹⁸⁴ 1996: 284. Kyk byvoorbeeld **Hills v Potter** [1984] 3 All ER 716. Skegg 1988: 76-77; Stone en Matthews 1996: 174; Jackson en Powell 1997: 651; Grubb 2004: 172-173; Stauch ea 2006: 135; Jackson 2006: 265; McLean 2010: 71.

Engeland daarop ingestel is om die toepassing van die “tort of battery” te beperk, veral waar die openbaarmaking van inligting ter sprake is.

4.3 Delik gebaseer op nalatigheid

Indien ‘n eiser met hierdie aksie sukses wil behaal, moet hy op ‘n oorwig van waarskynlikhede bewys dat die geneesheer in stryd met die regsplig (“duty of care”) wat hy teenoor hom verskuldig was, opgetree het deur te versuim om wesenlike risiko’s verbonde aan die terapie te openbaar. Die eiser sal dan verder moet bewys dat indien hy van sodanige risiko’s ingelig sou gewees het, hy nie tot die betrokke behandeling sou toegestem het nie.¹⁸⁵

Met verwysing na die saak van **Chatterton v Gerson**¹⁸⁶ lig Lewis¹⁸⁷ die onderskeidende omstandighede waaronder ‘n eis vir “battery” en een gebaseer op nalatigheid sal ontstaan, as volg uit:

“Only if the physician fails to inform in broad terms of the nature of the procedure which is intended will the apparent consent be vitiated and an action for assault lie. Any lesser failure in giving information can give rise only to an action in negligence for breach of duty.”¹⁸⁸

¹⁸⁵ McLean en Mason 2003: 49; Skegg 1988: 82; Stone en Matthews 1996: 173 en 175; Mason ea 2006: 395; Greene 2006: 21; Aitkenhead 2009: 8; Maclean 2009: 162. Die vereiste soos hier weergegee, weerspieël die basiese posisie wat kousaliteit betref. In **Chester v Afshar** [2004] 4 All ER 587 is egter bevind dat die eiseres nie hoef te bewys dat sy nooit tot die uitvoer van die betrokke operasie sou toestem nie. Die hof is hier aansienlik beïnvloed deur die bevinding in die Australiese saak van **Chappel v Hart** [1998] HCA 55. Kyk verder die bespreking oor kousaliteit wat hieronder in par 6 volg.

¹⁸⁶ [1981] 1 QB 432.

¹⁸⁷ 1988: 201.

¹⁸⁸ Kyk Stauch ea 2006: 132; Pattinson 2006: 104; Miola 2007: 57; **Davis v Barking, Havering and Brentwood HA** [1993] 4 Med LR 85.

Vanuit 'n eiser se oogpunt beskou, hou 'n aksie gebaseer op "battery" vir hom besliste voordele in bo 'n aksie wat op nalatigheid gebaseer is, byvoorbeeld:¹⁸⁹

- (a) As die pasiënt kan bewys dat hy nie tot die behandeling ingestem het nie sal hy skadevergoeding kan verhaal sonder om nalatigheid aan die kant van die geneesheer te bewys. Skuld is derhalwe irrelevant.¹⁹⁰
- (b) Bewys van skade word nie vereis nie.¹⁹¹ As die eiser egter meer as nominale skadevergoeding verlang, sal hy moet bewys dat die verlies 'n direkte gevolg van die onregmatige dwang ("force") was.¹⁹²
- (c) Waar die verweerder in die geval van 'n aksie gebaseer op nalatigheid slegs aanspreeklik is vir verlies en skade wat voorsienbaar was ten tyde van die nalatige optrede, is die delikpleger ("tortfeasor") in die geval van "battery" aanspreeklik vir al die skade wat direk uit die aanranding voortvloei, hetsy voorsienbaar al dan nie.¹⁹³
- (d) Dit is nie nodig om getuienis aan te bied om te bewys wat die mediese profesie se gebruikelike openbaarmakingspraktyk is nie. As dit eers vasstaan dat daar nie toestemming vir 'n sekere prosedure/optrede gegee is nie, is die delik ("tort") gepleeg.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Kyk oor die algemeen Grubb 2004: 173.

¹⁹⁰ Lewis 1988: 195.

¹⁹¹ Greene 2006: 19; Pattinson 2006: 198; McLean 2010: 71. Dit beteken ook dat in die geval van 'n sogenaamde "trespass action" die pasiënt nie kousaliteit hoef te bewys nie, aangesien die blote bewys van nie-openbaarmaking sy sukses sal verseker. Kyk Van Oosten 1991: 79; Jackson en Powell 1997: 650; Stauch ea 2006: 149; Mason ea 2006: 393.

¹⁹² Jones 1996: 302; Lewis 1988: 196; Stone en Matthews 1996: 174; McLean en Mason 2003: 49.

¹⁹³ Lewis 1988: 195; Mason ea 2006: 393; Pattinson 2006: 98.

¹⁹⁴ Jones 1996: 302.

In **Chatterton v Gerson**¹⁹⁵ het die eiseres na 'n breukoperasie las gehad van kroniese en hardnekkige pyn in die area wat die operasieletsel omring het. Die verweerder was 'n spesialis in pynbehandeling en het die eiseres naby aan haar rugmurg ingespuut met 'n oplossing bestaande uit karbolsuur en gliserien in 'n poging om die pyngelidende senuwee in die omgewing van gemelde letsel te vernietig. Die operasie het die pyn slegs tydelik verlig en dieselfde chirurg het die eiser toe 'n tweede inspuiting toegedien. Dit het ook nie die pyn verlig nie, maar die eiser se regterbeen is totaal gevoelloos gelaat as gevolg waarvan haar beweeglikheid nadelig beïnvloed is.

Dit was die verweerder se praktyk om aan pasiënte te verduidelik dat die behandeling gevoelloosheid meebring op die plek waar die pyn ervaar is sowel as in 'n groter omringende area, en dat dit 'n tydelike verlies aan spierkrag mag meebring. Die eiseres het geargumenteer dat aangesien sy nie ingelig is omtrent die inherente risiko dat newe-effekte na haar behandeling kan intree nie, was haar toestemming nietig en was die geneesheer op grond van "battery" aanspreeklik vir al die nadelige gevolge van haar behandeling. Die hof, by monde van Bristow R, bevind egter ten gunste van die verweerder en laat hom as volg uit oor die aan- of afwesigheid van werklike toestemming ("real consent") en die onderskeid tussen 'n eis gebaseer op "trespass" en een gebaseer op nalatigheid:

"In my judgment once the patient is informed in broad terms of the nature of the procedure which is intended, and gives her consent, that consent is real, and the cause of action on which to base a claim for failure to go into risks and implications is negligence, not trespass¹⁹⁶

¹⁹⁵ [1983] 1 All ER 257.

¹⁹⁶ Op 265. Hierdie sienswyse is bevestig in byvoorbeeld **Hills v Potter** [1983] 3 All ER: 728.

... even taking the plaintiff's evidence at its face value, she was under no illusion as to the general nature of what an intrathecal injection of phenol solution nerve block would be, and in the case of each injection her consent was not unreal"¹⁹⁷

en verder

"... in my judgment it would be very much against the interests of justice if actions which are really based on a failure by the doctor to perform his duty adequately to inform were pleaded in trespass".¹⁹⁸

4.4 Omvang van 'n geneesheer se openbaarmakingsplig en die standaard waaraan dit gemeet word

'n Geneesheer is verplig om 'n eerlike en redelike verduideliking aan die pasiënt in eenvoudige terme te verskaf aangaande die aard en omvang van sy toestand wat 'n operasie noodsaak, die aard en doel van die voorgestelde behandeling, insluitende die waarskynlike uitwerking daarvan, enige inherente wesenlike, spesiale of ongewone risiko's daaraan verbonde, die waarskynlike gevolg indien die operasie nie uitgevoer word nie en ander terapeutiese opsies wat beskikbaar is.¹⁹⁹

Die Engelse toets om die aanwesigheid van nalatigheid vas te stel waar behandeling en diagnose ter sprake was, was duidelik. Dit was naamlik die

¹⁹⁷ Soos verwys na deur Jones 1996: 302.

¹⁹⁸ Op 265. Kyk verder Brooke 1990: 195; **Davis v Barking, Havering and Brentwood Health Authority**: 91.

¹⁹⁹ Van Oosten 1991: 160; Grubb 2004: 181. Kyk ook **Birch v University College London Hospital NHS Foundation Trust** (2008) 104 BMLR 168 waar die geneesheer versuim het om die pasiënt in te lig omtrent die vergelykbare risiko's van beskikbare, alternatiewe behandeling. Heywood 2010:178-179.

mediese standaard-toets wat as volg deur McNair R in sy voorligting aan die jurie in **Bolam v Friern Hospital Management Committee**²⁰⁰ uiteengesit is:

“(The doctor) is not guilty of negligence if he has acted in accordance with the practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled in that particular art ... putting it the other way around, a man is not negligent if he is acting in accordance with such a practice, merely because there is a body of opinion which would take a contrary view”.²⁰¹

Hierdie opsomming het dan later bekend geword as die sogenaamde Bolam-toets,²⁰² en het in effek tot inhoud dat ‘n pasiënt net op inligting geregtig is indien ‘n redelike geneesheer dit as toepaslik beskou.²⁰³ Bevestiging van die Bolam-toets het in die negentien tagtigs ten opsigte van behandeling in **Whitehouse v Jordan**²⁰⁴ en ten opsigte van diagnose in **Maynard v West Midlands Regional Health Authority**²⁰⁵ geskied.

In **Chatterton v Gerson**²⁰⁶ moes die hof ‘n bevinding maak oor die toepaslikheid van die Bolam-toets op die openbaarmaking van inligting deur die geneesheer aan die pasiënt aangaande risiko’s wat met ‘n mediese prosedure verband hou. Bristow R bevestig die toepassing van die mediese standaard-toets deur te verklaar dat dit ‘n geneesheer se plig is:

²⁰⁰ [1957] 2 All ER 118. Hier is die eiser nie ingelig omtrent die risiko’s verbonde aan skokterapie voordat hy die behandeling ontvang het nie. As gevolg van die toediening daarvan het hy ernstige bekkenbeenbreuke opgedoen en vervolgens voortgegaan om ‘n eis teen die betrokke hospitaal in te stel.

²⁰¹ Op 122.

²⁰² Molnar 1997: 568-569; Jones 1999: 228. Mason ea 2006: 362 wys daarop dat hierdie toets, in die oorspronklike vorm daarvan, ‘n hof verhinder om ‘n keuse te maak tussen twee teenstrydige mediese opinies. Kyk ook Aitkenhead ea 2009: 6. Maclean 2009: 176 verwys na die Bolam-toets in dié vorm as “Bolam simpliciter”.

²⁰³ Jones 1996: 337; Skegg 1999: 144; Mason ea 2006: 398; Johnston 2010: 10-11.

²⁰⁴ [1981] 1 WLR 246.

²⁰⁵ [1984] 1 WLR 634.

²⁰⁶ [1981] 1 All ER 257.

“to explain what he intends to do, and its implications, in the way a careful and responsible doctor in similar circumstances would have done”.²⁰⁷

Vir tientalle jare na die **Bolam**-saak kan daar ‘n neiging in Engelse hofsake bespeur word dat regters nie toegelaat is om ‘n keuse uit te oefen tussen die deskundige getuienis wat deur die eiser en verweerder onderskeidelik aangebied is nie. In dié tydperk is Bolam so geïnterpreteer dat al wat van die verweerder vereis was, was dat hy deskundiges van sy mediese spesialiteit moes vind wat bereid moes wees om te getuig dat hulle dieselfde as die verweerder in sy omstandighede sou opgetree het. Indien dié deskundiges na oordeel van die hof klaarblyklik eerlik getuig het en ferm gestaan het by hul gelewerde getuienis, is daar nie van hulle of die verweerder verwag om hul praktyke te regverdig nie. Die voorsittende regter het derhalwe geen rol gespeel in die evaluering van hul deskundige getuienis nie.²⁰⁸ Hierdie absurde lae vlak waaraan geneeshere moes voldoen om hul optrede te regverdig, het dit bykans onmoontlik gemaak vir eisers om billike eise suksesvol af te dwing.

Die belangrikste saak wat beslis is aangaande die geneesheer se openbaarmakingsplig is **Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital**.²⁰⁹ Hier het die eiseres aanhoudende pyn in haar nek en skouers ervaar en is aanbeveel om ‘n operasie op haar rugstring te ondergaan ten einde die pyn te verlig. Die chirurg het die eiseres gewaarsku omtrent die moontlikheid dat ‘n senuweewortel versteur kon word asook die gevolge daaraan verbonde, maar hy het niks gemeld van die moontlike skade aan die rugmurg

²⁰⁷ Op 265 J. Jones 1996: 337. Volgens Robertson 1981: 115 is hierdie posisie klaarblyklik onbevredigend omdat die omvang van die openbaarmakingsplig bepaal word deur die mediese professie, en nie met verwysing na aanvaarde regstandaarde nie.

²⁰⁸ Miola 2009: 79.

²⁰⁹ [1985] 1 All ER 643.

nie, hoewel die operasie enkele millimeters van die rugmurg uitgevoer sou word. Die algehele risiko dat enigeen van hierdie moontlikhede sou materialiseer, is bereken op tussen een en twee persent, hoewel die risiko van skade aan die rugmurg minder as een persent was. Die potensiële gevolge indien hierdie risiko's sou intree, het gewissel van matig tot ernstig, met gedeeltelike verlamming as die ernstigste daarvan, sou skade aan die rugmurg opgedoen word.

Gedurende die verloop van die operasie, wat nie nalatig uitgevoer is nie, is die eiseres se rugmurg beskadig en dit het 'n ernstige ongeskiktheid, in die vorm van gedeeltelike verlamming vir haar veroorsaak. Sy het beweer dat die verweerder nalatig opgetree het deur haar nie omtrent hierdie risiko in te lig nie, en dat sy nie tot die behandeling sou toegestem het nie indien sy bewus was van die werklike posisie.

Die verhoorregter, Skinner R, het die Bolam-toets toegepas en bevind dat die verweerder opgetree het in ooreenstemming met 'n praktyk wat as behoorlik aanvaar is deur 'n verantwoordelike "body of medical opinion" deur nie die eiseres in te lig omtrent die risiko van skade aan die rugmurg nie. Die eiseres se eis is derhalwe van die hand gewys op grond van die toepassing van die "prudent doctor"-toets wat inhou dat slegs inligting wat deur die mediese professie as toepaslik beskou word, openbaar gemaak hoef te word.²¹⁰ McLean en Mason²¹¹ wys daarop dat in terme van hierdie toets dit ook nie saak maak dat daar 'n ander 'school of medical thought' was wat die inligting aan die pasiënt sou openbaar het nie; die verweer word bevredig so lank as wat een verantwoordelike "body of opinion" met die betrokke geneesheer saamstem.²¹²

²¹⁰ Bush 1995: 3; McLean en Mason 2003: 55.

²¹¹ 2003: 50.

²¹² Brooke 1990: 205; Jones 1999: 232; Sones 2006: 284.

Die **Sidaway**-uitspraak in die hof *a quo* is deur die Appèlhof (“Court of Appeal”)²¹³ bekragtig en die *House of Lords*²¹⁴ het die bevinding bevestig, hoewel daar verskille tussen die Lords voorgekom het wat betref hul beredenering van die aangeleentheid.²¹⁵ Lord Scarman het hom byvoorbeeld sterk uitgespreek teen die toepassing van die Bolam-toets waar bepaal moet word hoeveel inligting aan ’n pasiënt beskikbaar gestel moet word:

“The implications of this view of the law are disturbing. It leaves the determination of a legal duty to the judgment of doctors. Responsible medical judgment may, indeed, provide the law with an acceptable standard in determining whether a doctor in diagnosis or treatment has complied with his duty. But is it right that medical judgement should determine whether there exists a duty to warn of risk and its scope? It would be a strange conclusion if the courts should be led to conclude that our law, which undoubtedly recognizes a right in the patient to decide whether he will accept or reject the treatment proposed, should permit the doctors to determine whether, and in what circumstances, a duty arises requiring the doctor to warn his patient of the risks inherent in the treatment which he proposes”.²¹⁶

²¹³ [1984] 1 All ER 1018. Vir ’n bespreking van hierdie beslissing, kyk Jones 1984: 355; Kennedy 1984: 454.

²¹⁴ [1985] 1 All ER 643. Vir ’n bespreking van hierdie beslissing, kyk Grubb 1985: 199; Teff 1985: 432.

²¹⁵ As gevolg van die uiteenlopende menings van die Lords, is die **Sidaway**-uitspraak moeilik om te ontleed. Kyk McHale en Fox 2006: 372; Miola 2009:80 wat meen dat dit onmoontlik is om die *ratio decidendi* van die saak vas te stel.

²¹⁶ Op 882. Kyk ook Fenwick en Beran 1996: 226; Jones 1999: 231; Foster 2009:99; McLean 2010: 75-76. Dié uitspraak verteenwoordig volgens Miola 2007: 57 ’n “radical shift in the law”.

Ten spyte van bogenoemde teenkanting wys Jones²¹⁷ daarop dat die meerderheid van die Lords die Bolam-toets onderskryf het as die maatstaf waaraan 'n geneesheer se plig om inligting omtrent die potensiele gevolge en risiko's van voorgestelde mediese behandeling te openbaar, gemeet word. Die "Court of Appeal" het dan ook hierdie interpretasie in latere uitsprake pertinent onderskryf.²¹⁸

Hoewel die Bolam-toets in wese geneesheer-gesentreerd is, wys Stone en Matthews²¹⁹ daarop dat dit steeds die howe is wat moet bepaal of 'n sekere optrede nalatig was al dan nie, gebaseer op die getuienis wat aangebied is. Die praktyke van 'n professie mag dalk goeie getuienis wees om aan te toon dat redelike sorg aan die dag gelê is, maar dit kan nooit afdoende wees nie.²²⁰ In die **Sidaway**-saak is daar dan ook inderdaad bevind dat sodanige praktyk moet "*rightly*"²²¹ be accepted as proper by a body of skilled and experienced medical men".²²² Indien dit nie die geval was nie, sou onaanvaarbare lae standaarde van sorg in stand gehou word deur bloot getuienis aan te voer van ander praktisyns wat beweer dat hulle op 'n soortgelyke wyse sou opgetree het. 'n Voorsittende beampte sal dus in 'n gepaste geval geregtig wees om 'n eenparige mediese

²¹⁷ 1996: 342. Kyk ook Sommer 1986: 356; Giesen 1988: 278; Brooke 1990: 205; Pattinson 2006: 109.

²¹⁸ Kyk byvoorbeeld **Gold v Haringey Health Authority** [1987] 2 All ER 888 en **Blyth v Bloomsbury Health Authority** [1993] 4 Med LR 151 (CA). In eersgenoemde saak het die hof bevind dat daar nie onderskeid getref moet word tussen advies verskaf in hetsy terapeutiese of nie-terapeutiese konteks nie. Kyk ook Lewis 1988: 208-209; Brooke 1990: 207; Greene 2006: 24. Miola 2007: 68 beskryf die impak van hierdie twee uitsprake as selfs meer beperkend wat betref die pasiënt se reg op selfbeskikking as die konserwatiewe benadering wat Lord Diplock in die **Sidaway**-saak gevolg het. Kyk ook Johnston 2010: 11; McLean 2010: 76. Volgens Miola 2009: 83 het hierdie twee uitsprake bevestig dat die Bolam-toets blakend gesond was in die Engelse reg en dat die outonomie van pasiënte tweede viool moes speel teenoor professionele praktyk.

²¹⁹ 1996: 178. Kyk ook Powers en Harris 1990: 205; Jones 1999: 239 en McLean en Mason 2003: 50.

²²⁰ Jones 1996: 342; Van Oosten 1991: 131.

²²¹ My kursivering.

²²² Op 1028. Kyk **De Freitas v O'Brien** [1995] 6 Med LR 108 waar bevind is dat 'n "responsible body of opinion" nie suiwer in kwantitatiewe terme gemeet kan word nie.

siening te verwerp indien hy tevrede is dat dit klaarblyklik verkeerd is.²²³ Volgens Jackson²²⁴ word hiermee effens afgewyk van die tradisionele toepassing van die Bolam-toets.

Na die uitspraak in **Sidaway** was die posisie in die Engelse reg opsommenderwys as volg: 'n Geneesheer sal hom normaalweg van sy openbaarmakingsplig kwyt indien hy optree in ooreenstemming met 'n praktyk wat in daardie stadium as behoorlik aanvaar word deur 'n "body of skilled and experienced medical practitioners".²²⁵ Indien daar egter 'n wesenlike risiko bestaan dat ernstige gevolge kan intree wat geen verstandige geneesheer sou versuim het om te openbaar sonder die bestaan van 'n dwingende kliniese motivering daarvoor nie, 'n hof mag oordeel dat die openbaarmaking daarvan noodsaaklik is, selfs al was dit nie die algemene mediese praktyk om dit te doen nie.²²⁶

Enkele hofsake het gevolg na die **Sidaway**-beslissing waarin daar inderdaad bevind is dat 'n geneesheer nalatig opgetree het deur te versuim om inligting te openbaar, ten spyte van die feit dat sy besluit deur mediese opinie ondersteun is.²²⁷ Dit was egter die bevinding in **Bolitho v City and Hackney Health Authority**²²⁸ wat sommige kommentatore die hoop laat uitspreek het dat dit die

²²³ Oftewel omdat die hipotetiese redelike geneesheer dit nie sou goedgekeur het nie, en dit derhalwe as nalatig beskou kan word. Kyk Brooke 1990: 205; Jones 1999: 231.

²²⁴ 2006: 274.

²²⁵ Jackson en Powell 1997: 699; Grubb 2004: 183.

²²⁶ Hierdie *caveat* is vervat in Lord Bridge se uitspraak in die **Sidaway**-saak en kom dit neer op 'n effense wysiging van die professionele standaard. Kyk Van Oosten 1991: 188; Stone en Matthews 1996: 177; Pattinson 2006: 110; Sones 2006: 284; Hardman ea 2009: 6; Maclean 2009: 170; Johnston 2010: 11; **Poynter v Hillingdon Health Authority** (1997) 27 BMLR 192.

²²⁷ Kyk byvoorbeeld **Smith v Turnbridge Wells HA** [1994] 5 Med LR 334; **McAllister v Lewisham and North Southwork HA** [1994] 5 Med LR 343. Kyk ook Jones 1999: 116; Miola 2009: 96.

²²⁸ [1998] AC 232. Hier was die openbaarmakingsplig van 'n geneesheer nie ter sprake nie, maar wel die omvang van sorg wat hy teenoor sy pasiënt verskuldig was.

krag van die **Bolam**-uitspraak sou verwater, maar die verwesenliking van hierdie versugting is volgens Maclean²²⁹ debatteerbaar.

In die **Bolitho**-saak vind daar 'n verdere effense wysiging van die Bolam-toets plaas deurdat die hof beklemtoon dat die mediese opinie waarop gesteun word 'verantwoordelik' ("responsible") en 'redelik' ("reasonable") moet wees. Ten spyte van die feit dat 'n verweerder getuienis van ander geneeshere kan voorlê wat bevestig dat hulle soos hy sou opgetree het, kan 'n bevinding van nalatigheid steeds uitgebring word indien sodanige getuienis nie die toets van logiese analise kan deurstaan nie. Laasgenoemde behels die opweeg van tersaaklike voordele en risiko's ten einde tot 'n verdedigbare slotsom te kan kom.²³⁰

Ten spyte van die feit dat sekere skrywers hul bedenkinge daaromtrent uitgespreek het, kan dit nie betwyfel word nie dat die "winde van verandering" op daardie stadium toenemend in die Engelse reg begin waai het wat betref geneeshere se openbaarmakingsplig. Brazier en Miola²³¹ wys daarop dat hierdie stand van sake nie net teweeg gebring is deur uitsprake soos in die **Bolitho**-saak nie, maar ook as gevolg van die plaasvind van ander relevante verwickelinge wat 'n impak gehad het op die voorsiening van gesondheidsorg. Dit sluit byvoorbeeld in die uitreiking van strengere riglyne deur 'n aantal gesaghebbende mediese liggame (onder andere die "General Medical Council), die standpunt ingeneem deur die "Law Commission" en die inwerkingtreding van die *Human Rights Act* van 1998.²³²

²²⁹ 2009: 173-174. Kyk ook Skegg 1999: 145; Bailey-Harris 2000: 132; McLean en Mason 2003: 51. Grubb 2004: 194-195 daarenteen meen dat die bevinding in die Bolitho-saak die beginpunt van die ondermyning van die Bolam-toets in die Engelse reg verteenwoordig.

²³⁰ Jackson 2006: 276; Pattinson 2006: 110; Tovey 2008: 73; McLean 2010: 79.

²³¹ 2000: 112.

²³² Maclean 2009: 173.

Die sterkste aanduiding van 'n moontlike verandering in die Engelse regters se benadering tot die verskaffing van inligting omtrent risiko's en alternatiewe word egter aangetref in **Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust**²³³ waar Lord Woolf homself as volg uitdruk:

“... if there is a significant risk which would affect the judgement of a *reasonable patient*,²³⁴ then it is ... the responsibility of the doctor to inform the patient of that risk, if the information is needed so that the patient can determine for him or herself as to what course he or she would adopt”.

Hoewel hierdie uitspraak oënskynlik dui op 'n meer robuuste verbintenis tot die pasiënt se reg op inligting, blyk dit egter asof Lord Woolf hom op die oordeel van die geneeshere wat namens die verweerder geroep is om te getuig, verlaat het om te bepaal of die betrokke risiko “significant” was al dan nie. Sy bevinding word dus nie gebaseer op die eiseres se eie beoordeling of die risiko wesenlik genoeg was om haar besluitnemingsproses te beïnvloed nie.²³⁵ Desnieteenstaande hierdie waarneming het Sedley LJ in **Wyatt v Curtis**²³⁶ aan die hand gedoen dat Lord Woolf se benadering in die **Pearce**-saak, Lord Bridge se uitspraak in die **Sidaway**-saak “verfyn” het deur te verduidelik dat die vraag of 'n risiko ‘wesenlik’ of ‘ernstig’ is, beoordeel moet word vanuit die pasiënt se

²³³ (1998) 48 BMLR 118 (CA). In hierdie saak moes die “Court of Appeal” bepaal of die effens verhoogde risiko van doodgeboorte van 'n baba wat teweeggebring is deur die oorskryding van die verwagte geboortedatum, aan die verwagte moeder openbaar gemaak moes word.

²³⁴ Soos aangehaal deur McLean en Mason 2003: 51. Volgens Stauch ea 2006: 145 kan die weerklanke van die sogenaamde leerstuk van ingeligte toestemming duidelik in hierdie woorde waargeneem word. Kyk ook **Smith v Turnbridge Wells Health Authority**: 339 waar Morland R beslis dat 'n geneesheer “... should use language, simple but not misleading, which the doctor perceives ... will be understood by the patient so that the patient can make an informed decision as to whether or not to consent to the recommended surgery or treatment”.

²³⁵ Jackson 2006: 277; Mason ea 2006: 406; Maclean 2009: 176; Heywood ea 2010: 174.

²³⁶ [2003] EWCA Civ 1779, CA.

oogpunt en nie dié van die geneesheer nie. Miola²³⁷ argumenteer ook dat die erkenning daarvan in die **Pearce**-saak dat 'n pasiënt voldoende inligting moet ontvang ten einde hom in staat te stel om 'n ingeligte keuse te kan uitoefen, gesien kan word as 'n merkbare klemverskuiwing van geneesheer na pasiënt.²³⁸

In **Chester v Afshar**²³⁹ is daar met goedkeuring na bogenoemde uitspraak van Lord Woolf verwys. Hoewel hierdie saak nie direk gemoed was met die openbaarmakingsplig van geneesheer nie, het die *obiter* opmerkings van die "Law Lords" met betrekking tot die openbaarmaking van risiko's verbonde aan behandeling natuurlik aansienlike oorreringswaarde. Lord Steyn bevestig dat pasiënte gewaarsku moet word teen 'ernstige' risiko's, maar dit is nie duidelik uit sy uitspraak of die erns van sodanige risiko's vanuit die perspektief van die pasiënt of geneesheer beoordeel moet word nie. Jackson²⁴⁰ huldig egter die mening dat nieteenstaande hiervan, Lord Steyn se uitdruklike verwerping van sogenaamde mediese paternalisme in sy uitspraak, verdere getuienis kan wees van 'n geleidelike verskuiwing na die aanvaarding van 'n redelike pasiënt-toets.

Jackson en Powell²⁴¹ voer aan dat onderworpe aan die inwerkingtreding van wetgewing, dit hoogs onwaarskynlik is dat die House of Lords binne die afsienbare toekoms oorreed sal word om die meerderheidsuitspraak in **Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital**²⁴² te verwerp. Ander skrywers daarenteen voorsien weer dat die prominensie van die Bolam-toets insoverre die openbaarmakingsplig van geneesheer ter sprake is, stelselmatig op

²³⁷ 2007: 71.

²³⁸ In 'n verdere bydrae van Miola 2009: 97-98 spreek hy die mening uit dat dit wil voorkom asof Lord Woolf met hierdie uitspraak die redelike geneesheer- en redelike pasiënt-toets saamsmelt.

²³⁹ [2004] 4 All ER 587.

²⁴⁰ 2006: 278. Kyk ook McLean 2010: 52.

²⁴¹ 1997: 700. Stauch ea 2006: 139 wys daarop dat nog geen Engelse hof die **Sidaway**-uitspraak uitdruklik in twyfel getrek het, laat staan nog verwerp het.

²⁴² [1985] AC 871.

die agtergrond geskuif sal word.²⁴³ Mclean²⁴⁴ wys daarop dat die uitsprake in **Pearce**²⁴⁵ en **Chester**²⁴⁶ oënskynlik die reg beweeg het in die rigting van die redelike pasiënt – eerder as die redelike geneesheer-toets. Dit wil derhalwe voorkom asof geneesheer tans verplig is om alle risiko's te openbaar wat deur die hof as wesenlik beskou word, gebaseer op die hof se objektiewe beoordeling van wat die redelike pasiënt sou wou geweet het.²⁴⁷ Volgens Maclean²⁴⁸ sal dit blote bespiegeling wees om te probeer voorspel watter rigting die howe in die toekoms gaan inslaan, maar meen hy dat indien die neiging soos in die voorafgaande bladsye uiteengesit, voortduur, sal die reg met rukke en stote voortstropel na die leerstuk van ingeligte toestemming soos aangeneem in die Amerikaanse saak van **Canterbury v Spence**.²⁴⁹

4.5 Beantwoording van vrae deur geneesheer

Hierbo is gekyk na die standaard waaraan 'n geneesheer se openbaarmakingsplig gemeet word in gevalle waar hy uit eie beweging inligting omtrent die voorgenome behandeling aan 'n pasiënt verskaf. Die vraag ontstaan of dieselfde

²⁴³ Mason ea 2006: 405 en 410; Mason en Brodie 2005: 398; Heywood ea 2010: 172. Tovey 2008: 74 is egter huiwerig om die toenemende afwyking van die Bolam-standaard gelyk te stel aan 'n ooreenstemmende beweging om die standaard van ingeligte toestemming soos voorgestaan in sake soos **Canterbury v Spence** (1972) 464 F 2d (DC Cir), naamlik dié van die redelike pasiënt, in die Engelse reg te inkorporeer.

²⁴⁴ 2010: 82. Kyk ook Maclean 2009: 176.

²⁴⁵ Brazier en Miola 2000: 110 gee te kenne dat die redelike geneesheer-toets 'n gevoelige slag toegedien is as gevolg van die beslissing in hierdie saak.

²⁴⁶ Kyk Meyers 2006: 270 wat die volgende aan die hand doen: "... it may be that Chester will prove to be more noteworthy for defining the scope of the doctor's duty to warn his or her patient of the risks inherent or special in the treatment proposed ... No longer can the reasonable doctor standard of Bolam, as applied in the disclosure of risk concept in Sidaway, be said to be the law".

²⁴⁷ Die huidige standaard van openbaarmaking word as volg deur Heywood ea 2010: 172 beskryf: "Now, apart from some fine-tuning, it seems fairly clear following Pearce and Chester that the standard is what the reasonable doctor believes the reasonable patient would need to know".

²⁴⁸ 2009: 176.

²⁴⁹ (1972) 464 F 2d (DC Cir).

standaard aanwending vind indien die pasiënt vrae aan hom stel in verband met die betrokke behandeling.

In die **Sidaway**-saak het Lord Bridge, hoewel *obiter*, gemeld dat indien 'n pasiënt vrae stel, daar 'n plig op 'n geneesheer rus om eerlik en so volledig as wat die vraesteller verlang, daarop te antwoord.²⁵⁰ In **Blyth v Bloomsbury Health Authority**²⁵¹ het die hof egter bevind dat die Bolam-toets ook aanwending vind om die geneesheer se plig om te openbaar wanneer algemene vrae aan hom gestel word, te bepaal. Dit beteken dat waar 'n pasiënt vrae stel, sy reaksie gemeet sal word aan die hand van 'n professionele standaard en hy derhalwe nie verplig is om al die inligting waaroor hy omtrent die onderwerp beskik, aan die pasiënt beskikbaar te stel nie.²⁵²

Grubb²⁵³ wys egter daarop dat die "Court of Appeal" in **Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust**²⁵⁴ teruggekeer het na die regsposisie soos uiteengesit in die **Sidaway**-saak deur as volg te bevind:

"... if a patient asks a doctor about the risk, then the doctor is required to give an honest answer".²⁵⁵

Volgens Brazier²⁵⁶ is hierdie onderskeid – tussen die pasiënt wat vrae stel en derhalwe geregtig is om volledige en eerlike inligting te ontvang, en die pasiënt wat geen vrae het nie en daarom maar tevrede moet wees met wat die

²⁵⁰ Op 898. Kyk Brooke 1990: 207; Van Oosten 1991: 128; Sones 2006: 284; Maclean 2009: 168.

²⁵¹ Op 157.

²⁵² Jones 1996: 360; Stone en Matthews 1996: 177; Jackson 2006: 288; Greene 2006: 23; Pattinson 2006: 113.

²⁵³ 2004: 191. Hy word ondersteun deur Pattinson 2006: 113 wat geneesheer adviseer om pasiënte se vrae in verband met risiko's inherent aan 'n prosedure volledig te beantwoord. Kyk ook Johnston 2010: 13.

²⁵⁴ [1991] PIQR P53 (CA).

²⁵⁵ Op 54.

²⁵⁶ 1987: 184 en 186.

geneesheer meen redelikerwys aan hom verskaf moet word – om verskeie redes aanvegbaar. Dit is immers ooglopend onbillik dat eersgenoemde pasiënt toegang tot inligting het ingevolge 'n subjektiewe, pasiënt-georiënteerde standaard van openbaarmaking terwyl dit waarop die laasgenoemde pasiënt aanspraak kan maak, beperk is tot die minimale vlak van inligting soos neergelê in die gewysigde Bolam-toets.²⁵⁷

4.6 Kousaliteit

Waar 'n pasiënt se eis op nalatigheid gebaseer is, moet hy nie net bewys dat die geneesheer sy "duty of care" teenoor hom verbreek het deur nie-openbaarmaking van tersaaklike inligting nie, daar moet ook bewys word dat indien sodanige openbaarmakingsplig nagekom is, die pasiënt sou verkies het om anders op te tree en nie die operasie te ondergaan nie. Die betrokke skade sou derhalwe dan nie ingetree het nie.²⁵⁸ Die skade waarna hier verwys word, het nie ingetree omdat die prosedure of operasie nalatig uitgevoer is nie, die geneesheer word aanspreek omdat dit uitgevoer is sonder behoorlike toestemming van die pasiënt. Sogenaamde feitlike kousaliteit is hier ter sprake. Hoewel juridiese kousaliteit ook bewys moet word ten einde met 'n eis te kan slaag, word daar nie verder aan hierdie konsep aandag geskenk nie.

In die Engelse reg is die toets om bogenoemde kousale verband te bewys in wese subjektief van aard.²⁵⁹ Besorgdheid dat té swaar gesteun word op die pasiënt se eie getuienis in sake waar openbaarmaking van inligting ter sprake gekom het, het veroorsaak dat howe sodanige getuienis begin opweeg het teen objektiewe kriteria ten einde die geloofwaardigheid daarvan te bepaal. Die hof

²⁵⁷ Kyk ook Greene 2006: 24.

²⁵⁸ **Chatterton v Gerson**: 265. Skegg 1999: 351; Jones 1999: 242; Grubb 2004: 197; Stauch ea 2006: 149; Jackson 2006: 290.

²⁵⁹ Jones 1996: 367; Jackson 2006: 291; **Gowton v Wolverhampton HA** [1994] 5 Med LR 432.

moet die eiser se getuienis teen objektiewe kriteria opweeg ten einde die geloofwaardigheid daarvan te bepaal, en indien 'n hipotetiese redelike pasiënt die behandeling sou aanvaar het, inaggenome die betrokke risiko's, sal die eiser 'n bepaalde kenmerk of omstandigheid omtrent sy saak moet aantoon ten einde die hof te oortuig dat hy inderwaarheid die uitvoer van die behandeling sou geweier het.²⁶⁰

Grubb²⁶¹ meen dat hier eintlik 'n hibriede toets vir kousaliteit toegepas word. Die uitgangspunt is subjektief van aard: Wat die bepaalde pasiënt se keuse sou gewees het indien hy behoorlik ingelig is. Die mening deur die pasiënt uitgespreek, ondergaan dan 'n objektiewe evaluering om vas te stel of dit redelikerwys geloofwaardig is.

'n Effense afwyking van die beginsels verbonde aan kousaliteit in die saak van **Chester v Afshar** het dit egter makliker gemaak vir eisers om skadevergoeding te verhaal. Die eiseres was 'n 51-jarige joernalis wat erge ruggyn ervaar het. Hoewel sy teësinnig was om 'n operasie te ondergaan, het die verweerder haar in so 'n mate gerus gestel dat sy eventueel toestemming daartoe verleen het. Die verweerder het haar nie ingelig omtrent die 1-2% moontlikheid dat 'n risiko verbonde aan die uitvoer van die operasie kon intree nie. Ongelukkig het dié risiko gerealiseer en 'n ernstige neurologiese gebrek in die eiseres se linkervoet veroorsaak.

²⁶⁰ Jones 1996: 367; Jackson en Powell 1997: 725; Maclean 2009: 184; **Hills v Potter**: 728; **Chatterton v Gerson**: 267; **Smith v Barking, Havering and Brentwood Health Authority** [1994] 5 Med LR 285: 289; **Smith v Turnbridge Wells HA** [1994] 5 Med LR 334; **Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust** (1998) 48 BMLR 118; **Chester v Afshar**: par 25.

²⁶¹ 2004: 197. Kyk ook Kennedy 1998: 128. Volgens Maclean 2009: 186 word die waarskynlikheid dat die hof die pasiënt se weergawe sal aanvaar, verhoog waar die behandeling kontroversieel is en 'n verdeelde mediese opinie daaromtrent bestaan, of waar dit besonder riskant is.

Die verhoorhof het bevind dat indien gemelde risiko onder die eiseres se aandag gebring is, sou sy minstens 'n tweede en selfs derde opinie ingewin het alvorens sy sou besluit het om die operasie te ondergaan. Skadevergoeding is aan haar toegeken op grond van die verweerder se versuim om sy openbaarmakingsplig na te kom en hy het toe teen die uitspraak appelleer. Die *Court of Appeal* se uitspraak is gebaseer op die individu se reg op selfbeskikking en die appèl is van die hand gewys. Die House of Lords het vervolgens die *Court of Appeal* se bevinding gehandhaaf.

Volgens Maclean²⁶² sal eisers na aanleiding van hierdie uitspraak met hul eise slaag indien hulle kan bewys dat indien die betrokke risiko openbaar gemaak is, dit gewoon hul besluitnemingsproses sou beïnvloed het. Eisers hoef dus nie meer te bewys dat hulle toestemming tot die aanbevole behandeling sou geweier het indien hul bewus was van die risiko's daaraan verbonde nie.

4.7 Terapeutiese privilegie

Hoewel dié leerstuk oor die algemeen assosieer word met ingeligte toestemming en die redelike pasiënt-standaard van openbaarmaking, vind 'n soortgelyke leerstuk in die Engelse Reg aanwending as 'n komponent van die professionele standaard van openbaarmaking.²⁶³ Hiervolgens sal daar aan die vereiste standaard van sorg voldoen word indien 'n "reasonable body" van geneeshere inligting weerhou het omdat openbaarmaking daarvan tot nadeel van die pasiënt sou gestrek het.²⁶⁴

²⁶² 2009: 188; kyk ook d'Agincourt-Canning en Johnston 2008: 26.

²⁶³ Maclean 2009: 183. Kyk egter Stauch ea 2006: 147 wat meen dat terapeutiese privilegie as sodanig nou wel van toepassing is in die Engelse reg omdat, volgens hulle, die Bolam-toets nie meer streng aanwending vind nie, maar eerder die redelike pasiënt-toets.

²⁶⁴ In ooreenstemming met die toepassing van die Bolam-toets ingevolge waarvan 'n diskresie aan 'n geneesheer verleen word om te besluit of hy sekere inligting gaan openbaar en wat die omvang daarvan sal wees – kyk Van den Heever 1997: 70.

Bevestiging van die feit dat hierdie beginsel deel van die Engelse reg vorm, kan gevind word in byvoorbeeld die saak van **Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital**:²⁶⁵

“... the doctor impliedly contracts to provide information which is adequate to enable the patient to reach a balanced judgement, subject always to the doctor's own obligation to say or do nothing which the doctor is satisfied will be harmful to the patient”.²⁶⁶

In beginsel behoort die privilegie slegs toepassing te vind in situasies waar openbaarmaking die pasiënt sou benadeel²⁶⁷ of waar dit hom so beangs sou maak dat dit sy vermoë om rasonale besluite te neem, sou beïnvloed.²⁶⁸

4.8 Uitsonderings

Vervolgens word kortliks verwys na gevalle waar die geneesheer nie aanspreeklikheid sal opdoen nie ten spyte van die feit dat hy nie inligting in verband met die voorgenome behandeling of operasie aan die pasiënt verskaf het nie.

²⁶⁵ [1985] 1 AC 871.

²⁶⁶ Op 903 per Lord Templeman. Mason ea 2006: 402 is van mening dat hierdie beginsel sedert die **Sidaway**-uitspraak algemeen aanvaar word en wys daarop dat dit onlangs weer deur die House of Lords onderskryf is, hoewel *obiter*, in **Chester v Afshar** [2004] 3 All ER 587: per Lord Steyn. Greene 2006: 23 ondersteun hierdie standpunt.

²⁶⁷ Dit sluit in fisiese, sielkundige of emosionele nadeel. Kyk Williams 2008: 12; d'Agincourt-Canning en Johnston 2008: 26.

²⁶⁸ Maclean 2009: 183; Grubb 2004: 196. Volgens Jones 2008: 675 - 676 figureer terapeutiese privilegie as sodanig nie as 'n verweer teen 'n eis gebaseer op nie-openbaarmaking in die Engelse reg nie. Dié begrip word as't ware opgeneem in die openbaarmakingsplig en veroorloof die geneesheer om in die uitoefening van sy kliniese oordeel verskillende vlakke van inligting aan verskillende pasiënte te openbaar. Dit is slegs 'n "verweer" in die sin dat as die mediese getuienis aantoon dat dit die normale praktyk van die professie is om 'n bepaalde risiko te openbaar, die verweerder sy nie-openbaarmaking aan die pasiënt sal moet regverdig.

4.8.1 Afstanddoening: Volgens Van Oosten²⁶⁹ sal die geneesheer in die meeste omstandighede van sy openbaarmakingsplig onthef word indien die pasiënt hetsy uitdruklik of stilswyend afstand doen van sy reg op openbaarmaking. Maclean²⁷⁰ wys egter daarop dat die howe nog nie uitsluitel oor hierdie aangeleentheid gegee het nie. Terwyl die howe die pasiënt se reg om afstand te doen van die geneesheer se plig om inligting aan hom te openbaar, mag aanvaar, kan die redelike pasiënt-standaard streng toegepas word wat sou beteken dat al die risiko's wat deur die 'redelike' pasiënt verlang word, geopenbaar sal moet word ongeag die bepaalde pasiënt se wense.

4.8.2 "Necessity": Behandeling sonder toestemming van die pasiënt mag geregverdig word in geval van nood waar daar in die "beste belange" van die pasiënt opgetree word.²⁷¹ Wat in die pasiënt se beste belang is, word nie net beoordeel aan die hand van geneesheer se kliniese oordeel nie,²⁷² maar mag ook ander aspekte insluit, byvoorbeeld etiese -, sosiale -, morele -, emosionele - en welsynsoorwegings.²⁷³

"In deciding what is best for the disabled patient the judge must have regard to the patient's welfare as the paramount consideration. That embraces issues far wider than the medical. Indeed it would be undesirable and probably impossible to set bounds to what is relevant to a welfare determination."²⁷⁴

²⁶⁹ 1991: 157.

²⁷⁰ 2009: 201.

²⁷¹ Greene 2006: 28 ev; Pattinson 2006: 142.

²⁷² Dit wil sê in ooreenstemming met die Bolam-toets.

²⁷³ Grubb 2004: 273.

²⁷⁴ **In re S (Adult Patient: Sterilization)** [2001] Fam 15: 30 per Thorpe LJ.

Maclean²⁷⁵ wys daarop dat die “doctrine of necessity” slegs aanwending vind waar die pasiënt onbevoeg is om geldige toestemming te kan verleen.

4.8.3 Openbare belang: In belang van openbare gesondheid mag persone sonder hul toestemming behandel word ten einde byvoorbeeld die verspreiding van aansteeklike siektes te voorkom asook waar die pasiënt ‘n gevaar inhou as gevolg van geestesongesteldheid.²⁷⁶

4.9 Professionele riglyne

Die vraag ontstaan of die inhoud van riglyne wat deur professionele liggame soos die “General Medical Council” in Engeland aan geneeshere uitgevaardig word, ‘n bepalende effek kan hê op die standaard van sorg wat van regsweë van hulle vereis word. Kan howe in Engeland met ander woorde wanneer hulle die Bolam-toets toepas ten aansien van ‘n aangeleentheid waar die nie-openbaarmaking van inligting ter sprake is, aanvaar dat die inhoud van sodanige riglyne verteenwoordigend is van die “redelike geneesheer” se optrede in soortgelyke omstandighede?

Volgens Heywood *et al*²⁷⁷ bestaan daar onsekerheid in dié verband, onder andere omdat die howe onder geen verpligting staan om aan hierdie riglyne gehoor te gee nie. Verder kan daar sekerlik slegs gesê word dat die riglyne die standaard van sorg weerspieël wat van die redelike geneesheer verwag word indien dit vasstaan dat sodanige redelike geneesheer inderdaad bewus is van die

²⁷⁵ 2009: 154.

²⁷⁶ Kyk byvoorbeeld artikels 35-38 van die *Public Health (Control of Disease) Act* van 1984; artikels 3(2)(c), 58, 62 en 63 van die *Mental Health Act* van 1983, soos gewysig deur die *Mental Health Act* van 2007.

²⁷⁷ 2010: 183. Grubb 2004: 576. Kyk ook die bydrae van Samanta ea 2006: 321 waarin die outeurs aandui dat die appêlhowe nog nooit versoek is om ‘n definitiewe standpunt in te neem aangaande die rol van riglyne as standarde van aanspreeklikheid in kliniese nalatigheid nie.

substantiewe inhoud daarvan. Na aanleiding van 'n empiriese studie wat onlangs onderneem is, blyk die teenoorgestelde egter waar te wees.²⁷⁸

Laastens kan die riglyne slegs van praktiese waarde wees indien die standaard daarin uiteengesit in die praktyk haalbaar is. Dit wil egter voorkom asof sommige daarvan oordrewe idealisties is en nie rekening hou met die realiteite van die toestemmingsproses nie. Indien dit as gevolg van bogenoemde onrealisties is om van geneeshere te verwag om aan die riglyne gehoor te gee, is die onontkombare afleiding dat daar nie toegelaat kan word dat hulle gebruik word om die standaard van sorg wat van regsweë van geneeshere vereis word, te bepaal nie.²⁷⁹

²⁷⁸ Heywood ea 2010: 183.

²⁷⁹ Heywood ea 2010: 183. Kyk ook die bydrae van Miola 2009: 105-107 in verband met die gebruik van riglyne om standarde van sorg te bepaal.

HOOFSTUK 9

EMPIRIESE VERSAMELING VAN DATA RELEVANT TOT DIE VERKRYGING VAN INGELIGTE TOESTEMMING DEUR GENEESHERE

1. Inleiding

Dit is soms uiters moeilik of selfs onmoontlik vir die geneesheer om aan al die vereistes wat vir die verkryging van ingeligte toestemming gestel word, te voldoen as gevolg van 'n verskeidenheid van redes. 'n Problematiese situasie doen hom byvoorbeeld voor waar 'n pasiënt wat behandel staan te word intellektueel nie gevorderd genoeg is om die verskafte inligting in verband met 'n voorgestelde behandelingswyse/ingreep te begryp nie en derhalwe nie in staat is om ingeligte toestemming, soos van regsweë vereis, daartoe te verleen nie.¹ Die pasiënt wat vir doeleindes van hierdie studie ter sprake is, is meerderjarig en nie geestesongesteld nie.

Deur gebruik te maak van 'n vraelys wat aan 'n geselekteerde groep geneeshere versend is, is ondersoek ingestel na hul optrede wanneer hulle in die praktyk met 'n situasie soos hierbo uiteengesit, gekonfronteer word ('n afskrif van hierdie vraelys word aan die einde van hierdie hoofstuk aangeheg as Aanhangsel "A"). Een van die vrae wat deur gemelde respondente beantwoord moes word, was of hulle voortgaan om die pasiënt te behandel ten spyte van die feit dat die pasiënt nie volledige ingeligte toestemming daartoe verskaf het nie, of weerhou die geneesheer hom van enige verdere optrede al glo hy dat die voorgestelde behandeling tot voordeel van die pasiënt sal wees? Die respondente is onder andere ook versoek om aan te dui watter ander redes, benewens die

¹ Van Oosten 2000: 23 – 30; Ridley 2001: 205 – 213.

intellektuele onvermoë van die pasiënt om die inhoud van verskafte inligting te verstaan, veroorsaak dat pasiënte nie volledige inligting voor die aanvang van behandeling kan verskaf nie. (Die volledige inhoud van onderhawige vraelys tesame met 'n bespreking van die response wat daarop ontvang is, word hierna in hoofstuk 10 in detail bespreek.)

2. Metodologie

2.1 Navorsingsontwerp

Aangesien inligting van 'n groot populasie verkry moes word, is besluit om 'n navorsingsontwerp wat beskrywend en kwantitatief van aard is, te gebruik. Dit het die voltooiing van geskrewe verklarings deur deelnemers/respondente wat op 'n steekproefbasis geselekteer is, ingehou.

2.2 Populasie en steekproefneming

Die populasie is algemene praktisyns en spesialiste wat ten tyde van die uitstuur van die vraelys by die Gesondheidsberoeperaad van Suid-Afrika geregistreer was om as mediese praktisyns in die Republiek te praktiseer. Die name en adresse van respondente is bekom deur gebruik te maak van gemelde Raad se databasis. In totaal het 'n getal van 34 741 potensiële deelnemers in gemelde databasis verskyn.

Daar is op 'n steekproefbasis te werk gegaan deur die sistematiese trek van 'n ewekansige seleksie wat deur die Departement Biostatistiek aan die Universiteit van die Vrystaat getrek is. 'n Lys met ewekansige nommers is deur gemelde departement beskikbaar gestel ten einde deelnemers te identifiseer en aan die hand daarvan is 4500 vraelyste in totaal uitgestuur.

2.3 Metingsinstrument

Data is op 'n anonieme basis ingesamel deur van 'n semi-gestruktureerde vraelys gebruik te maak wat deur die respondente self voltooi is.

'n Deeglike literatuurstudie is gedoen om die inhoudsgeldigheid van die metingsinstrument so ver as moontlik te verseker. Die vrae wat in die betrokke vraelys gestel is, spruit voort uit gemelde literatuurstudie sowel as persoonlike ondervinding wat die navorser opgedoen het tydens voltooiing van 'n LL.M. – verhandeling waarvan die onderwerp van ingeligte toestemming 'n integrale deel gevorm het. Die vraelys is met goedkeuring nagegaan deur 'n inhoudsdeskundige (domein deskundige), naamlik Professor T. Verschoor, voorheen departementele voorsitter van die Departement Straf- en Geneeskundige Reg aan die Universiteit van die Vrystaat.

2.4 Loodsstudie

'n Loodsstudie ten opsigte van onderhawige vraelys is gedoen voor die uitstuur daarvan deurdat 'n aantal mediese praktisyne wat besig was met 'n opknappingskursus by die Departement Huisartskunde aan die Universiteit van die Vrystaat, sowel as enkele ander mediese praktisyne wat in Bloemfontein praktiseer, genader is om die vraelys te voltooi. Die doel hiervan was om ondersoek in te stel na die duidelikheid van die taalgebruik in die vraelys asook die inhoudelike van die vrae wat daarin voorkom. Die tydperk wat dit neem om die vraelys te voltooi, kon ook hierdeur bepaal word aangesien dit belangrik was dat die proses nie te lank neem nie aangesien dit geselekteerde deelnemers kon ontmoedig om te reageer. Gemelde praktisyne het geen probleme ondervind om die vraelys deur te werk nie; hulle het enkele inhoudelike voorstelle gemaak

waarvan sommige dan ook in die vraelys geïnkorporeer is. Vraelyste wat tydens die loodsstudie voltooi is, is buite rekening gelaat toe uiteindelijke analise van die data wat terugontvang is, plaasgevind het.

2.5 Insameling van data

Die betrokke vraelys is per gewone pos aan respondente gestuur. Daar is op dié metode van data-insameling besluit as gevolg van die volgende voordele daaraan verbonde:

- (a) Die vraelyste kan aan 'n groot aantal persone gestuur word;
- (b) Dit is meer koste-effektief as om na respondente te reis of hulle telefonies te kontak;
- (c) Dit neem minder tyd in beslag as om gestruktureerde onderhoude te voer;
- (d) Anonimiteit/naamloosheid van die deelnemers vir die navorser word daardeur bewerkstellig; en
- (e) Deelnemers word daardeur aangemoedig om eerliker op gestelde vrae te reageer en is meer bereid om sensitiewe of omstrede vrae te beantwoord.

In 'n poging om reaksie deur die respondente aan te moedig, is 'n gefrankeerde koevert waarin die voltooide vraelys terug gestuur kon word, ingesluit by die posstuk wat aan hulle versend is . 'n Begeleidende brief in Afrikaans en Engels, gedruk op 'n briefhoof van die Fakulteit Regsgeleerdheid aan die Universiteit van die Vrystaat, het die vraelyste vergesel. Die vraelyste is ook in Afrikaans en Engels beskikbaar gestel en is daar nie voorsien dat dit enige probleme vir die deelnemers sou inhou nie aangesien die oorgrote meerderheid van die populasie hul tersiêre kwalifikasie(s) in Suid-Afrika verwerf het.

Aangesien 'n onvoldoende reaksie verkry is volgende op die aanvanklike uitstuur van die vraelys is 'n verdere aantal daarvan in 'n later stadium aan die volgende

persone wat op die steekproeflys geïdentifiseer is, gestuur in 'n poging om die response te verhoog.

2.6 Vertolking van data

Nadat die vraelyste terugontvang is, is die inhoud daarvan gekodeer en het vertolking van die data plaasgevind. Waar vryantwoordvrae ("open-ended questions") gevra is, het kodering geskied deur soortgelyke antwoorde saam te groepeer.

2.7 Ontleding van data

Ontleding van die data is gedoen deur die Rekensentrum aan die Universiteit van die Vrystaat wat gebruik gemaak het van gepaste rekenaar sagteware.

3 Etiese Aspekte

3.1 Vrywillige deelname deur respondente

Daar is in bogenoemde begeleidende brief aangedui dat voltooiing van die vraelys as ingeligte toestemming van die respondent sal dien om aan die studie/projek deel te neem. Respondente is verder daarop gewys dat hulle daarop geregtig is om te weier om die vraelys in te vul of om met die voltooiing daarvan voort te gaan sonder om enigsins bekommerd te wees dat daar as gevolg van hul keuse teen hulle gediskrimineer sou word.

3.2 Vertroulikheid

Respondente is meegedeel dat die inligting wat hulle verskaf het as vertroulik hanteer sal word. Al die vorms wat terugontvang is, is veilig in die kantoor van die navorser bewaar, behalwe vir die tydperk wat dit in besit van die

Rekensentrum aan die Universiteit van die Vrystaat was ten einde ontleding van die inligting daarin vervat, moontlik te maak.

3.3 Getroue verslaggewing van die resultate

Die inligting wat ontvang is tydens hierdie navorsingsprojek is opgeteken en weergegee op 'n behoorlike en eerlike wyse. Die navorser het deurentyd daarna gestreef om objektief te bly en al die inligting, respondente en die proses met integriteit te hanteer.

3.4 Interne hersiening

Na voorlegging van die vereiste protokol aan die Etiekkomitee van die Fakulteit Gesondheidswetenskappe aan die Universiteit van die Vrystaat, is goedkeuring deur gemelde komitee verleen dat voortgegaan mag word met versending van die betrokke vraelys aan die geselekteerde respondente.

HOOFSTUK 10

ONTLEDING VAN INLIGTING WAT DEUR MIDDEL VAN VRAELYS VERSAMEL IS

1. Responskoers

Responskoerse vir empiriese navorsing wissel dikwels na gelang van die aard en agtergrond van die navorsingsprojek en dit is waarskynlik onmoontlik om 'n vaste riglyn vir 'n "aanvaarbare" responskoers neer te lê wat vir alle empiriese navorsing moet geld.¹ 'n Algemene riglyn in verband met 'n responskoers is egter dat die koers hoog genoeg moet wees sodat die inligting wat bekom word en die afleidings wat daaruit gemaak word, verteenwoordigend sal wees van die populasie waaruit die steekproef getrek is.²

Die populasie waaraan die deelnemers (respondente) van onderhawige studie behoort het, was geweldig groot, naamlik 34 741 in totaal. Ten spyte daarvan is daar besluit om, as gevolg van finansiële en administratiewe beperkings wat deur die navorser in berekening gebring moes word, 4500 vraelyste aan die geselekteerde groep geneeshere te versend. Daar is gehoop op 'n responskoers van ten minste 10% wat sou beteken dat 450 van die vraelyste wat uitgestuur is, terugontvang sou moes word.

Met afsluiting van die insamelingsgedeelte van die navorsingsprojek is 605 vraelyste terugontvang wat 13,44% verteenwoordig van dié wat aanvanklik uitgestuur is. Ten spyte van die feit dat laasgenoemde persentasie oënskynlik laag is, was die navorser tevrede dat, veral in die lig van die feit dat geneeshere

¹ Lubbe ea 1998:78.

² Lubbe ea 1998:78.

oor die algemeen redelik onwillig is om aan projekte van hierdie aard deel te neem, 'n voldoende aantal vraelyste terugontvang is ten einde ontleding van die inligting wat daarin vervat is, te bewerkstellig en om geloofwaardige afleidings en bevindinge op grond daarvan te kan maak.

2. Vraelys

2.1 Samestelling

Die vraelys, waarvan 'n afskrif aan die einde van hoofstuk 9 hierbo as aanhangsel "A" verskyn het, bestaan uit sestien vrae waarvan ses ook onderafdelings het. Soos wat reeds in hoofstuk 9 gemeld is, is vraelyste in beide Afrikaans en Engels aan alle respondente beskikbaar gestel en geen terugvoer is ontvang wat daarop dui dat daar enigsins probleme met die lees en begryp van die vrae wat gestel is, ondervind is nie.

In die eerste gedeelte van die vraelys, naamlik vanaf vraag een tot agt, is agtergrondinligting ingewin oor die respondente. Die doel met hierdie vrae was hoofsaaklik om te bepaal of die respondente insoverre dit byvoorbeeld akademiese kwalifikasies, universiteite waar opleiding ontvang is, jare praktykervaring, ensovoorts aangaan, as verteenwoordigend beskou kan word van praktiserende geneeshere in Suid-Afrika. In die tweede gedeelte van die vraelys, dit wil sê vanaf vraag nege tot sestien, is gekonsentreer op die inwin van inligting aangaande geneeshere se ervarings wat betref die verkryging van hul pasiënte se ingeligte toestemming alvorens met die aangewese behandeling voortgegaan word en die struikelblokke wat in die pad daarvan staan. In hierdie gedeelte van die vraelys is ook van vryantwoordvrae ("open-ended questions") gebruik gemaak om inligting van die respondente in te win.

2.1.1 Ouderdom van respondente (Vraag 1 van die vraelys)

Die ouderdomme van die respondente het gewissel tussen 24 en 91 jaar oud met die helfte van die respondente wat 47 jaar en jonger was. Die verteenwoordigende ouderdomsgroeperinge word soos volg in Tabel 1 hieronder uiteengesit:

Tabel 1:

(i)	24 – 29 jr	6 %
(ii)	30 – 39 jr	21.9 %
(iii)	40 – 49 jr	27.3 %
(iv)	50 – 59 jr	25.1 %
(v)	60 – 69 jr	16.5 %
(vi)	70 – 79 jr	4.1 %
(vii)	80 jr en ouer	2.1 %

2.1.2 Geslag van respondente (Vraag 2 van die vraelys)

Die oorgrote meerderheid van die respondente was manlik (70,8%) terwyl die res vroulik (29,2%) was. Dit verteenwoordig 'n beduidende verskil van 41,6% tussen die twee geslagte wat waarskynlik verklaar kan word aan die hand van die feit dat heelwat minder vroue in die verlede die mediese beroep as loopbaan betree het. Kyk Figuur 1 hieronder vir 'n grafiese illustrasie van hierdie inligting:

Geslag van respondente

Figuur 1:



2.1.3 Provinsies waarin respondente praktiseer (Vraag 3 van die vraelys)

Die drie provinsies waar die meeste van die respondente praktiseer, is die volgende:

- Gauteng: 31,4%;
- Wes-Kaap: 23%; en
- Kwazulu-Natal: 16,8%.

Die provinsie wat die kleinste verteenwoordiging opgelewer het, was die Noord-Kaap met 2,4% van die respondente. Kyk Tabel 2 hieronder vir 'n uiteensetting van bogenoemde inligting.

Tabel 2:

Vrystaat	8.6 %
Gauteng	31.4 %
Mpumalanga	4.2 %
Limpopo	2.7 %
KZN	16.8 %
Noord-Kaap	2.4 %
Oos-Kaap	7.5 %
Wes-Kaap	23.0 %
Noord-Wes	3.3 %

2.1.4 Aard van praktyk (Vraag 4 van die vraelys)

Respondente moes hier aandui of hulle algemene praktisyns of spesialiste is. 'n Bykans gelyke verdeling tussen die twee groeperinge het voorgekom, met meer spesialiste (52,5%) as algemene praktisyns (47,5%) wat hul vraelyste teruggestuur het. Kyk Figuur 2 hieronder vir 'n grafiese illustrasie van die onderhawige verdeling.

Aard van Praktyk

Figuur 2:



2.1.5 Wanneer en aan watter universiteite het respondente hul kwalifikasies behaal? (Vrae 5 en 6 van die vraelys)

2.1.5.1 Voorgraadse kwalifikasie

Die tydperk waarbinne die respondente hul voorgraadse kwalifikasie verwerf het, het gestrek vanaf 1939 tot 2009. Die helfte van die respondente het vóór 1984 gekwalifiseer terwyl 26,2% sedert 1994 gegradueer het. Die meeste van die graduandi het onderskeidelik van die universiteite van Pretoria (26,8%) , Witwatersrand (16,6%) en Kaapstad (13,7%) af gekom. Kyk Tabel 3 hieronder vir 'n uiteensetting van laasgenoemde inligting:

Tabel 3:

UCT	13.7 %
Medunsa	2.5 %
Natal	7.8 %
UV	11.6 %
UP	26.9 %
Wits	16.6 %
Stellenbosch	12.8 %
Ander	8.1 %

2.1.5.2 Nagraadse kwalifikasie

Die respondente het hul nagraadse kwalifikasie verwerf in 'n tydperk wat gestrek het vanaf 1955 tot 2009. 'n Fraksie minder as die helfte van die respondente het vóór 1994 gegradueer, met ongeveer 'n derde (32,4%) wat sedert 2000 gekwalifiseer het om as spesialis te praktiseer. Wat betref die instansie waaraan die nagraadse kwalifikasie verwerf is, is dit insiggewend dat 23,7% van die respondente aan buitelandse universiteite gegradueer het. Die Suid-Afrikaanse universiteit wat die grootste verteenwoordiging hier opgelewer het, was die Universiteit van Pretoria met 19,5% en tweede was die Universiteit van die Witwatersrand met 13,2%. Kyk Tabel 4 hieronder waarin laasgenoemde inligting uiteengesit word.

Tabel 4:

UCT	10.8 %
Medunsa	1.8 %
Natal	6.9 %
UV	12.6 %
UP	19.5 %
Wits	13.2 %
Stellenbosch	11.7 %
Ander	23.7 %

2.1.6 Ervaring van respondente (Vraag 7 van die vraelys)

2.1.6.1 Algemene praktisyns

Die tydperk wat respondente as algemene praktisyns praktiseer/gepraktiseer het, wissel van vier maande tot sestig jaar. Bykans die helfte van die respondente (49,7%) praktiseer reeds vir nege jaar en langer, 40% vir elf jaar en langer en 30% vir vyftien jaar en langer. Kyk Tabel 5 hieronder vir 'n uiteensetting van die ervarenheid van die respondente.

Tabel 5:

0 – 5 jr	20.2	%
5 – 10 jr	36	%
10 – 15 jr	14.7	%
15 – 20 jr	7.2	%
20 – 25 jr	7.8	%
25 – 30 jr	5.7	%
30 – 40 jr	5.7	%
40 jr en langer	2.7	%

2.1.6.2 Spesialiste

Die tydperke wat die respondente as spesialiste praktiseer, het gewissel van een maand tot vyf en vyftig jaar. Ongeveer die helfte van die respondente (51,2%) praktiseer reeds vir veertien jaar en langer as spesialiste, ongeveer 40% (41,2%) vir sewentien jaar en langer en ongeveer 30% (29,2%) vir 20 jaar en langer. Kyk Tabel 6 hieronder wat die ervareheid van die respondente uiteensit.

Tabel 6:

0 – 5 jr	19.2	%
5 – 10 jr	20	%
10 – 15 jr	13.7	%
15 – 20 jr	17.9	%
20 – 25 jr	10.6	%
25 – 30 jr	8.6	%
30 – 40 jr	7.9	%
40 jr en langer	2.1	%

2.1.7 Gemiddelde aantal pasiënte wat maandeliks deur respondente behandel word (Vraag 8 van die vraelys)

Die aantal pasiënte wat maandeliks deur die respondente behandel word, het gewissel van ses tot 999. Laasgenoemde is die maksimum waarvoor die vraelys voorsiening gemaak het maar enkele respondente (5,6%) het tog aangedui dat hulle meer as eenduisend pasiënte per maand behandel. Ongeveer die helfte van die respondente (49,2%) het aangedui dat hulle gemiddeld 280 en minder pasiënte per maand behandel. Daar was 26,7% van die respondente wat aangedui het dat hulle 500 en meer pasiënte per maand behandel; 20,2% wat 700 en meer pasiënte per maand behandel en 12,8% wat meer as 900 pasiënte per maand behandel. Kyk tabel 7 hieronder wat 'n uiteensetting van die tersaaklike inligting bevat.

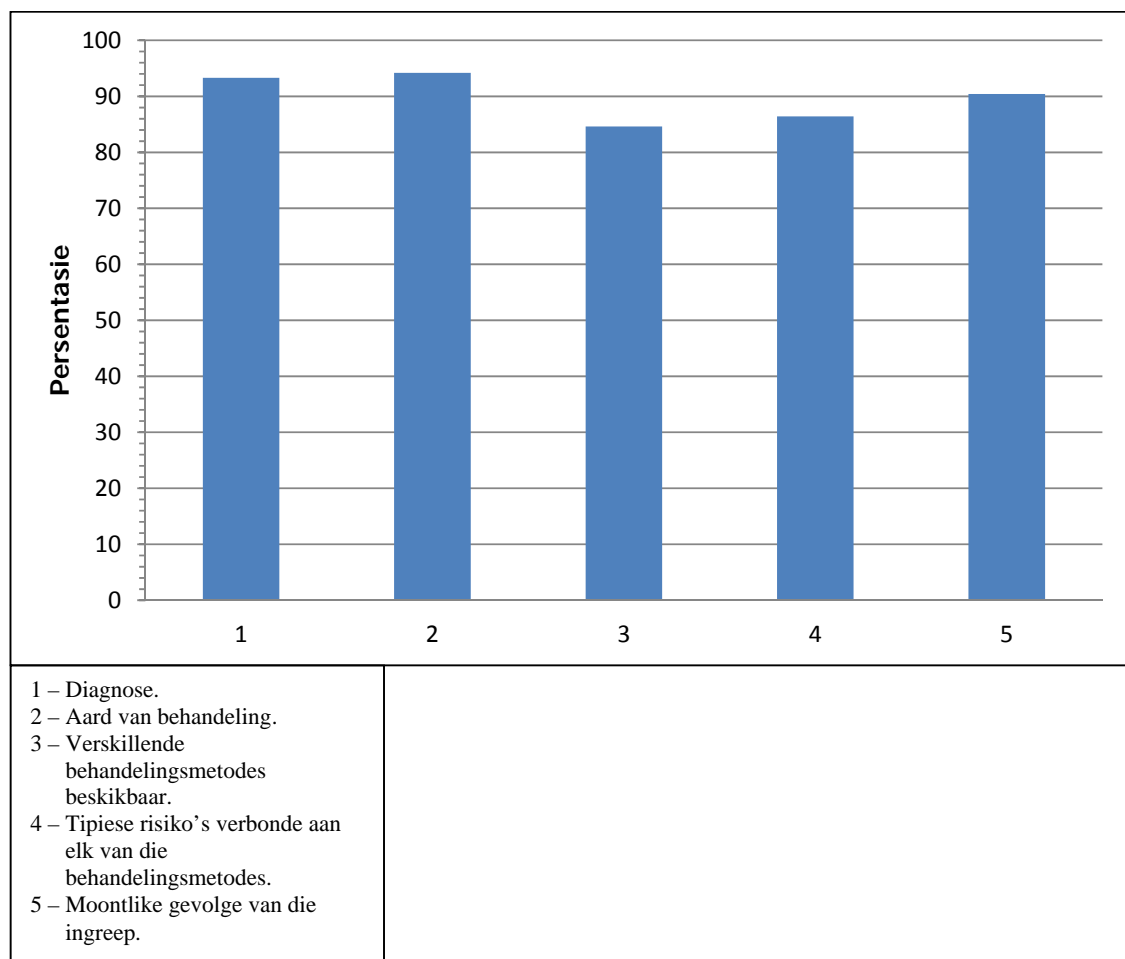
Tabel 7:

0 – 280	Pasiënte per maand	49.2	%
300 – 400	Pasiënte per maand	18.7	%
400 – 500	Pasiënte per maand	9.7	%
500 – 600	Pasiënte per maand	6.9	%
600 – 700	Pasiënte per maand	3.4	%
700 – 800	Pasiënte per maand	4.4	%
800 – 900	Pasiënte per maand	3.4	%
900 – 999	Pasiënte per maand	4.2	%

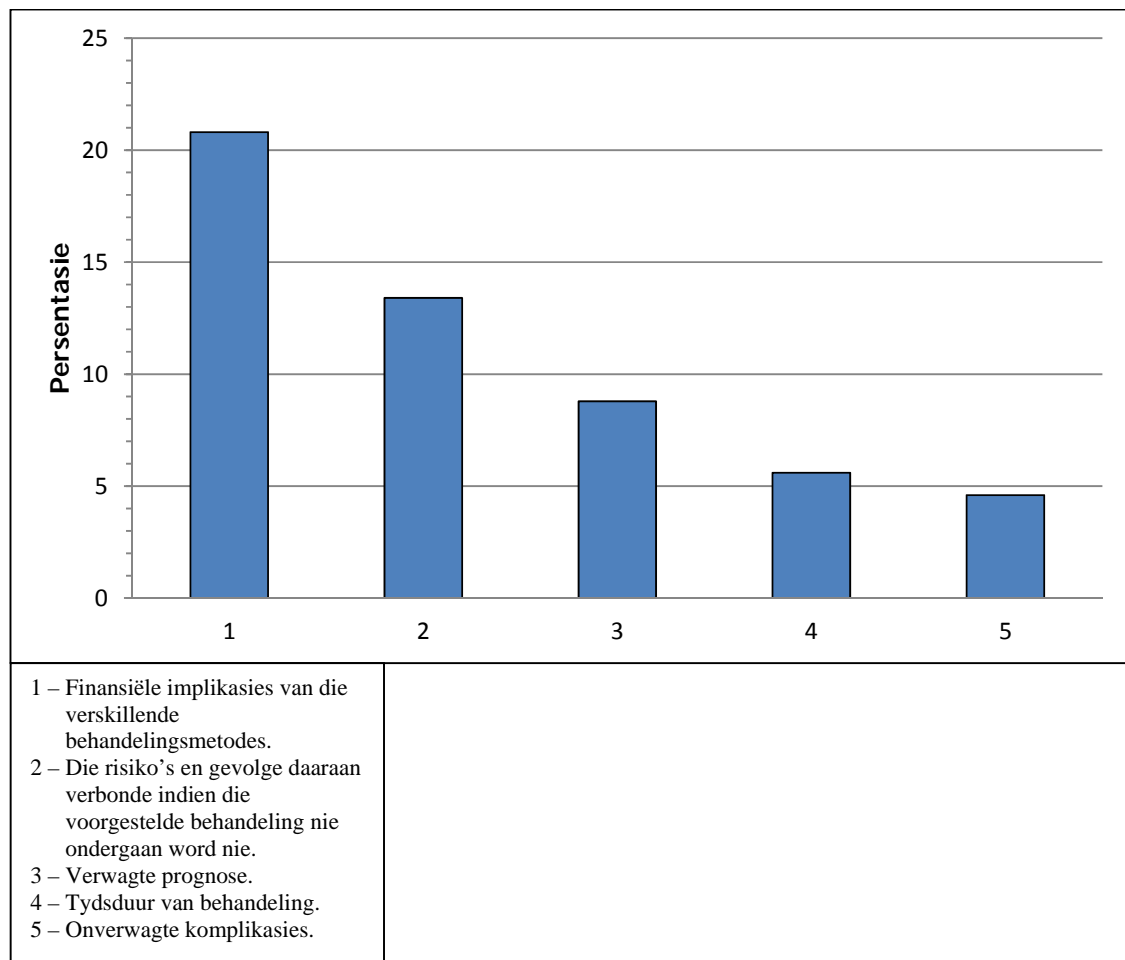
2.1.8 Waarvan behoort 'n pasiënt ingelig te word voordat hy regsgeldige toestemming tot 'n geneeskundige ingreep kan gee? (Vraag 9 van die vraelys)

Respondente kon hier kies tussen vyf antwoorde wat in die vraelys uiteengesit is. Aan die hand van 'n vryantwoordvraag ("open-ended question") is hulle ook die geleentheid gebied om op bogenoemde antwoorde uit te brei en aan te dui of daar enige ander inligting is wat hulle meen aan die pasiënt oorgedra behoort te word. Kyk Figuur 3 en 4 hieronder waarin die inligting wat ontvang is, grafies geïllustreer word. Figuur 3 beeld die respondente se reaksie op die vrae wat in die vraelys vervat is uit, terwyl Figuur 4 die talrykste response afkomstig uit die vryantwoordvraag uitbeeld. Vir doeleindes van samestelling van laasgenoemde Figuur is soortgelyke antwoorde saam gegroepeer.

Figuur 3:



Figuur 4:

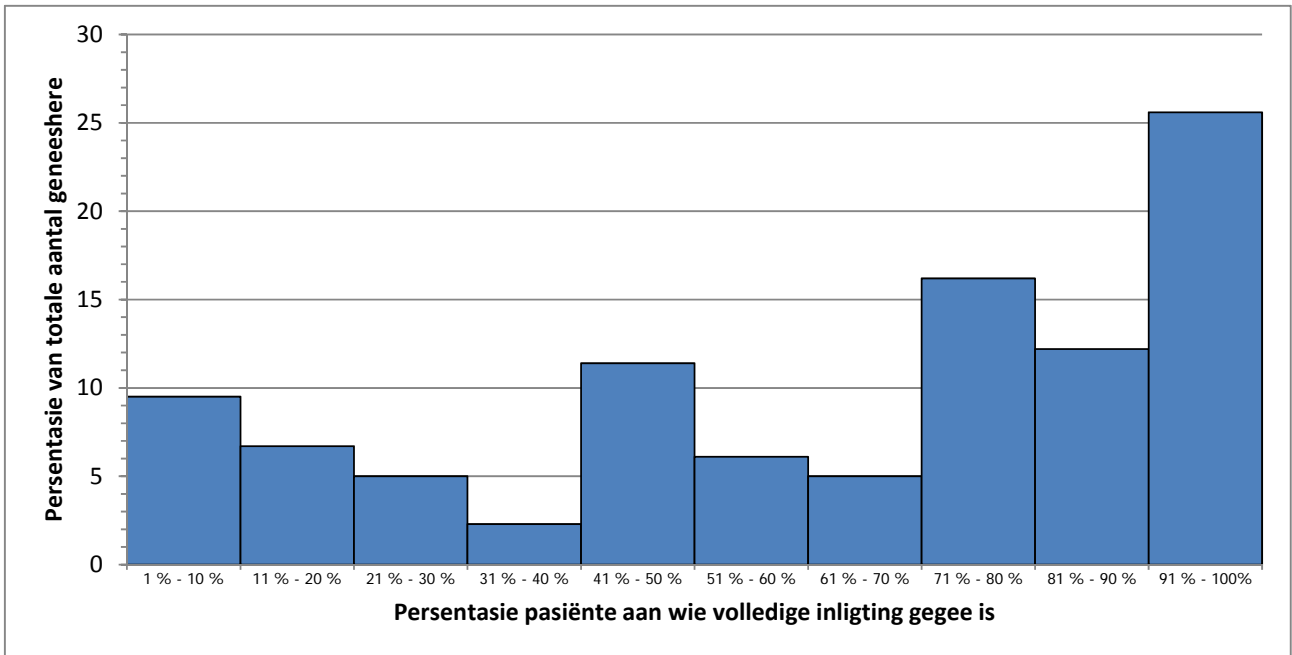


2.1.9 Wat is die persentasie van pasiënte wat volledig in verband met die voorgenome behandeling ingelig word en wat is die rede(s) vir die nie-openbaarmaking van volledige inligting? (Vraag 10 van die vraelys)

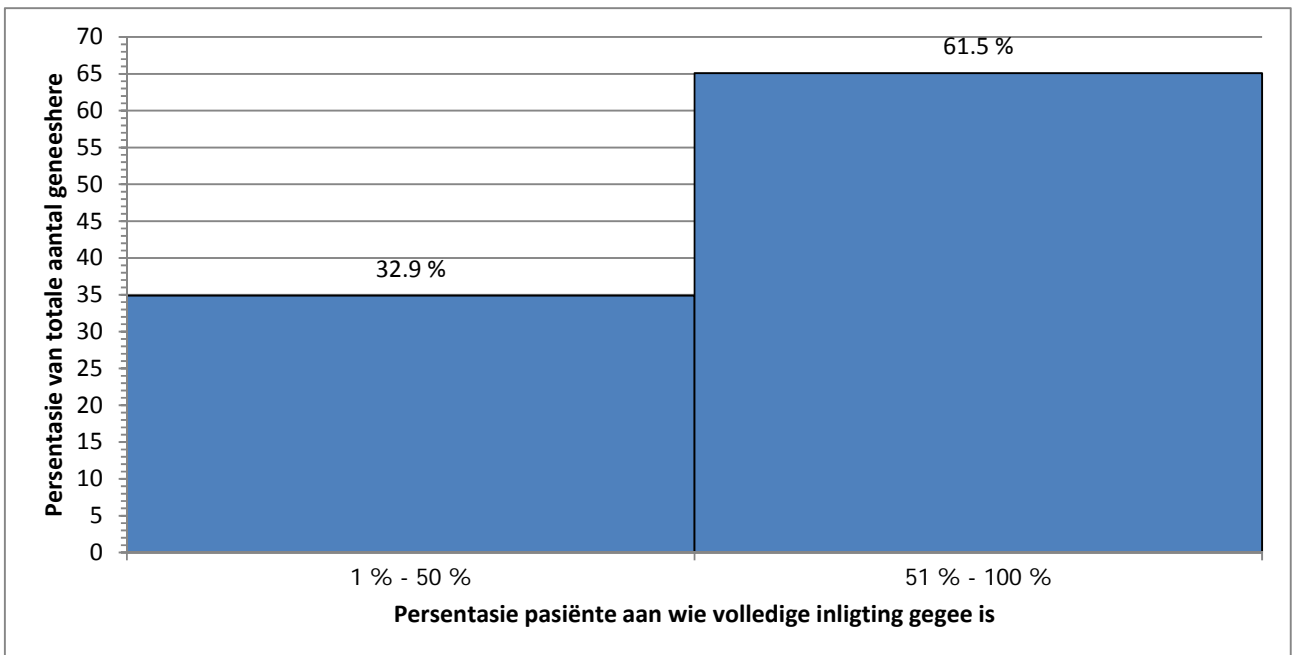
Uiters insiggewende inligting het hier aan die lig gekom deurdat 32,9% van die respondente aangedui het dat hulle die geleentheid het om vir slegs 50% of minder van hul pasiënte volledige inligting in verband met die voorgenome behandeling te verskaf alvorens dit tot uitvoer gebring word. 'n Skrale 15,5% van die respondente het aangetoon dat hulle volledige inligting aan hul pasiënte

verskaf. Kyk Figuur 5 en 6 hieronder vir 'n uiteensetting van die inligting wat in verband met vraag 10 (a) van die vraelys ontvang is.

Figuur 5:

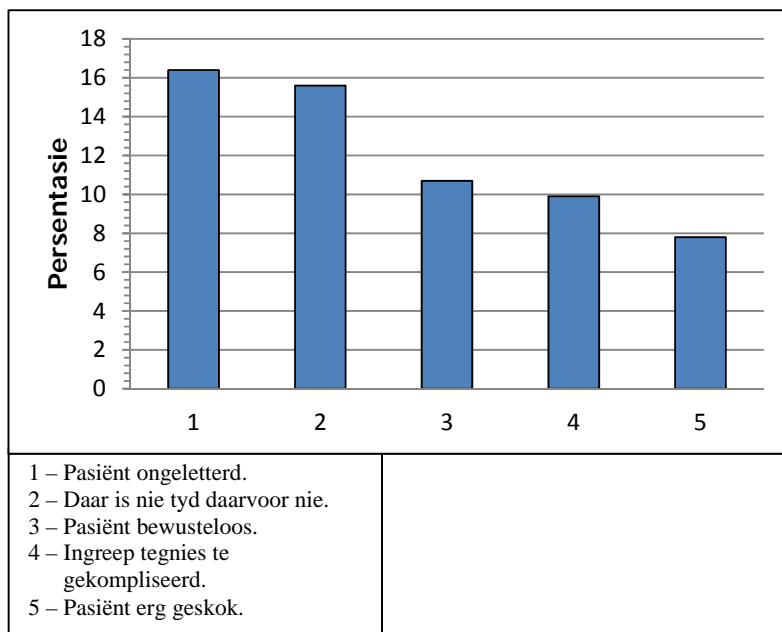


Figuur 6:



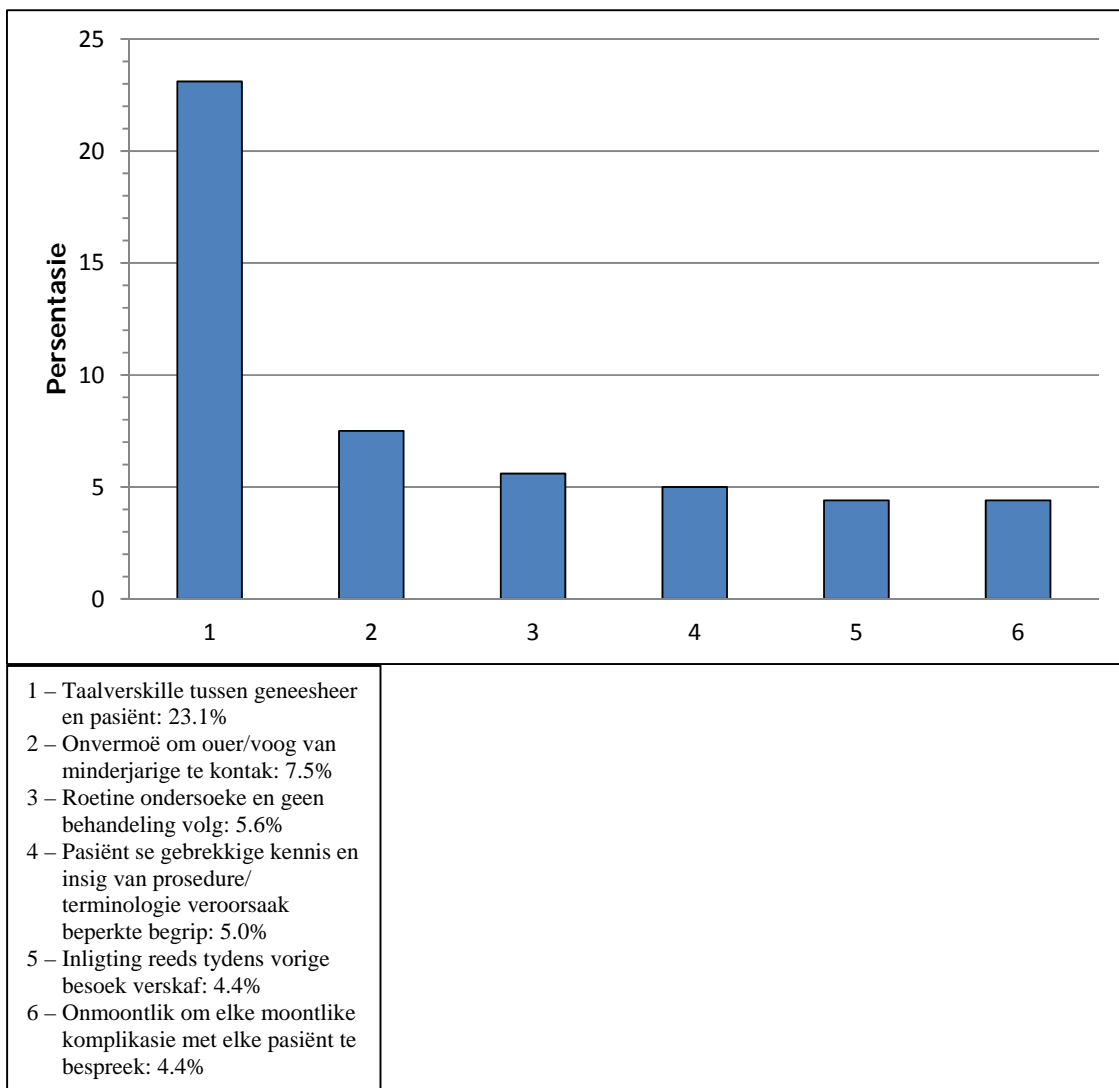
Wat die tweede gedeelte van die vraag betref, is veertien moontlike redes vir die nie-openbaarmaking van die inligting verskaf ten opsigte waarvan die respondente meerdere keuses kon uitoefen. Respondente is verder deur die inkorporering van 'n vryantwoordvraag die geleentheid gebied om uit te brei op die redes waarna hierbo verwys is. Figuur 7 hieronder beeld die respondente se terugvoer op die redes wat in die vraelys verskaf is, uit en Figuur 8 die uitbreiding op sodanige redes na aanleiding van die vryantwoordvraag wat gestel is. Die hoofredes deur die respondente uitgesonder waarom inligting nie aan pasiënte openbaar gemaak kon word nie is die volgende: (a) Pasiënt ongeletterd (16,4%) – Die persentasie gekoppel aan dié rede word verder verhoog na 26,3% indien dit vir doeleindes van analise saamgevat word met een van die ander redes wat logieserwys daarmee in verband gebring kan word, naamlik dat die ingreep tegnies té gekompliseerd is om te verduidelik. (b) Daar is nie tyd daarvoor nie (15,6%). (c) Pasiënt bewusteloos (10,7%) – Indien dié rede vir doeleindes van analise saamgevat word met een van die ander redes wat nou daaraan verwant is, naamlik dat die pasiënt erg benewend was, styg laasgenoemde persentasie na 17,9%.

Figuur 7:



Let wel dat nie al die redes wat in die vraelys vervat is, ingesluit is in bostaande Figuur nie maar slegs dié wat die hoogste reaksie van die respondente uitgelok het.

Figuur 8:



Hierdie tabel beeld slegs die redes wat deur die meeste respondente geïdentifiseer is, uit. Vir doeleindes van samestelling daarvan is soortgelyke antwoorde saam gegropeer.

2.1.10 Hoeveel tyd spandeer respondente om pasiënte in verband met die volgende voorgenome ingrepe in te lig: (a) ingreep met min of geen moontlike newe-effekte; (b) ingreep met moontlike nie-ernstige newe-effekte; en (c) ingreep met moontlike ernstige newe-effekte. (Vraag 11 van die vraelys)

Wat (a) hierbo betref, blyk dit uit die inligting wat ontleed is dat effens meer as die helfte van die respondente (54,5 %) slegs drie minute of minder spandeer om inligting aan hul pasiënte in verband met ingrepe met min of geen moontlike newe-effekte te verskaf. 'n Verdere 31,2 % van die respondente neem slegs vier tot vyf minute om hulle van hierdie verpligting te kwyt.

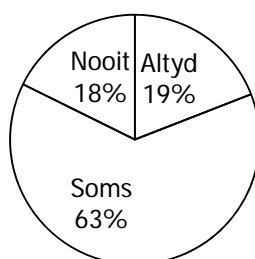
Wat (b) hierbo betref: 'n Beduidende persentasie (69,4 %) van die respondente neem vyf minute of minder om inligting in verband met ingrepe wat moontlik nie-ernstige newe-effekte mag meebring, aan hul pasiënte te verskaf. Dit neem 22,6 % van die respondente tussen vyf en tien minute om sodanige inligting oor te dra.

Wat (c) hierbo betref: Die oorgrote meerderheid van die respondente (70,7 %) gebruik slegs tien minute of minder om hul pasiënte in te lig omtrent ingrepe waaruit moontlike ernstige newe-effekte kan voortvloei. 'n Verdere 21,8 % van die respondente neem tussen tien en twintig minute om sodanige tersaaklike inligting oor te dra.

2.1.11 Gaan respondente voort met die behandeling van pasiënte al is laasgenoemde nie volledig daaromtrent ingelig nie? (Vraag 12 van die vraelys)

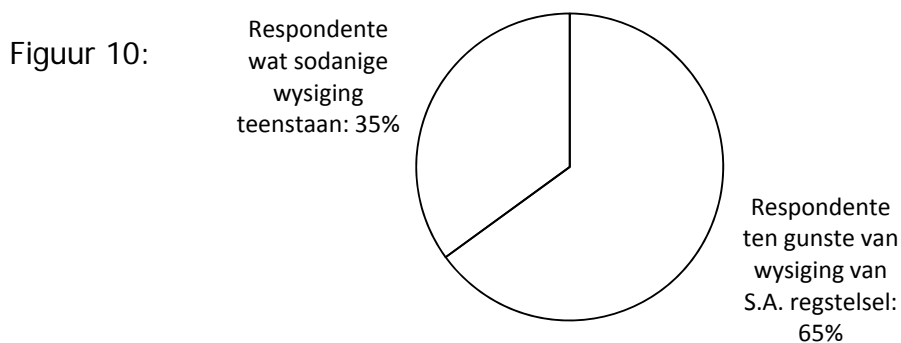
Slegs 17,7 % van die respondente het laat blyk dat hulle nooit met behandeling sal voortgaan indien hul pasiënte nie volledig daaromtrent ingelig is nie. Daarenteen sal 63,2 % soms met behandeling voortgaan in die afwesigheid van volledig verskaafte inligting en 19,1 % van die respondente het aangetoon dat hulle altyd met behandeling sal voortgaan al het die pasiënte nie volledige inligting daaromtrent ontvang nie. Dit beteken dat 'n kommerwekkende 82,3 % van die respondente in een of ander stadium pasiënte behandel sonder dat laasgenoemde volledige inligting daaromtrent ontvang het. Kyk Figuur 9 hieronder waarin bogenoemde inligting uitgebeeld word.

Figuur 9: **Word pasiënte behandel sonder ontvangs van volledige inligting daaromtrent**



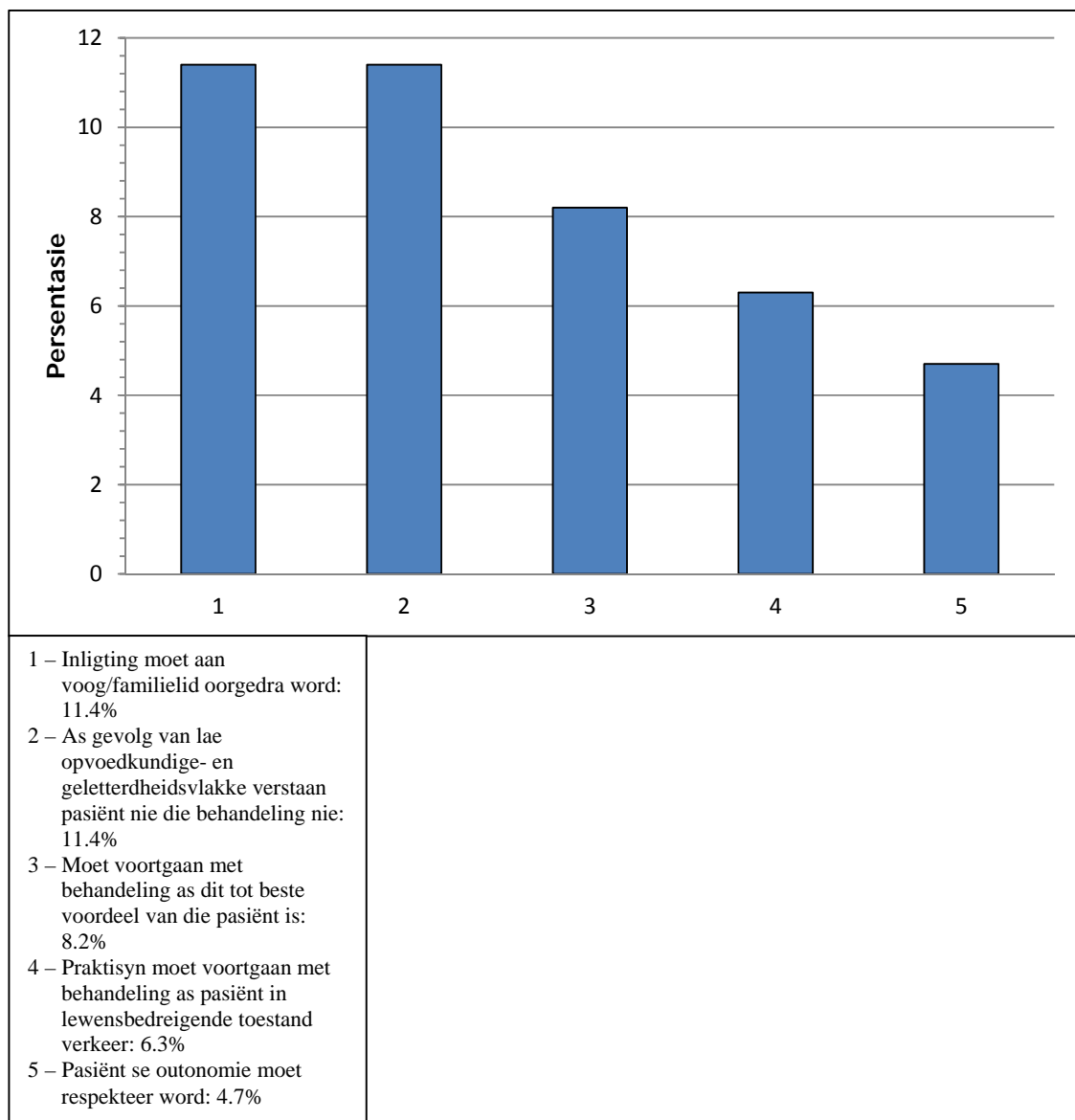
2.1.12 Behoort ons regstelsel aangepas te word ten einde geneeshere in staat te stel om voort te gaan met die behandeling van pasiënte wat intellektueel nie ontwikkel genoeg is om 'n verduideliking van die ingreep te verstaan nie? (Vraag 13 van die vraelys)

Ongeveer tweederdes van die respondente (65 %) is ten gunste van sodanige aanpassing terwyl die res (35 %) daarteen is. Kyk Figuur 10 hieronder vir 'n grafiese illustrasie van hierdie verdeling.



Respondente is as deel van hierdie vraag ook versoek om motiverings te verskaf vir hul standpunt soos hierbo uiteengesit. Slegs die motiverings wat deur die meeste respondente aangevoer is, word hierna uiteengesit. Vir doeleindes van ontleding van die inligting wat ontvang is, is soortgelyke antwoorde saam gegropeer. Kyk Figuur 11 hieronder vir 'n uiteensetting van die motiverings deur die respondente verskaf.

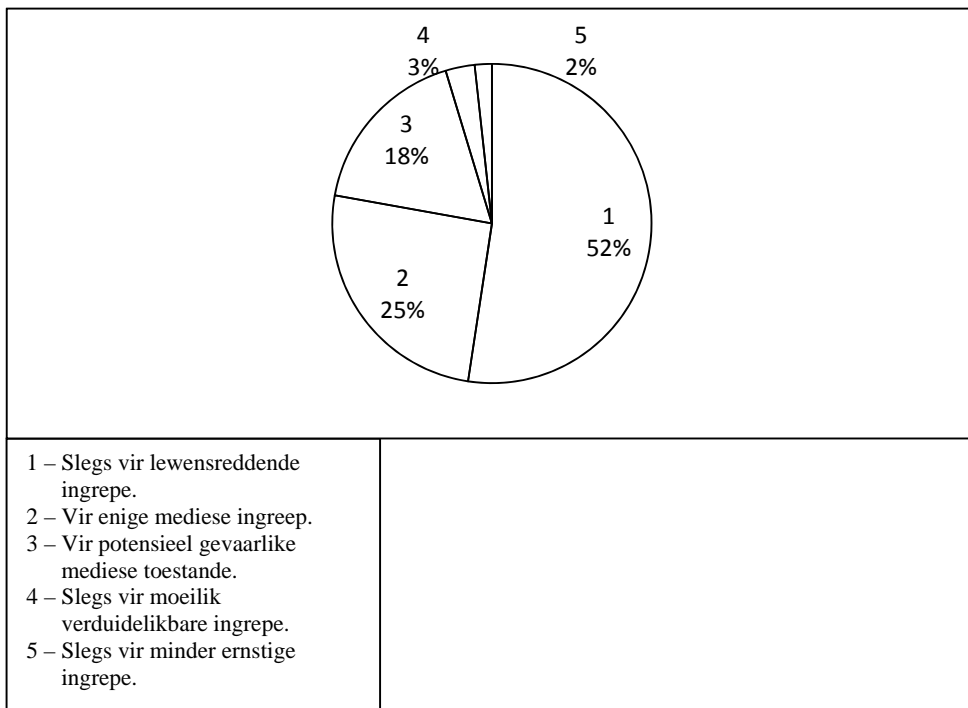
Figuur 11:



2.1.13 Indien 'n aanpassing van ons regstelsel plaasvind, dui aan vir watter omstandighede dit behoort te geld. (Vraag 14 van die vraelys)

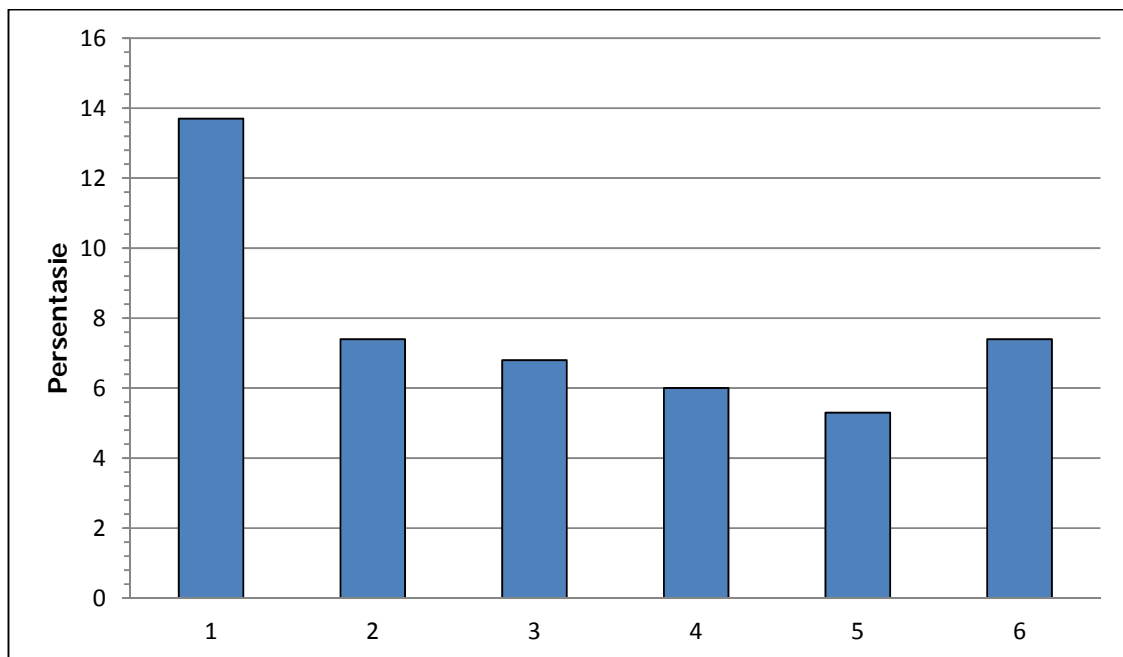
Vyf moontlike omstandighede is in die vraelys uiteengesit ten opsigte waarvan die respondente 'n enkele keuse moes uitoefen. Die keuses deur die respondente aangedui word hieronder in Figuur 12 grafies geïllustreer.

Figuur 12:



Wat die tweede been van onderhawige vraag betref, is respondente versoek om 'n motivering te verskaf vir die keuse wat hulle in die eerste gedeelte van die vraag uitgeoefen het. Slegs die motiverings wat die grootste aftrek onder respondente gekry het, word hieronder in Figuur 13 uiteengesit. Die inligting wat van die respondente ontvang is, is op so 'n wyse ontleed sodat soortgelyke antwoorde saam gegropeer is.

Figuur 13:

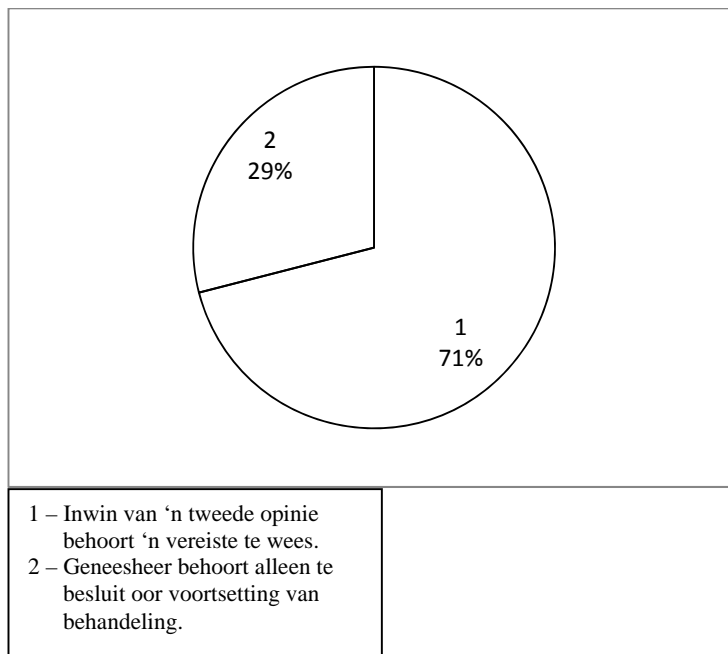


- 1 – By lewensreddende ingrepe is daar nie tyd vir lang verduidelikings en om ingeligte toestemming te verkry nie: 13.7%
- 2 – Outonomie van pasiënt: 7.4%
- 3 – In die geval van nie-lewensbedreigende toestand kan tyd gevind word om pasiënt/voog/familie in te lig: 7.4%
- 4 – Tyd nie beskikbaar om pasiënt tot insig te bring nie: 6.8%
- 5 – Geneesheer tree op tot beste voordeel van pasiënt: 6.0%
- 6 – Gebrek aan intellektuele vermoëns veroorsaak dat pasiënt nie kan verstaan nie: 5.3%

2.1.14 Indien die regstelsel aangepas word soos hierbo voorgestel, behoort 'n geneesheer alleen te besluit of daar voortgegaan moet word met die ingreep of behoort die verkryging van 'n tweede opinie van 'n kollega 'n vereiste te wees? (Vraag 15 van die vraelys)

Ontleding van die inligting wat ontvang is, het aangetoon dat 71 % van die respondente meen dat die opinie van 'n kollega eers ingewin behoort te word alvorens met die ingreep voortgegaan word in die betrokke omstandighede terwyl 29 % aangedui het dat hulle alleen oor die voortsetting van behandeling behoort te kan besluit. Kyk Figuur 14 hieronder vir 'n grafiese illustrasie van bogenoemde uitslag.

Figuur 14:

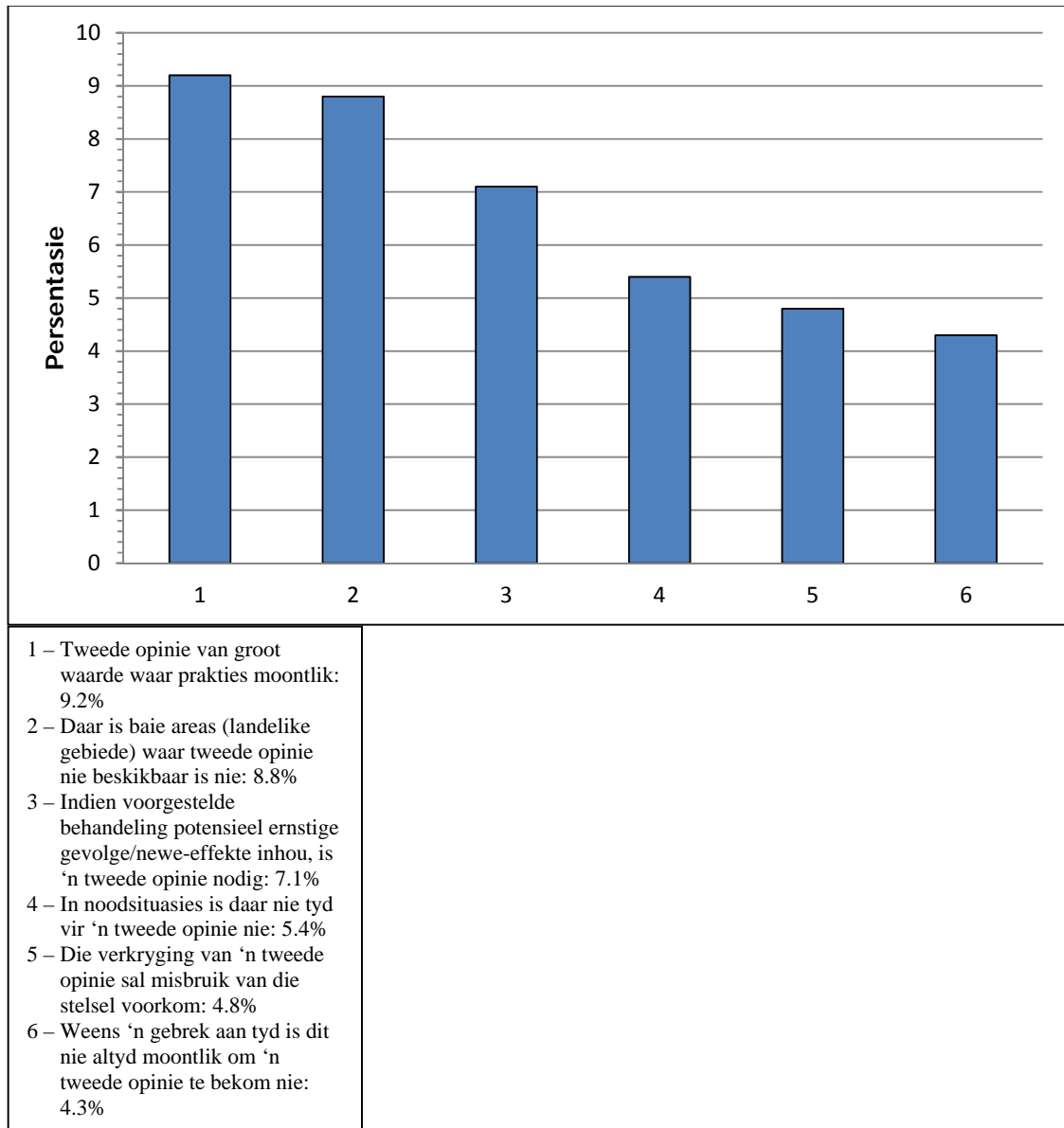


2.1.15 Enige verder kommentaar oor die aangeleentheid? (Vraag 16 van die vraelys)

Respondente is die geleentheid aan die hand van 'n vryantwoordvraag gegun om verdere kommentaar te lewer oor die kwessies wat in die vraelys ter sprake gekom het. Nie al die response wat ontvang is, word in Figuur 15 hieronder gereflekteer nie. Slegs die wat die grootste ondersteuning onder respondente

geniet het, word aangedui. Vir doeleindes van analise van die inligting wat ontvang is, is soortgelyke antwoorde saam gegroeper.

Figuur 15:



HOOFSTUK 11

GEVOLGTREKKINGS EN AANBEVELINGS

1. Inleiding

Daar bestaan geen twyfel dat 'n pasiënt ingevolge die heersende regsbeginsels in Suid-Afrika, soos vervat in die Grondwet,¹ nasionale wetgewing,² gemenereg en regspraak,³ slegs aan geneeskundige behandeling onderwerp kan word indien hy sy toestemming daartoe verleen het. Indien 'n geneesheer in die afwesigheid van bestaande regverdigingsgronde voortgaan om 'n pasiënt sonder sy toestemming te behandel, loop hy die gevaar om deur 'n verskeidenheid van regsaksies gekonfronteer te word.

In die saak van **Castell v De Greef**⁴ is daar uitdruklik erkenning verleen aan die leerstuk van ingeligte toestemming, ingevolge waarvan 'n verpligting op die geneesheer geplaas word om die pasiënt te voorsien van inligting omtrent 'n verskeidenheid aspekte wat verband hou met die voorgenome behandeling en die gevolge daaraan verbonde. Met hierdie inligting tot sy beskikking kan die pasiënt dan 'n ingeligte besluit neem of hy hom wil onderwerp aan die voorgestelde behandeling al dan nie. Kennis van die tersaaklike inligting is opsigself nie voldoende om effektiewe toestemming daar te stel nie, dit moet ook vasstaan dat die pasiënt die verskafte inligting in so 'n mate begryp het dat dit hom in staat gestel het om op grond daarvan 'n wilsbesluit in verband met die voortsetting van enige mediese behandeling te kan neem.⁵

¹ Wet 108 van 1996.

² Byvoorbeeld die *National Health Act* 61 van 2003.

³ Byvoorbeeld **Stoffberg v Elliot** 1923 CPD 148.

⁴ 1994 (4) SA 408 (K).

⁵ Vergelyk Strauss 1996: 497; Verheggen en Van Wijmen 1997: 54.

Die leerstuk van ingeligte toestemming word as volg deur Robertson⁶ omskryf:

“Simply put, the doctrine of informed consent means that a doctor is required to give his patient sufficient information about proposed treatment so as to provide him with the opportunity of making an ‘informed’ or ‘rational’ choice as to whether to undergo the treatment.”

Dit wil dus voorkom asof die leerstuk twee primêre funksies het, naamlik die bevordering van individuele outonomie en die aanmoediging van rasonale besluitneming, wat beide voortvloei uit die basiese premise van die pasiënt se selfbeskikkingsreg.⁷ Hoewel die edele motiewe wat die leerstuk ten grondslag lê voor die hand liggend is, is verskeie skrywers nie oortuig dat dit werklik prakties uitvoerbaar is nie.⁸ Faunce⁹ merk byvoorbeeld op:

“Disclosure of material risks prior to invasive medical and surgical procedures remains a fiction derived from legal idealism rather than a clinical reality.”

en Katz¹⁰ beskryf die reg met betrekking tot ingeligte toestemming as:

“... substantially mythic and fairy tale – like as far as advancing patient’s rights to self-decision making is concerned.”

Henley ea¹¹ laat hulle as volg uit oor die kwessie:

⁶ 1981: 102. Clark 2001: 608 wys daarop dat ingeligte toestemming tot potensiele nadeel die volgende insluit: “... knowledge and awareness of the nature and extent of the harm, appreciation and understanding of such harm, and comprehensive consent to the harm.”

⁷ Van Oosten 1991: 152-153.

⁸ Kyk byvoorbeeld Polansky 2006: 33 wat dit as idealisties en onprakties beskryf.

⁹ 1997: 581.

¹⁰ 1984: 83.

¹¹ 1995: 1277.

“..., there is convincing evidence that informed consent as envisioned by law does not exist in reality, even in highly developed countries, and that medical care is governed far more by the logic, logistics, and the ethos of medical practice than by the legal idea of individual autonomy.”

Benewens die bedenkinge wat bestaan of die standaard wat deur die leerstuk gestel word enigsins bereikbaar is, word die effektiwiteit van die oordrag van inligting ingevolge daarvan ook soms bevraagteken. Navorsing wat gedoen is, het al aan die lig gebring dat pasiënte onvoldoende ingelig bly selfs waar buitengewone pogings aangewend word om volledige inligting aan hulle te voorsien en te verseker dat hulle dit verstaan. Dit blyk die geval te wees ongeag van die hoeveelheid inligting wat verskaf is, die wyse waarop dit aangebied is of die tipe mediese behandeling wat ter sprake is.¹² Cassileth *et al*¹³ het byvoorbeeld vasgestel dat een dag nadat hulle 'n geneeskundige ingreep ondergaan het, slegs 55% van die betrokke pasiënte net enkele van die ernstige risiko's of komplikasies daaraan verbonde kon onthou.

Soos reeds hierbo gemeld, kan ingeligte toestemming slegs verkry word indien die pasiënt die verskafte inligting verstaan en bevoeg is om 'n besluit daaromtrent te neem. Clark¹⁴ wys daarop dat die wese van regsbevoegdheid of – vermoë om besluite te kan neem, daarin geleë is dat die pasiënt in staat moet wees om die aard en implikasies van die betrokke verrigtinge te kan verstaan. Geneeshere kry egter daagliks te doen met pasiënte wie se vermoëns om te verstaan, te evalueer en te besluit deur 'n verskeidenheid van faktore verminder word wat daartoe aanleiding gee dat hul bevoegdheid om toestemming te verleen, ondergrawe word. Een sodanige faktor is die feit dat die pasiënt nie voldoende intellektueel ontwikkel is om die inligting wat deur die geneesheer in

¹² Schneider en Farrel 2000: 108.

¹³ 1980: 896.

¹⁴ 2001: 608.

verband met 'n voorgenome operasie of behandeling verskaf is, te verstaan en diensooreenkomstig 'n besluit daaromtrent te neem nie. Pasiënte wat in hierdie kategorie tuisgebring word, ondervind nie 'n totale afwesigheid van regsbevoegdheid soos in die geval van byvoorbeeld geestesongesteldes nie en geniet nie dieselfde statutêre beskerming as laasgenoemde kategorie persone nie. Daar is derhalwe in hul geval nie sprake van plaasvervangende toestemming deur byvoorbeeld 'n kurator nie.

2. Gevolgtrekkings

In die lig van bogenoemde ontstaan die vraag wat geneeshere doen indien hulle in die praktyk gekonfronteer word met die situasie waar 'n pasiënt nie intellektueel in staat is om ingeligte toestemming tot behandeling te verskaf nie omdat hulle nie die relevante inligting begryp nie. Gaan hulle voort om die pasiënt te beskerm ten spyte van die afwesigheid van ingeligte toestemming, of weerhou geneeshere hulle van enige verdere optrede ten spyte van die feit dat hulle glo dat die voorgestelde ingreep tot voordeel van die pasiënt sal wees?

Empiriese navorsing wat onderneem is, soos uiteengesit in hoofstukke 9 en 10 hierbo, in 'n poging om 'n antwoord op bogenoemde vraag te verkry, het uiters insiggewende inligting aan die lig gebring:

1. **Ervaring van die respondente:** Wat die deelnemende algemene praktisyns betref het bykans die helfte van die respondente (49,7%) reeds vir nege jaar en langer praktiseer, terwyl ongeveer die helfte van die deelnemende spesialiste (51,2%) reeds vir langer as veertien jaar gepraktiseer het. Hierdie statistiek toon baie duidelik dat die geselekteerde geneeshere oor voldoende ervaring beskik het om met gesag hul menings te kon lug in verband met probleme wat in die praktyk ervaar word om ingeligte toestemming van pasiënte te verkry.

2. **Gemiddelde aantal pasiënte per maand:** Ongeveer die helfte van die respondente (49%) het aangedui dat hulle gemiddeld 280 en minder pasiënte per maand behandel. Daar was 12,8% van die respondente wat meer as 900 pasiënte per maand behandel het en 5,6% het aangetoon dat hulle meer as eenduisend pasiënte per maand behandel het. Dit het duidelik uit die individuele response geblyk dat die oorgrote meerderheid van geneeshere wat gebuk gaan onder 'n onaanvaarbare hoë pasiëntelading, dié is wat hulle in die openbare sektor in diens van die staat bevind.
3. **Persentasie van pasiënte wat volledig in verband met voorgenome behandeling ingelig word:** Uiteraars insiggewende en kommerwekkende inligting het hier aan die lig gekom deurdat bykans 'n derde (32,%) van die respondente aangedui het dat hulle die geleentheid het om vir slegs 50% of minder van hul pasiënte volledige inligting in verband met die voorgenome behandeling te verskaf alvorens daarmee voortgegaan word. 'n Skrale 15,5% van die respondente verskaf volledige inligting aan hul pasiënte. Dié statistiek spreek vir sigself en bring aan die lig dat 'n beduidende aantal geneeshere nie hul pasiënte volledig inlig in verband met voorgenome behandeling nie, ten spyte van die feit dat dit in ons reg vereis word (soos voorgeskryf deur beginsels vervat in die gemenerereg sowel as wetgewing) ten einde verkryging van die pasiënt se ingeligte toestemming te verseker en ten spyte van die feit dat geneeshere as gevolg van sodanige optrede die gevaar loop om straf- en/of sivileregtelik aangespreek te word vir hulle versuim.
4. **Redes waarom pasiënte nie volledig ingelig word nie:** Die twee belangrikste redes deur die respondente aangevoer vir hul optrede is dat die pasiënte ongeletterd is (16,4%) en dat daar nie genoegsame tyd is om

inligting te verskaf nie (15,6%). Die persentasie gekoppel aan eersgenoemde rede word verder verhoog na 26,3% indien dit saamgeneem word met een van die ander verskafte redes wat logieserwys daarmee in verband gebring kan word, naamlik dat die betrokke ingreep tegnies té gekompliseerd is om te verduidelik. Uit die individuele response kon vasgestel word dat die meerderheid van die geneeshere wat bogenoemde redes vir hul optrede aangevoer het, in die openbare sektor praktiseer. Die kombinasie van intellektueel onderontwikkelde pasiënte en gebrekkige tyd wat beskikbaar is om inligting aan hulle oor te dra, speel dus 'n verneme rol as oorsaak waarom die vereiste ingeligte toestemming nie van pasiënte bekom word nie. 'n Verdere kompliserende faktor wat aan die lig gekom het, was dat 23,1% van die respondente in die betrokke vryantwoordvraag aangetoon het dat taalverskille tussen geneesheer en pasiënt die oordra van inligting belemmer. Alles inaggenome bevind veral geneeshere in die openbare sektor hulle in 'n uiters moeilike situasie deurdat heelwat van hul pasiënte nie in staat is om die relevante inligting te begryp nie en verder veroorsaak taalverskille boonop dat kommunikasie met sodanige pasiënte bemoeilik word. As bykomend tot hierdie faktore in gedagte gehou word dat sodanige geneeshere gewoonlik 'n baie hoë werkslading het wat die tyd beskikbaar om inligting aan pasiënte oor te dra dramaties inkort, is die logiese afleiding dat dit vir hierdie geneeshere uiters moeilik is, indien nie onmoontlik nie, om te voldoen aan die standarde wat deur ons reg gestel word wat betref die verkryging van pasiënte se ingeligte toestemming.

5. **Gaan geneeshere voort met die behandeling van hul pasiënte al het laasgenoemde nie volledige inligting daaromtrent ontvang nie?**: Soos uiteengesit in hoofstuk 10 hierbo het slegs 17,7% van die geneeshere laat blyk dat hulle nooit met behandeling sal voortgaan indien

hul pasiënte nie volledig daaromtrent ingelig is nie. Daarenteen sal 63,2% soms met behandeling voortgaan in die afwesigheid van volledige verskafte inligting en 19,1% van die geneeshere het aangetoon dat hulle altyd met behandeling sal voortgaan al het die pasiënte nie volledige inligting daaromtrent ontvang nie. Dit beteken dat 'n kommerwekkende 82,3% van die geneeshere wat aan die opname deelgeneem het in een of ander stadium pasiënte behandel het sonder om hulle vooraf van volledige inligting daaromtrent te voorsien. Dit kan aanvaar word dat die aanwesigheid van regverdigingsgronde laasgemelde persentasie afwaarts sal druk, maar as die redes wat die respondente aangevoer het vir hul nie-openbaarmaking van inligting in ag geneem word, kan met veiligheid gestel word dat dit nie 'n dramatiese effek daarop sal uitoefen nie. Dit blyk duidelik dat 'n hoë persentasie van geneeshere hul pasiënte behandel sonder dat genoegsame inligting vooraf aan hulle geopenbaar is.

6. **Enkele laaste punte van belang wat deur die empiriese navorsing opgelewer is, is die volgende:** (a) Die meerderheid van die respondente is ten gunste van 'n wysiging aan die Suid-Afrikaanse regstelsel ten einde hulle in staat te stel om voort te gaan met die behandeling van pasiënte wat intellektueel nie voldoende ontwikkel is om die tersaaklike verduideliking ten aansien van die voorgenome behandeling te verstaan nie. (b) Indien bogenoemde wysiging wel plaasvind, het 52% van die respondente laat blyk dat dit slegs ten opsigte van lewensreddende ingrepe moet geskied, terwyl 'n beduidende persentasie, naamlik 25%, meen dat dit van toepassing gemaak moet word op enige mediese ingreep. (c) Die oorgrote meerderheid van die respondente (71%) het aangedui dat indien die voorgestelde wysiging aan die regstelsel aangebring word, hulle sou verkies dat 'n tweede opinie van 'n kollega eers ingewin moet word alvorens daar voortgegaan kan word met die behandeling van 'n intellektueel

onderontwikkelde persoon aan wie volledige inligting in verband met die voorgenome behandeling nie openbaar is nie.

Op grond van die ontleding van die onderhawige empiriese data is dit baie duidelik dat 'n beduidende hoeveelheid geneeshere wat te staan kom voor die problematiese situasie om inligting aan pasiënte wat intellektueel onvoldoende ontwikkel is, te verduidelik, met behandeling voortgaan sonder om die relevante inligting te openbaar, en dat hierdie optrede hoofsaaklik veroorsaak word deur enersyds die onvermoë van die pasiënt om die inligting te begryp en andersyds die gebrek aan tyd om die inligting oor te dra. Tydsbeperkings word dan ook inderdaad deur verskeie skrywers geïdentifiseer as 'n faktor wat in ag geneem behoort te word wanneer die omvang van 'n geneesheer se openbaarmakingsplig bepaal moet word.¹⁵

Daar kan terloops daarop gewys word dat volgens Van Niekerk¹⁶ 41% van Suid-Afrika se volwasse bevolking in 2002 ongeletterd was. Dit is ook belangrik om daarop te let dat Van Oosten¹⁷ aan die hand doen dat die omstandighede van 'n betrokke geval 'n bepalende effek kan hê op watter inligting deur 'n versigtige en redelike geneesheer aan sy pasiënt openbaar gemaak behoort te word. Volgens gemelde outeur is die pasiënt se beperkte intelligensie, kennis, vlak van opvoeding, vermoë om die vereiste inligting te verstaan en besluite daaromtrent te neem en die ingewikkeldheid van die kwessies voorhande enkele voorbeelde van sodanige omstandighede.¹⁸ Van Oosten¹⁹ is die mening toegedaan dat hoe groter die pasiënt se vermoë is om die tersaaklike kwessies te verstaan, hoe

¹⁵ Kyk byvoorbeeld Mason ea 2006: 398. Polansky 2006: 28 wys daarop dat tydsbeperkings 'n selfs swaarder verpligting op 'n geneesheer plaas om aan die vereiste standarde vir ingeligte toestemming te voldoen, wat in die praktyk nie haalbaar mag wees nie.

¹⁶ 2002: 265.

¹⁷ 1991: 155-156. Carstens en Pearmain 2007: 886 ondersteun hierdie sienswyse.

¹⁸ Van Oosten 1991: 156 vn 179.

¹⁹ 1991: 156.

groter sal die plig wees om die relevante inligting te openbaar. Die omgekeerde hiervan is dat hoe meer beperk die pasiënt se vermoë is om die tersaaklike kwessies te verstaan, hoe kleiner mag die omvang van die plig om in te lig derhalwe wees.

In die lig van bogenoemde beginsels word daar vervolgens aandag geskenk aan die dilemma waarin 'n geneesheer verkeer wanneer die pasiënt wat hy voornemens is om te behandel, intellektueel onderontwikkel is en probleme ondervind om die relevante inligting te begryp. In die eerste plek word daar slegs van geneesheer verwag om redelike en gepaste stappe te neem om die relevante inligting aan die pasiënt te kommunikeer; daar word nie van hom verwag om te verseker dat die pasiënt sodanige inligting verstaan het nie.²⁰ Die omvang van die geneesheer se openbaarmakingsplig word bepaal aan die hand van die formulering soos uiteengesit in **Castell v De Greef**²¹, hoewel daar tans onsekerheid in ons reg daaromtrent bestaan as gevolg van die beslissing in **Louwrens v Oldwage**²² waar daar skynbaar wat hierdie aspek betref, weer teruggegryp is na die standaard soos neergelê in **Richter v Estate Hamman**.²³

Wat is die posisie indien die geneesheer na verskaffing van die relevante inligting voortgaan om die pasiënt te behandel maar dit na voltooiing daarvan blyk dat ten spyte van die redelike wyse waarop hy gehandel het, die pasiënt sy verduideliking nie verstaan het nie en derhalwe nie 'n ingeligte besluit daaromtrent kon neem nie; sal die pasiënt daarin slaag om die geneesheer suksesvol in hierdie omstandighede aan te spreek op grond van 'n gebrek aan ingeligte toestemming indien hy op geen stadium teenoor die geneesheer laat blyk het dat hy die verskafte inligting nie verstaan het nie? Die antwoord hierop

²⁰ Kyk byvoorbeeld Jones 2008: 677; Jackson 2006: 286.

²¹ 1994 (4) SA 408 (K).

²² 2006 (2) SA 161 (HHA).

²³ 1976 (3) SA 226 (K).

behoort in die negatief te wees aangesien die geneesheer ooreenkomstig die redelikheidsstandaard waaraan sy optrede gemeet word, gehandel het en die skuldelement derhalwe nie aanwesig is nie.

Meer problematies is die situasie waar die pasiënt teenoor die geneesheer te kenne gee dat hy die verskafte inligting nie verstaan nie. Sou dit raadsaam vir die geneesheer wees om ten spyte hiervan met behandeling voort te gaan omdat hy glo dis tot voordeel van die pasiënt en laasgenoemde nie onwillig voorkom om hom aan enige voorgenome behandeling te onderwerp nie? In die lig van die huidige beginsels van toepassing in die Suid-Afrikaanse reg sou voortsetting van behandeling in hierdie omstandighede in alle waarskynlikheid lei tot aanspreeklikheid van die geneesheer op grond van 'n gebrek aan ingeligte toestemming.

Weerhou die geneesheer hom egter van enige behandeling, juis omdat hy die moontlikhede van regstappe teen hom voorsien, ontstaan die vraag of die pasiënt met die bepaalde profiel onder bespreking se belange werklik die beste gedien word indien hy weggewys word omdat daar nie voldoen kan word aan die vereistes wat ingevolge die leerstuk van ingeligte toestemming gestel word nie? Is dit vanuit 'n regs- sowel as 'n sosio-ekonomiese oogpunt billik en regverdig dat die tipe pasiënt onder bespreking in hierdie omstandighede onverrigter sake na sy huisvesting moet terugkeer? Die deursnee pasiënt wat hier ter sprake is, beskik oor beperkte intelligensie en opvoeding, beskik gewoonlik nie oor eie vervoer nie en sal derhalwe iewers in die toekoms weer vir gesondheidsorg moet aanklop wat noodwendigerwys verdere kostes en moeite sal meebring.

Bogenoemde vrae het aanleiding gegee tot die onderhawige ondersoek na die moontlikheid om die regsfiguur van saakwaarneming (*negotiorum gestio*) sodanig uit te brei om die situasie van die intellektueel onderontwikkelde pasiënt,

soos hierbo bespreek, daaronder tuis te bring. Indien sodanige uitbreiding moontlik blyk te wees, sou dit beteken dat geneeshere, waar intellektueel onderontwikkelde pasiënte ter sprake is, met hul behandeling sou kon voortgaan sonder die vooraf verkryging van hul ingeligte toestemming, op voorwaarde dat daar aan die gestelde vereistes vir saakwaarneming voldoen word. Die vereistes wat in ons reg gestel word vir 'n suksesvolle beroep op saakwaarneming is breedvoerig in hoofstuk 3 hierbo bespreek en word daar vervolgens slegs kortliks aandag geskenk aan die vraag of uitbreiding daarvan enigsins moontlik is om ook die situasie van die intellektueel onderontwikkelde persoon daarby in te sluit. Die volgende twee vereistes behoef nie enige bespreking nie omdat geen wysiging ten aansien van hulle nodig is om uitbreiding van die regsfiguur na die situasie onder bespreking te bewerkstellig nie, naamlik (a) **die ingryping moet nie teen die wil van die pasiënt wees nie**. Waar die pasiënt 'n uitdruklike verbod op die ingryping geplaas het, kan die geneesheer wat die ingryping onderneem het, hom derhalwe nie op saakwaarneming beroep nie.²⁴ Die intellektueel onderontwikkelde pasiënt onder bespreking daag juis by die geneesheer op om behandeling te ontvang maar word weggewys as gevolg van sy onvermoë om ingeligte toestemming te kan gee. Dit word dus argumentsonthalwe aangeneem, in die lig van die omringende omstandighede, dat die pasiënt tot die behandeling sou toegestem het indien hy in 'n posisie was om dit te doen. (b) **Die geneesheer moet die behandeling of operasie onderneem met die oogmerk om die belange van die pasiënt te dien**. Die beteken dat die geneesheer se oogmerk moet wees om die pasiënt te genees. Behalwe in hoogs uitsonderlike omstandighede sal dit nie die geval wees nie en kan hierdie vereiste derhalwe aanwending vind op die situasie onder bespreking sonder enige wysiging.

²⁴ Strauss en Strydom 1967: 241; Van den Heever 1997: 51, Carstens en Pearmain 2007: 908. Vergelyk **Phillips v De Klerk** 1983 (T) Ongerapporteerde.

Die vereistes ten opsigte waarvan wysiging nodig sal wees om die uitbreiding van saakwaarneming na die situasie van die onderontwikkelde pasiënt te bewerkstellig, is die volgende: (a) **Daar moet 'n werklike noodsituasie wees wat die ingryping gebiedend maak.** Dit sal die geval wees wanneer die pasiënt in lewensgevaar verkeer of wanneer die gevaar van ernstige liggaamlike krenking of ernstige gesondheidsbenadeling bestaan.²⁵ Die gedagte is juis dat alle situasies waarby intellektueel onderontwikkelde pasiënte betrokke is, ingesluit moet word by die uitbreiding wat ondersoek word. Dit sou dus beteken dat voorgestel word dat die werking van saakwaarneming uitgebrei moet word na nie-noodsituasies ook, wat 'n wesensverandering aan die karakter van hierdie regsfiguur sou teweegbring. (b) **Die pasiënt moet onbewus wees van die ingryping.** In **Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd**²⁶ is beslis dat slegs vereis word dat die *dominus* onbewus moet wees dat sy belange behartig word en hoef hy nie noodwendig afwesig te wees van die plek waar sodanige behartiging plaasvind nie.²⁷ Indien die *dominus* daarvan bewus is dat sy belange deur 'n ander behartig word, is saakwaarneming nie meer voorhande nie. Die voorstel ten aansien van hierdie vereiste is dat die pasiënt met beperkte intelligensie, hoewel nie fisies afwesig nie, as intellektueel afwesig beskou moet word. Die argument is dus dat die intellektueel afwesige persoon as gevolg van sy beperkte vermoëns net so min ingeligte toestemming kan verleen as wat byvoorbeeld die bewustelose kan en dat hy derhalwe "onbewus" is van die geneeskundige ingryping. Hierdie argument is egter nie oortuigend nie aangesien daar moontlik aangevoer kan word dat 'n intellektueel afwesige pasiënt nie ingeligte toestemming kan verleen nie, maar is sy vermoëns sekerlik nie in so 'n mate beperk dat hy geheel en al onbewus is dat sy belange deur die geneesheer behartig word nie.

²⁵ Strauss en Strydom 1967: 239, Van den Heever 1997: 50; Carstens en Pearmain 2007: 907-908.

²⁶ Op 369.

²⁷ Van Zyl 1985: 30.

Op grond van bogenoemde blyk 'n uitbreiding van saakwaarneming soos bespreek nie haalbaar te wees nie omdat dit 'n té groot sprong in ons reg sou verg en sou teweegbring dat die aard en wese van die regsfiguur totaal en al daardeur verander word. Die aanbeveling is derhalwe dat sodanige uitbreiding van *negotiorum gestio* om die situasie van die intellektueel afwesige pasiënt in te sluit, nie ondersteun kan word nie.²⁸

Die laaste vraag wat vervolgens aangespreek word, is of daar dalk nie ander gronde in ons reg bestaan wat deur die geneesheer opgewerp kan word om sy behandeling van die intellektueel afwesige pasiënt sonder laasgenoemde se ingeligte toestemming daartoe kan regverdig nie?

2.1 Afstanddoening

Afstanddoening van 'n pasiënt van sy reg om inligting van die geneesheer te ontvang, sal slegs effektief wees indien dit op 'n ingeligte, beredeneerde en vrywillige basis geskied.²⁹ Die volgende vereistes word deur Berg *et al*³⁰ gestel vir 'n suksesvolle beroep op afstanddoening: Die pasiënt moet weet dat: (a) daar 'n plig op die geneesheer rus om inligting in verband met die behandeling aan hom te verskaf; (b) hy geregtig is om besluite in verband met die behandeling te neem; (c) die geneesheer nie die behandeling sonder sy toestemming mag uitvoer nie; en (d) die reg om te besluit, die reg om toe te stem tot behandeling sowel as om dit te weier, insluit.

²⁸ Hoewel die spesifieke geval van die sogenaamde intellektueel afwesige pasiënt nie in sy bespreking ter sprake was nie, huldig Van den Heever 1997: 85-86 die mening dat *negotiorum gestio* in die algemeen nie aanwending vind in die konteks van nie-openbaarmaking nie.

²⁹ Faden en Beauchamp 1986: 38.

³⁰ Berg et al 2001: 85.

Die groot gevaar verbonde aan afstanddoening is die potensiële misbruik daarvan deur geneeshere, inaggenome die ongunstige bedingingsposisie waarin die pasiënt verkeer en die erkende fyn skeidslyn wat daar bestaan tussen 'n vrywillige afstanddoening volgende op 'n eerlike voorstel en 'n onvrywillige afstanddoening volgende op intimidasie. Die rede waarom afstanddoening nie as regverdigingsgrond sal deug in die geval waar intellektueel afwesige pasiënte ter sprake is nie, is dan veral geleë in hierdie argument, gesien die oneweredige verhouding wat daar bestaan tussen geneesheer en 'n pasiënt met beperkte intelligensie.

In die lig van die bedenklike posisie waarin die openbare gesondheidstelsel tans in Suid-Afrika verkeer, wil skrywer hiervan aan die hand doen dat die regverdigingsgrond hierna bespreek, ter beskerming van geneeshere wat in sodanige sektor werksaam is, aanwending behoort te vind waar hul openbaarmakingsplig teenoor sogenaamde intellektueel afwesige pasiënte ter sprake kom.

2.2 Onmoontlikheid

Die gedagte dat die reg nie van iemand die onmoontlike kan verwag nie, word gewoonlik uitgedruk in die stelreël *lex non cogit ad impossibilia*. Op grond van die inligting wat deur middel van die tersaaklike vraelys (Aanhangsel "A") ingesamel is, soos uiteengesit in hoofstuk 10 hierbo, asook die beriggewing wat bykans daaglik in die nasionale media daaromtrent verskyn, blyk daar min twyfel te bestaan dat die geweldige werkslading waaronder geneeshere in die openbare sektor gebuk gaan, dit onmoontlik vir hulle maak om die openbaarmakingsplig wat daar op hulle rus, na te kom ³¹. Die

³¹ Volgens 'n berig deur S Naidoo wat op 7 Junie 2010 van die *Sunday Times* se webwerf onttrek is, is die aanbevole geneesheer/pasiënt – verhouding deur die

geneesheer/pasiënt – verhouding is buitensporig hoog as gevolg van 'n verskeidenheid faktore, onder andere die geweldige toename in pasiënte-getalle as gevolg van die VIGS – pandemie, en dit veroorsaak dat die tyd tot beskikking van die betrokke geneesheer eenvoudig nie genoegsaam is om voldoende inligting aan die pasiënt te openbaar nie.

Neethling *et al*³² wys daarop dat ten einde onregmatigheid uit te skakel, onmoontlikheid as regverdigingsgrond nie hoef neer te kom op absolute onmoontlikheid nie, maar wel “onmoontlik” volgens die regsopvattinge van die gemeenskap omtrent wat 'n mens redelikerwys van die geneesheer kan verwag. Daar word derhalwe aan die hand gedoen dat daar nie redelikerwys van geneesheer in die openbare gesondheidssektor, spesifiek in gevalle waar buitensporige hoë getalle pasiënte ter sprake is, verwag kan word om volledig te voldoen aan die openbaarmakingsplig wat op hulle rus nie, en dat hulle op grond van die regverdigingsgrond van onmoontlikheid aanspreeklikheid behoort vry te spring waar sogenaamde intellektueel afwesige pasiënte behandel is sonder dat hul ingeligte toestemming daartoe verkry is.

3. Aanbevelings

1. Gebaseer op die argumente hierbo uiteengesit word eerstens aanbeveel dat die fisiese omstandighede waarmee die meeste geneesheer wat in die openbare gesondheidssektor werksaam is, gekonfronteer word, noodsaak dat die regverdigingsgrond van onmoontlikheid tot hul beskikking behoort te wees in omstandighede waar die behandeling van intellektueel onderontwikkelde pasiënte ter sprake is. Die buitensporige hoë

Wêreldgesondheidsorganisasie een geneesheer tot 'n maksimum van 1500 mense, terwyl dit in Suid-Afrika een tot 4000 is. –
<http://www.timeslive.co.za/sundaytimes/article489475.ece/Thousands-of-doctors-negligent>.

³² Neethling *et al*: 2006: 91.

geneesheer/pasiënt – verhouding wat in Suid-Afrika bestaan, asook die wyse waarop die openbare gesondheidsektor in die land bestuur word, veroorsaak dat dit as gevolg van 'n geweldige ophoping van pasiënte redelikerwys onmoontlik vir die gemelde geneesheer geword het om aan die standaard van openbaarmaking wat geld, te voldoen in omstandighede waar sodanige pasiënte ter sprake is.

Indien bogenoemde aanbeveling nie haalbaar blyk te wees nie, word as volg aanbeveel:

2. Die huidige standaard van openbaarmaking, soos uiteengesit in **Castell v De Greef**, is idealisties en onprakties vir toepassing in die openbare gesondheidsektor. Dit mag moontlik toepaslik wees in Eerstewêreld omstandighede maar verreken dit nie die feit dat geneesheer in die openbare gesondheidsektor meestal in omstandighede funksioneer wat tipies aan dié van 'n ontwikkelende land is nie. Faktore soos die groot persentasie van pasiënte wat ongeletterd is, die geneesheer/pasiënt – verhouding, swak bestuur van die openbare gesondheidsektor, ensovoorts noodsaak dringende ingryping deur die wetgewer om sodanige omstandighede te weerspieël en 'n standaard van openbaarmaking daar te stel wat haalbaar is. 'n Verslapping van die bestaande standaard van openbaarmaking word derhalwe aanbeveel vir die spesifieke omstandigheid waar die behandeling van sogenaamde intellektueel onderontwikkelde pasiënte in die openbare gesondheidsektor ter sprake is.
-

BIBLIOGRAFIE**A**

Aitkenhead AR

2009. Generic aspects of consent. Hardman, Moppet and Aitkenhead. 2009: 3– 20.

B

Bailey – Harris R

2000. Patient autonomy – A turn in the tide? Freeman and Lewis 2000: 127-140.

Beard M

2005. Therapeutic privilege and informed consent: A justified erosion of patient autonomy? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 68(1): 51.

Beard M and Midgley JR

2005. Therapeutic privilege and informed consent: A justified erosion of patient autonomy? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 68: 51-68.

Berg JW, Appelbaum PS, Lidz CW and Parker LS

2001. *Informed consent. Legal theory and clinical practice*. 2nd ed. New York: Oxford University Press.

Berger K

2003. Informed consent: Information or knowledge? *Medicine and Law* 22: 743 – 750.

Beuthin RC

1965. Third time unlucky. *The South African Law Journal*. 82: 464 – 470.

Blackbeard M

2003. Consent to organ transplantation. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 66: 45-66.

Blanpair R and Nys H (editors)

2006. *International encyclopedia of laws*. The Hague: Kluwer.

Blommaert AK

1981. Negotiorum gestio and the life-rescuer. *Journal for South African Law* (2): 123 – 135.

Boberg PQR

1975. The good Samaritan. *Businessman's Law* (4): 169 – 170.

1977. *The law of persons and the family*. Cape Town: Juta.

Brazier M

1987. Patient autonomy and consent to treatment: The role of the law?

Legal Studies 7 (2): 169 – 193.

Brazier M and Miola J

2000. Bye – bye Bolam: A medical litigation revolution? *Medical Law Review* 8: 85.

Brooke H

1990. Consent to treatment. Powers and Harris 1990: 193 – 209.

Burchell JM

1978. Non-therapeutical medical research on children. *The South African Law Journal* 95: 193-216.

1986a. Informed consent – Variation on a familiar theme. *Medicine and Law* 5 (4): 293 – 302.

1986b. Boekbespreking: Law, ethics and medicine. Studies in medical law.

Skegg PDG. *The South African Law Journal* 103 (2): 318-321.

Bush DJ

1995. A comparison of informed consent for obstetric anaesthesia in the USA and the UK. *International Journal of Obstetric Anaesthesia* 4: 1 – 6.

C

Capron AM

1974. Informed consent in catastrophic disease research and treatment. *University of Pennsylvania Law Review* : 340.

Carstens P

2002. Setting the boundaries for expert evidence in support or defence of medical negligence. *Michael v Linksfield Park Clinic (Pty) Ltd* 2001 (3) SA 1188 (SCA). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 65 (3): 430 – 436.

2009. The involuntary detention and isolation of patients infected with extreme resistant tuberculosis (XDR – TB): Implications for public health, human rights and informed consent – *Minister of Health, Western Cape v Goliath* 2009 (2) SA 248 (C). *Obiter* 30(2): 420-429.

Carstens P and Pearmain D

2007. *Foundational principles of South African medical law*. Durban: LexisNexis.

Cassileth BR *et al*

1980. Informed consent – Why are its goals imperfectly realized? *New England Journal of Medicine* 302: 896.

Chalmers D and Schwartz R

1993. *Rogers v Whittaker* and informed consent in Australia: A fair dinkum duty of disclosure. *Medical Law Review* 1: 139 – 159.

Claassen NJB and Verschoor T

1992. *Medical negligence in South Africa*. Pretoria: Digma.

Clark B

2001. "My right to refuse consent": The meaning of consent in relation to children and medical treatment. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 64 (4): 605-618.

Clarke S and Oakley J (Editors)

2007. *Informed consent and clinician accountability. – The ethics of report cards on surgeon performance.* Cambridge: Cambridge University Press.

Coertze LI

1938. Die gebondenheid van 'n minderjarige uit 'n kontrak. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 2: 280.

Coetzee LC

2004. Medical therapeutic privilege, a separate and independent defence eo nomine? *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 3: 464.

Cohen J and Mariano WE

1982. *Legal guidebook in mental health.* New York: The Free Press.

D

d'Agincourt – Canning L and Johnston C

2008. Disclosure. *Singer*. 2008: 24 – 30.

Dein S and Bhui K

2005. Issues concerning informed consent for medical research among non westernized ethnic minority patients in the UK. *Journal of the Royal Society of Medicine* 98: 354-356.

Deutsch E

1989. The right not to be treated or to refuse treatment. *Medicine and Law* 7(5): 433-438.

De Villiers JE and Macintosh JC

1981. *The law of agency in South Africa.* 3rd ed. by Silke JM. Cape Town: Juta.

De Vos W

1965. Miskenning van negotiorum gestio. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 28: 229 – 231.

1974. No enrichment action for improvements to movables? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 32: 308 – 314.

1987. *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg*. 3de uitg. Kaapstad: Juta en Kie, Bpk.

De Wet BS

1977. Clinical trials, children and the law. *South African Medical Journal*: 528.

Domat J

1861. The civil law in its natural order (Translation by Strahan W) (2 vols). London: J Bettenham for E Bell.

E

Earle M

1997. 'Informed consent': Is there room for the reasonable patient in South African law? *The South African Law Journal* 112 (4): 629.

Eiselen S en Pienaar G

1999. *Unjustified enrichment. A casebook*. 2nd ed. Durban: Butterworths.

2008. *Unjustified enrichment. A casebook*. 3rd ed. Durban: LexisNexis.

E

Faden RR and Beauchamp TL

1986. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press.

Fenwick P and Beran RG

1996. Informed consent – Should Bolam be rejected? *Medicine and Law* 16: 215 – 223.

Foster C

2009. *Choosing life, choosing death. The tyranny of autonomy in medical ethics and law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

Freeman MDA and Lewis ADE (editors)

2000. *Law and Medicine. Vol 3. Current legal issues*. New York: Oxford University Press.

Fremgen BF

2006. *Medical law and ethics*. 2nd ed. Upper Saddle River, New Jersey: Pearson Prentice Hall.

G

Giesen D

1988. *International medical malpractice law. A comparative law study of civil liability arising from medical care*. Tübingen: JCB Mohr (Paul Siebeck).

1993. The patient's right to know – a comparative law perspective. *Medicine and Law* 12: 553 – 565.

Giesen D and Fahrenhorst I

1984. Civil liability arising from medical care – principles and trends. *International Legal Practitioner* 9(3): 80-85.

Gordon I, Turner R and Price TW

1953. *Medical jurisprudence*. 3rd ed. Edinburgh: Livingstone.

Green Koopersmith ER

1984. Informed consent: The problem of causation. *Medicine and law* 3 (3): 231 – 236.

Greene B

2006. *Understanding medical law*. London : Cavendish Publishing Limited.

Grisso T and Appelbaum PS

1998. *Assessing competence to consent to treatment*. New York: Oxford University Press.

Groenewegen S à van der Made

1669. *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*. Amstelaedami. (edited and translated by Beinart B as "A treatise on the laws abrogated and no longer in use in Holland and neighbouring regions." – 2 vols). Johannesburg 1974 – 1975.

Grotius (De Groot) H

1965. *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*. 2de uitg. deur Dovring F, Fischer HFWD en Meijers EM. Leiden: Universitaire Pers Leiden.

Grubb A

1985. Medical law, 'informed consent' to medical treatment: Who decides, the patient or doctor? *Cambridge Law Journal* 44: 199.

2004. *Principles of medical law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.

H

Hahlo HR and Kahn E

1960. *The Union of South Africa. The development of its laws and constitution*. Cape Town: Juta & Company Limited.

Hardman JG, Moppet IK and Aitkenhead AR (editors)

2009. *Consent, benefit and risk in anaesthetic practice*. Oxford: Oxford University Press.

Henley L, Benatar SR, Robertson BA and Ensink K

1995. Informed consent – a Survey of doctors' practices in South Africa. *South African Medical Journal* 85 (12): 1273-1278.

Heywood R, Macaskill A and Williams K

2010. Informed consent in hospital practice: Health professionals' perspectives and legal reflections. *Medical Law Review* 18: 152 – 184.

Holder AR

1978. *Medical malpractice law*. 2nd ed. New York: John Wiley and Sons Inc.

Honoré AM

1960. Third party enrichment. *Acta Juridica* : 236 – 253.

Hosten WJ, Edwards AB, Nathan, C en Bosman F (Afrikaanse bewerking deur Bosman F en Hosten WJ)

1979. *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse reg en regsleer*. Durban: Butterworths.

Huber U

1768. *The jurisprudence of my time (Heedendaegse Rechtsgeleertheyt)*. (translated from the 5th ed by Gane P) (2 vols) 1939. Durban: Butterworths

I

Ingelfinger FJ

1972. Informed (but uneducated) consent. *New England Journal of Medicine*: 465-466.

J

Jackson E

2006. *Medical law. Text, cases, and materials*. New York: Oxford University Press.

Jackson RM and Powell JL (General editors)

1997. *Jackson and Powell on professional negligence*. 4th ed. London: Sweet & Maxwell.

Johnston C (Editor)

2010. *Medical treatment: Decisions and the law. The Mental Capacity Act in action*. 2nd ed. Haywards Heath – West Sussex: Bloomsbury Professional Ltd.

Jones MA

1984. Doctor knows best? *Law Quarterly Review* 100: 355.

1996. *Medical negligence*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell.

1999. The Bolam test and the responsible expert. *Tort Law Review* : 226 – 250.

2008. *Medical negligence*. 4th ed. London: Sweet & Maxwell.

Joubert DJ

1979. *Die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg*. Kaapstad: Juta.

Joubert DJ and Van Zyl DH

2009. Mandate and negotiorum gestio: Joubert and Faris 2009: par 17 – 35.

K

Katz J

1984. *The silent world of doctor and patient*. New York: Free Press.

Kegley JAK

2002. Genetics decision-making: A template for problems with informed consent. *Medicine and Law* 21: 459 – 471.

Kennedy I

1984. The patient on the Clapham omnibus. *Modern Law Review* 47: 454.

1998. Commentary on Arndt v Smith. *Medical Law Review*. 6: 126 – 131.

Khan M and Robson M

1997. *Medical negligence*. London: Cavendish Publishing Limited.

King JS and Moulton BW

2006. Rethinking informed consent: The case for shared medical decision-making. *American Journal of Law and Medicine* 32: 429 – 501.

L

LeBlang TR

1995. Informed consent and disclosure in the physician-patient relationship: Expanding obligations for physicians in the United States. *Medicine and Law* 14: 429 – 444.

Lee RW and Honoré AM

1978. *The South African law of obligations*. 2nd ed. Edited by Newman E and McQuoid-Mason DJ. Durban: Butterworths.

Leech BE

1994. Enrichment at whose expense? – A postscript. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 57 : 695 – 703.

Lewis CJ

1988. *Medical negligence. A plaintiff's guide*. London: Frank Cass & Co. Ltd.

Lotz JG and Brand FDJ

2005. Enrichment. Joubert and Faris 2005: par 207 – 243.

Lubbe DS, Oelofse EN en Raubenheimer E

1998. Rekeningkundige-opleiding van prokureurs in Suid-Afrika: Enkele empiriese bevindings. *Tydskrif vir Regswetenskap* 23 (1): 75-86.

M

Maclean A

2009. *Autonomy, informed consent and medical law. A relational challenge*. Cambridge: Cambridge University Press.

Mason JK, Laurie GT and Aziz M

2006. *Mason and McCall Smith's Ethics*. 7th ed. New York: Oxford University Press.

Mason K and Brodie D

2005. Bolam Bolam – Wherefore art thou Bolam? *Edinburg Law Review* 9: 398.

McHale J and Fox M

2006. *Health care law: Text and materials*. 2nd ed. London: Sweet and Maxwell.

McLean SAM

2010. *Autonomy, consent and the law*. London: Routledge – Cavendish.

McLean SAM (editor)

1981. *Legal issues in medicine*. Aldershot: Gower Publishing Co Ltd.

2006. *First do no harm: Law, ethics and healthcare*. Aldershot: Ashgate.

McLean SAM and Mason JK

2003. *Legal and ethical aspects of healthcare*. London: Greenwich Medical Media Limited.

McLean SAM and McKay AJ

1981. Consent in medical practice. McLean 1981: 96 – 113.

McQuoid-Mason DJ

2001. *Legal aspects of medical practice*. Dada and McQuoid-Mason 2001: Durban: Butterworths.

2008. *Medical professions and practice*. Joubert and Faris 2008: par 1 – 179.

McQuoid-Mason DJ and Dada MA

1999. *Guide to forensic medicine and medical law*. Durban: Independent Medical Legal Unit, University of Natal.

McQuoid-Mason DJ and Dada MA (editors)

2001. *Introduction to medico-legal practice*. Durban: Butterworths.

McSherry B

1993. Failing to advise and warn of inherent risks in medical treatment: When does negligence occur? *Journal of Law and Medicine* 1: 5.

Meisel A

1979. The 'exceptions' to the informed consent doctrine: Striking a balance between competing values in medical decisionmaking. *Wisconsin Law Review* : 413 – 488.

Meyers D

2006. Chester v Afshar: Sayonara, sub silentio, Sidaway? *McLean* 2006: 255 – 271.

Millner MA

1957. The doctor's dilemma. *The South African Law Journal* 74 (4): 384-390.

Miola J

2007. *Medical ethics and medical law. A symbiotic relationship*. Portland, Oregon: Hart Publishing.

2009. On the materiality of risk. Paper tigers and panaceas. *Medical Law Review* 17: 76 – 108.

Molnar J

1997. Consent in the 90's. *Medicine and Law* 16: 567 – 579.

Monks SS

1993. The concept of informed consent in the United States, Canada, England and Australia: a Comparative analysis. *University of Queensland Law Journal* 17 (2): 222 – 233.

Morton WJ

1987. The doctrine of informed consent. *Medicine and Law* 6 (2): 117-125.

N

Nathan C

1974. Enrichment liability and the ius retentionis. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 37: 101 – 106.

1979. Reimbursement for the payment of another's debt. *Businessman's Law* 9: 14 – 16.

Neethling J

1970. Negotiorum gestio of verryking? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 33: 280 – 284.

Neethling J en Potgieter JM

2010. *Deliktereg*. 6^e uitg. Durban: LexisNexis.

Neethling J, Potgieter JM en Visser PJ

2006. *Deliktereg*. 5de uitg. Durban: Butterworths.

Nienaber AG

2008. Informed consent to participation in preventional HIV vaccine efficacy trails in the light of section 12 (2) (c) of the South African Constitution. *Journal for Juridical Science* 33 (1): 69-101.

O

Olivier NJJ, Pienaar GJ en Van der Walt AJ

1992. *Sakereg. Studentehandboek*. 2de uitg. Kaapstad: Juta en Kie, Bpk.

P

Pattinson SD

2006. *Medical law and ethics*. London: Sweet & Maxwell.

Pauw W

1964 – 1972. *Observationes tumultuariae novae* (edited by Feenstra R, De Koning-Bey WL, Van Holk LE & Van Soest HW). Harlemi: Tjeenk Willink.

Picard EI and Robertson GB

1996. *Legal liability of doctors and hospitals in Canada*. 3rd ed. Toronto: Carswell Legal Publications.

Pincus RC

1993. Has informed consent finally arrived in Australia? *The Medical Law Journal of Australia* 159: 25 – 27.

Polanksy S

2006. Overcoming the obstacles: A collaborative approach to informed consent in prenatal genetic screening. *Health Law Journal* 14: 21 – 43.

Pothier RJ

1979. *Pothier's Treatise on the Contract of Mandate (Traite du Contrat de Mandat)* (translated by Rogers BG and De Wet BX). Johannesburg: Lex Patria.

Powers MJ and Harris NH (editors)

1990. *Medical negligence*. London: Butterworths.

R

Ridley DT

2001. Informed consent, informed refusal, informed choice – What is it that makes a patient's medical treatment decisions informed? *Medicine and Law* 20: 205 – 214.

Robertson GB

1981. Informed consent to medical treatment. *Law Quarterly Review* : 102.

2003. Informed consent: 20 Years later. *Health Law Journal Special Edition* : 153 – 159.

Rosoff A

1981. *Informed consent. A guide for health care providers*. Rockville: Aspen Systems.

Rubin L

1954. The legal consequences of contracts concluded by a negotiorum gestor. *Butterworth's South African Law Review* : 124 – 133.

1958a. *Unauthorized administration (negotiorum gestio)* in South Africa. Cape Town: Juta & Co Limited.

1958b. Negotiorum gestio and the animus negotia aliena gerendi. *Acta Juridica*: 54 – 63.

S

Samanta A, Mello M, Foster C, Tingle J and Samanta J

2006. The role of clinical guidelines in medical negligence litigation: A shift from the Bolam standard. *Medical law review* 14: 321.

Schneider CE and Farrel MH

2000. Information, decisions and the limits of informed consent. *Freeman and Lewis* 2000: 107 - 126.

Scholtens JE

1951. Negotiorum gestio and unjust enrichment. *The South African Law Journal* 68: 134 – 137.

1959. Rights of recourse of sureties and third persons who paid another's debt. *The South African Law Journal* 76: 266 – 271.

1966. The general enrichment action that was. *The South African Law Journal* 83: 391 – 402.

1968. Enrichment at whose expense? *The South African Law Journal* 85: 371 – 379.

1969. An old question of enrichment liability: Payment of another's debt. *The South African Law Journal* 86: 131 – 135.

1970. The actio contraria of the negotiorum gestor and his duty to account. *The South African Law Journal* 87: 284 – 288.

1979. Negotiorum gestio: Payment of another's debt. *Annual Survey* : 175 – 177.

Schuck PH

1994. Rethinking informed consent. *Teff* 2001: 285 – 345.

Schultz F

1951 (reprint 1961). *Classical Roman Law*. Oxford: Clarendon Press.

Singer PA (ed)

2008. *The Cambridge textbook of bioethics*. 1st ed. Cambridge: Cambridge University Press.

Skegg PDG

1988. *Law, ethics and medicine*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press.

1999. English medical law and 'informed consent': An Antipodean assessment and alternative. *Medical Law Review* 7: 135 – 165.

Skene L and Smallwood R

2002. Informed consent: Lessons from Australia. *British Medical Journal* : 39 – 41.

Slovenko R

1994. Informed consent: Information about the physician. *Medicine and Law* 13: 467 – 472.

1997. Informed consent – A ploy? *Medicine and Law* 16: 651 – 653.

Smit PC

1975. Enkele opmerkings aangaande eksperimentering op menslike wesens deur medici. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 254-267.

1977. Clinical trails and informed consent. *South African Medical Journal* : 778.

1983. 'n Beroepsreg om te genees? *Suid-Afrikaanse Mediese Tydskrif* 63 (8): 282-284.

Snyman CR

2002. *Criminal law*. 4th ed. Durban: Butterworths.

Sommer W

1986. Comparison of informed consent in English and German law. *Medicine and Law* 5 (5): 353 – 364.

Sones B

2006. A tale of two countries: Parallel visions for informed consent in the United States and the United Kingdom. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 39: 253 – 290.

Sonnekus JC

1986. Sterilisasie – Toestemming deur nie-pasiënt-gade. *De Rebus*: 369.

1996. Ongeregverdigde verrykking én ongeregverdigde verarming vir kondikering in driepartyverhoudings. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* : 1 – 19.

1997. Goedgelowige paneelklopper beloon met verrykkingseis teen derde. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* : 383 – 390.

2007. *Ongegronde verrykking in die Suid-Afrikaanse reg*. Durban: LexisNexis.

Spriggs M

2007. The value and practical limits of informed consent. Clarke and Oakley. 2007: 134 – 146.

Stauch M, Wheat K and Tingle J

2006. *Text, cases and materials on medical law*. 3rd ed. Oxon: Routledge Cavendish.

Stoljar SJ

1984. Negotiorum gestio. Von Caemmerer and Schlechtriem. 1984: 141 – 152.

Stone J and Matthews J

1996. *Complementary medicine and the law*. New York: Oxford University Press.

Strauss SA

1963. *Aspekte van die begrip 'toestemming' in die strafreg en die deliktereg*. Pretoria: Mededelings van die Universiteit van Suid-Afrika.

1964. Bodily injury and the defence of consent. *The South African Law Journal* : 179.

1984. *Doctor, patient and the law*. 2nd ed. Pretoria: JL van Schaik (Pty) Ltd.

1987. Geneesheer, pasiënt en die reg: 'n Delikate driehoek. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 1: 1-11.

1991. *Doctor, patient and the law. A selection of practical issues*. Pretoria: JL van Schaik Beperk.

1996. Privaatheidskending en die toestemmingsvereiste by bloedtoetsing vir VIGS – C v Minister of Correctional Services saakno 8579/94 1995 (T). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*: 492-497.

2006. *Medical law – South Africa*. Blanpain and Nys 2006.

Strauss SA en Strydom MJ

1967. *Die Suid-Afrikaanse geneeskundige reg*. Pretoria: JL van Schaik Beperk.

I

Taitz JL

1993. Testing for HIV infection without surgical patient's consent. *CME* 11 (1): 79-85.

Tan SY

2006. *Medical malpractice. Understanding the law, managing the risk*. Singapore: World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd.

Teff H

1985. Consent to medical procedures: Paternalism, self determination or therapeutic alliance? *Law Quarterly Review* 101: 432.

Teff H (Editor)

2001. *Medical practice and malpractice*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited.

Thomas PHJ, Van der Merwe CG en Stoop BC

2000. *Historiese grondslae van die Suid-Afrikaanse privaatreë*. Durban: Butterworths.

Thomas R

2007. Where to from Castell v De Greef? Lessons from recent developments in South Africa and abroad regarding consent to treatment and standard of disclosure. *The South African Law Journal* 124 (1): 188-215.

Tickner K

1995. Rogers v Whitaker – Giving patients a meaningful choice. *Oxford Journal of Legal Studies* 14 (1): 109 – 118.

Tovey G

2008. *Medical Law*. 1st ed. London: Sweet & Maxwell.

Trinidad FA

1982. Intentional torts: some thoughts on assault and battery. *Oxford Journal of Legal Studies* 2: 211.

V

Van Bynkershoek C

1926 – 1962. *Observationes tumultuariae* (edd Meijers EM, De Blécourt AS, Bodenstern HDJ) (4 vols). Harlemi.

Van Caemmerer E and Schlechtriem P (eds)

1984 (10). *International Encyclopedia of Comparative Law*.

Van den Heever P

1993. Therapeutic privilege in the South African medical law. *South African Medical Journal* 83: 911-912.

1995. The patient's right to know. Informed consent in South African medical law. *De Rebus*: 53-56.

2004. Assault or negligence? Medical intervention or treatment without the patient's informed consent. *De Rebus*: 55.

2007. *The application of the doctrine of a loss of a chance to recover in medical law*. Pretoria: Pretoria University Law Press.

Van der Keesel DG

1805. *Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii introductionem ad iurisprudentiam Hollandicam* (translated by Gonin HL as: "Voorlesinge oor die Hedendaagse Reg na aanleiding van De Groot se 'Inleiding tot de Hollandse rechtsgeleerdheid'") (5 vols). Amstelodami (Amsterdam)/Kaapstad 1961 – 1967: Balkema.

Van der Linden J

1793. Supplementum to Johannes Voet, Commentarii ad pandectas (published as Tomus tertius of Voet's Commentarius ad pandectas: ejusdem commentarii continens Supplementum auctore Joanne van der Linden). Trajecti ad Rhenum: Wild en Altheer.

1806. *Regsgeleerd practicaal en Koopmans handboek*. Amsteldam.

Van der Merwe NJ en Olivier PJJ

1989. *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg*. 6^e uitg. Pretoria: Van der Walt.

Van der Merwe S, Van Huyssteen LF, Reinecke MFB en Lubbe GF

2003. *Contract. General principles*. 2nd ed. Lansdowne: Juta.

Van der Walt AJ

2002. *Sakereg vonnisbundel*. Lansdowne: Juta.

Van der Walt JC and Midgley JR

2005. *Principles of delict*. 3rd ed. Durban: LexisNexis Butterworths.

Van Jaarsveld SR

1974. *Die leerstuk van ratifikasie in die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg*. Kaapstad/Pretoria: Haum.

Van Leeuwen S

1780 – 1783. *Het Roomsche Hollandsche Recht* (met aantekeningen uitgebreid door Decker CW) (2 vols). Amsteldam: Ten Houten.

Van Niekerk AA

2002. Mediese etiek en chirurgie. *Tydskrif vir Geesteswetenskappe* 42 (4): 260 – 272.

Van Niekerk JP

1992. Salvage and negotiorum gestio: Exploratory reflections on the jurisprudential foundation and classification of the South African law of salvage. Visser 1992: 148 – 174.

Van Oosten FFW

1989. Informed consent: Patients rights and the doctor's duty of disclosure in South Africa. *Medicine and Law* 7: 443-456.

1991. *The doctrine of informed consent in medical law*. Frankfurt am Main: Peter Lang.

1992. The doctor's duty of disclosure and excessive information liability. *Medicine and Law* 11: 633-639.

1995. Castell v De Greef and the doctrine of informed consent: Medical paternalism ousted in favour of patient autonomy. *De Jure* 28 (1): 164 -179.

1998. Deviations from or extensions of agreed medical interventions: The defences. *De Jure*: 197-203.

2000. The law and ethics of information and consent in medical research. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 63: 5-31.

Van Wyk CW

1992. VIGS en bloedoortappings: enkele regsaspekte. *De Jure* 1: 23-37.

Van Zyl DH

1970. *Die saakwaarnemingsaksie as verrykingsaksie in die Suid-Afrikaanse reg*. Leiden: Luctor et Emergo.

1977. *Geskiedenis en beginsels van die Romeinse privaatreë*. Durban: Butterworths.

1981. *Beginnels van regsvergelyking*. Durban: Butterworths.

1985. *Negotiorum gestio in South African law. An historical and comparative analysis*. Durban: Butterworth Publishers (Pty) Ltd.

Verheggen FWSM and Van Wijmen FCB

1997. Myth and reality of informed consent in clinical trials. *Medicine and Law* 16: 53 – 69.

Visser D

2008. *Unjustified enrichment*. Cape Town: Juta.

Visser DP (Editorial consultant)

1992. *Unjustified enrichment. Essays in honour of Wouter de Vos*. Cape Town: Juta & Co, Ltd.

Visser DP en Miller S

2000. Between principle and policy: indirect enrichment in subcontractor and 'garage repair' cases. *The South African Law Journal* : 594 – 617.

Voet J

1729. *De beginselen des rechts, volgens de schikking van de vier boeken der onderwyzingen des rechts van den keiser Justiniaen*. Gravenhage.

1829. *The Selective Voet, being the commentary on the Pandects by Johannes Voet and the supplement to that work by Johannes van der Linden* (translated by Percival Gane: 1955 – 1958) (7 vols). Durban: Butterworths.

W

Waltz J and Scheuneman T

1970. Informed consent to therapy. *Northwestern University Law Review* 64: 628 – 650.

Wessels JW

1951. *The law of contract in South Africa* 2nd ed (by Roberts AA). Durban: Butterworths.

Whitty NR and Van Zyl DH

2004. Unauthorized management of affairs (negotiorum gestio). Zimmerman, Visser en Reid 2004: 366 – 398.

Wille G

1961. *Wille's principles of South African law*. 5th ed. Cape Town: Juta.

2007. *Wille's principles of South African law*. 9th ed. (General editor – Du Bois F). Cape Town: Juta & Co, Ltd.

Williams JR

2008. Consent. Singer 2008: 11 -16.

Wilson M

2006. When is a risk of medical treatment material? *De Rebus*: 22-25.

Wilson MCI

2009. Assault in medical law: Revisiting the boundaries of informed consent to medical treatment in South Africa. *Journal of Law and Medicine* 16 (5): 862-884.

Z

Zimmerman R

1990. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Cape Town: Juta.

Zimmerman R, Visser D and Reid K (eds)

2004. *Mixed legal systems in comparative perspective: Property and obligations in Scotland and South Africa*. Oxford: Oxford University Press.

PROEFSKRIFTE EN VERHANDELINGS

Coetzee LC

2001. *Medical Therapeutic Privilege*. Unpubl. LL.M. dissertation. Pretoria: University of South Africa.

John DG

1951. *'n Oorsig van onregverdige verryking as gedingsoorsaak in die Suid-Afrikaanse reg*. Ongepubl LLD-proefskrif. Leiden: Universiteit van Leiden.

Strauss SA

1961. *Toestemming tot benadeling as verweer in die strafreg en die deliktereg*. Ongepubl LLD-proefskrif. Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika.

Van den Heever P

1997. *Therapeutic privilege in the South African medical Law*. Unpubl. LL.M. dissertation. Cape Town: University of Cape Town.

ALFABETIESE LYS VAN HOFSAKE**SUID-AFRIKA****A**

ABSA Bank Ltd t/a Bankfin v Stander t/a CAW Paneelkloppers 1998 (1) SA 939.
 Abroms v Minister of Railways and Harbours 1917 WLD 51.
 Administrator Natal v Edouard 1990 (3) SA 581 (A).
 Allot v Paterson and Jackson 1936 SR 221.
 Amod Salie v Ragoon 1903 TS 100.
 Anderson & Co v Pienaar & Co 1922 TPD 435.
 Applicant v Administrator Transvaal 1993 (4) SA 733 (T).
 Associated Boating Companies v Baardsen: In Re The "Lief" 12 SC (1895)
 330 (K).

B

B & H Engineering v First National Bank of SA Ltd 1995 (2) SA 279 (A).
 Behr v Minister of Health 1961 (1) SA 629 (SR).
 Behrman v Klugman 1988 (W) (ongerapporteerde).
 Bernstein v Taylor 5 HCG (1888) 258.
 Blesbok Eiendomsagentskap v Cantamessa 1991 (2) SA 712 (T).
 Bonitas Medical Aid Fund v Volkskas Bank Ltd 1992 (2) SA 42 (A).
 Boyce v Bloem 1960 (3) SA 855 (T).
 Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze and Sons 1970 (3) SA 264 (A).
 Broude v McIntosh 1998 (3) SA 60 (HHA).
 Burger v Administrateur Kaap 1990 (1) SA 483 (K).
 Buzzard Electrical (Pty) Ltd v 158 Jan Smuts Avenue (Pty) Ltd en 'n Ander 1996
 (4) SA 19 (A).

C

- C v Minister of Correctional Services 1996 (4) SA 292 (T).
Castell v De Greef 1993 (3) SA 501 (K).
Castell v De Greef 1994 (4) SA 408 (K).
Chaimowitz v Balgowan Trading Co 1927 NPD 36.
Charente Steamship Co Ltd v New Transvaal Chemical Co Ltd 1913 WLD 60.
Christian Lawyers' Association v Minister of Health and Others 1998 (4) SA 1113 (T).
Colonial Cabinet Manufacturing Co v Wiid 1927 CPD 198.
Colonial Government v Smith and Company 18 SC (1901) 380.
Correia v Berwind 1986 (4) SA 60 (Z).
Crookes NO and Another v Watson and Others 1956 (1) SA 227 (A).

D

- De Beers Consolidated Mines v London and South African Exploration Company 10 SC (1893) 359.
De Hart v De Jongh 1903 TS 260.
Dube v Administrator Transvaal 1963 (4) SA 260 (W).

E

- Edelstein v Edelstein 1952 (3) SA 1 (A).
Edouard v Administrator Natal 1989 (2) SA 368 (D).
Esterhuizen v Administrator Transvaal 1957 (3) SA 710 (T).
Ex Parte Abbas 1920 CPD 346.
Ex Parte Dixie 1950 (4) SA 748 (W).
Ex Parte Dold and Stone 1922 EDL 211.
Ex Parte Hands 25 SC (1908) 417.
Ex Parte Hattersley 1940 TH 258.
Ex Parte Lennon Ltd 1929 WLD 195.

Ex Parte Pearlman 1957 (4) SA 666 (N).

Excell v Douglas 1924 CPD 472.

E

Fine and Gluckman v Heyneke 1915 TPD 211.

Forster v Becker 1914 EDL 193.

G

Gammon v McClure 1925 CPD 137.

Gerber v Wolson 1955 (1) SA 158 (A).

Gouws v Jester Pools (Pty) Ltd 1968 (3) SA 563 (T).

Grant's Farming Co Ltd v Attwell 9 HCG (1901).

Greenshields v Chisholm 3 SC (1884) 220.

H

Harman's Estate v Bartholomew 1955 (2) SA 302 (N).

Havenga v Steyn 3 Menzies (1844) 511.

Hay v B 2003 (3) SA 492.

Heimdal Steamship Company of 1912 Ltd v Union Government; Steamship Svendborg Ltd v Union Government; East Asiatic Company Ltd v Union Government; A/S Motor Tramp v Union Government 1951 (3) SA 899 (N).

Hochmetals Africa (Pty) Ltd v Otavi Mining Co (Pty) Ltd 1968 (1) SA 571 (A).

J

Jacobs v Maree 19 SC (1902) 152.

Jameson's Minors v CSAR 1908 TS 575.

Jooste v National Media Ltd 1994 (2) SA 634 (K).

K

Karsten v Forster 1914 CDP 919.
Kehrman v Stewart 1905 TS 677.
Killian v Reilly 18 CTR (1908) 159.
Klug and Klug v Penkin 1932 CPD 401.
Knoll v SA Flooring Industries Ltd 1951 (1) SA 404 (T).
Koen v Maske & Co 24 SC (1907) 699.
Kunneke v Eerste Naionale Bank van Suidelike Afrika Bpk 1997 (3) SA 300 (T).

L

L Ferera (Private) Ltd v Vos NO 1953 (3) SA 450 (A).
Lampert v Hefer 1955 (2) SA 507 (A).
Lawrie v Union Government (Minister of Justice) 1930 TPD 402.
Layton & Layton v Wilcox & Higginson 1944 SR 48.
Lewis Brothers v East London Municipality 21 SC (1904) 156.
Lintott v Hill (1909) ORC 87.
Lodge v Modern Motors Ltd 1957 (4) SA 103 (SR).
Louwrens v Oldwage 2006 (2) SA 161 (HHA).
Lymbery v Jefferies 1925 AD 236.

M

Maartens v Pope 1992 (4) SA 883 (N).
Maritime Motors (Pty) Ltd v Von Steiger 2001 (3) 584 (SOK).
Mayton v The Master "Harry Escombe" and Others 1920 AD 1987.
McCallum v Hallen 1916 EDL 72.
McCarthy Retail Ltd v Shortdistance Carriers CC 2001 (3) SA 482 (HHA).
McDonald v Wroe [2006] 3 All SA 585 (K).
McEwen NO v Khader 1969 (4) SA 559 (N).
Meyers v Marks Ltd 1916 CDP 716.

Michael v Linksfield Park Clinic (Pty) Ltd 2001 (3) SA 1188 (HHA).

Minister of Justice v Lawrie 1930 TPD 877.

Minister of Safety and Security v Gaqa 2002 (1) SASV 654 (K).

Minister of Safety and Security v Xaba 2003 (2) SA 703 (D).

Mohamed v Kamaludien 1938 CPD 140.

Molife v Barker (1910) 27 SC 9.

Mtetwa v Administrator Natal 1989 (3) SA 600.

N

Natal Bank Ltd v Parsons 1906 TH 102.

Natal Shipping and Trading Co Ltd v African Madagascar Agencies Ltd 1921 TPD 530.

Nel v Divine Hall and Co (1890) 2 SC 16.

Nell v Nell 1990 (3) SA 889 (T).

New Club Garage v Millborrow and Son 1931 GWLD 86.

Nortje en 'n Ander v Pool NO 1966 (3) SA 96 (A).

O

Odendaal v Van Oudtshoorn 1968 (3) SA 433 (T).

Oelofse v Grundling 1952 (1) SA 338 (K).

Oldwage v Louwrens [2004] 1 All SA 532 (K).

Outeniqua Produce Agency v Machanik 1924 CPD 315.

P

Palmer v Palmer 1955 (3) SA 56 (O).

Phillips & Co v Greyvenstein & Co 1922 EDL 29.

Phillips v De Klerk 1983 (T) (Ongerapporteerde).

Pollock v Creydt 1915 NPD 350.

Ploughall (Edms) Bpk v Rae 1971 (1) SA 887 (T).

Pretorius v Van Zyl 1927 OPD 226.

Prince qq Dieleman v Berrange, alias Anderson 1 Menzies (1830) 435.

Pringle v Administrator Transvaal 1990 (2) SA 379 (W).

Prowse v Kaplan 1933 EDL 257.

R

R v Taylor 1927 CPD 16.

Rademeyer and Others v Rademeyer and Others 1968 (3) SA 1 (K).

Recsei's Estate v Meine 1943 EDL 227.

Reid and Others v Warner 1907 TS 961.

Richter v Estate Hamman 1976 (3) SA 226 (K).

Rompel v Botha 1953 (T) (Ongerapporteerde).

Rossouw and Rossouw v Hodgson and others 1925 AD.

Ryneveld v The Wine Depot 2 Menzies (1833) 185.

S

S v Binta 1993 (2) SASV 553 (K).

S v Kiti 1994 (1) SASV 14 (E).

S v Orrie 2004 (3) SA 584 (K).

S v Sikunyana 1961 (3) SA 549 (E).

SA Medical and Dental Council v McLoughlin 1948 (2) SA 355 (A).

SA Railways and Harbours v Wilcock NO 1935 CPD 489.

Savory v Baldochi 1907 TS 523.

Seetal v Pravitha 1983 (3) SA 827 (D).

Shaw v Kirby 1924 GWL 33.

Silver v Premier, Gauteng Provincial Government 1998 (4) SA 569 (W).

Simon and Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd 1984 (2) SA 888(A).

Skyword (Pvt) Ltd v Peter Scales (Pvt) Ltd 1979 (1) SA 570 (R).

Smit v Abrahams 1994 (4) SA 1 (A).

Soane v Lyle NO 1980 (3) SA 183 (D).

Soumbasis v Administrator of the Orange Free State 1989 (O)
(Ongerapporteerde).

Spencer v Gostelow 1920 AD 617.

Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd 1979 (2) SA 383 (K).

Standard Kredietkorporasie Bpk v JOT Motors (Edms) Bpk h/a Vaal Motors 1986
(1) SA 223 (A).

Stoffberg v Elliot 1923 CPD 148.

Stoll's Trustee v Kriege and Bosman 3 Menzies (1835) 448.

I

Table Bay Harbour Board v New Zealand Steamship Co (The "Papanui") (1901)
18 SC 34.

Theron v Africa 10 SC (1893) 246.

Trahair v Webb & Co 1924 WLD 227.

Turkstra v Massyn 1959 (1) SA 40 (T).

U

Union Bank v Beyers; Union Bank v Du Toit 3 SC (1881) 89.

United Building Society v Smookler's Trustees and Golombick's Trustee 1906
TS 623.

Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Matthee 1917 AD 688.

V

Vadas (Pty) Ltd v Philp 1940 CPD 267.

Van Rensburg v Straughan 1914 AD 317.

Van Staden v Pretorius 1965 (1) SA 852 (T).

Van Vollenhoven v Lawrence 1915 OPD 127.

Van Wyk v Lewis 1924 AD 438.

Verhoef v Meyer 1975 (T) Ongerapporteerde.

Vernall v Naested 1924 SR 103.

Vryburg School Board v Cloete 1955 (3) SA 355 (A).

W

Waring and Gillow Ltd v Sherborne 1904 TS 340.

Wessels v Morice 1913 NPD 112.

Williams' Estate v Molenschoot and Schep (Pty) Ltd 1939 CPD 360.

Wiplinger v Wax 1933 EDL 60.

Wolmaransstad Ko-operatiewe Vereniging v Leask & Co 1915 TDP 272.

WP Koöperatief Bpk v Louw 1995 (4) SA 978 (K).

Wynland Construction (Pty) Ltd v Ashley – Smith en Andere 1985 (3) SA 798 (A).

Y

Yu Kwan v President Insurance Co Ltd 1963 (1) SA 66 (T).

Z

Zurnamer v Thielke 1924 CPD 176.

BUITELANDSE HOFSAKE**A**

Albrighton v Royal Prince Alfred Hospital [1980] 2 NSWLR 542.

Allan v New Mount Sinai Hospital (1980) 109 DLR (3d) 634.

Arena v Gingrich 748 P 2d 547 (Or 1988).

Arndt v Smith [1994] 8 WWR 568; (1997) 148 DLR (4th) 48.

Ashe v Radiation Oncology Assocs. 9 SW 3d 119 (Tenn 1999).

B

Battersby v Tottman (1984) 35 SASR 577, (1985) 37 SASR 524.

Birch v University College London Hospital NHS Foundation Trust (2008) 104 BMLR 168.

Blyth v Bloomsbury Health Authority [1993] 4 Med LR 151 (CA).

Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] 2 All ER 118.

Bolitho v City and Hackney Health Authority [1998] AC 232.

Byciuk v Hollingsworth [2004] ABQB 370; (2004) 27 CCLT (3d) 116.

C

Canterbury v Spence 464 F 2d 772 (DC Cir 1972).

Casey v Provan (1984) 11 DLR (4th) 708.

Chappel v Hart [1998] HCA 55.

Chatterton v Gerson [1981] 1 QB 432.

Chester v Afshar [2004] 4 All ER 587.

Ciarlariello v Schacter (1993) 100 DLR (4th) 609.

Cobbs v Grant 502 P 2d 1 (Cal 1972).

Collins v Wilcock [1984] 3 All ER 374 CA.

Considine v Camp Hill Hospital (1982) 133 DLR (3d) 11.

D

Davis v Barking, Havering and Brentwood HA [1993] 4 Med LR 85.

De Freitas v O'Brien [1995] 6 Med LR 108.

Diacak v Bardsley (1983) 25 CCLT 159, (1984) 31 CCCT.

E

E v Australian Red Cross Society (1991) 99 ALR 601; [1991] 2 Med LR 303;
(1991) 105 ALR 53 (Aus Fed CA).

Ellis v Wallsend District Hospital (1989) 17 NSWLR 553.

Estate of Behringer v The Medical Center at Princeton 192 A 2d 1251 (NJ Super
1991).

E

F v R (1982) 33 SASR 189.

Fain v Smith 479 So 2d 1150 (Ala 1985).

Ferguson v Hamilton Civic Hospitals (1983) 144 DLR (3d) 214; (1985) 18 DLR
(4th) 638.

G

Gold v Haringey Health Authority [1987] 2 All ER 888.

Gover v South Australia (1985) 39 SASR 543.

Gowton v Wolverhampton HA [1994] 5 Med LR 432.

H

H v Royal Alexandra Hospital for Children (1990) 1 Med LR 297.

Hajgato v London Health Association (1982) 36 OR (2d) 669.

Hart v Chappel [1994] 5 Med LR 365.

Hartman v D'Ambrosia 665 SO 2d 1206 (La App 4th Cir 1995).

Haughian v Paine (1987) 37 DLR (4th) 424.

Hills v Potter [1984] 3 All ER 716.

Hopp v Lepp (1980) 112 DLR (3d) 67.

I

In Re S (Adult Patient: Sterilisation) [2001] Fam 15.

J

Johnson v Kokemoor 545 NW 2d 495 (Wis 1996).

K

Kennedy v Parrot 90 SE 2d 754 (NC 1956).

Kitchen v McMullin (1989) 50 CCLT 215.

Kohoutek v Hafner 383 NW 2d 295 (Minn 1986).

L

Leyson v Stevermann 705 p 2d 37 (Haw 1985) 47.

M

Mason v Forgi (1984) 31 CCLT 66, (1986) 38 CCLT 171.

Maynard v West Midlands Regional Health Authority [1984] 1 WLR 634.

McAllister v Lewisham and North Southwark HA [1994] 5 Med LR 343.

McPherson v Ellis 287 SE 2d 892, 896 – 897 (NC 1982).

Meyer Estate v Rogers (1991) 78 DLR (4th) 307.

Mitchell v Robinson 334 SW 2d 11 (Ma 1960).

Mohr v Williams 95 Minn 261, 104 NW 12 (1905).

Moore v Regents of the University of California 793 P 2d 379 (Cal 1990).

N

Natanson v Kline 350 P 2d 1093 (Kan 1960).

Nishi v Hartwell 473 P 2d 116 (Haw 1970).

O

P

Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust (1998) 48 BMLR 118 (CA).

Perna v Pirozzi (1983) 457 A 2d 431.

Pittman Estate v Bain (1994) 112 DLR (4th) 257.

Poynter v Hillingdon Health Authority (1997) 37 BMLR 192.

R

Reibl v Hughes (1980) 114 DLR (3d) 1.

Rogers v Whitaker (1992) 109 ALR 625, [1993] 4 Med LR 79.

Rosenberg v Percival [2001] HCA 18.

S

Salgo v Leland Stanford Junior University Board of Trustees 317 P 2d 170 (Cal Dist Ct App 1957).

Sard v Hardy 281 Md 432, 444, 379 A 2d 1014 (1977).

Scaria v St Paul Fire and Marine Insurance Company 68 Wisc 2d 1, 227 NW 2d 647, 655 (1975).

Schanczi v Singh [1988] WWR 465.

Schloendorff v Society of New York Hospital 105 NE 92 (NY 1914).

Scott v Bradford 606 P 2d 554 (Okla 1979).

Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital [1985] AC 871; [1985] 1 All ER 643.

Smith v Barking, Havering and Brentwood Health Authority [1994] 5 Med LR 285.

Smith v Turnbridge Wells HA [1994] 5 Med LR 334.

Spencer v Seikel 742 P 2d 1126, 1129 (Okla 1987).

T

Truman v Thomas 661 P 2d 902 (Cal 1980).

V

Videto v Kennedy (1981) 125 DLR (3d) 127.

W

White v Turner (1981) 120 DLR (3d) 269.

Whitehouse v Jordan [1981] 1 WLR 246.

Wyatt v Curtis [2003] EWCA Civ 1779, CA.

WETGEWING

Children's Act 38 van 2005.

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996.

Mental Health Care Act 17 of 2002.

National Health Act 61 of 2003.

Verjaringswet 18 van 1943.

Verjaringswet 68 van 1969.

Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting 2 van 2000.

Wet op Gesondheidsberoep 56 van 1974.

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