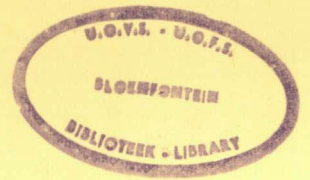


1991 086 38501



HIERDIE EKSEMPLAAR MAG ONDER
GEEN OMSTANDIGHED E UIT DIE
BIBLIOTEK VERWYDER WORD NIE

UOVS - BIBLIOTEK



199108638501220000019

AANSPREEKLIKHEID VAN GENEESHERE OP GROND VAN
NALATIGE WANPRAKTYK

deur

NICOLAAS JOHANNES BRAND CLAASSEN

Ter gedeeltelike voldoening aan die vereistes vir die graad

MAGISTER LEGUM

in die

DEPARTEMENT STRAFREG, FAKULTEIT REGSGELEERDHEID

aan die

UNIVERSITEIT VAN DIE ORANJE-VRYSTAAT

Datum van inlewering
30 November 1990

Studieleier
Prof. T. Verschoor

Universiteit van die
Oranje-Vrystaat
BLOEMFONTEIN
18 JUN 1991
UOVS SASOL BIBLIOTEK

T 346.0332 CLA

Opgedra aan my vrou.

DANKBETUIGING

'n Besondere woord van dank aan my studieleier, professor Teuns Verschoor, sonder wie se besielende motivering en volgehoue bystand die afhandeling van hierdie verhandeling nie moontlik sou gewees het nie. My opregte dank ook aan mevrou Heymans wat vir die tik van dié werk verantwoordelik was.

I N H O U D S O P G A W E

	Bladsy
HOOFSTUK 1	
INLEIDING	1
HOOFSTUK 2	
SKULD (in die algemeen)	12
1. Terminologie	12
2. Toerekeningsvatbaarheid	13
2.1 Maatstaf vir die bepaling van toerekenings- vatbaarheid	16
2.2 Jeugdige leeftyd	20
2.2.1 Infantes	20
2.2.2 Infantia maiores	20
2.3 Geestesongesteldheid	24
2.4 Dronkenskap	27
2.4.1 Vrywillige dronkenskap na Chretien	29
2.4.2 Dronkenskap wat tot geestesongesteld- heid aanleiding gee	31
2.4.3 Onvrywillige dronkenskap	31
2.4.4 Actio libera in causa	32
2.4.5 Skepping van die misdaad "gevaarlike dronkenskap"	32
2.5 Provokasie	35
2.5.1 Privaatreg	44
2.6 Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid in die strafreg	45
3. Die "psigologiese" versus die "normatiewe" skuldbegrip	48
3.1 Die psigologiese skuldbegrip	49
3.2 Die normatiewe skuldbegrip	51
3.3 Regspraak volg psigologiese skuldbegrip	53
4. Opset	55
4.1 Verskillende vorms van opset	56
4.1.1 Oogmerkopset (<i>dolus directus</i>)	56
4.1.2 Opset by sekerheids- of noodwendig- heidsbewussyn (<i>dolus indirectus</i>)	56
4.1.3 Opset by moontlikheidsbewussyn of voorwaardelike opset (<i>dolus eventualis</i>)	57
4.1.4 Onbepaalde of onverskillige opset (<i>dolus indeterminatus-dolus alternativus</i>)	58
4.2 Toets vir die aanwesigheid van opset	59
4.3 Dwaling	59
4.3.1 Feitedwaling	60
4.3.2 Regsdwaling	61
5. Nalatigheid	63
5.1 Onbewuste nalatigheid en bewuste nalatigheid	64
5.2 Aard van nalatigheid	66

5.3	Toets vir nalatigheid	69
5.4	Kwalifikasies op die objektiewe redelike man-toets	73
5.4.1	Kennisname van die besondere omstandighede waarin die beskuldigde hom bevind het	73
5.4.2	Kennisname van besondere deskundigheid aan die kant van die beskuldigde	73
5.4.3	Kennisname van die jeugdigheid van die beskuldigde	75
	5.4.3.1 Deliktereg	75
	5.4.3.2 Strafreg	77
5.5	'n Subjektiewe toets vir nalatigheid	81
5.6	Vereistes vir nalatigheid	86
5.6.1	Die redelike man in die omstandighede waarin die dader hom bevind het, die moontlikheid sou voorsien het dat die bepaalde omstandigheid kan bestaan of dat die bepaalde gevolg kan intree	86
5.6.2	Die redelike man sou gewaak het teen sodanige moontlikheid	88
5.6.3	Die beskuldigde/verweerder anders opgetree het as wat die redelike man in die omstandighede sou opgetree het	91

HOOFSTUK 3 NALATIGHEID IN DIE GEVAL VAN GENEESHERE

1.	Algemeen	92
2.	Toets vir mediese nalatigheid	93
2.1	Redelike sorg en vaardigheid	93
2.2	Omstandighede waaronder beweerde nalatigheid gepleeg is	94
2.3	Spesialis	95
2.4	Bestaande kennis en behandelingsmetodes	96
2.5	Nuwe ontwikkelings op die gebied van geneeskunde	98
2.6	<i>Imperitia culpae adnumeratur</i>	98
2.7	"Locality rule"	102
2.8	Kliniese oordeelsfout	104
2.9	Verskillende gedagterigtings("schools of opinion")	106
2.10	Gebruiklike praktyk	108
2.11	Innovasie/Eksperimentering	113
3.	Bewys van nalatigheid	115
3.1	Ligging	115
3.2	Deskundige getuienis	116
3.3	<i>Res ipsa loquitur</i>	117
3.4	"Common knowledge"	123

HOOFSTUK 4 NALATIGE WANPRAKTYK

1.	Inleiding	125
2.	Diagnose	126
	2.1 Onjuiste diagnose	126
	2.2 Versuim om die diagnose aan die pasiënt oor te dra	134
3.	Behandeling	136
4.	Operasies	137
	4.1 Opvolgbehandeling en na-operatiewe sorg	138
5.	Beserings veroorsaak deur terapeutiese middels	142
	5.1 Vreemde voorwerpe	142
	5.2 Bloedoortappings	146
	5.3 X-straalbehandeling	148
	5.4 Narkose	153
	5.5 Geneesmiddels	157
6.	Verwysing na 'n ander geneesheer	163
7.	Defektiewe instrumente en toerusting	167
8.	Eksperimentering	170

HOOFSTUK 5 TOESTEMMING

1.	Inleiding	176
2.	Vereistes waaraan toestemming moet voldoen	179
	2.1 Toestemming moet vrywillig, sonder dwang verleen word	179
	2.2 Toestemming kan uitdruklik of stilswyend gegee word	180
	2.2.1 Uitdruklike toestemming	180
	2.2.2 Stilswyende toestemming	180
	2.3 Toestemming moet nie <i>contra bonos mores</i> wees nie	181
	2.4 Persoon wat toestem moet wilsvermoënd wees	181
	2.4.1 Kinders	182
	2.4.2 Geestessieke persone	183
	2.4.3 Getroude persone	184
	2.5 Toestemming moet deur benadeelde persoon self gegee word	185
	2.6 Ingeligte toestemming	185
	2.6.1 Omvang van openbaarmakingsplig	186
	2.6.2 Standaard waaraan openbaarmakingsplig gemeet word	194
3.	Uitsonderings op die geneesheer se inligtingsplig teenoor sy pasiënt	199
4.	Mediese ingryping sonder vooraf verkryging van ingeligte toestemming: Aanranding of nalatigheid?	203
5.	Wyse waarop inligting in verband met die voorgenome behandeling aan die pasiënt oorgedra moet word	209
6.	Terugtrekking van toestemming	210
7.	Enkele verskille tussen die aksies gebaseer op aanranding en nalatigheid onderskeidelik	210

HOOFSTUK 6 "WRONGFUL LIFE"

1.	Inleiding	215
2.	"Wrongful status"	216
3.	"Wrongful conception" en "wrongful pregnancy"	217
	3.1 Omvang van skadevergoeding	220
	3.2 Posisie in Suid-Afrika	221
4.	Onregmatige lewensveroorsaking ("Wrongful birth")	224
	4.1 Omvang van skadevergoeding	225
5.	Onregmatige lewensveroorsaking ("Wrongful life")	227
	5.1 Redes aangevoer vir die verwerping van die sogenaamde "wrongful life"-aksie	238
	5.1.1 Berekening van skadevergoeding of genoegdoening	238
	5.1.2 Openbare beleid	239
	5.1.3 Afwesigheid van 'n regsplig en 'n kousale verband	241
	5.1.4 Regspolitiiese oorwegings	242
6.	Posisie in Suid-Afrika	244

HOOFSTUK 7 VERWERE

1.	Toestemming tot benadeling (<i>volenti non fit iniuria</i>)	246
	1.1 Noodtoestand	249
	1.2 Saakwaarneming (<i>negotiorum gestio</i>)	250
	1.2.1 Vereistes waaraan die regsfiguur saakwaarneming moet voldoen	251
	1.2.1.1 Die bestaan van 'n werklike noodsituasie wat die ingryping gebiedend maak	251
	1.2.1.2 Die pasiënt moet onbewus wees van die ingryping	252
	1.2.1.3 Die ingryping moet nie teen die wil van die pasiënt uitgevoer word nie	252
	1.2.1.4 Die geneesheer moet die operasie of behandeling onderneem met die oogmerk om die belange van die pasiënt te dien	254
	1.3 Terapeutiese priviligie	255
2.	Bydraende nalatigheid	256
3.	Afstanddoening van die reg op verhaal van skadevergoeding	263
	3.1 <i>Pactum de non petendo in anticipando</i>	263
	3.2 Afstanddoening van 'n verhaalsreg nadat dit reeds tot stand gekom het	264
	3.3 Posisie in die VSA	265
4.	Verjaring	268
	4.1 Posisie in die VSA	271
5.	"Charitable and governmental immunity"	275
6.	<i>Res judicata</i>	277

**HOOFSTUK 8
MIDDELLIKE AANSPREEKLIKHEID VAN
HOSPITAALOWERHEDE EN GENEESHERE**

A.1	Inleiding	
2	Vereistes vir middellike aanspreeklikheid	278
2.1	Bestaan van 'n werkgewer-werknemerverhouding tydens pleging van die onregmatige daad	279
2.2	Die onregmatige daad moes deur die werknemer in die uitvoering van sy pligte gepleeg gewees het	279
2.3	Die werknemer moes 'n onregmatige daad gepleeg het	282
B.1	Middellike aanspreeklikheid van hospitale	283
2	Posisie in Engeland en die VSA	283
2.1	Engeland	292
2.2	Die Verenigde State van Amerika	292
2.2.1	Leerstuk van "apparent authority"	293
2.2.2	"Corporate liability"	294
2.2.2.1	Hospitaaltoerusting, voorrade, medikasie en voedsel	295
2.2.2.2	Hospitaalpersoneel	296
2.2.2.3	Veiligheidsmaatreëls	297
2.2.2.4	Keuring en indiensneming van werknemers en verlening van personeelvoorregte	297
2.2.2.5	Toesighouding oor pasiëntsorg	298
2.2.3	Direkte aanspreeklikheid van hospitaalowerheid	300
C.	Aanspreeklikheid van geneeshere vir die dade van ander	302
1.	Vir die dade van ander geneeshere	302
1.1	Verwysing van 'n pasiënt na 'n spesialis of ander geneesheer	302
1.2	Geneeshere wat met gelyke status saamwerk	303
2.	Vir eie werknemers	304
3.	Vir vennote	305
4.	Vir persone wat nie werknemers van die geneesheer is nie	306
4.1	Pre-operatiewe en post-operatiewe sorg	306
4.2	"Captain of the ship"-leerstuk	307
4.3	"Borrowed servant"-leerstuk	308

**HOOFSTUK 9
GRONDSLAG VIR DIE GENEESHEER SE AANSPREEKLIKHEID**

1.	Inleiding	312
2.	Kontraktuele aanspreeklikheid	312
2.1	Regte en verpligtinge van die geneesheer	314
2.2	Regsmiddele tot beskikking van die pasiënt	317
3.	Deliktuele aanspreeklikheid	317
3.1	Remedies tot beskikking van die pasiënt	319
3.1.1	Die <i>actio legis Aquiliae</i>	319

3.1.2	Die actio iniuriarum	321
3.1.3	Aksie weens nalatige veroorsaking van pyn en lyding	322
3.2	Omvang van vermoënskade en nie-vermoënskade (persoonlikheidsnadeel)	323
3.2.1	Vermoënskade	323
3.2.2	Nie-vermoënskade of persoonlikheidsnadeel	326
3.3	"General" en "special damage"	330
4.	Sameloop van remedies	331
4.1	Sameloop van gelyksoortige aksies: sameloop van delikaksies	331
4.2	Sameloop van ongelyksoortige aksies	332
4.2.1	Actio iniuriarum en kontrakaksie	332
4.2.2	Aksie weens pyn en lyding en kontrakaksie	333
4.2.3	Actio legis Aquiliae en kontrakaksie	334
5.	Verskille tussen eise gebaseer op kontrakbreuk en regmatige daad respektiewelik	334
6.	Strafregtelike aanspreeklikheid	335
7.	Risiko-aanspreeklikheid	337

HOOFSTUK 10	
SLOT	339

BIBLIOGRAFIE	345
--------------	-----

HOOFSTUK 1

INLEIDING

Gedurende die afgelope paar dekades is daar geweldige vooruitgang gemaak op die gebied van die geneeskunde. Voortdurende navorsing het 'n magdom nuwe geneesmiddels, instrumente en diagnostiese en terapeutiese tegnieke die lig laat sien. Mediese kennis brei inderwaarheid vinniger uit as die mensdom se vermoë om daarvan gebruik te maak. Hierdie toename in mediese kennis hou egter nie net voordele in vir pasiënte nie, dit plaas ook bykomende verantwoordelikhede op die mediese professie, voortspruitende uit die gepaardgaande toename in risiko's verbonde aan die nuwe ontwikkelings. Hand aan hand met verantwoordelikheid gaan potensiële aanspreeklikheid, en hierdie mediese ontwikkelings het 'n verskeidenheid nuwe regsgronde meegebring waarop 'n eis vir beweerde wanpraktyk deur 'n geneesheer gebaseer kan word.

In verskeie lande is die verskynsel dan ook te bespeur dat geneeshere in 'n toenemende mate die skyf vir siviele gedingvoering geword het. Strauss¹ wys daarop dat die VSA die twyfelagtige eer het om as onbetwiste "leier" op hierdie gebied beskou te word. Gedurende die middel sestiger- en vroeë sewentigerjare het die aantal eise wat teen geneeshere ingestel is in so 'n mate die hoogte ingeskiet dat Amerika inderdaad 'n mediese "wanpraktykscrisis" in die gesig gestaar het. Volgens beskikbare statistiek was byvoorbeeld een uit elke sewe geneeshere teen die middel van die sestigerjare die verweerder in 'n geding.² In Kalifornië was die verhouding 'n ontstellende een uit elke vier geneeshere.³ In 1983 is by-

1. Strauss 1987:3.

2. Strauss 1987:3; kyk ook Christoffel 1982:304 ev.

3. Simons 1978:123.

voorbeeld 16 uit elke 100 geneeshere in die VSA vir sogenaamde wanpraktyk gedagvaar.⁴

Wat Europa betref was daar in Engeland die afgelope paar jare 'n merkbare toename in skadvergoedingsgedinge teen geneeshere.⁵ Ook in Wes-Duitsland het die aantal gedinge teen geneeshere en hospitaalowerhede in die afgelope twee dekades aansienlik toegeneem.⁶ Strauss⁷ wys daarop dat eise teen medici in Frankryk oor 'n tydperk van vyftien jaar sesvoudig toegeneem het.

Hoewel daar geen formele statistiese gegewens bestaan oor die getal eise wat deur pasiënte teen geneeshere en hospitaalowerhede in Suid-Afrika gemaak word nie, was daar tog gedurende die afgelope dekade of twee 'n definitiewe toename in sodanige eise.⁸

Die vraag wat vervolgens ontstaan is waaraan kan hierdie wêreldwye toename in wanpraktykseise toegeskryf word. Skrywers is dit eens dat hierdie verskynsel nie aan die hand van 'n enkele faktor verklaar kan word nie, maar dat dit eerder te wyte is aan 'n aantal uiteenlopende redes⁹ wat die volgende insluit: (a) Die verandering van die geneesheer se tradisionele rol as pasiënte-raadsman na 'n rol waarin sy verantwoordelikhede teenoor die gemeenskap al hoe meer beklemtoon is.¹⁰

-
4. Strauss 1987:3; kyk ook Giesen en Fahrenhorst 1984:80-81.
 5. Strauss 1987:8.
 6. Strauss 1987:8; Giesen 1981:185 vn 321 wys daarop dat gedurende die tydperk 1 Januarie 1960 tot 30 Oktober 1976 het Wes-Duitsland se hoogste hof, die Bundesgerichtshof, altesaam 188 eise teen geneeshere aangehoor. In slegs 16% van hierdie gevalle is egter ten gunste van die eiser-pasiënt beslis, wat in vergelyking met nalatigheidseise op ander gebiede van die reg baie laag is.
 7. Strauss 1987:8.
 8. Simons 1978:124; Strauss 1987:9.
 9. Strauss 1987:1 ev; Christoffel 1982:304-305; Harland en Jandoo 1984:123.
 10. Strauss 1987:1.

In 'n tydperk van konsumerisme moes die geneesheer se beeld as vaderfiguur plek maak vir die beeld van die supertegnikus.¹¹ 'n Toenemende oortuiging het by die algemene publiek ontstaan dat ongeag die kwaal waaraan 'n pasiënt ly, die mediese praktisyn in staat sou wees om dit te genees met behulp van 'n haas on-eindige reeks geneesmiddelle en verskeidenheid van apparate en tegnieke.¹² Sommige skrywers is van mening dat veral in die groter sentra daar vandag nie meer sprake van 'n persoonlike verhouding tussen die geneesheer en sy pasiënt is nie en die tradisionele rol van eersgenoemde as wysgeer en raadgewer vervang is met 'n koue kontraktuele verhouding tussen die partye.¹³

(b) Harland en Jandoo¹⁴ is van mening dat die instelling van regshulp vir minder gegoede pasiënte ook as 'n moontlike rede aangevoer kan word vir die toename in gedingvoering teen geneeshere. (c) 'n Verdere moontlike rede is die enorme publisiteit wat in die media verleen word aan enige geregtelike optrede teen die mediese professie en die omvang van die skadevergoedingsbedrae wat volgende op 'n suksesvolle aksie teen 'n geneesheer toegeken word.¹⁵ (d) Strauss¹⁶ wys ook daarop dat die bewysregtelike beginsel van *res ipsa loquitur* 'n besondere handige hulpmiddel vir die eiser-pasiënt is aangesien dit in bepaalde situasies tot gevolg het dat die bewyslas om te bewys dat hy nie nalatig was nie, deur die werking

-
11. Strauss 1987:2; Cohen en Mariano 1982:xv-xvi.
 12. Christoffel 1982:304; Strauss 1987:2; Harland en Jandoo 1984:123.
 13. Strauss 1987:2; Giesen en Fahrenhorst 1984:80; Harland en Jandoo 1984:123; Green Koopersmith 1984:231.
 14. Harland en Jandoo 1984:123; Strauss 1984:302 wys ook daarop dat die standaard van regsdiens oor die jare heen verbeter het en bykans elke agtenswaardige prokureursfirma beskik vandag oor die dienste van sogenaamde "super-spesialiste".
 15. Christoffel 1982:304; Harland en Jandoo 1984:123; Giesen en Fahrenhorst 1984:80.
 16. Strauss 1987:4; kyk ook Harney 1974:172 ev; Holder 1978:65-66; King 1986:111 ev.

daarvan op die skouers van die verweerder-geneesheer geplaas word.¹⁷ (d) Die geleidelike omvorming van die sogenaamde leerstuk van "ingeligte toestemming" het veroorsaak dat die vereistes vir 'n regsgeldige toestemming deur die pasiënt al hoe strenger geword het.¹⁸

Hoewel dit bykans onmoontlik is om die belangrikheid van bogemelde faktore afsonderlik te bepaal, word die interessante verskynsel in die VSA aangetref dat daardie gebiede van die geneeskunde waarin die grootste vooruitgang in behandeling gemaak is, geassosieer word met die grootste toename in nalatighedsaksies. Dit wil dus voorkom asof die ontwikkeling van gesofistikeerde tegnologie, gemik op die verbetering van die standaard van mediese sorg, aanleiding gee tot hoër verwagtinge by pasiënte en dan tot aksies gebaseer op die nalatigheid van die betrokke geneeskundige.¹⁹

Die uitwerking van bogemelde toename in gedingvoering teen medici was kortliks die volgende: (a) Premies vir versekering teen beroepsaanspreeklikheid het in sekere Westerse lande die hoogte ingeskiet en die koste hieraan verbonde is deur die mediese beroep op die pasiënte afgewentel.²⁰ In die VSA het premies vir versekering teen wanpraktykseise in 'n enkele dekade, naamlik 1960-1970, as volg gestyg: in die geval van hospitale met 262 %, vir algemene praktisyns met 540 % en vir

17. Wat die Suid-Afrikaanse reg betref is hierdie beginsel egter uitdruklik verwerp in Van Wyk v Lewis 1924 AD 438 insoverre dit gevalle aangaan waar mediese nalatigheid ter sprake is.

18. Strauss 1987:4; Giesen 1981:172 wys daarop dat gedingvoering op grond van ontbrekende toestemming hierdeur aangemoedig is; Burchell, J.M. 1986:295 ev; Morton 1987: 117 ev.

19. Harland en Jandoo 1984:123.

20. Strauss 1987:7; kyk in die algemeen Gilmore 1977:56-75.

chirurge 'n astronomiese 949 %.²¹ Die toestand het in so 'n mate vererger dat verskeie vooruitstrewende versekeringsmaatskappye eenvoudig net nie meer die pas kon volhou nie en ondergegaan het.²² Andere het hulle onttrek aan hierdie segment van die versekeringsmark as gevolg van die buitengewoon hoë risiko daaraan verbonde. Strauss²³ wys daarop dat hierdie omstandighede selfs sommige medici genoop het om die praktyk te verlaat en hulle eerder te wend tot "veiliger" diensbetrekkings.

(b) Die oortuiging het by regsverteenwoordigers van ontevrede pasiënte ontstaan dat geneeshere in reaksie op die toenemende gedingvoering teen hulle onderling 'n sogenaamde "conspiracy of silence" oftewel "sameswering tot stilswye" begin vorm het.²⁴ Hierdie gedagte het posgevat omdat prokureurs aansienlike probleme ondervind het om deskundige getuies te bekom wat bereid was om teen hul mede-geneeshere getuienis af te lê in 'n geding waar die beweerde nalatigheid van laasgenoemde ter sprake was.²⁵ Strauss²⁶ is die mening toegedaan dat hoewel daar ongetwyfeld 'n onderlinge gees van kameraadskap tussen geneeshere aanwesig is, verdien die gedagterigting dat daar 'n sogenaamde "conspiracy of silence" tussen hulle bestaan nie eers ernstige oorweging nie.²⁷

-
21. Giesen en Fahrenhorst 1984:80; Harland en Jandoo 1984:123 wys daarop dat in Engeland, waar daar nie eers sprake van 'n "wanpraktykskrisis" is nie, premies gestyg het van 'n skrale agtien pond in 1959 tot 'n berekende 326 pond teen die jaar 1993.
 22. Christoffel 1982:305; Strauss 1987:7; King 1986:320.
 23. Strauss 1987:7; Potgieter 1985:2.
 24. Strauss 1987:3; Harney 1973:193 ev; Christoffel 1982:311.
 25. 'n Bevinding betreffende die beweerde nalatigheid van 'n verweerder-geneesheer kan natuurlik slegs gemaak word na oorweging van die tersaaklike getuienis gelewer deur deskundige getuies op die gebied van die geneeskunde.
 26. Strauss 1984:281 ev bespreek verskeie oorsake vir die probleme wat ondervind word om deskundige getuies te bekom en doen 'n aantal voorstelle aan die hand wat moontlik tot die oplossing daarvan aanleiding kan gee.
 27. Hierdie standpunt word heelhartig gesteun deur Simons 1978:133.

(c) Die uitbreiding van mediese wanpraktyksaksies het verder ook aanleiding gegee tot die ontwikkeling van sogenaamde "defensive medicine" oftewel "verdedigende geneeskunde".²⁸ Ten einde moontlike latere eise te vermy het geneeshere begin aandring op bykomstige diagnostiese ondersoeke, verwysings na spesialiste en eintlik onnodige opvolgprosedures.²⁹ Hierdie verskeidenheid beskermende maatreëls het die prys van mediese dienste verhoog wat aansienlike koste vir die pasiënt meebring het.³⁰

(d) 'n Toenemende mate van onwilligheid het by geneeshere ontstaan om mediese hulp aan slagoffers van noodgevallen te verleen.³¹ In 'n poging om mediese personeel aan te moedig om wel by 'n betrokke ongelukstoneel te stop en die vereiste geneeskundige bystand te verleen het bykans al die state van die VSA sogenaamde "Good Samaritan"-wetgewing uitgevaardig.³² Hierdie wetgewing het ten doel om die moontlike aanspreeklikheid van geneeshere en paramedici wat ter goeder trou geneeskundige hulp in noodgevallen verleen, te beperk.³³ Die toepassing van die "Barmhartige Samaritaan"-wetgewing is egter onderworpe aan sekere kwalifikasies. 'n Geneesheer wat hom byvoorbeeld tydens behandeling van 'n ongelukslagoffer skuldig maak aan growwe nalatigheid sal nie deur die werking daarvan beskerm word nie.³⁴

28. Giesen en Fahrenhorst 1984:81; King 1986:320.

29. Strauss 1987:6; Harney 1973:92; Holder 1978:407; Giesen en Fahrenhorst 1984:81.

30. Strauss 1987:6; Holder 1978:407; Christoffel 1982:321; Giesen en Fahrenhorst 1984:81.

31. Byvoorbeeld by die toneel van 'n motorongeluk; Harney 1973:19; Holder 1978:8.

32. Harney 1973:20; Holder 1978:8; King 1986:296; Strauss 1987:6; Guido 1988:193.

33. Strauss 1987:7; King 1986:296; Guido 1988:193.

34. Harney 1973:21; Holder 1978:8; King 1986:296; Guido 1988:1914.

In die hoofstukke wat volg word aandag geskenk aan 'n verskeidenheid aspekte wat relevant is tot die onderwerp onder bespreking, naamlik die aanspreeklikheid van geneeshere op grond van nalatige wanpraktyk.

Hoofstuk 2: As uitgangspunt word skuld as onontbeerlike element van sowel strafregtelike as deliktuele aanspreeklikheid bespreek. Toerekeningsvatbaarheid, as grondslag vir skuld, en in besonder die faktore wat 'n uitwerking kan hê op 'n betrokke dader se toerekeningsvatbaarheid, kom ter sprake. Aandag word verder ook geskenk aan die verskillende vorms wat skuld kan aanneem, naamlik opset (*dolus*) en nalatigheid (*culpa* in die eng sin van die woord). In Suid-Afrika word van 'n objektiewe redelike man-toets gebruik gemaak om te bepaal of nalatigheid aanwesig is. 'n Mate van subjektiwiteit word egter wel tydens aanwending van gemelde toets bereik deurdat daar byvoorbeeld kennis geneem word van die besondere deskundigheid waaroor 'n betrokke beskuldigde of verweerder beskik.

Hoofstuk 3: Ten einde vas te stel of 'n geneesheer nalatig was, word die tradisionele standaard van die redelike man verhoog tot die standaard van die "redelike deskundige". Die reg verwag van 'n geneesheer om redelike sorg en vaardigheid aan die dag te lê tydens behandeling van 'n pasiënt. Hy hoef nie die hoogste mate van professionele kundigheid ten toon te stel nie, sy optrede word gemeet aan die hand van die redelike geneesheer in soortgelyke omstandighede met inagneming van die bestaande kennis en behandelingsmetodes tot beskikking van die vertakking van die mediese professie waartoe die geneesheer behoort. Daar word ook van die mediese praktisyn verwag om homself redelikerwys op hoogte te hou van nuwe ontwikkelings op die gebied van die geneeskunde. Van 'n spesialis word 'n hoër graad van sorg en vaardigheid betreffende aangeleenthede binne sy kundigheidsveld vereis as van 'n algemene praktisyn.

In die geval van siviele sake rus die bewyslas op die eiser-

pasiënt om die beweerde nalatige optrede van die geneesheer op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys. Indien 'n geneesheer strafregtelik aangespreek word, sal hy slegs skuldig bevind word as die staat hom bo redelike twyfel van sy bewyslas kan kwyf. In die reël sal van deskundige getuies gebruik gemaak moet word om die geneesheer se afwyking van die vereiste standaard van sorg en vaardigheid te bewys.

Hoofstuk 4: Wanpraktyk is al omskryf as 'n vorm van nalatigheid wat op professionele persone van toepassing is. Op die gebied van die geneeskunde kom dit neer op behandeling wat verleen is sonder die behoorlike sorg, vaardigheid en bevoegdheid wat van die mediese professie verwag word. Wanpraktyk kan in enige stadium tydens die bestaan van die pasiënt-geneesheer-verhouding voorkom, hetsy tydens diagnose van die pasiënt se kwaal of gedurende daaropvolgende behandeling of chirurgiese ingreep. 'n Pasiënt kan ook beserings opdoen as gevolg van die nalatige aanwending van terapeutiese middels deur die geneesheer. Normaalweg sal 'n verwysende geneesheer nie aanspreeklik gehou word vir die nalatige optrede van byvoorbeeld 'n spesialis na wie hy 'n pasiënt verwys het nie.

Hoofstuk 5: Dit is uiters belangrik dat 'n pasiënt se toestemming verkry word alvorens hy onderwerp word aan mediese behandeling, hetsy van terapeutiese of diagnostiese aard. Toestemming sal alleenlik geldig wees indien daar voldoen word aan 'n verskeidenheid vereistes wat van regsweë gestel word. Eerstens moes die betrokke pasiënt sy toestemming vrywillig, sonder dwang verleen het. Verder sal toestemming slegs 'n geldige verweer wees indien die behandeling waartoe toegestem is nie *contra bonos mores* is nie. Die pasiënt wat tot mediese behandeling toestem moet wilsvermoënd wees. Toestemming is slegs geldig indien die pasiënt kennis dra van die ware en wesenlike feite wat betrekking het op die handeling waartoe hy toestem; dit moet met ander woorde "ingeligte toestemming" wees.

Enkele uitsonderings bestaan egter op die inligtingsplig wat 'n geneesheer teenoor sy pasiënt verskuldig is. 'n Geneesheer wat 'n pasiënt behandel sonder dat laasgenoemde daartoe toegestem het, kan aan aanranding skuldig bevind word.³⁵

Hoofstuk 6: Amerikaanse regspraktisyns het onlangs met 'n nuwe gedingoorsaak teen geneeshere vorendag gekom wat gebaseer is op die geneeskunde se voorgeboortelike diagnostiese vermoëns, naamlik die sogenaamde "wrongful life"-aksie. Hierdie eis vir onregmatige lewensveroorsaking word deur 'n gestremde kind teen 'n geneesheer of ander genetiese raadgewer ingestel en het tot inhoud dat die verweerder nalatiglik versuim het om die genetiese defek wat die kind se gebrek veroorsaak het, voor sy geboorte vas te stel en as gevolg daarvan is sy ouers die geleentheid ontnem om sy geboorte te voorkom. Hierdie "wrongful life"-aksie is egter tot dusver bykans sonder uitsondering deur howe oor die wêreld heen van die hand gewys, en wel op grond van onder andere die volgende redes: (a) Die onmoontlikheid om gepaste skadevergoeding of genoegdoening te bepaal; (b) Sodanige eis word deur die meeste howe as teen openbare beleid beskou; (c) Die afwesigheid van 'n regsplig en kousale verband tussen eiser en verweerder.

Hoofstuk 7: Daar bestaan 'n aantal verwere wat deur die geneesheer in toepaslike omstandighede aangevoer kan word indien hy vir nalatige wanpraktyk aangespreek word. Toestemming tot benadeling, afstanddoening deur die pasiënt van sy reg op die verhaal van skadevergoeding, verjaring en die Amerikaansregtelike "charitable and governmental immunity" kom byvoorbeeld hier ter sprake.

35. Volgens Van Oosten 1989:445 sal die geneesheer ook in so 'n geval deliktueel aangespreek en strafregtelik vervolgt kan word vir *iniuria*.

Hoofstuk 8: 'n Werkgewer kan slegs middellik aanspreeklik gehou word vir die onregmatige optrede van sy werknemer indien daar aan sekere vereistes voldoen is. Hierdie vereistes is: die bestaan van 'n werkgewer-werknemerverhouding tydens pleging van die onregmatige daad; die werkgewer moes die onregmatige daad gepleeg het tydens uitvoering van sy pligte en die werknemer moes natuurlik inderdaad 'n onregmatige daad gepleeg het.

Onenigheid het vroeër jare bestaan in die Suid-Afrikaanse regspraak betreffende die middellike aanspreeklikheid van hospitaalowerhede. In Natal kon 'n hospitaalowerheid slegs aanspreeklikheid opdoen vir die nalatige handeling van sy werknemers wat in die uitvoering van hul administratiewe take verrig is. In Transvaal daarenteen is geen onderskeid gemaak tussen 'n hospitaalpersoneelid se administratiewe en professionele take nie. Dit moes slegs vasstaan dat so 'n personeelid sy take nalatig uitgevoer het. Na die beslissing in Mtewa v Minister of Health³⁶ wil dit egter voorkom of hierdie onenigheid nou uit die weg geruim is. In die VSA is hospitaalaanspreeklikheid selfs verder uitgebrei deur die ontwikkeling en aanwending van die leerstukke van "apparent authority" en "corporate liability".

Ook geneeshere kan in sekere omstandighede middellik aanspreeklik gehou word vir die nalatige optrede van ander persone, byvoorbeeld ander geneeshere, eie werknemers, vennote en persone wat nie werknemers van die betrokke geneesheer is nie.

Hoofstuk 9: Die aard van die verhouding tussen 'n geneesheer en sy pasiënt word tradisioneel as kontraktueel beskryf. Hierdie verhouding ontstaan uit 'n lasgewingsooreenkoms waarvolgens die lashebber (geneesheer) onderneem om vir die lasgewer (pasiënt) 'n opdrag uit te voer. Indien die geneesheer

36. Mtewa v Minister of Health 1989(3) SA 600 (D).

gemelde opdrag op 'n onsoorgvuldige of onbehoorlike wyse uitvoer, maak hy hom aan kontrakbreuk skuldig, wat hom vir skadevergoeding teenoor die pasiënt aanspreeklik stel.

In Van Wyk v Lewis³⁷ is beslis dat een en dieselfde optrede sowel kontrakbreuk as 'n delik daar kan stel. 'n Geneesheer wat sy pasiënt benadeel deur nalatige behandeling maak hom skuldig aan kontrakbreuk òf delik. Indien die pasiënt sou besluit om die geneesheer op grond van 'n delik aan te spreek het hy die volgende remedies tot sy beskikking: (a) Die *actio legis Aquiliae*; (b) Die *actio iniuriarum* en (c) Die aksie weens nalatige veroorsaking van pyn en lyding. 'n Geneesheer kan verder ook strafregtelik vervolg word vir 'n verskeidenheid gemeenregtelike en statutêre misdrywe. Daar bestaan tans nie 'n moontlikheid dat die leer van risiko-aanspreeklikheid in Suid-Afrika ten aansien van medici toegepas sal word nie.

37. Van Wyk v Lewis 1924 AD 438.

HOOFSTUK 2

SKULD (in die algemeen)

1. Terminologie

Die woord "skuld" en afleidings daarvan kan verskillende betekenisse hê. Eerstens kan dit in 'n privaatregtelike sin gebruik word om 'n regsverhouding tussen skuldenaar en skuldeiser aan te dui. Tweedens word in die straf- en strafprosesreg gesê dat iemand "skuldig" pleit, of "skuldig" is aan 'n misdaad. Hier word die woord in die wye betekenis gebruik om aan te dui dat iemand aan al die vereistes vir aanspreeklikheid voldoen. Derdens word "skuld" in die deliktereg en strafreg as 'n tegniese term gebruik om die gronde aan te dui waarop 'n persoon verwytd kan word vir sy wederregtelike handeling.¹ Dit is dan ook op laasgenoemde betekenis van "skuld", as een van die algemene voorwaardes vir strafregtelike en privaatregtelike aanspreeklikheid, waarop vervolgens gekonsentreer sal word.

De Wet en Swanepoel² omskryf skuld as die laakbare of verwytdbare gesindheid waarmee 'n persoon handel. Van der Merwe en Olivier³ meen egter skuld is 'n verwytd wat 'n persoon van regsweë tref.⁴

Skuld, as element van 'n misdaad of delik kan twee vorme aanneem, naamlik opset (kwaadwilligheid) en nalatigheid (onagzaamheid). Soms word na hulle verwys onder hulle Latynse

-
1. Snyman 1986:150; In *S v Theron* 1984(2) SA 868(A):880 D-F beklemtoon AR Rabie die belangrikheid daarvan om skuld relevant tot skuldigbevinding of kwytskelding te onderskei van skuld relevant tot vonnis.
 2. De Wet en Swanepoel 1985:103.
 3. Van der Merwe en Olivier 1985:110.
 4. Hierdie benadering word egter heftig bestry deur De Wet 1970:72 en Boberg 1984:270-271.

benamings *dolus* en *culpa* onderskeidelik. Van hierdie twee skuldforme is opset die mees afkeurenswaardige en word die optrede van iemand wat bewustelik 'n wederregtelike gevolg nastreef in 'n ernstiger lig beoordeel as iemand wat net uit onagsaamheid 'n ander nadeel berokken. Handeling wat opsetlik gepleeg word, word in die strafreg in die reël swaarder bestraf as nalatige handeling. Wat die deliktereg betref maak die skuldvorm nie soveel verskil nie en is enige van die skuldforme voldoende vir Aquiliese aanspreeklikheid.⁵

Opset en nalatigheid is twee verskillende begrippe en oorvleuel nie. In alle gevalle waar *dolus* bestaan, kan daar geen *culpa* wees nie.⁶ Nalatigheid is nie maar 'n minder laakbare verskyningsvorm van opset nie, maar 'n minder ernstige skuldform.⁷

2. Toerekeningsvatbaarheid

Van geen persoon kan gesê word dat hy skuld het, dit wil sê dat hy regtens verwytbaar is, tensy hy oor die geestelike vermoëns beskik om tussen reg en verkeerd te onderskei en om sy handeling dienooreenkomstig in te rig nie. So 'n persoon word as *doli capax* of toerekeningsvatbaar bestempel, dit wil sê hy het die bevoegdheid om 'n verwytbare geestesgesindheid te vorm of, om dit anders te stel, die bevoegdheid om regtens vir sy daad aanspreeklik gehou te word.⁸ Die vraag of 'n persoon geestelik so gesteld was dat hy vir sy gedrag verwyt kan word, met ander woorde of hy toerekeningsvatbaar was, kom in die praktyk gewoonlik ter sprake by jeugdige oortreders, geestesongestelde persone, dronkes en persone wat onder provokasie

5. Vir aanspreeklikheid op grond van *iniuria* word egter opset vereis.

6. Snyman 1986:255-256.

7. De Wet en Swanepoel 1985:160 waar die outeurs opmerk dat nalatigheid teenoor opset nie 'n *minus* is nie maar 'n *aliud*.

8. R v Hay 16 SC 290:301; S v Lesch 1983(1) SA 814(0): 823A; Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk 1983(1) SA 381(A): 389,403 en 410.

gehandel het.

Hoewel toerekeningsvatbaarheid dus die grondslag vir skuld vorm,⁹ moet 'n duidelike onderskeid tussen die twee begrippe getrek word.¹⁰ Die toets na die dader se toerekeningsvatbaarheid is suiwer subjektief. Daar word nie gewerk met objektiewe maatstawwe nie. Subjektiewe faktore soos die persoon se kennis, ervaring, opleiding, geestelike ontwikkeling en volwassenheid moet in ag geneem word in 'n poging om vas te stel of hy kan onderskei tussen reg en verkeerd en of hy sy optrede dienooreenkomstig kon inrig.¹¹ Toerekeningsvatbaarheid handel dus oor die vraag na die teenwoordigheid van sekere geestesvermoëns, terwyl skuld handel oor die vraag of en hoe hierdie geestesvermoëns aangewend is.

Die grens tussen toerekeningsvatbaarheid en ontoerekeningsvatbaarheid is nie absoluut nie, maar gradueel.¹² 'n Persoon wat nie ontoerekeningsvatbaar is nie, kan tog weens geestesongesteldheid 'n verswakte weerstandsvermoë hê wat in ag geneem moet word by die beoordeling van sy gedrag. Iemand kan byvoorbeeld aan een of ander geestesversteuring ly maar nogtans die ongeoorloofdheid van sy handeling besef en ooreenkomstig so 'n besef optree. So 'n persoon word as verminderd toerekeningsvatbaar beskou en hoewel hy aan 'n misdaad skuldig bevind moet word indien al die vereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid teenwoordig is, kan genoemde sielkundige faktore in aanmerking geneem word om 'n ligter straf op te lê.¹³

-
9. In Lesch:823 word uitdruklik verklaar: "Toerekeningsvatbaarheid is die grondslag van skuld in enige van sy vorme". Ook in S v Mahlinza 1967(1) SA 408(A) is beslis dat die skuldvraag verval sodra bevind is dat die beskuldigde ontoerekeningsvatbaar is; Strauss 1974:234.
 10. Weber v Santam Versekeringsmaatskappy, Bpk:389G-390A.
 11. Jones N O v Santam Bpk 1965(2) SA 542 (A); Neuhaus v Bastion Insurance Co Ltd 1968(1) SA 398(A).
 12. R v Hugo 1940 WLD 285:289; Die Rumpff-verslag 1967:hfst 8.
 13. S v McBride 1979(4) SA 313(W):320.

Hierdie aangeleentheid word nou wetlik gereël deur artikel 78(7) van die Strafproseswet van 1977.¹⁴ Die teks van genoemde artikel lui soos volg:

"Indien die hof bevind dat die beskuldigde ten tyde van die verrigting van die betrokke handeling vir die handeling strafregtelik toerekenbaar was maar dat sy vermoë om die ongeoorlooftheid van sy handeling te beseef of om ooreenkomstig 'n beseef van die ongeoorlooftheid van sy handeling op te tree, vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek verminder was, kan die hof die feit van so 'n verminderde toerekenbaarheid in aanmerking neem wanneer die beskuldigde gevonnissen word."

Reeds voordat artikel 78(7) uitgevaardig is, is verminderde toerekeningsvatbaarheid, hoewel nie altyd by name nie, deur ons howe as 'n moontlike strafversagende omstandigheid beskou.¹⁵ Aangesien artikel 78(7) slegs 'n gemeenregtelike beginsel bevestig, is verskeie skrywers die mening toegedaan dat dit *ex abundanti cautela* uitgevaardig is.¹⁶

Dit is 'n uitgemaakte saak dat verminderde toerekeningsvatbaarheid 'n deel van die Suid-Afrikaanse Reg uitmaak insoverre dit strafvermindering tot gevolg het. Die vraag ontstaan egter of dit ook dien as 'n versagende omstandigheid wat die beskuldigde se skuld verminder.¹⁷ Verschoor¹⁸ is van mening dat daar 'n moontlikheid behoort te wees dat 'n verminderde toerekeningsvatbare verminderde skuld toegereken moet word. Die Rumpff-kommissie¹⁹ het bevind dat hierdie argument geldig is in die

14. Wet 51 van 1977.

15. R v Hugo:289; R v Von Zell 1953(3) SA 303(A); R v Anderson 1956(4) SA 756 (A); S v Nell 1968(2) SA 576 (A); S v Lehnberg 1975(4) SA 553 (A):559-560; S v Mnyanda 1976(2) SA 751 (A)

16. De Wet en Swanepoel 1985:118; Snyman 1986:178; Strauss 1974:241.

17. In R v Biyana 1938 EDL 310 is hierdie vraag bevestigend beantwoord

18. Verschoor 1979:36-37

19. Die Rumpff-verslag 1967:37.

Suid-Afrikaanse reg, ondanks die gebrek aan direkte gesag daarvoor.²⁰

In die deliktereg het die verskynsel van verminderde toerekeningsvatbaarheid egter geen selfstandige betekenis nie aangesien dit in daardie vakgebied nie gaan om straf nie.²¹

2.1 Maatstaf vir die bepaling van toerekeningsvatbaarheid

Volkome helderheid aangaande toerekeningsvatbaarheid as strafregtelike aanspreeklikheidsvereiste in die Suid-Afrikaanse reg bestaan nog glad nie. Bergenthuin²² skryf hierdie toedrag van sake toe aan die gebrek in die formulering van 'n algemene maatstaf vir die vasstelling van toerekeningsvatbaarheid. Alhoewel daar eensgesindheid bestaan oor die maatstaf vir die bepaling van strafregtelike toerekeningsvatbaarheid in die geval van geestesongesteldheid,²³ ontbreek sodanige eenparigheid met betrekking tot jeugdigheid, dronkenskap en provokasie.²⁴

-
20. Burchell, Milton en Burchell 1983:275 steun Verschoor se standpunt, maar hul enigste gesag is die Rumpff-verslag.
 21. Van der Merwe en Olivier 1985:113 en voetnoot 99.
 22. Bergenthuin 1985a:273.
 23. Dit is hoofsaaklik te danke aan die bepalings van die Strafproseswet 51/1977.
 24. Bergenthuin 1985a:279-280 wys daarop dat daar tans drie bevestigde biologiese gronde in die Suid-Afrikaanse strafreg bestaan wat tot ontoerekeningsvatbaarheid aanleiding kan gee naamlik geestesongesteldheid op grond van statutêre bepaling, jeugdigheid op grond van die gemeenereg en dronkenskap ooreenkomstig die regspraak. Snyman 1986:207-208 is egter van mening dat ook provokasie in hoogs uitsonderlike gevalle aanleiding kan gee tot ontoerekeningsvatbaarheid; kyk byvoorbeeld S v Van Vuuren 1983(1) SA 12(A):17 G-H; Lesch:823-825; S v Arnot 1985(3) SA 256(K):263-265.

Snyman²⁵ beskryf die volgende drie metodes om toerekeningsvatbaarheid vas te stel. In die eerste plek kan die biologiese of psigiatriese toets aangewend word.²⁶ Ontoerekeningsvatbaarheid word volgens hierdie toets aangeneem sodra dit vasstaan dat daar sekere genoemde vorms van biologiese of psigiatriese afwykings teenwoordig is. Kritiek wat teen hierdie metode uitgespreek kan word, is dat die vraag na toerekeningsvatbaarheid geheel en al oorgelaat word aan die psigiaters en dat die regter van sy taak om aanspreeklikheid vas te stel, onthef word. Vir die juris is nie net die blote aan- of afwesigheid van een of ander geestesiekte van belang nie, maar ook of daardie geestesiekte sekere geestesvermoëns van die dader aangetas het.

Tweedens kan die psigologiese of sielkundige metode gebruik word om toerekeningsvatbaarheid vas te stel. Hiervolgens moet net bepaal word of daar by 'n persoon sekere psigologiese afwykings bestaan, sonder dat die patologiese oorsake daarvan ter sprake kom. Tydens aanwending van hierdie toets word byvoorbeeld slegs gevra of 'n persoon se keusevryheid ten tyde van sy daad uitgesluit is, of daar word slegs gevra of hy geweet het wat hy doen en of hy geweet het dat dit ongeoorloof was.²⁷ Kritiek wat teen hierdie toets geopper kan word is dat dit onder andere daartoe aanleiding kan gee dat 'n persoon wat volgens die psigiatrie aan geen geestesiekte ly nie, ontoerekeningsvatbaar en derhalwe strafloos sal wees as hy onder heftige emosionele of gemoedsbewegings opgetree het.²⁸

Die laaste toets wat ter sprake kom is die gemengde metode wat 'n kombinasie van die biologiese en psigologiese toetse

25. Snyman 1986:169-170.

26. Kyk in verband met hierdie toets die Rumpff-verslag 1967:Par. 2.12.

27. Rumpff-verslag 1967:Par. 2.13.

28. Bergenthuin 1985a:282 meen egter dat hierdie beswaar alle krag verloor na aanleiding van die nuwe benadering van die regspraak dat heftige gemoedsbewegings wel tot ontoerekeningsvatbaarheid kan lei.

behels.²⁹ Volgens Snyman³⁰ is hierdie metode die aanvaarbaarste aangesien sowel die patologiese oorsaak van die afwykings as die geaardheid daarvan in ag geneem word tydens die toepassing daarvan. Dit is dan ook hierdie metode wat op aanbeveling van die Rumpff-kommissie, in artikel 78(1) van die Strafproseswet³¹ gevolg word.

In teenstelling met die biologies-psigologiese toerekeningsvatbaarheidskriterium wat hierbo deur Snyman voorgestaan word, is Bergenthuin³² die mening toegedaan dat 'n suiwer psigologiese toerekeningsvatbaarheidstoets in Suid-Afrika aangewend word. Laasgenoemde skrywer argumenteer dat die klem by die vasstelling van toerekeningsvatbaarheid deurgaans op òf die vermoë van die dader om die ongeoorloofdheid van sy handeling te besef, òf op sy vermoë om ooreenkomstig so 'n besef op te tree, geplaas word. Slegs in die geval van artikel 78 van die Strafproseswet³³ word 'n biologiese faktor, naamlik geestesongesteldheid of geestesgebrek, beklemtoon.³⁴ Ter staving van sy argument verwys Bergenthuin³⁵ na S v Lesch³⁶ en S v Van Vuuren³⁷ waar volgens hom van 'n suiwer psigologiese toerekeningsvatbaarheidstoets gebruik gemaak is.

29. Rumpff-verslag 1967:Pare 2.14-2.20.

30. Snyman 1986:170.

31. Wet 51 van 1977; Kyk ook S v Loubser 1979(3) SA 47(A):61.

32. Bergenthuin 1985a:280; Louw, P.F. 1987:366 gaan hiermee akkoord na aanleiding van sy ontleding van S v Campher 1987(1) SA 940(A).

33. Wet 51 van 1977.

34. Die rede hiervoor is egter dat artikel 78(6) van die Strafproseswet bepaal dat indien toerekeningsvatbaarheid vanweë geestesongesteldheid ontbreek, die beskuldigde as geestesongestelde in 'n hospitaal vir sielsiekes of in 'n gevangenis aangehou moet word hangende die beskikking van die staatspresident. Ontbreek toerekeningsvatbaarheid vanweë 'n ander oorsaak, is sodanige bykomstige bevel onnodig en hoef die grondslag vir ontoerekeningsvatbaarheid nie geïdentifiseer te word nie.

35. Bergenthuin 1985a:281.

36. Lesch:814.

37. Van Vuuren:12.

Kritiek wat teen die gemengde toerekeningsvatbaarheidstoets geopper kan word is nie alleen die gebrek aan 'n gemeenskaplike raakpunt tussen die biologiese faktore wat tot ontoerekeningsvatbaarheid aanleiding kan gee nie, maar ook die klaarblyklik willekeurige vasstelling van hierdie faktore.³⁸

Van der Merwe³⁹ doen aan die hand dat artikel 78(1) van die Strafproseswet deur die invoeging van die volgende woorde verander moet word om sodoende voorsiening te maak vir die biologiese gronde op grond waarvan toerekeningsvatbaarheid uitgesluit kan word: "geestessiekte, geestesgebrek of analoë faktore."⁴⁰

Om te dien as algemene regsmaatstaf vir die bepaling van toerekeningsvatbaarheid stel Bergenthuin⁴¹ voor dat van 'n suiwer psigologiese toets gebruik gemaak word en formuleer hy dit as volg:

"Iemand wat 'n handeling verrig wat 'n misdryf uitmaak en wat ten tye van so 'n verrigting nie oor die vermoë beskik om -
 (a) die ongeoorlooftheid van sy handeling te besef nie; of
 (b) ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorlooftheid van sy handeling op te tree nie, is nie vir so 'n handeling strafregtelik toerekenbaar nie."

Die vraag of 'n persoon toerekeningsvatbaar was kom gewoonlik ter sprake by jeugdiges, geestesongestelde persone, dronkes

38. Die biologiese faktore wat tot ontoerekeningsvatbaarheid aanleiding kan gee is in ons regspraak uitgebrei om benewens geestesongesteldheid, jeugdigheid en dronkenskap ook faktore soos provokasie, emosionele spanning en invloed van dwelmmiddels in te sluit; kyk voorbeeld Arnold:264B-C.

39. Van der Merwe, D.P. 1981:150.

40. Volgens Bergenthuin 1985a:281-282 sal hierdie wysiging net die onsekerhede vererger en twispunte laat ontstaan oor watter faktore nou juis analoog is aan 'n geestes-siekte of -gebrek.

41. Bergenthuin 1985a:282.

en persone wat onder provokasie gehandel het. By geestesongesteldheid en jeugdige leeftyd ontbreek toerekeningsvatbaarheid en skuld geheel en al. Dronkenskap en provokasie het ook 'n uitwerking op 'n persoon se toerekeningsvatbaarheid, maar volgens ons reg word toerekeningsvatbaarheid slegs in uitsonderlike gevalle geheel en al deur laasgenoemde twee faktore uitgesluit.

2.2 Jeugdige leeftyd

2.2.1 Infantes

Tot infantes word alle persone gereken wat nog nie hulle sewende lewensjaar voltooi het nie. In sowel die strafreg⁴² as die deliktereg⁴³ word onweerlegbaar vermoed dat 'n kind onder sewe jaar volkome ontoerekeningsvatbaar is (*doli et culpae incapax*).

2.2.2 Infantia maiores

'n Kind tussen die ouderdom van sewe en veertien jaar word, vir doeleindes van die strafreg, weerlegbaar vermoed om ontoerekeningsvatbaar te wees.⁴⁴ Die bewyslas rus dan op die staat om die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid bo redelike twyfel te weerlê.⁴⁵

Dit is vir die staat makliker om hierdie vermoede te weerlê in die geval van gemeenregtelike misdade as wat dit is by wette-

42. Burchell ea 1983:242; De Wet en Swanepoel 1985:111; Snyman 1986:181; Visser en Vorster 1987:246; R v Lourie 9 SC 432:434; Attorney-General Transvaal v Additional Magistrate For Johannesburg 1924 AD 421:434.

43. Van der Walt 1979:61; Van der Merwe en Olivier 1985:111.

44. De Wet en Swanepoel 1985:111; Snyman 1986:181; R v Ndenxa 1919 EDL 199:200; R v Leeuw 1934 OPD 19:20; R v Dikant 1948(1) SA 693(0):695.

45. Burchell ea 1983:242.

regtelike oortredinge, veral indien laasgenoemde van 'n redelik tegniese aard is.⁴⁶ Hoe nader 'n kind aan die ouderdom van sewe is, hoe sterker is die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid, en hoe nader die kind aan die ouderdom van veertien is, hoe swakker is hierdie vermoede.⁴⁷

Die toets vir toerekeningsvatbaarheid op grond van jeugdigheid word nie statutêr bepaal nie, maar gemeenregtelik kom dit op dieselfde neer as die toets ten aansien van geestesversteurdes soos vervat in artikel 78(1) van die strafproseswet.⁴⁸ Volgens Snyman⁴⁹ behoort gevra te word of so 'n kind, ten spyte van sy jeugdige ouderdom, in staat is om die aard en gevolge van sy gedrag te beseef en ook dat dit ongeoorloof is en of hy verder in staat is om sy handeling ooreenkomstig sy insigte in te rig. Ons howe is egter geneig om dié toets te oorvereenvoudig en bloot te vra of so 'n kind geweet het dat wat hy doen, verkeerd is.⁵⁰ Hoewel oor die algemeen dieselfde resultaat hierdeur bereik word as wanneer die suiwer toets, soos deur Snyman geformuleer, toegepas word, staan verskeie skrywers skepties teenoor hierdie benadering van ons howe.⁵¹

Labuschagne⁵² stel voor dat wat opsetsmisdade betref, 'n kind strafregtelik slegs aanspreeklik gehou behoort te word as positief op die volgende vrae geantwoord word:

- " (i) Was hy, ten tyde van die beweerde misdadpleging, bewus daarvan dat hy regsteenstrydig optree of was hy bewus van 'n moontlikheid dat hy regsteenstrydig optree?

46. R v Kaffir 1923 CPD 261; S v M 1979(4) SA 564 (B):566.

47. Burchell ea 1983:243; R v K 1956(3) SA 353 (A):358.

48. Wet 51 van 1977.

49. Snyman 1986:181-182.

50. De Wet en Swanepoel 1985:111.

51. Burchell ea 1983:111; Snyman 1986:181-183.

52. Labuschagne 1978:265.

- (ii) Kon hy ten tyde van die beweerde misdaadpleging sy handeling beheer?
- (iii) Het hy die gevolge van sy optrede gewil of het hy die gevolge as moontlikheid voorsien en desnieteenstaande opgetree?"

In die geval van nalatigheidsmisdade daarenteen kan die kind slegs skuldig bevind word indien die antwoorde op die volgende vrae positief is:

- "(i) Was die kind bewus daarvan (of het hy dit inderdaad as reële moontlikheid voorsien) dat hy regsteenstrydig optree as hy op 'n sekere wyse optree?
- (ii) Kan hy sy handeling, ten tyde van die beweerde misdaadpleging beheer?
- (iii) Het hy sy geestelike en liggaamlike vermoëns ter vermyding van die handeling of gevolge wat die misdaad na bewering bewerkstellig het, behoorlik ingespan?"⁵³

Onsekerheid bestaan of die weerlegbare vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid wat in die strafreg van toepassing is op kinders tussen die ouderdomme van sewe en veertien jaar, ook in die privaatrek geld.⁵⁴ In Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk⁵⁵ is egter beslis dat indien die verweerder in 'n deliktuele aksie 'n *infantia maior* is, die onus op die eiser rus om te bewys dat die kind toerekeningsvatbaar was; en in hierdie sin bestaan daar altyd 'n weerlegbare vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid insoverre dit *infantia maiores* betref.

53. Labuschagne 1978:266-267.

54. Niewenhuizen NO v Union and National Insurance Co Ltd 1962(1) SA 760 (W):761; South British Insurance Co Ltd v Smit 1962(3) SA 826 (A):836-837; Jones NO v Santam Bpk:552-553.

55. Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk:399 G-H en 409 B.

Die vraag of 'n kind vir die doeleindes van die deliktereg toerekeningsvatbaar is, is soos volg geformuleer:

"Die vraag ... moet ... subjektief benader word deur vas te stel of sy geestesvermoëns op daardie stadium sodanig ontwikkel was met inagneming van sy werklike intellektuele ontwikkeling, sy geestesrypheid en sy impulsiwiteit dat hy oor die onderskeidingsvermoë beskik het om die ongeoorlooftheid of geoorlooftheid van sy handeling in te rig ooreenkomstig sy insigte in wat geoorloofd en ongeoorloofd is."⁵⁶

Van der Vyver⁵⁷ wys daarop dat die toerekeningsvatbaarheid van 'n besondere *infantia maior* vasgestel moet word in die lig van die relevante omstandighede van die saak. Die spesifieke ouderdom van 'n kind wat binne die kategorie van *infantia maiores* val is slegs van belang in soverre dit betrekking het op die feite en omstandighede wat toerekeningsvatbaarheid beïnvloed. Dit is die plig van die regter om finaal te besluit of die verweerder in die saak voor hom ten tye van sy/haar beweerde onregmatige handeling inderwaarheid toerekeningsvatbaar was of nie.

Wat die strafreg betref bestaan daar oorweldigende steun vir die stelling dat die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid op beide seuns en dogters van toepassing is tot en met die ouderdom van veertien jaar.⁵⁸ In die deliktereg word egter 'n onderskeid gemaak tussen die twee geslagte en is bereiking van die onderskeie puberteitsouderdomme van deurslaggewende belang.⁵⁹ Die weerlegbare vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid hou dus in die geval van seuns op om te funksioneer wan-

56. Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk: 410D-E

57. Van der Vyver 1983:583.

58. Burchell ea 1983:242; De Wet en Swanepoel 1985:111; Snyman 1986:181; Labuschagne 1978:261; Labuschagne 1983:224.

59. Jones NO v Santam Bpk:542; Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk:390 B-C.

neer die ouderdom van veertien jaar bereik word, terwyl 'n weerlegbare vermoede van toerekeningsvatbaarheid by dogters ontstaan wanneer hulle twaalf jaar oud word.⁶⁰

2.3 Geestesongesteldheid

Daar bestaan 'n vermoede in ons reg dat elke mens by sy gesonde verstand is. Indien 'n beskuldigde die verweer van ontoerekeningsvatbaarheid op grond van geestesongesteldheid of -gebrek wil opwerp, moet hy die vermoede op 'n oorwig van waarskynlikhede weerlê.⁶¹ 'n Geslaagde beroep op hierdie verweer beteken dat die beskuldigde geheel en al as ontoerekeningsvatbaar beskou word en nie strafregtelik aanspreeklik is nie.⁶²

'n Geestesongestelde persoon is ingevolge die gemene reg as ontoerekeningsvatbaar beskou indien hy nie oor die vermoë beskik het om tussen reg en verkeerd te onderskei nie,⁶³ of indien hy wel aldus kon onderskei, hy nie oor die vermoë beskik het om sy handeling ooreenkomstig daardie insig te bepaal nie en dan aan 'n onweerstaanbare drang gehoorsaam.⁶⁴

-
60. Van der Vyver 1983:584 wys daarop dat hy geen redelike regverdiging kon opspoor vir hierdie differensiasie tussen die strafregtelike en privaatregtelike bepalinge aangaande die ouderdomsbepalings van die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid nie.
61. Kyk R v Kaukakani 1947(2) SA 807(A):823; R v Kennedy 1951(4) SA 431 (A); S v Mahlinza:419; S v Kavin 1978(2) SA 731 (W):736G.
62. De Wet en Swanepoel 1985:114-115; Snyman 1986:167.
63. Hierdie toets is ontleen aan die bekende M'Naghten-reëls van die Engelse reg wat in Suid-Afrika aanvaar is maar wat vandag allerweë as verouderd beskou word.
64. Die maatstaf van "onweerstaanbare drang" waardeur die M'Naghten-reëls ingrypend gekwalifiseer is, is onder die invloed van die Amerikaanse en Duitse reg in Suid-Afrika ingevoer in R v Hay:290 en later uitdruklik deur die Appêlhof erken, onder andere in R v Koortz 1953(1) SA 371(A) en R v Harris 1965(2) SA 340(A):366.

Kritiek teen die destyds geldende maatstawwe het egter nie uitgebly nie⁶⁵ en in 1967 beveel die Rumpff-Kommissie⁶⁶ aan dat daar weggedoen moet word met die begrip "onweerstaanbare drang" en word 'n nuwe omskrywing voorgestel. As uitvloeisel hiervan is artikel 78(1) van Wet 51 van 1977⁶⁷ op die wetboek geplaas, en dit behels nou die tans geldende toets vir toerekeningsvatbaarheid in gevalle van geestesongesteldheid of -gebrek. Dit lui soos volg:

"Iemand wat 'n handeling verrig wat 'n misdryf uitmaak, en wat ten tye van so 'n verrigting aan 'n geestesongesteldheid of geestesgebrek ly wat tot gevolg het dat hy nie oor die vermoë beskik -

- (a) om die ongeoorlooftheid van sy handeling te besef nie; of
- (b) om ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorlooftheid van sy handeling op te tree nie, is nie vir so 'n handeling strafregtelik toerekenbaar nie."

Die kriterium onder (a) bevestig net sekere elemente van die ou gemeenregtelike maatstaf wat aan die M'Naghten-reëls ontleen is, in besonder die "reg of verkeerd"-toets.⁶⁸ Paragraaf (b) is egter wyer as die ou gemeenregtelike formulering van "onweerstaanbare drang" en omvat dit dus heeltemal.⁶⁹ Die klem val nou op die beskuldigde se vermoë om homself te beheer en nie soseer op die impulsiewe aard van sy handeling nie.⁷⁰

65. Strauss 1981:173; Snyman 1986:168-169.

66. Rumpff-verslag 1967: Par 9.89-9.93.

67. Strafproseswet; kyk in die algemeen Van Oosten 1990:1-9.

68. Strauss 1981:176.

69. Snyman 1986:174-175; In Kavin:737 A-C beslis die hof dat die bepalings van artikel 78(1) wyd genoeg is om gedrag te dek wat die gevolg is van 'n geleidelike disintegrasie van die persoonlikheid as gevolg van geestesongesteldheid; kyk ook S v Campher 1987(1) SA 940(A).

70. Bosman en Hosten 1979:754.

Psigopatie word nie gereken as 'n geestesongesteldheid wat op sigself tot ontoerekeningsvatbaarheid kan lei nie.⁷¹ Wanneer daar egter bevind word dat die psigopaat se insig of wilsbeheervermoë in so 'n mate verswak is dat hy volgens morele beoordeling minder verwytbaar is as 'n persoon met normale insig of wilsbeheer, bestaan daar verminderde toerekeningsvatbaarheid.⁷² Hoewel ons howe reeds verskeie kere geweier het om 'n persoon se psigopatiesese toestand as versagtende omstandigheid te beskou,⁷³ is psigopatie tesame met ander faktore soos die oortreder se jeugdige leeftyd al aanvaar as versagtende omstandighede.⁷⁴

In artikel 78(7) van die Strafproseswet⁷⁵ word die gemeenregtelike beginsel bevestig dat geestesverstoring wat nie van so 'n ernstige aard is dat dit lei tot 'n bevinding van algehele ontoerekeningsvatbaarheid nie, nietemin verminderde ontoerekeningsvatbaarheid tot gevolg kan hê.⁷⁶ Die subartikel kan aanwending vind by persone met breinskade maar veral ten opsigte van drie klasse mense te wete geestesgebrekkiges, epileptici en psigopate.⁷⁷

Wat die deliktereg betref wys Van der Merwe en Olivier⁷⁸ daarop dat kranksinniges altyd as ontoerekeningsvatbaar beskou word.

71. Strauss 1981:177; Snyman 1986:179; Kyk ook Verschoor 1981:12-23.

72. Mnyanda:766H.

73. Burchell ea:266-267; Snyman 1986:179-180.

74. Lehnberg:553; S v Pieterse 1982(3) SA 678 (A); S v Sibiya 1984(1) SA 91(A); S v Phillips and Another 1985(2) SA 727 (N).

75. Wet 51 van 1977.

76. Burchell ea 1983:275-277; De Wet en Swanepoel 1986:118; Snyman 1986:178.

77. Rumpff-verslag 1967:Par 8.13.

78. Van der Merwe en Olivier 1985:111; Van der Walt 1979:61.

2.4 Dronkenskap

Die tradisionele benadering in die Suid-Afrikaanse reg was dat vrywillige dronkenskap nie kon dien as 'n volkome verweer vir misdrywe gepleeg terwyl die beskuldigde in 'n beskonke toestand verkeer het nie.⁷⁹ Dronkenskap kon egter as 'n verweer geopper word waar 'n sogenaamde "besondere opset" 'n element van die ten laste gelegde misdryf was. Dié teorie, wat deur ons howe uit die Engelse reg oorgeneem is, het kortliks die volgende behels:⁸⁰ As 'n persoon aangekla is van 'n misdaad waarby 'n "besondere opset" vereis is, het dronkenskap die uitwerking gehad dat hy nie skuldig bevind kon word aan die betrokke misdaad nie, maar wel aan 'n minder ernstige misdaad wat by die "besondere-opset-misdaad" inbegrepe was.⁸¹ Daar is geargumenteer dat die beskonke toestand 'n "besondere opset" kon uitsluit en byvoorbeeld moord tot strafbare manslag "redukeer."⁸² Waar die aanklag waarop die beskuldigde teregstaan nie vatbaar is vir skuldigbevinding aan 'n minder ernstige misdaad nie, is dronkenskap eenvoudig per se as 'n strafversagtingsgrond in ag geneem.⁸³

Verskeie juriste het kritiek uitgespreek teen die "besondere-opset-teorie"⁸⁴ en daar is onder andere beweer dat dit niks

-
79. Let daarop dat beskonkenheid nie slegs verwys na bedwelming veroorsaak deur alkoholiname of -toediening nie, maar ook na bedwelming deur die inname of toediening van narkotiese of verdowingsmiddels.
80. Burchell ea 1983:295.
81. De Wet en Swanepoel 1985:125-128; Snyman 1986:188.
82. Aanranding met die opset om ernstig te beseer is byvoorbeeld gereduseer tot gewone aanranding, verkragting tot onsedelike aanranding.
83. Rabie 1981:113.
84. Snyman 1986:189 noem byvoorbeeld die volgende twee punte van kritiek: (1) Dit is verkeerd om te beweer dat dronkenskap 'n "besondere" opset kan uitsluit, maar nie 'n "gewone" opset nie; (2) Dit is onmoontlik om 'n reël te formuleer waarvolgens vasgestel kan word by welke misdade 'n "besondere" opset vereis word en by welke nie; Burchell ea 1983:295-296; De Wet en Swanepoel 1985:125; Visser en Vorster 1987:293.

meer as 'n kunsmatige kompromis tussen twee onversoenbare eise is nie, naamlik (1) die behoefte aan logiese en dogmatiese suiwer regsbeginsels en (2) die behoefte om die afkeur van die gemeenskap te bevredig en die publiek te beskerm teen gevaarlike beskonkenes.⁸⁵

In S. v Johnson,⁸⁶ die vroeëre *locus classicus* aangaande dronkenskap, was die feite kortliks soos volg: Die beskuldigde is in hegtenis geneem op aanklag van dronkenskap op 'n openbare plek en in 'n sel opgesluit saam met die oorledene wat vroeër op 'n soortgelyke klag gearresteer is. Kort hierna het die beskuldigde sy mede-aangehoudene se kop met 'n wateremmer verbrysel, as gevolg waarvan laasgenoemde dan ook oorlede is. Ten spyte van die feit dat die verhoorhof bevind het dat die beskuldigde ten tyde van die voorval so dronk was dat hy nie geweet het wat hy doen nie, is hy nogtans skuldig bevind aan strafbare manslag. Op appèl word aanvaar dat 'n willekeurige handeling 'n fundamentele vereiste vir strafregtelike aanspreeklikheid is, maar die hof meen dat 'n dronke nietemin aanspreeklik is omdat vrywillige dronkenskap, wat nie geesteskrankheid tot gevolg het nie, in die algemeen geen verweer is teen 'n aanklag weens 'n wandaad gedurende sodanige dronkenskap begaan nie.⁸⁷

Hierdie beslissing het egter heftige kritiek ontlok⁸⁸ omdat dit weer die agterdeur oopgemaak het vir die reeds verwerpte *versari in re illicita*-leerstuk.⁸⁹ Die uitspraak in Johnson⁹⁰

85. Rabie 1981:111.

86. S v Johnson 1969(1) SA 201(A).

87. Johnson:205.

88. Burchell ea 1983:297-298; De Wet en Swanepoel 1985:128-129; Snyman 1986:189-190; Burchell 1969:127; Verschoor 1983:28.

89. S v Bernardus 1965(3) SA 287(A); S v Van der Mescht 1962(T) SA 52T (A).

90. Johnson:201.

het oor die algemeen voldoen aan die praktiese eise van die gemeenskap⁹¹ maar beskou vanuit 'n teoretiese oogpunt was dit 'n onbevredigende beslissing.⁹²

2.4.1 Vrywillige dronkenskap na Chretien

Die tradisioneel aanvaarde beginsel van ons regspraak dat 'n persoon hom nie kan verweer deur 'n beroep op sy vrywillige dronkenskap nie, is deur die Appêlhof in die belangrike Chretien-saak⁹³ van die tafel gevee. Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat die Johnson-beslissing juridies onsuier is en dat die effek van dronkenskap op kriminele aanspreeklikheid afhang van die graad van besopenheid.⁹⁴

Dronkenskap mag relevant wees met betrekking tot meer as een element van die misdad. By monde van hoofregter Rumpff word die volgende in Chretien beslis:

- (1) Iemand wat papdrunk en onbewus is van wat hy doen, is nie aanspreeklik nie aangesien sy willose spierbeweging nie aan die handelingselement voldoen nie.⁹⁵
- (2) In uitsonderlike gevalle kan 'n persoon weens oormatige drankiname heeltemal ontoerekeningsvatbaar wees, en as

91. In die sin dat die beskonkene wat in 'n beskonke toestand verkeer vanwee sy eie toedoen, nie meer toeskietlik behandel behoort te word as die nugter persoon wat dieselfde handeling verrig het nie.

92. Snyman 1986:185 wys byvoorbeeld daarop dat indien die gewone beginsels van toerekeningsvatbaarheid op die gedrag van 'n beskonkene toegepas word, dit daartoe aanleiding kan gee dat so 'n persoon volkome onskuldig bevind kon word aan 'n misdad in sy beskonkenheid gepleeg.

93. S v Chretien 1981(1) SA 1097(A); Vir 'n vonnisbespreking van hierdie saak kyk Middleton (eerste kommentaar) en Kruger (tweede kommentaar) 1981:83; Verschoor en Morkel 1981:49.

94. De Wet en Swanepoel 1985:129; Ellis 1981:176; Van der Merwe, D.P. 1981:143.

95. Chretien:1104E en 1106 E-F.

gevolg daarvan aanspreeklikheid volkome vryspring.⁹⁶ Dit sal in die volgende geval wees:

"Eers dan wanneer 'n persoon, wat 'n gevolghandeling pleeg, so besope is dat hy nie besef nie dat wat hy doen ongeoorloof is, of dat sy inhibisies wesenlik verkrummel het, kan hy as ontoerekeningsvatbaar beskou word."⁹⁷

Solank 'n persoon ten spyte van sy dronkenskap nog die vermoë het om tussen reg en verkeerd te onderskei en sy optrede daarvolgens te rig, word hy as toerekeningsvatbaar beskou, en eers wanneer sy toerekeningsvatbaarheid vasstaan, word na die skuldvraag oorgegaan.

- (3) Waar opset (ten aansien van 'n misdaad waarvoor opset vereis word) ontbreek as gevolg van vrywillige dronkenskap, kan die beskuldigde nie aan daardie misdaad skuldig bevind word nie.⁹⁸ - Die "besondere-opset-teorie" ("specific intent theory") in verband met dronkenskap word onomwonde as onaanvaarbaar verwerp.⁹⁹

Dit is belangrik om te onthou dat Chretien geen veranderinge teweeg gebring het met betrekking tot onvrywillige dronkenskap, *actio libera in causa* en dronkenskap wat aanleiding gee tot geestesongesteldheid nie. Chretien handel slegs oor

96. Oosthuizen 1985:415 wys daarop dat 'n beroep op ontoerekeningsvatbaarheid weens dronkenskap by implikasie slegs in twee gevalle kan slaag, naamlik by formeel omskrewe misdade en by gevolgs misdade met 'n voorgeskrewe gedragingsvorm waar die dader ten tyde van die handlingsmoment ontoerekeningsvatbaar dronk was en indien daar nie van 'n pogingsmisdad sprake is nie.

97. Chretien:1106B.

98. Chretien:1103B-C.

99. Chretien:1103H-1104A.

vrywillige dronkenskap en wel oor die beregting van daardie gevalle waar 'n beskonke persoon 'n misdaad pleeg wat hy self nie kon voorsien het nie.¹⁰⁰ Dit maak nou ook nie meer saak of 'n persoon se dronkenskap te wyte is aan vrywillige of onvrywillige drankiname nie, aangesien die dronkenskap in albei gevalle aanleiding kan gee tot 'n algehele vryspraak.¹⁰¹

2.4.2 Dronkenskap wat tot geestesongesteldheid aanleiding gee

Langdurige alkoholgebruik kan daartoe aanleiding gee dat 'n persoon in 'n toestand van geestesongesteldheid, byvoorbeeld *delirium tremens*,¹⁰² verval. Omdat sodanige persoon ontoerekeningsvatbaar is, doen hy geen strafregtelike verantwoordelikheid op nie en is artikel 78(6) van die Strafproseswet 51 van 1977 op hom van toepassing.¹⁰³

2.4.3 Onvrywillige dronkenskap

Onder "onvrywillige dronkenskap" word verstaan dronkenskap teweeggebring sonder die beskonkene se bewuste toedoen en dit is nog altyd as 'n volkome verweer in ons reg beskou.¹⁰⁴ Die rede hiervoor is dat sodanige dronkenskap nie teruggevoer kan word tot die beskuldigde se vrywillige, bewuste handeling

100. Verschoor 1983:29.

101. De Wet en Swanepoel 1985:130; Snyman 1986:191.

102. 'n Diagnoseerbare en erkende geestesongesteldheid wat volg op chroniese alkoholgebruik met gevolglike blootstelling en onderdrukking van die mens se sentrale senuweestelsel.

103. Gemelde artikel bepaal dat die beskuldigde as 'n presidentspatiënt verwys word na 'n hospitaal vir sielsiektes of 'n gevangenis.

104. Kyk *R v Innes Grant* 1949(1) SA 753(A): 766-767 waar appèlreëlster Centlivres die standpunt inneem dat die beskuldigde se verweer van onvrywillige dronkenskap slegs kan slaag indien hy so dronk was dat hy nie geweet het wat hy doen nie en *S v Hartyani* 1980(3) SA 613(T) waar die verweer van onvrywillige dronkenskap suksesvol opgewerp is teen 'n aanklag van dronkbestuur, 'n formeel omskrewe misdaad.

nie.¹⁰⁵ Burchell, Milton en Burchell¹⁰⁶ wys daarop dat sedert die Chretien-beslissing¹⁰⁷ dit duidelik is dat dieselfde beginsels van toepassing is hetsy vrywillige of onvrywillige dronkenskap as verweer opgewerp word. Die enigste verskil tussen die twee is dat laasgenoemde verweer in die praktyk geredeliker aanvaar mag word omdat, anders as by vrywillige dronkenskap, geen morele blaam aan die beskuldigde kleef omdat hy dronk geword het nie.

2.4.4 Actio libera in causa

Die *actio libera in causa*-beginsel word gewoonlik aangewend waar 'n dader homself dronk drink met die doel om in sy dronkenskap 'n bepaalde wandaad te pleeg. Hy sal hom in hierdie geval nie op sy dronkenskap as verweer kan beroep nie omrede hy voor die drankiname tot 'n willekeurige handeling en opsetsvorming in staat was. Die handeling bestaan daaruit dat hy met sy drankgebruik, toe hy nog toerekeningsvatbaar was, 'n reeks gebeure aan die gang gesit het wat op die uiteindelijke pleeg van die misdaad uitgeloop het.¹⁰⁸ In hierdie geval gebruik die persoon sy eie dronk liggaam as werktuig om 'n voorname uit te voer wat gemaak is toe hy nog nugter was.¹⁰⁹ Die handeling waarvoor die beskuldigde dus gestraf word is nie die spierbeweging wat hy in sy dronkenskap gemaak het nie, maar die inneem van drank met die doel om in sy dronkenskap 'n daad te verrig waarop hy besluit het toe hy nog nugter en toerekeningsvatbaar was.¹¹⁰

105. Snyman 1986:186.

106. Burchell ea 1983:294.

107. Chretien:1097.

108. Snyman, J.L. 1977:94.

109. Burchell ea 1983:292; De Wet en Swanepoel 1985:122; Snyman 1986:187.

110. Hiemstra 1981:352 meen dat die *actio libera in causa* terminologie is waarvan ons reg sonder skade ontslae kan raak omdat niemand gaan erken dat dit sy denkproses was nie. Almal skuil altyd agter drank as die oorsaak van 'n onbesonne handeling; Kyk ook Snyman 1986:187.

Hoewel Oosthuizen¹¹¹ daarop wys dat 'n nalatige *actio libera in causa* nie in ons reg erken word nie, is 'n hele aantal skrywers die mening toegedaan dat die beginsel waarop die *actio libera in causa* rus, naamlik dié van antesedente aanspreeklikheid, ook op gevalle van nalatigheid van toepassing behoort te wees.¹¹² Dit wil sê die omstandighede sou dan van so 'n aard moes gewees het dat die beskuldigde die ingetrede gevolg redelikerwys behoort te voorsien het toe hy die veilige perk van drankiname begin oorskry het.

2.4.5 Skepping van die misdaad "gevaarlike dronkenskap"

Die posisie in ons reg voor 1981 was dat daar oor die algemeen voldoen is aan die praktiese eise van die gemeenskap, terwyl uit 'n teoretiese oogpunt die regsreëls nie altyd bevredig het nie. Na die Chretien-beslissing¹¹³ was die posisie egter nou die teenoorgestelde: ons regsreëls was vermoedelik teoreties suiwer en wetenskaplik, maar sommige skrywers het beweer dat met die erkenning van vrywillige dronkenskap as verweer teen strafregtelike aanspreeklikheid die gemeenskap aan die genade van dronkaards uitgelewer is.¹¹⁴ Die praktiese eise van die gemeenskap is dat die beskonkene, wat sy beskonke toestand aan sy eie toedoen te danke het, nie meer toeskietlik behandel behoort te word as die nugter persoon wat dieselfde handeling verrig het nie.

111. Oosthuizen 1985:419.

112. Rabie 1978:60; Snyman, J.L. 1978:234; Du Plessis 1983:88 laat hom soos volg uit oor hierdie kwessie: "Chretien has left a lacuna in our law and intoxication is bound to become an increasingly popular defence. Until the legislator steps in to make it an offence for anyone to commit what would otherwise be a crime while drunk, the *Actio Libera in Causa* applied in cases of negligence may at least, render our law capable of dealing with men who are now allowed to turn themselves into a danger to the general public with impunity"; Ellis 1985:184

113. Chretien:1097.

114. Snyman 1986:195.

Sommige skrywers het derhalwe voorgestel dat 'n afsonderlike dronkenskapsmisdad (na analogie van die Duitse reg) geskep word om die gemeenskap te beskerm teen wandade in dronkenskap verrig.¹¹⁵ Hiemstra¹¹⁶ was die mening toegedaan dat hierdie behoefte dat nalatige besering uit dronkenskap strafbaar gestel moes word, gevoel is omdat die vrye keuse by drank-inname die persoon op 'n ander basis plaas as die geestesongestelde. In reaksie hierop, asook in die lig van die aanbeveling van die Suid-Afrikaanse Regskommissie¹¹⁷ dat 'n nuwe misdad geskep word sodat die *status ante quo* in effek herstel word, het die wetgewer ingegryp en aan die hand van die strafregwysigingswet¹¹⁸ soos volg bepaal:

- "1. (1) Iemand wat enige stof inneem of gebruik wat sy vermoëns om die wederregtelikheid van sy handeling in te sien of om in ooreenstemming met daardie insig te handel, aantas, terwyl hy weet dat daardie stof daardie uitwerking het, en wat terwyl daardie vermoëns aldus aangetas is 'n handeling verrig wat deur die reg op straf verbied word, maar wat nie strafregtelik aanspreeklik is nie omdat sy vermoëns aangetas was soos voormeld, is aan 'n misdryf skuldig en by skuldigbevinding strafbaar met die straf, behalwe die doodstraf, wat ten opsigte van die pleging van daardie handeling opgelê kan word.

115. Rabie 1981:119-120; Snyman 1986:196.

116. Hiemstra 1981:354; kyk egter Labuschagne 1985a:213.

117. Projek 49 1986:120 Par 4.4.6; kyk Labuschagne 1987:35 asook Oosthuizen 1985:421 se kritiek op die voorgestelde misdad. In plaas van die skepping van 'n nuwe wette-regtelike misdad, het skrywers soos Du Plessis 1982:189 en Verschoor 1983:27 voorgestel dat beskonke oortreders administratiewelik behandel moet word ooreenkomstig dieselfde riglyne wat op geestesversteurde persone van toepassing is. Sommige skrywers soos Jonker 1985:105 en De Wet en Swanepoel 1985:130 het aan die hand gedoen dat die bewyslas van ontoerekeningsvatbaarheid in dronkenskap op die beskuldigde geplaas moet word terwyl andere soos Hiemstra 1981:357 en Snyman 1986:194 weer hul teenkanting teen sodanige voorstel uitgespreek het; kyk ook verder die standpunt ingeneem deur Snyman 1986:197 ten opsigte van die kritiek uitgespreek teen die voorgestelde regsreëls.

118. Strafregwysigingswet 1/1988. Kritiek teen hierdie wet het ook nie uitgebly nie, kyk byvoorbeeld Erasmus 1989:143-145.

(2) Indien in enige vervolging weens enige misdryf daar bevind word dat die beskuldigde nie strafregtelik aanspreeklik is vir die ten laste gelegde misdryf nie op grond van die feit dat die vermoëns in subartikel (1) vermeld, aangetas was deur die inname of gebruik van enige stof, kan daardie beskuldigde skuldig bevind word aan oortreding van subartikel (1), indien die getuienis die pleging van sodanige oortreding bewys.

2. Wanneer dit bewys word dat iemand wat aan 'n misdryf skuldig bevind is, se vermoëns as gevolg van die inneem of gebruik van 'n stof aangetas was toe hy die misdryf gepleeg het, kan die hof by die bepaling van 'n gepaste vonnis wat hom opgelê moet word ten opsigte van bedoelde misdryf, die feit dat sy vermoëns aldus aangetas was, as 'n verswarende omstandigheid beskou."

Die effek van hierdie wet is dat 'n persoon wat 'n misdryf pleeg terwyl hy ontoerekeningsvatbaar dronk is, onskuldig bevind word aan dié misdryf maar in stede daarvan skuldig bevind word aan oortreding van artikel 1(1) van onderhawige wet. 'n Geldige verweer op hierdie wet sal wees indien 'n beskuldigde kan aantoon dat hy nie bewus was van die effek van die stof wat hy ingeneem het nie of dat dit by hom ingedwing was.

Persone wat onder die invloed van drank of ander verdowingsmiddels verkeer, kan wat die deliktereg betref ook as ontoerekeningsvatbaar beskou word.¹¹⁹

2.5 Provokasie

In die Romeinse en Romeins-Hollandse reg is toorn¹²⁰ of woede nooit as 'n volkome verweer beskou nie maar kon dit strafveragterend werk indien die woede deur provokasie geregverdig is.¹²¹ Daar is geredeneer dat van die mens verwag word om sy

119. Van der Walt 1979:61; Visser 1981:423 ev; Van der Merwe en Olivier 1985:111.

120. Toorn en provokasie is twee verskillende dinge maar dit is die term "provokasie" wat in ons regspraak en regsliteratuur die ingeburgerde term geword het; kyk S v Mokonto 1971(2) SA 319 (A):324.

121. Van Zyl, P.H.S. 1974:67; Burchell ea 1983:306; Snyman 1986:198.

drifte te beheers en sy hartstogte te beteuel en daarom is woede of toorn nie as 'n grond vir die opheffing van toerekeningsvatbaarheid beskou nie.

Aanvanklik het ons howe die verweer van provokasie objektief benader aan die hand van die bepaling van artikel 141 van die Transkeise strafbode.¹²² Volgens dié artikel kon doodslag, wat andersins op moord sou neerkom, verminder word na strafbare manslag op grond van provokasie, wat dan soos volg gedefinieër is:

" Any wrongful act or insult of such a nature as to be sufficient to deprive any ordinary person of the power of self-control may be provocation, if the offender acts upon it on the sudden and before there has been time for his passion to cool"

Die verweer was dus slegs beskikbaar as 'n "ordinary person" soos die beskuldigde sou opgetree het; die feit dat die beskuldigde inderwaarheid woedend kwaad geword het was geen verweer indien die fiktiewe "ordinary person" nie ook sou kwaad geword het nie. Die toets vir provokasie was dus nie subjektief nie, maar objektief.¹²³

Ten spyte van die onversoenbaarheid daarvan met die subjektiewe toets vir opset was bogenoemde benadering die heersende regsposisie vir 'n geruime tyd. Die uitspraak in R v Thibani¹²⁴ het ons reg op hierdie gebied egter in 'n nuwe rigting gestuur en is die aanvanklike objektiewe benadering verwerp ten gunste van 'n meer subjektiewe benadering. In hierdie saak is beslis dat getuienis omtrent provokasie niks anders as blote feitemateriaal is nie waaruit die hof moet aflei of die beskuldigde die opset gehad het om te moor. Volgens hierdie

122. Wet 24 van 1886(K); Kyk Steyn 1958:384; Dugard 1966:261.

123. Burchell 1958:246; Trengove 1981:27.

124. R v Thibani 1949(4) SA 720(A).

benadering kan die opset om te moor deur provokasie uitgesluit word al is daar nie voldoen aan die objektiewe vereistes van artikel 141 nie.¹²⁵

In S v Mokonto¹²⁶ word die beginsels van artikel 141 van die Transkeise strafkode¹²⁷ uit die Suid-Afrikaanse reg insake provokasie geweer en beslis appëlregter Holmes dat dit beperk moet word tot die gebied waarvoor dit uitgevaardig is. Verder word beslis dat op 'n aanklag van moord die toets vir provokasie subjektief is: die vraag is dus nie hoe die redelike man op die provokasie sou gereageer het nie, maar hoe die beskuldigde self gereageer het, in ag genome sy eie persoonlike tekortkominge, eienaardighede, oortuigings en humeur.¹²⁸ Net soos voorheen kon provokasie egter nie as 'n volkome verweer dien nie, nōg die beskuldigde se toerekeningsvatbaarheid nōg sy opset kon geheel en al daardeur uitgesluit word.¹²⁹ Die "specific intent"-leerstuk wat uit die Engelse reg met betrekking tot dronkenskap oorgeneem en sonder teoretiese grondslag op provokasie in Suid-Afrika van toepassing gemaak is, is ook nie in Mokonto verwerp nie.¹³⁰

Omdat die reëls betreffende provokasie in ons reg groot ooreenstemming toon met die reëls wat voor 1981 ten opsigte van vrywillige dronkenskap gegeld het, en die "specific intent"-leerstuk in verband met dronkenskap in die Chretien-beslissing onomwonde verwerp is, het verskeie juriste al gepleit vir die verwerping van hierdie leerstuk wat betref

125. Volgens Bergenthuin 1986:103 is die waarde van die uitspraak in die Thibani-beslissing geleë in die feit dat die besondere reëls van artikel 141 as eiesoortige regsbeginnsels vir provokasie verwerp is.

126. Mokonto:325-326.

127. Wet 24 van 1886 (K).

128. Van Niekerk 1972:171; Van der Merwe, N.J. 1972:196.

129. Snyman 1986:204.

130. Bergenthuin 1985b:305 wys daarop dat dié leerstuk die toneel rondom provokasie vir dekades oorheers het.

die verweer van provokasie.¹³¹ In S v Campher¹³² stel appèlregter Viljoen dit dan ook duidelik dat die "specific intent"-leerstuk nie meer deel van ons reg is nie en bring daarmee 'n einde aan bespiegelings oor die vraag of die leerstuk nog ten aansien van provokasie geld of nie.¹³³

Strauss¹³⁴ het reeds in 'n vroeë stadium in die ontwikkeling van 'n provokasie-leerstuk in Suid-Afrika die standpunt ingeneem dat provokasie wel 'n volkome verweer kon wees. Aanvanklik het hierdie benadering nie baie steun geniet nie, maar die erkenning van dronkenskap as volkome verweer in Chretien¹³⁵ het daartoe aanleiding gegee dat Suid-Afrikaanse howe erken het dat provokasie tesame met dronkenskap, maar ook opsigself, ontoerekeningsvatbaarheid tot gevolg kon hê.¹³⁶

In S v Van Vuuren¹³⁷ is die eerste tekens te vinde dat provokasie die toerekeningsvatbaarheid van die dader wesenlik kan beïnvloed. Hoewel die Appèlhof in hierdie saak die beskuldigde se beroep op provokasie op die feite verwerp, maak waarnemende appèlregter Diemont nietemin obiter die volgende stellings:

"I am prepared to accept that an accused person should not be held criminally responsible for an unlawful act where his failure to comprehend what he is doing is attributable not to drink alone, but to a combination of drink and other facts such as provocation and severe mental or emotional stress."¹³⁸

-
131. Strauss 1959:14; Bergenthuin 1985b:305; Bergenthuin 1986:108-109; Snyman 1986:204.
 132. Campher:940.
 133. Louw, P.F. 1987a:366.
 134. Strauss 1959:23-24.
 135. Chretien:1097. Bergenthuin 1985b:577.
 136. Bergenthuin 1985b:577.
 137. Van Vuuren:12.
 138. Op 17 G-H.

In S v Lesch¹³⁹ is die beskuldigde van moord aangekla nadat hy sy buurman doodgeskiet het. Die verdediging het die verweer geopper dat die beskuldigde as gevolg van die oorledene se provokasie in so 'n woedebui verkeer het dat hy ten tye van die daad ontoerekeningsvatbaar was en derhalwe onskuldig bevind moes word.¹⁴⁰ Op die feite word egter beslis dat die beskuldigde ten spyte van sy woede kon onderskei tussen reg en verkeerd en dat hy eenvoudig versuim het om die wilskontrole, 'n vermoë waaroor hy subjektiewelik beskik het, uit te oefen.¹⁴¹ Die hof het egter van die standpunt uitgegaan dat indien die getuienis bewys het dat die beskuldigde inderdaad ontoerekeningsvatbaar was as gevolg van die emosionele toestand waarin hy verkeer het, hy onskuldig bevind moes word.¹⁴²

In S v Arnold¹⁴³ was die feite kortliks soos volg: beskuldigde was smoorverlief op sy jong vrou, 'n beeldskone model, maar as gevolg van 'n verskeidenheid faktore het daar vir 'n geruime tyd onenigheid tussen hulle bestaan. Ten spyte van die feit dat hy haar intens liefgehad het, het sy hom meegedeel dat sy hom gaan verlaat om 'n ontkleedanseres te word. As gevolg van hierdie mededeling en verskeie ander faktore het die beskuldigde in 'n algemene toestand van emosionele stres verkeer. 'n Twis het ontstaan en op die kritieke oomblik het die oorledene vooroor gebuk, haar ontblote borste aan hom vertoon en hom gekoggel terwyl sy verwys het na die ontkleedansery. Hierdie optrede was skynbaar te veel vir die beskuldigde

139. Lesch:814.

140. Vir 'n bespreking van hierdie saak kyk Van Rooyen 1983:376.

141. Op 825 D-G.

142. Op 823-825; Kyk ook Snyman, C.R. 1985a:247.

143. Arnold:256.

en hy het haar toe onmiddellik doodgeskiet.¹⁴⁴

Die hof bevind die beskuldigde onskuldig omdat hy as gevolg van emosionele spanning ten tyde van die afvuur van die doodskoot nie bewustelik opgetree het nie, en derhalwe volgens die reg nie 'n handeling verrig het nie. Hoewel onnodig, gaan die hof verder en ondersoek die beskuldigde se toerekeningsvatbaarheid tydens die voorval. Daar word bevind dat hy ook op hierdie grond op 'n onskuldigbevinding geregtig was omdat hy ten tyde van die doodskoot ontoerekeningsvatbaar was as gevolg van die emosionele spanning. Die hof was van mening dat:

"It was therefore logical to say that it is not only youth, mental disorder or intoxication which could lead to a state of criminal incapacity, but also incapacity caused by other factors such as extreme emotional distress."¹⁴⁵

Nieteenstaande die feit dat die hof se opmerkings aangaande toerekeningsvatbaarheid **obiter** was, is Snyman¹⁴⁶ van mening dat sterk steun in die Arnold-beslissing te vind is vir die standpunt dat provokasie in uiterste gevalle tot 'n algehele onskuldigbevinding van die beskuldigde kan lei omdat dit sy toerekeningsvatbaarheid uitsluit.¹⁴⁷

144. Op 263 C-D van die hofverslag word die beskuldigde se geestestoestand op hierdie oomblik soos volg deur die psigiatriese getuienis beskryf: "His conscious mind was so 'flooded' by emotions that it interfered with his capacity to appreciate what was right or wrong and, because of his emotional state, he may have lost the capacity to exercise control over his actions."

145. Op 264C.

146. Snyman 1986:205.

147. Matzukis 1987:246 wys daarop dat indien gesê kan word dat emosionele spanning en provokasie een en dieselfde ding is, die Arnold-saak gesag is vir die stelling dat provokasie kan dien as 'n volkome verweer deurdat dit toerekeningsvatbaarheid negatiewer; volgens Snyman 1986:206 was die beskuldigde se beroep op emosionele spanning niks anders as 'n beroep op provokasie nie.

Matzukis¹⁴⁸ huldig egter die mening dat provokasie nie beskou moet word as 'n faktor wat toerekeningsvatbaarheid kan beïnvloed nie. Hy wys daarop dat die faktore wat toerekeningsvatbaarheid in ons reg beïnvloed, byvoorbeeld jeugdigheid, dronkenskap en geestesongesteldheid, een of ander organiese afwyking van die normale geestestoestand behels, terwyl dit nie die geval by provokasie is nie. As gesag vir sy standpunt verwys Matzukis na die appèlhofbeslissing in S v Campher¹⁴⁹ waar die beskuldigde haar man doodgeskiet het en die verweer van provokasie, voortspruitende uit 'n uifers spanningsvolle en ongelukkige huwelikslewe, onder andere namens haar in die hof a quo opgewerp is.¹⁵⁰

In sy minderheidsuitspraak wys appèlregter Viljoen egter duidelik daarop dat hierdie nie 'n geval van provokasie is nie,¹⁵¹ maar konstrueer hy uit die appellante se getuienis 'n verweer van gebrek aan weerstandskrag¹⁵² wat toerekeningsvatbaarheid kan negatiewer indien dit bewys word.¹⁵³ Volgens hom het daar redelike twyfel bestaan of die appellante, weens die emosionele druk waaronder sy verkeer het, die vermoë gehad het om ooreenkomstig die besef van die ongeoorloofdheid van haar handeling op te tree¹⁵⁴ en kom hy derhalwe tot die gevolgtrekking

148. Matzukis 1987:246.

149. Campher:940.

150. Op 949 C-D; Die tweede verweer was dat sy "onder die omstandighede haar selfbeheer tot so 'n mate verloor het dat haar weerstandskrag ontbreek het", en die derde was dat sy "in noodweer opgetree het ter afwering van 'n fisiese aanval op haar of ter afwering van 'n aanval op haar dignitas."

151. Op 949 E-H.

152. Op 955 G en 956 B.

153. Die verweer van gebrek aan weerstandskrag is wel in die hof a quo geopper maar "in die konteks van provokasie" en met die doel dat die appellante slegs skuldig bevind moes word aan strafbare manslag. Volgens appèlregter Viljoen is daar met die voordrag van hierdie verweer in die hof a quo nie besef dat die verweer een van ontoerekeningsvatbaarheid was nie - op 951C.

154. Op 956 A-B.

dat die appël moet slaag en deur 'n onskuldigbevinding vervang moet word. Treffend word die regsposisie aangaande toerekeningsvatbaarheid soos volg deur appëlregter Viljoen saamgevat:

"Die beginsels van ontoerekenbaarheid behoort te geld of die geestesversteuring of gemoedsomwenteling ookal deur drank of 'n heftige emosie veroorsaak is. Die verskillende geestestoestande behoort nie gekompartementaliseer te word nie; die beginsel moet slegs nagekom word deur die kriteria vir ontoerekenbaarheid toe te pas afgesien van die vraag of die beskuldigde se aberrasie tydelik of permanent van aard was."¹⁵⁵

Appëlregter Jacobs beslis egter dat 'n persoon wat in staat is om die ongeoorloofdheid van sy handeling te beseft, maar nie ooreenkomstig so 'n beseft kan optree nie, slegs strafregtelike aanspreeklikheid vryspring indien so 'n onvermoë voortspruit uit 'n geestesongesteldheid of gebrek.¹⁵⁶ Hy baseer sy standpunt op die feit dat die gemeenregtelike "onweerstaanbare drang"-maatstaf in toto opgeneem is in die toets vir toerekeningsvatbaarheid weens 'n geestesgebrek of -ongesteldheid soos beliggaam in artikel 78 van die Strafproseswet.¹⁵⁷ Appellante is derhalwe volgens appëlregter Jacobs tereg skuldig bevind aan moord met versagtende omstandighede.

Hoewel waarnemende appëlregter Boshoff met appëlregter Jacobs saamgestem het dat die appël van die hand gewys moes word, verskil hul ontleding van die regsposisie wesenlik. Volgens waarnemende appëlregter Boshoff is die afwesigheid van toerekeningsvatbaarheid nie beperk tot gevalle waar die dader aan 'n geesteskrankheid ly nie, maar is dit ook denkbaar en bestaanbaar by gevalle van tydelike verstandelike benewe-

155. Op 955 B.

156. Op 961 B.

157. Wet 51 van 1977.

ling.¹⁵⁸ Waarnemende appèlregter Boshoff beslis egter dat die appèl van die hand gewys moet word omdat die appellante nie daarin geslaag het om haar van haar weerleggingslas, geskep deur die algemene vermoede van toerekeningsvatbaarheid, te kwyd te maak.¹⁵⁹

Matzukis¹⁶⁰ huldig die mening dat die effek van die Campher-beslissing is dat provokasie, ongeag die intensiteit daarvan, nie toerekeningsvatbaarheid kan uitsluit nie, en derhalwe nie as 'n volkome verweer in die strafreg kan dien nie. Met respek kan nie met gemelde skrywer se standpunt saamgestem word nie en wil dit voorkom asof hy die uitspraak verkeerd geïnterpreteer het. Matzukis maak byvoorbeeld die stelling dat waarnemende appèlregter Boshoff beslis het dat 'n persoon slegs strafregtelike aanspreeklikheid kan vryspring indien sy beweerde ontoerekeningsvatbaarheid voortvloei uit 'n geestesongesteldheid- of gebrek. Let egter op die volgende passasie uit waarnemende appèlregter Boshoff se uitspraak op 965H van die hofverslag:

"Die afwesigheid van toerekeningsvatbaarheid is nie beperk tot gevalle waar die dader aan 'n geesteskrankheid ly nie.¹⁶¹ Dit is ook denkbaar en bestaanbaar by gevalle van tydelike verstandelike beneweling."

Daar kan dus akkoord gegaan word met Geldenhuys¹⁶² se standpunt dat die uitsprake van appèlregter Viljoen en waarnemende appèlregter Boshoff die tans geldende regsposisie weerspieël

158. Op 956 H; Appèlregter Viljoen en waarnemende appèlregter Boshoff is met ander woorde *ad idem* op die standpunt dat nie net verwerf wat voortspruit uit 'n geestesgebrek of -ongesteldheid tot 'n afwesigheid van toerekeningsvatbaarheid kan lei nie, maar ook gevalle van "tydelike verstandelike beneweling" (per waarnemende appèlregter Boshoff) of "onweerstaanbare drang" (per appèlregter Viljoen).

159. Op 966 J - 967 C.

160. Matzukis 1987:248.

161. My beklemtoning.

162. Geldenhuys 1987:178.

en dat daar benewens geestesongesteldheid of -gebrek, jeugdigheid, dronkenskap en provokasie, ook ander faktore bestaan wat toerekeningsvatbaarheid kan beïnvloed en selfs tot die afwesigheid daarvan kan lei.

Ten slotte kan daarop gewys word dat Snyman¹⁶³ van mening is hoewel provokasie nog nie *eo nomine* as 'n volkome verweer in ons reg erken is nie, die regs wetenskaplike benadering uiteindelik sal seëvier insoverre dit hierdie verweer aangaan. Dit sal meebring dat provokasie, net soos in die geval van dronkenskap, in uiterste gevalle sal kan lei tot 'n volkome onskuldigbevinding, óf omdat die beskuldigde ontoerekeningsvatbaar is, óf omdat opset dan ontbreek. Geldenhuys¹⁶⁴ stel voor dat daar naas geestesongesteldheid, jeugdigheid en dronkenskap iets soos "affektiewe gemoedstoestande" onderskei moet word, waaronder provokasie of woede en emosionele storms dan sal ressorteer.

2.5.1 Privaatreg

'n Dader wat op grond van provokasie deur 'n benadeelde in woede skade of persoonlikheidsnadeel berokken, is in die deliktereg nie vir skadevergoeding of genoegdoening aanspreeklik nie.¹⁶⁵ Provokasie kan slegs dien as regverdigingsgrond as die verweerder die volgende kan bewys:

- (a) Daar moet sodanige provokatiewe optrede wees dat dit 'n ooreenstemmende reaksie daarop regverdig;
- (b) die reaksie moet onmiddellik op die provokasie volg;
- (c) die reaksie moes nie buitensporig gewees het nie, dit moes redelik wees en dit moes in verhouding staan tot die aard en kwantiteit van die provokasie.¹⁶⁶

163. Snyman 1986:207.

164. Geldenhuys 1987:178.

165. Bergenthuin 1985b:379.

166. Van der Walt 1979:49.

Provokasie as regverdigingsgrond moet egter onderskei word van provokasie as 'n faktor wat die verweerder se toerekeningsvatbaarheid kan beïnvloed. 'n Verweerder wat in so 'n mate geprovokeer word dat sy geestesvermoëns om skuld te vorm daardeur beïnvloed of uitgeskakel word, kan nie aanspreeklik gehou word nie.

Volgens Van der Merwe en Olivier¹⁶⁷ is 'n persoon wat rasend van woede is, net so ontoerekeningsvatbaar as 'n persoon wat rasend dronk is. Bergenthuin¹⁶⁸ wys op die volgende skrywers wat ook die standpunt huldig dat provokasie tot ontoerekeningsvatbaarheid kan lei: Louw¹⁶⁹ is van mening dat woede die skuldvraag kan beïnvloed deurdat die emosionele spanning wat met woede gepaard gaan kan veroorsaak dat 'n verweerder ontoerekeningsvatbaar mag wees. Van Aswegen¹⁷⁰ voer ook aan dat provokasie sodanige heftige gemoedsbeweging en toorn by die geprovokeerde kan ontlok dat hy ontoerekeningsvatbaar mag word as gevolg daarvan.

Tot op hede het 'n beroep op ontoerekeningsvatbaarheid as gevolg van provokasie nog nie in ons regspraak voorgekom wat betref die privaatreë nie. In Bester v Calitz¹⁷¹ is egter obiter opgemerk dat afhangende van die omstandighede, die verweerder hom moontlik met sukses op hierdie verweer kan beroep.

2.6 Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid in die strafreg

Na aanleiding van die beslissings in S v Campher¹⁷² en S v Laubscher¹⁷³ ontstaan die vraag of ons reg nou 'n algemene toe-

167. Van der Merwe en Olivier 1985:112.

168. Bergenthuin 1985b:431-432.

169. Louw, W.J. 1969:67.

170. Van Aswegen 1982:370.

171. Bester v Calitz 1982(3) SA 864 (0):873.

172. Campher:940.

173. S v Laubscher 1988(1) SA 163(A).

rekeningsvatbaarheidsnorm erken. Volgens Louw¹⁷⁴ behels dit onder meer dat daar nie meer 'n **numerus clausus** ontoerekeningsvatbaarheidsgronde bestaan nie maar dat enige oorsaak wat 'n "vermoënsaantasting" tot gevolg het, juridies relevant is. Volgens Snyman¹⁷⁵ word met 'n algemene verweer van ontoerekeningsvatbaarheid bedoel 'n verweer van ontoerekeningsvatbaarheid wat los staan van die wetteregtelike verweer geskep in artikel 78(1) van die Strafproseswet 51/1977. Laasgemelde outeur beskryf die algemene verweer van ontoerekeningsvatbaarheid as "nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid", omdat dit volgens hom gaan om "ontoerekeningsvatbaarheid, wat nie te wyte is aan 'n patologiese toestand nie, maar aan 'n tydelike wanfunksionering van die dader se geestesvermoëns, welke wanfunksionering 'n verskeidenheid van oorsake kan hê, soos provokasie, dronkenskap, skok, emosionele spanning of vrees."

In die Campher-beslissing¹⁷⁶ was die meerderheid van die hof die mening toegedaan dat daar wel 'n algemene verweer van ontoerekeningsvatbaarheid buite die bepaling van artikel 78(1) van die Strafproseswet 51/1977 in ons reg bestaan. In S v Laubscher¹⁷⁷ is namens die beskuldigde aangevoer dat hy tydens die pleeg van die misdryf "n totale sielkundige ineenstorting of persoonlikheidsdisintegrasie van 'n tydelike aard¹⁷⁸ beleef het. Sy verweer was nie een van geestesongesteldheid ingevolge artikel 78(1) van die Strafproseswet nie, maar nie-

174. Louw, P.F. 1987a:365 wat daarop wys dat dit sou beteken dat die klem nie meer val op 'n biologies-psigologiese kriterium soos omskryf in artikel 78(1) van die Strafproseswet 51/1977 nie, maar op 'n suiwer psigologiese kriterium ongeag wat die biologiese oorsaak van die psigologiese versteuring is.

175. Snyman J.L., 1989:4.

176. Campher:940.

177. Laubscher:163.

178. Op T66 E.

patologiese ontoerekeningsvatbaarheid.¹⁷⁹ Volgens Snyman¹⁸⁰ is dit nie heeltemal duidelik of die hof van oordeel was dat bogemelde verweer in ons reg bestaan nie, maar dat nêrens in die beslissing te kenne gegee word dat 'n algemene verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid nie in ons reg bestaan nie. Snyman¹⁸¹ meen egter dat die algemene strekking van die Laubscher-uitspraak een is van versoenbaarheid met die bestaan van die algemene verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid.

Uit hoofde van bogemelde regspraak bestaan daar vir Snyman¹⁸² geen twyfel dat nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid wel tans in ons regspraak as 'n algemene verweer erken word. Ontoerekeningsvatbaarheid in sodanige geval kan meegebring word deur 'n verskeidenheid faktore soos provokasie, dronkenskap, angs, spanning of emosionele skok. Louw¹⁸³ is ook van mening dat die gevolgtrekking dat ons reg nou 'n algemene toerekeningsvatbaarheidsnorm erken, nie meer ontken kan word nie. Ten gunste van die erkenning van hierdie algemene ontoerekeningsvatbaarheidsnorm kan byvoorbeeld die volgende argumente opgehaal word: (a) Dit is juridies gesien, 'n suiwer ontwikkeling. (b) Die praktiese werking van die ontwikkeling hou in dat daar 'n nuwe verweer tot beskikking van geestesgesonde beskuldigdes is. (c) Tydelike "gesonde" ontoerekeningsvatbaarheid verskil van vrywillige dronkenskap in die opsig

-
179. Snyman, J.L. 1989:5 wys daarop dat dit die eerste keer in ons regspraak was waar van die uitdrukking "nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid" gebruik gemaak is.
180. Snyman, J.L. 1989:10.
181. Snyman, J.L. 1989:10.
182. Snyman, J.L. 1989:11 waar hy daarop wys dat dit by hierdie algemene verweer nie in die eerste plek gaan om "die oorsaak van die wanfunksionering van die dader se geestesfunksies of -vermoëns nie, maar eenvoudig oor die vraag of die dader se geestesfunksies- of vermoëns sodanig was dat hy ten tyde van die uitvoering van die handeling as ontoerekeningsvatbaar beskryf kan word."
183. Louw, P.F. 1987a:365; Van Zyl, E. 1989:58 steun ook hierdie standpunt.

dat eersgenoemde toestand nie as 'n manifestasie van die beskuldigde se wil gesien kan word nie.¹⁸⁴

Teen die erkenning van so 'n uitgebreide kriterium kan egter geargumenteer word dat dit sou beteken dat "straf tot 'n sekere mate sy hervormings- en voorkomingsfunksies verloor omdat die emosioneel-onstabiele misdadiger nie meer hoef te leer om sy drange, drifte en hartstogte in toom te hou nie."¹⁸⁵

Snyman¹⁸⁶ is die mening toegedaan dat dit nie meer heeltemal korrek sou wees om van die standpunt uit te gaan dat slegs vier faktore, te wete geestesongesteldheid, jeugdige leeftyd, dronkenskap en provokasie, die dader se ontoerekeningsvatbaarheid kan beïnvloed nie. Gemelde outeur stel voor dat die verwer wat 'n dader se toerekeningsvatbaarheid kan beïnvloed, verdeel moet word in drie onderafdelings, naamlik jeugdige leeftyd, geestesongesteldheid (oftewel patologiese ontoerekeningsvatbaarheid) en nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid.¹⁸⁷ Verwere soos dronkenskap, provokasie, angs, spanning of emosionele skok sal dan onder laasgenoemde onderafdeling gegroepeer word.

3. Die "psigologiese" versus die "normatiewe" skuldbegrip

'n Beskouing van die opvattings omtrent skuld in onderskeidelik die Vastelandse regstelsels, die Anglo-Amerikaanse reg en die Suid-Afrikaanse reg, bring aan die lig dat daar twee hoofbenaderings bestaan wat onderskei kan word, naamlik die psigologiese en die normatiewe skuldbegrip.

184. Soos uiteengesit deur Louw, P.F. 1987a:368

185. Louw, P.F. 1987a:369.

186. Snyman, J.L. 1989:11.

187. Snyman, J.L. 1989:11.

3.1 Die psigologiese skuldbegrip

Volgens die psigologiese skuldbegrip is skuld niks anders nie as die psigologiese band tussen die dader en die daad of ingetrede gevolg.¹⁸⁸ Volgens hierdie skuldbegrip word die vereistes vir strafregtelike verantwoordelikheid in twee groepe verdeel, naamlik die "objektiewe vereistes" waaronder die handeling en wederregtelikheid ressorteer, en die "subjektiewe vereiste" waaronder die skuldvereiste dan tuishoort.¹⁸⁹ 'n Streng onderskeid word by die psigologiese skuldbegrip gemaak tussen die sigbare kant van die misdaad en psigiese faktore wat daarby betrokke is.¹⁹⁰ Skuld word eenvoudig beskou as die versameling van alle psigiese faktore wat 'n verband vorm tussen die dader en sy wederregtelike handeling en gevolg; skuld is dus 'n bepaalde geestesgesteldheid of "state of mind" wat meer bepaald gesien word as "opset of nalatigheid."¹⁹¹

Volgens Badenhorst¹⁹² is die psigologiese skuldbegrip om verskeie redes ontoereikend om inhoud aan 'n realistiese moderne benadering tot die misdaadbegrip te gee. Die volgende twee tekortkominge word deur hom uitgewys: (a) Dit wend eintlik geen poging aan om die skuldbegrip as kenmerkende algemene misdaadbegrip te karakteriseer nie. (b) Verder verklaar dit ook nie wat die aard van die psigiese verhouding tussen die dader en sy handeling/gevolg is nie, of waarom juis hierdie relasie skuld fundeer nie.¹⁹³

Snyman¹⁹⁴ opper ook etlike besware teen die psigologiese skuldbegrip: (a) Deur die beskuldigde se gesindheid te be-

188. Snyman 1986:154.

189. Snyman 1986:154.

190. Badenhorst 1982:394.

191. Snyman, C.R. 1985b:123; Snyman 1986:154.

192. Badenhorst 1982:395.

193. Badenhorst 1982:395.

194. Snyman 1986:155-157.

klemtoon word uit die oog verloor dat 'n persoon onskuldig kan wees selfs al is die vereiste gesindheid by hom aanwesig.¹⁹⁵

(b) Die psigologiese skuldbegrip kan ook nie verklaar waarom sekere (onbewuste) nalatige handelingte strafbaar is nie. 'n Sogenaamde "sielkundige band tussen die dader en die daad" kan nog gekonstrueer word in gevalle van bewuste nalatigheid, maar hierdie vorm van nalatigheid kom uiters selde voor en by die oorgrote gevalle is onbewuste nalatigheid voorhande.

(c) Die sterkste beswaar, volgens Snyman,¹⁹⁶ teen die psigologiese skuldbegrip is dat dit van die veronderstelling uitgaan dat alle subjektiewe vereistes vir misdadpleging by die skuldelement tuishoort. Labuschagne¹⁹⁷ wys ook daarop dat daar subjektiewe faktore is wat 'n rol by wederregtelikheid en ook by ander elemente speel. (d) 'n Verdere nadeel van die psigologiese skuldbegrip is dat dit nie, soos die normatiewe skuldbegrip, 'n verklaring kan bied vir die feit dat skuld vir gradering vatbaar is nie.¹⁹⁸ (e) Volgens Labuschagne¹⁹⁹ is 'n verdere swakheid van die psigologiese skuldbegrip die feit dat 'n regsdwaling altyd as 'n verskoning geld.

-
195. Volgens Snyman 1986:155 kan die psigologiese skuldbegrip byvoorbeeld nie verklaar waarom 'n infans en 'n geestesversteurde persoon nie gestraf word nie ten spyte van die feit dat hulle ook opset kan vorm om 'n sekere handeling te verrig.
196. Snyman 1986:157.
197. Labuschagne 1985b:382.
198. Snyman 1986:157 vn 27.
199. Labuschagne 1985b:382 waar die outeur daarop wys dat hoewel dit vir hom onduidelik is op welke morele gronde 'n bona fide persoon gestraf kan word, daar diegene is wat glo dat 'n regsdwaling nie deurgaans verskoon behoort te word nie. Vir verdere kritiek teen die psigologiese skuldbegrip ten opsigte van pogingsmisdade, kyk Kok 1981:71.

3.2 Die Normatiewe skuldbegrip

Die normatiewe skuldbegrip, wat 'n materiële benadering tot die skuldbegrip volg, is ontwikkel as aansuiwering van die psigologiese skuldbegrip.²⁰⁰ Die psigologiese basis van die skuldbegrip is egter behou, maar dit is aangevul met die normatiewe element van verwytbaarheid.²⁰¹ Met die opkoms van die finalistiese handelingsbegrip is die normatiewe skuldbegrip egter van alle psigologiese oorblyfsels gesuiwer en is dit streng normatief gekonstrueer.²⁰²

Volgens die normatiewe skuldbegrip is skuld die verwytbaarheid van die wederregtelike handeling en word die beskuldigde van regsweë verwyt omdat hy die verbodsinhoud gerealiseer het, terwyl hy in staat was om anders op te tree, of om af te sien van die onregspiegeling.²⁰³ Skuld is hiervolgens nie 'n bepaalde geestesgesteldheid of -gesindheid in die kop van die dader nie, maar 'n verwyt in die kop van die beoordelaar wat vorm omdat die dader se handelingswil nie voldoen het aan die heersende strafregnorme wat van toepassing was nie.²⁰⁴ So 'n "verkeerde" wilsvorming is 'n manifestasie van 'n verkeerde gesindheid jeens die reg en daarom kan dit as verwytbaar beskou word.²⁰⁵ Volgens Snyman²⁰⁶ berus hier die verwyt op die

200. Badenhorst 1982:395.

201. Badenhorst 1982:396.

202. Die eerste konsekwente suiwering van die normatiewe skuldbegrip van alle psigologiese oorblyfsels word toegedig aan Hans Welzel toe hy opset as element en kern van die handeling ingedeel het. Vir 'n bespreking van Welzel se finalistiese handelingsbegrip, kyk Snyman, C.R. 1979a:3-11; Badenhorst 1982:243-256; Snyman 1986:45-47; Du Plessis 1984:301 waar die outeur 'n skerp aanval teen die finalistiese handelingsbegrip loods; kyk egter ook die antwoord hierop deur Snyman, C.R. 1985b:120.

203. Snyman, C.R. 1979b:136; Snyman 1986:158.

204. Van der Merwe, D.P. 1983:34; Labuschagne 1985b:382-383.

205. Volgens Van der Merwe, D.P. 1983:34 kan die dader slegs vir hierdie gesindheid verwyt word indien hy oor 'n bruikbare verstand en kennis van wederregtelikheid beskik.

206. Snyman 1986:158.

volgende vier veronderstellings: (a) Die beskuldigde het geweet of kon geweet het van die omstandighede wat sy handeling laat voldoen aan die verbodsoms krywing en dit wederregtelik maak (wederregtelikheidsbewussyn); (b) Hy was in staat om sy handeling ooreenkomstig die regsvoorskrifte in te rig (toerekeningsvatbaarheidsvereiste); (c) Nieteenstaande hierdie vermoë het die beskuldigde besluit om voort te gaan met sy handeling, en het gevolglik die regsvoorskrifte oortree (handelingswil of opset); (d) in omstandighede waaronder die regsorde van hom verwag het om nie met sy onregspeling voort te gaan nie.

Die toets wat gebruik word om te bepaal of die beskuldigde se gedrag aan vereiste (d) hierbo voldoen, is normatief van aard. Daar word naamlik gevra of iemand anders in die beskuldigde se posisie sou geswig het voor die versoeking om die onreg te pleeg. Indien die antwoord hierop negatief is, kan die beskuldigde verwyte word en is daar aan die skuldvereiste voldoen.²⁰⁷ Die beskuldigde se optrede word dus aan 'n norm buite homself gemeet, naamlik dit wat die reg van die deursneemers in sy skoene sou verwag om te doen.²⁰⁸ Die normatiewe skuldbegrip neem kennis van al die faktore wat op die dader inwerk, en beoordeel objektief of die dader verwyte kan word nieteenstaande die inwerking van hierdie faktore op hom.²⁰⁹

Anders as by die psigologiese skuldbegrip is die beskuldigde se wil of opset nie die kern van die skuldbegrip nie, maar wel verwyte. In die geval van die psigologiese skuldbegrip word wederregtelikheidsbewussyn as inbegrepe by opset beskou, ter-

207. Hierdie "verwyte" druk 'n verhouding tussen die onregpleger in sy persoon en die regsorde in die gemeenskap uit; dit is 'n evaluering van die oortreder se gedrag deur die regsorde, verpersoonlik deur die regter of landdros - kyk Snyman, C.R. 1979b:136-137.

208. Van Zyl, P.R. 1983:103; Snyman 1986:158.

209. Bergenthuin 1985b:588.

wyl die normatiewe skuldbegrip 'n skerp onderskeid tussen dié twee begrippe maak.²¹⁰

3.3 Regspraak volg psigologiese skuldbegrip

Weens die invloed van die Engelse strafreg, waar 'n soortgelyke benadering tot skuld gevolg word, en die feit dat De Wet en Swanepoel in hul invloedryke werk oor die strafreg in beginsel die psigologiese skuldbegrip volg, huldig ons howe steeds 'n benadering wat ooreenkom met die psigologiese skuldbenadering.²¹¹

Van der Merwe²¹² wys daarop dat die Suid-Afrikaanse howe, in plaas van om die normatiewe skuldbegrip te implementeer, 'n ander ontwikkelingsweg gevolg het, naamlik dié van 'n uiterste verfyning van die psigologiese skuldbegrip wat veral blyk uit die beslissings in S v Ntuli²¹³ en S v De Blom.²¹⁴

'n Steeds groeiende aantal juriste bepleit egter die aanvaarding van die normatiewe skuldbegrip in Suid-Afrika.²¹⁵ Snyman²¹⁶ is van mening dat die normatiewe skuldbegrip 'n meer logiese en wetenskaplik oortuigende verklaring van die skuldvereiste en van die indeling van die gronde vir strafregtelike aanspreeklikheid bied. Vir Labuschagne²¹⁷ lê die waarde van die normatiewe skuldbegrip daarin dat twee standaardelemente, naamlik wederregtelikheid en skuld, se normatiewe aard raak-

210. Snyman 1986:159-160 wys daarop dat volgens die normatiewe skuldbegrip opset deel uitmaak van die onreg terwyl wederregtelikheidsbewussyn een van die hoekstene van die skuldbegrip is.

211. Badenhorst 1982:395; Van der Merwe, D.P. 1982:146.

212. Van der Merwe, D.P. 1985:34-35.

213. S v Ntuli 1975(1) SA 429(A).

214. S v De Blom 1977(3) SA 513(A).

215. Badenhorst 1982:398; Van der Merwe, D.P. 1983:43; Van Zyl, P.R. 1983:100-104.

216. Snyman 1986:161.

217. Labuschagne 1985b:383.

gesien word, wat 'n verbetering is op die ou siening wat slegs wederregtelikheid as normatief beskou het. Bergenthuin²¹⁸ is 'n voorstander van die normatiewe skuldbegrip omdat gevalle waar 'n verbodskrewe handeling onder provokasie gepleeg word, bevredigend binne sodanige skuldleer opgelos kan word.

'n Mate van steun vir 'n normatiewe benadering tot skuld kan selfs gevind word in beslissings soos S v Goliath²¹⁹ en S v Barnard.²²⁰ Die belangrikste beslissing in Suid-Afrika waarin regstreekse steun vir die normatiewe skuldbegrip moontlik gevind kan word, is die appèlhofuitspraak in S v Bailey.²²¹ In dié saak is die beskuldigde saam met 'n mede-gevangene aangekla van moord op 'n selmaat in die Victor Verster Gevangenis naby Paarl. Die beskuldigde het onder dwang van sy mede-gevangene die oorledene verwurg. Hy is op grond van die dwang onskuldig bevind aan moord, maar skuldig bevind aan strafbare manslag aangesien die hof bevind het dat 'n redelike persoon in sy posisie nie voor die dwang sou gewig het nie. Op appèl word egter beslis dat die beskuldigde wederregtelik opgetree het en dat hy die oorledene opsetlik en met wederregtelikheidsbewussyn²²² doodgemaak het; derhalwe word hy aan moord skuldig bevind. Op 798 E-F laat appèlregter Jansen hom egter soos volg uit:

"Hier is dus 'n objektiewe benadering met die gewone deursnee-mens as maatstaf van wat van die beskuldigde verwag kan word - dus 'n normatiewe benadering. As dit van die beskuldigde nie verwag kan word om anders te handel as die oorledene te dood nie, dan is hy nie verwytbaar nie en moet hy onskuldig bevind word. As

218. Bergenthuin 1985b:601.

219. S v Goliath 1972(3) SA 1(A):34 G-H en 36 G-H.

220. S v Barnard 1985(4) SA 431 (W): 438F-G.

221. S v Bailey 1982(3) SA 772(A).

222. Die verhoorhof het bevind dat dit redelik onmoontlik was dat die beskuldigde geglo het dat sy lewe in onmiddellike gevaar was en dat hy in 'n toestand van nood verkeer het: met ander woorde dat hy in putatiewe noodtoestand gehandel het.

dit wel ver wag kan word dat hy anders moes gehandel het, is hy wel verwy tbaar."²²³

Later in die uitspraak wil dit egter voorkom asof appêlregter Jansen die normatiewe toets hierbo verwerp en is dit onduidelik met watter toets hy nou uiteindelik wil werk. Op die ou end blyk dit dat die psigologiese toets nagevolg word en daarom is die beskuldigde dan ook aan moord skuldig bevind.

4. Opset

Opset of *dolus* is aanwesig wanneer die dader die handeling of gevolge van sy handeling wil en daarvan bewus is dat sy optrede wederregtelik is. Volgens Snyman²²⁴ bestaan opset uit twee elemente, naamlik 'n kognitiewe (of intellektuele) element en 'n konatiewe (of voluntatiewe) element. Eersgenoemde bestaan uit die kennis waaroor die dader van die omringende omstandighede en van die middels wat hy ter bereiking van sy doel moet gebruik, beskik. Die konatiewe element bestaan uit die rig van die wil op 'n bepaalde handeling of gevolg.

Die vraag of 'n persoon opsetlik gehandel het behels twee ondersoeke, naamlik (a) 'n ondersoek ten aansien van sy gesindheid met betrekking tot die feitlike kant van sy gedrag, en (b) 'n ondersoek ten aansien van sy gesindheid met betrekking tot die ongeoorlooftheid van sy gedrag.²²⁵ Van der Merwe en Olivier²²⁶ omskryf opset soos volg:

"Opset is die verwy t wat 'n toerekeningsvatbare dader tref omdat hy die gevolg wat hy veroorsaak het, gewil het, terwyl hy bewus daarvan was dat sy optrede onregmatig is".

-
223. Dit is egter nie uit die uitspraak duidelik of die regter nie maar hier besig was om met "verwy tbaarheid" na die wederregtelikelement te verwys nie.
224. Snyman 1986:213; kyk ook Bertelsmann 1980:29; Bergenthuin 1985b:590.
225. De Wet en Swanepoel 1985:137.
226. Van der Merwe en Olivier 1985:114; kyk egter De Wet 1970:72 se kritiek op hierdie terminologie.

4.1 Verskillende vorms van opset

Ons reg onderskei tussen die volgende vorms van opset:

4.1.1 Oogmerkopset (dolus directus): Hier voorsien die dader die gevolge van sy handeling en rig hy sy wil op die bewerkstelling van hierdie gevolge.²²⁷ In S v De Bruyn²²⁸ word die volgende omtrent hierdie vorm van opset opgemerk:

"The accused directs his will to compassing the death of a person. He means to kill. The sole characteristic of this form of dolus is actual intent to kill. Its methods are legion, but poisoning is an example".

4.1.2 Opset by sekerheids- of noodwendigheidsbewussyn (dolus indirectus): Hier voorsien die dader dat behalwe die verlangde gevolge van sy daad, ook ander gevolge onvermydelik sal intree. Die verbode handeling of gevolg is dus nie die dader se hoofdoel nie, maar hy besef dat dit noodwendig sal intree indien hy sy hoofdoel wil bereik.²²⁹

227. Vir 'n voorbeeld van hierdie vorm van opset kyk Van der Merwe en Olivier 1985:114; Snyman 1986:214; Kyk ook Burchell, E.M. 1955:240; Van der Walt 1979:63; Burchell ea 1983:136-137; De Wet en Swanepoel 1985:138; S v Sigwaha 1967(4) SA 566(A): 569 G-H; S v Dube 1972(4) SA 515 (W); 520 F-G; S v Dladla 1980(1) SA 1(A): 3-4.

228. S v De Bruyn 1968(4) 498 (A): 510 F.

229. Snyman 1986:214; Burchell, E.M. 1973:24; Van der Walt 1979:63; Burchell ea 1983:137; Boberg 1984:268; De Wet en Swanepoel 1985:138; Van der Merwe en Olivier 1985:114-115; Van Niekerk 1968:124 is van mening dat die onderskeid tussen **dolus directus** en **dolus indirectus** nie opgaan nie en dat **dolus indirectus** eintlik ook maar **dolus indirectus** is; De Bruyn: 506 E-F; S v Nduneni 1972(3) SA 799 (K): 800F.

4.1.3 Opset by moontlikheidsbewussyn of voorwaardelike opset (dolus eventualis):²³⁰ In hierdie geval verlang die dader nie die betrokke besondere gevolg van sy handeling nie, en hy voorsien ook nie die sekerheid dat dit sal gebeur nie, maar hy voorsien alleen die moontlikheid dat hierdie gevolg sal intree. Indien hy hom versoen met hierdie moontlikheid en nogtans handel word gesê dat hy sy wil op daardie gevolg gerig het en is skuld in die vorm van **dolus eventualis** by hom aanwesig. Die vraag is nie of die dader hom 'n voorstelling van die gebeure behoort te maak het nie, maar of hy dit inderdaad as moontlik voorsien het. Het hy hom hoegenaamd geen voorstelling van die moontlikheid maak nie, het hy die gebeure nie opsetlik bewerkstellig nie.

Dit is belangrik om daarop te let dat dit by **dolus eventualis** nie net daaroor gaan dat: (a) die beskuldigde die gewraakte gevolg as moontlik voorsien het nie, maar in besonder daaroor dat (b) hy hom met die intrede van die gevolg versoen het.

- (a) By die eerste vereiste gaan dit om die voorstelling deur die dader van die feite of die gevolge van sy handeling en kan dit beskryf word as die kognitiewe been van die toets. Volgens Snyman²³¹ is daar nie **dolus eventualis** aanwesig as die dader die gevolg slegs as 'n verwyderde of vergesogte moontlikheid voorsien nie. Daar moet 'n wesen-

230. Kyk Snyman 1986:214-220; De Wet en Swanepoel 1985:139-141; Burchell ea 1983:137,140 ev waar die outeurs onderskei tussen "actual intention" waaronder **dolus directus** en **dolus indirectus** tuishoort, "legal intention" (**dolus eventualis**) en general intention" (**dolus indeterminatus**); Van der Merwe en Olivier 1985:115-117; Van der Walt 1979:63-64; Boberg 1984:268-269; Thibani: 729; R v Horn 1958(3) SA 457 (A): 462; S v Mini 1963(3) SA 188 (A): 190; S v Mtshiza 1970 (3) SA 747 (A): 750; S v Ngubane 1985(3) SA 677 (A): 685-686.

231. Snyman 1986:215.

like of redelike moontlikheid bestaan dat die gevolg kan intree.²³²

- (b) Die tweede vereiste is dat die dader hom moet versoen met die idee dat die gevolg mag intree, en dit kan beskryf word as die konatiewe been van die toets - Indien die beskuldigde die gevolge van sy optrede voorsien maar besluit dat dit nie sal intree nie, het hy nie opsetlik gehandel nie. Staan die dader daarenteen onverskillig teenoor die moontlike intrede van die verbode gevolg, aanvaar hy volgens Burchell en Hunt²³³ bewustelik 'n risiko en word daar dan voldoen aan die tweede vereiste gestel vir die aanwesigheid van **dolus eventualis**.

4.1.4 Onbepaalde of onverskillige opset (dolus indeterminatus - dolus alternativus):²³⁴ Hier het die dader nie 'n bepaalde persoon of voorwerp in gedagte nie, maar rig hy sy handeling teen wie dit ook al mag tref, byvoorbeeld waar 'n terroris 'n bom in 'n skare ingooi. **Dolus indeterminatus** is nie 'n vorm van opset naas **dolus directus**, **dolus indirectus** of **dolus eventualis** nie, maar beteken slegs "die opset om enige onbepaalde

232. Volgens Burchell ea 1983:146 word 'n "foresight of at least a real or substantial possibility" vereis; Van Oosten 1982:192 is egter die mening toegedaan dat die moontlikheid nie 'n werklike moontlikheid hoef te wees nie. ook wat ons regspraak betref bestaan daar nie eensgesindheid wat hierdie vereiste betref nie, kyk De Bruyn: 510 waar beslis is dat **dolus eventualis** aanwesig is indien die beskuldigde "foresees the possibility, however remote, of his act resulting in death to another" contra S v Ostillly (1) 1977(4) SA 699 (D): 728 D en F waar 'n "real, as opposed to a remote, possibility" as vereiste gestel is; Burchell, E.M. 1973:30 is van mening dat 'n "real or substantial" moontlikheid vereis moet word om sodoende te verhoed dat die onderskeid tussen opset en nalatigheid onduidelik raak; kyk ook Labuschagne 1990:84.

233. Burchell ea 1983:152.

234. Kyk De Wet en Swanepoel 1985:149; Snyman 1986:232; Burchell ea 1983:137; R v Jolly 1923 AD 176; Harris:340.

slagoffer of slagoffers te tref.²³⁵ Net so is *dolus alternativus* nie 'n afsonderlike vorm van opset nie, maar beteken slegs "die opset om enige een van twee of meer moontlike slagoffers te tref."²³⁶

4.2 Toets vir die aanwesigheid van opset

Die toets vir opset is suiwer subjektief.²³⁷ Die vraag wat dus by opset gevra moet word, is of die beskuldigde inderdaad die gevolg van sy optrede as 'n feit voorsien het, en nie of hy dit moes voorsien het nie. Die hof moet hom in die posisie van die beskuldigde indink en probeer vasstel of daar ten tyde van die verrigting van die daad opset by hom teenwoordig was.

4.3 Dwaling

Soos reeds hierbo aangetoon bestaan opset in wese uit 'n kognitiewe element (kennis) en 'n voluntatiewe of konatiewe element (wil). Eergsgenoemde kan in twee onderafdelings verdeel word, naamlik: (a) kennis van die bestaan van die omstandighede gemeld in die verbodsbeskrywing en (b) kennis van die wederregtelikheid van die handeling.²³⁸ Indien die beskuldigde nie kennis gedra het van enigeen van hierdie twee faktore nie, is daar nie opset by hom aanwesig nie en word daar dan gesê dat hy gedwaal het. Dwaling kan dus geskied ten aansien van die feitlike omstandighede van die daad, of ten aansien van die regsaspekte rakende die daad. Die onderskeid tussen 'n feitedwaling en 'n regsdwaling is egter nie absoluut nie aangesien die reg ten aansien van 'n bepaalde situasie tog 'n feit is. Derhalwe kan 'n regsdwaling terselfdertyd 'n feitedwaling

235. Snyman 1986:232.

236. Snyman 1986:232.

237. Burchell ea 1983:141-143; Snyman 1986:220-221; Van der Merwe en Olivier 1985:117.

238. Snyman 1986:233.

wees.²³⁹

4.3.1 Feitedwaling

Slegs 'n dwaling ten aansien van 'n wesenlike vereiste van die misdaad kan wederregtelikheidsbewussyn en dus opset uit-skakel.²⁴⁰ 'n Dwaling is wesenlik wanneer dit betrekking het op 'n element van die betrokke misdaad. Benewens die vereiste dat die dwaling wesenlik moet wees, stel die howe oor die algemeen ook die vereiste dat die feitedwaling *bona fide* moet wees.²⁴¹ Dit beteken maar slegs dat daar werklik 'n dwaling moes gewees het.²⁴² 'n Verdere vereiste is ook al vir 'n gel-dige verweer van feitedwaling gestel, naamlik dat die wesen-like, *bona fide* dwaling ook redelik moet wees.²⁴³ Hierdeur word egter 'n objektiewe toets by opset ingebring wat onaan-vaarbaar is.

239. Dlamini 1987:46.

240. Burchell ea 1983:172; De Wet en Swanepoel 1985:143; Snyman 1986:224; S v Fick 1970(4) SA 510 (N): 516 D en 518 A.

241. Kyk voorbeeld S v Modise 1966(4) SA 680 (GW): 681 F.

242. 'n Dwaling kan tog nie *mala fide* wees nie. Die uitdrukking "*bona fide*-dwaling" is eintlik tautologies, want 'n persoon wat *mala fide* "in dwaling verkeer", dwaal glad nie - die beskuldigde verkeer in dwaling of hy verkeer nie in dwaling nie.

243. R v Mbombela 1933 AD 269; Burchell ea 1983:174 wys egter daarop dat die beslissing in Mbombela aangaande dié vereiste *obiter* was en dat dit nie deur enige beslissing van die appèlhof gesteun word nie; kyk byvoorbeeld R v Mkize 1951(3) SA 28(A); Modise:681 H waar regter Jacobs bevind dat dit vir hom moeilik is om in te sien "hoe 'n objektiewe faktor soos die redelikheid van 'n dader se gesindheid, enige rol kan speel waar sy daadwerklike geestesgesindheid ondersoek word behalwe dat die onredelikheid van die gesindheid natuurlik sodanig kan wees dat dit twyfel op sy *bona fides* werp"; Van der Vyver 1967:277 is van mening dat vir misdade waarvoor opset vereis word geen redelikheidskwalifikasie aan die dwaling verbind moet word nie, terwyl die redelikheid van die dader se dwaling wel deeglik ter sake is as sy nalatigheid ter sprake kom, omdat sy nalatigheid met 'n redelikeidsmaatstaf gemeet word. Daar kan met respek met hierdie standpunt saamgestem word; kyk ook Van Rooyen 1974:28.

Dwaling moet nie verwar word met *aberratio ictus* oftewel afskramming van die hou nie.²⁴⁴ Waar A bedoel om B te skiet maar weens onbehandigtheid vir C tref, het ons met *aberratio ictus* te doen. Daar bestaan geen dwaling by A nie want hy het hom hier 'n konkrete voorstelling gemaak van wat hy beoog, maar in plaas van sy doelwit tref hy iemand anders. *Aberratio ictus* is dus nie 'n verweer nie maar bloot 'n beskrywende uitdrukking vir 'n bepaalde soort feitesituasie.²⁴⁵

4.3.2 Regsdwaling²⁴⁶

In teenstelling met feitedwaling is regsdwaling in die verlede nie as 'n verweer deur ons howe beskou nie. Die bekende stelling *ingorantia iuris neminem excusat*, (onkunde van die reg verskoon niemand nie), is streng gehandhaaf.²⁴⁷

Die regsposisie insake hierdie onderwerp is egter in 1977 ingrypend verander deur die appèlhofbeslissing in S v De Blom.²⁴⁸ Die beskuldigde in hierdie saak is onder andere aangekla van oortreding van 'n sekere deviesebeheerregulasie wat dit 'n misdryf gemaak het vir 'n persoon om juwele van meer as R600 in waarde na die buiteland te neem sonder vooraf verkreeë vergunning. Die verweer deur die beskuldigde opgewerp, was dat sy nie daarvan bewus was dat haar optrede 'n misdaad uitmaak nie. Die appèlhof het aanvaar dat sy nie kennis gedra het van die betrokke regsvoorskrif nie. Haar verweer van

244. De Wet en Swanepoel 1985:145-149; Snyman 1986:227-232; Burchell ea 1983:181-187; R v Kuzwayo 1949 (3) SA 761 (A); R v Koza 1949(4) SA 555 (A); S v Tissen 1979(4) SA 293 (T); S v Raisa 1979(4) SA 541 (O).

245. Snyman 1986:228.

246. Dlamini 1987:46 wys daarop dat hoewel onkunde van die reg en regsdwaling dikwels as sinonieme gebruik word, dié begrippe in beginsel van mekaar verskil. Onkunde impliseer 'n gebrek aan toepaslike kennis terwyl dwaling dui op die aanwesigheid van kennis wat foutief is.

247. Burchell ea 1983:160-163; Snyman 1986:239; Rabie 1977:4; Van Rooyen 1974:29.

regsonkunde het geslaag en die skuldigbevinding op hierdie aanklag is derhalwe tersyde gestel. Hoofregter Rumpff beslis soos volg:

"In hierdie stadium van ons regsontwikkeling moet dit aanvaar word dat die cliché dat 'every person is presumed to know the law' geen grond vir bestaan het nie en dat die opvatting 'ingorance of the law is no excuse' regtens nie van toepassing kan wees nie in die lig van die hedendaagse skuldbegrip in ons reg."²⁴⁹

Die effek van die De Blom-beslissing is dus dat regsdwaling, net soos feitedwaling, wel kan dien as 'n verweer mits dit bona fide²⁵⁰ en redelik is.²⁵¹ Indien 'n persoon dus opsetlik of nalatiglik dwaal ten opsigte van die reg sal dit nie as 'n verweer kan dien nie. Die De Blom-beslissing is uit verskeie oorde verwelkom en is sedertdien sonder kritiek in ons regspraak aanvaar.²⁵²

Snyman²⁵³ huldig egter die mening dat 'n regsdwaling, selfs in die geval waar opset die vereiste skuldvorm is, slegs behoort te slaag indien dit redelik is. Indien die beskuldigde dus van die betrokke regsreël kon en behoort te geweet het, behoort hy hom nie op sy onkunde te kan beroep nie.²⁵⁴

248. De Blom:513.

249. Op 529H.

250. In gevalle waar die vereiste skuldvorm opset is; die beskuldigde moes dus nie geweet het dat sy handeling wederregtelik is nie.

251. By nalatigheidsmisdade waar die nalatigheid slegs deur 'n dwaling uitgesluit sal word as die elemente van sowel bona fides van die dader as die redelikheid van die dwaling aanwesig is. In S v Waglines (Pty) Ltd and another 1986(4) SA 1135 (B) is beslis dat die vraag wat beantwoord moet word, is of daar redelikerwys van die dader verwag kon word om te voorsien het dat dit wat hy doen of beoog het om te doen, wederregtelik is.

252. Burchell ea 1983:165; De Wet en Swanepoel 1985:154; S v Ngwenya 1979(2) SA 96(A); S v Potwane 1983(1) SA 868 (A); S v Abrahams 1983(1) SA 137(A).

253. Snyman 1986:241; Whiting 1978:6 steun ook hierdie standpunt.

254. Snyman 1986:242 se redenasie is egter gefundeer op die feit dat hy 'n voorstander van die normatiewe skuldbegrip is. Vir hom is werklike kennis dat die reg die handeling verbied dus nie 'n vereiste vir skuld nie; potensiële kennis is voldoende.

Rabie²⁵⁵ wys egter daarop dat hierdie benadering tot gevolg sal hê dat die onderskeid tussen opset en nalatigheid, ten minste wat betref die beskuldigde se dwaling met betrekking tot die wederregtelikheid van die betrokke handeling, uitgeskakel sal word. Aangesien die howe konsekwent gebruik maak van die subjektiewe toets vir opset is daar buitendien nie plek vir 'n objektiewe oordeel waarin redelikheid 'n rol speel nie.²⁵⁶

Rabie²⁵⁷ doen aan die hand dat die tradisionele onderskeid tussen feitedwaling en regsdwaling vervang moet word deur 'n onderskeid tussen dwaling in verband met 'n element vervat in die verbodsomskrywing en dwaling betreffende die wederregtelikheid van die betrokke gedrag.

5. Nalatigheid

Die woord *culpa* word soms in 'n wye betekenis van skuld in die algemeen gebruik, maar veral in die betekenis van die skuldvorm nalatigheid.²⁵⁸ 'n Persoon word nie slegs van regsweë verwyt as hy 'n bepaalde handeling of gevolg gewil het nie, maar ook wanneer hy deur onvoldoende aandag te skenk aan wat hy doen 'n wederregtelike handeling verrig of gevolg teweeg gebring het.²⁵⁹

By nalatigheid het 'n mens oor die algemeen te doen met gevalle waar 'n persoon nie die versigtigheid of sorg wat in die betrokke omstandighede van hom vereis word, aan die dag gelê

255. Rabie 1985:342-343 waar ook ander punte van kritiek teen bogenoemde benadering van Snyman geopper word.

256. Burchell ea 1983:171.

257. Rabie 1985:341; Kyk ook Van der Vyver 1967:277 wat van mening is dat ten opsigte van wederregtelikheidsbewussyn geen onderskeid tussen regsdwaling en feitedwaling gemaak moet word nie; contra Labuschagne 1990:82.

258. Van der Merwe, N.J. 1983:86.

259. Bosman en Hosten 1979:760.

het nie, of wanneer hy 'n skadelike of verbode gevolg moes voorsien het en daarteen gewaak het, maar dit nie voorsien het of daarteen gewaak het nie.²⁶⁰ In S v Alexander²⁶¹ word die onderskeid tussen opset en nalatigheid kortliks soos volg omskryf:

In die geval van *dolus* word die dader verwytdat hy die gevolg voorsien het en hom daarmee versoen het of dat dit sy oogmerk was. In die geval van *culpa* word dit die dader juis verwytdat hy die gevolg nie voorsien het en voorsorg teen die intrede daarvan getref het nie."

5.1 Onbewuste nalatigheid en bewuste nalatigheid (*luxuria*)

Alvorens aandag geskenk word aan die aard van nalatigheid is dit van belang om te wys op die onderskeid wat daar in ons reg gemaak word tussen onbewuste nalatigheid en bewuste nalatigheid (*luxuria*). In die geval van onbewuste nalatigheid, wat by verre die meeste in die praktyk voorkom, voorsien die beskuldigde nie die moontlikheid dat die gewraakte gevolg sal intree, of die bestaan van die betrokke omstandigheid nie, terwyl hy dit moes voorsien het.²⁶² Die beskuldigde maak met ander woorde vir hom eenvoudig geen voorstelling van die omstandighede wat sy handeling wederregtelik maak nie.

In die geval van bewuste nalatigheid voorsien die dader wel die intrede van die gevolg, maar besluit hy onredelikerwys dat dit nie sal intree nie, in omstandighede waar die redelike man

260. Snyman 1986:243; kyk ook Coertze 1937:85; Mogridge 1980:271 beskryf nalatigheid soos volg: "To act negligently is to behave carelessly, inadvertently or absent-mindedly - in short without attention".

261. S v Alexander 1982(4) SA 701(T): 705 H.

262. Burchett ea 1983:194; Snyman 1986:257.

dit wel sou voorsien het.²⁶³ Morkel²⁶⁴ is die mening toegedaan dat die beskuldigde by *luxuria* die moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien, maar vertrou dat dit nie sal intree nie, omdat hy dit nie as 'n konkrete moontlikheid voorsien het nie. Volgens Van Oosten²⁶⁵ is *luxuria* by 'n dader aanwesig as hy die moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien maar hom nie daarmee versoen nie as gevolg van sy onredelike besluit om die risiko te verwerp.

Burchell, Milton en Burchell²⁶⁶ wys op 'n hele aantal beslissings in ons howe, insluitende die appèlhof, waar 'n bevinding van nalatigheid gevolg het sonder dat gebruik gemaak is van die term "bewuste nalatigheid", hoewel die beskuldigde die moontlikheid van die betrokke gevolg of omstandigheid subjektief voorsien het. In S v Van Zyl²⁶⁷ is die begrip bewuste nalatigheid vir die eerste keer pertinent deur 'n Suid-Afrikaanse hof bespreek.

Dit is verder belangrik om duidelik te onderskei tussen bewuste nalatigheid en *dolus eventualis*. Indien die beskuldig-

263. Snyman 1986:257; Burchell ea 1983:194 is die mening toegedaan dat *luxuria* teenwoordig is waar die beskuldigde die gevolg of omstandigheid nie as 'n werklike of wesentliche moontlikheid voorsien nie, maar byvoorbeeld as 'n verwyderde of geringe moontlikheid; volgens Bertelsman 1980:33-34 is bewuste nalatigheid voorhande as die beskuldigde die wederregtelike daad as moontlik voorsien, maar hom nie daarmee versoen nie; Du Plessis 1986:5 is van mening dat die begrip "bewuste nalatigheid" nie in ons reg opgeneem kan word sonder dat dit 'n ernstige gevaar vir regsekerheid inhou nie, en is bewuste nalatigheid volgens hom "..., in the context of our law, neither more nor less than *dolus eventualis* when considered as *mens rea*."

264. Morkel 1981a:170-173.

265. Van Oosten 1982:192.

266. Burchell ea 1983:149 vn 198.

267. S v Van Zyl 1969(1) SA 553 (A) waar hoofregter Steyn na bewuste nalatigheid verwys en dan op 557 A die volgende byvoeg: "Waar hy wel die gevaar voorsien maar onredelikerwyse meen dat hy dit sal kan vermy of dat die gevaar om 'n ander rede geen gevolg sal hê nie, sou hy hom slegs aan nalatigheid skuldig maak."

de die moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien en hom daarmee versoen deur sy besluit om die risiko te aanvaar, is *dolus eventualis* teenwoordig. As die beskuldigde daarenteen die moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien maar hom as gevolg van sy onredelike besluit om die risiko te verwerp, nie daarmee versoen nie, is *luxuria* voorhande.²⁶⁸ Die verskil tussen dié twee begrippe is dus geleë in die voluntatiewe element en nie in die kognitiewe element nie.²⁶⁹

5.2 Aard van nalatigheid

Daar heers tans nie eenstemmigheid in ons strafreg oor die presiese aard van nalatigheid nie. Sommige skrywers huldig die mening dat nalatigheid die beskrywing van 'n manier van optrede is. Beskou vanuit hierdie oogpunt verwys nalatigheid na 'n bepaalde standaard van menslike optrede. Die versuim om aan hierdie standaard te voldoen word dan as nalatigheid beskou.²⁷⁰ Ander skrywers gaan weer van die standpunt uit dat nalatigheid 'n gemoedstoestand ("state of mind") is, 'n siening wat vreemd aan ons strafreg is. Snyman²⁷¹ wys daarop dat nalatigheid nie 'n gesindheid is nie, maar presies die teenoorgestelde, te wete die afwesigheid van 'n gesindheid.²⁷²

268. Van Oosten 1982:192 waar hy met Bertelsman 1975:74-75 saamstem dat die onderskeid tussen *dolus eventualis* en *luxuria* geleë is in die aan- of afwesigheid van 'n versoening deur die beskuldigde met die voorsiene moontlikheid, en nie in die aan- of afwesigheid van die voorsiening van die moontlikheid nie, contra Burchell ea 1983:146 wat van mening is dat die onderskeid tussen *dolus eventualis* en *luxuria* geleë is in die werklikheid of verwyderdheid van die voorsiene moontlikheid en Morkele 1981b:64-65 vir wie die verskil tussen dié twee begrippe daarin geleë is dat die beskuldigde by *luxuria* nie die moontlikheid van die wederregtelike daad as 'n konkrete moontlikheid voorsien nie.

269. Ngubane:685.

270. Botha 1977:29.

271. Snyman 1986:248.

272. Behalwe in die geval van bewuste nalatigheid.

Burchell, Milton en Burchell²⁷³ huldig die mening dat nalatigheid eintlik nie 'n gemoedstoestand ("state of mind") is nie en dus nie onder mens rea tuishoort nie. Omdat dit egter 'n soort skuld is, word nalatigheid tog gewoonlik onder mens rea geklassifiseer. De Wet en Swanepoel²⁷⁴ se siening is dat 'n mens by nalatigheid met 'n regtens afkeurenswaardige gesindheid te doen het. By opset word 'n persoon dan verwyte omdat hy 'n ongeoorloofde handeling wil, terwyl by nalatigheid die persoon verwyte word omdat hy versuim het om sy geesteskragte in te span om die ongeoorloofde optrede te vermy. Hiervolgens kan nalatigheid dus omskryf word as 'n verwytbare gesindheid van onagsaamheid.

Sommige juriste huldig die mening dat die begrip nalatigheid na sowel die verbodsinhoud as die skuldvereiste verwys.²⁷⁵ Volgens Snyman²⁷⁵ is nalatigheid nie slegs 'n skuldvorm nie, maar ook 'n beskrywing van die persoon se gedrag. Vir die daarstelling van nalatigheid moet derhalwe eerstens bewys word dat die beskuldigde se optrede nie voldoen het aan die graad van sorgvuldigheid wat die reg in die omstandighede van hom vereis het nie, en tweedens dat hy met skuld opgetree het en dus vir sy handeling verwyte kan word.

Volgens ons howe is nalatigheid slegs 'n skuldvorm waarvan die toets vir vasstelling daarvan in beginsel objektief is.²⁷⁷ In S v Ngubane²⁷⁸ laat die appèlhof hom by monde van appèlregter

273. Burchell ea 1983:192.

274. De Wet en Swanepoel 1985:160.

275. Botha 1977:29; Bertelsman 1975:60-62.

276. Snyman 1986:245.

277. Siqwahla:570 D-E; Ntuli:436-437; S v Burger 1975(4) SA 877(A):878H-879A en 879D-E.

278. Ngubane: 686E; kyk egter Du Plessis 1986:7 se kritiek teen die hof se beslissing dat nalatigheid nie as 'n gemoedstoestand beskou moet word nie. Volgens gemelde outeur moet nalatigheid beskou word as gedrag of 'n eienenskap van gedrag vir die doeleindes van skuldigbevinding of kwytskelding. Die onoplettendheid of onagsaamheid wat met die gedrag gepaard gegaan het, moet in ag geneem word in verband met die vonnis.

Jansen soos volg uit oor die aard van nalatigheid:

"Culpa, it would seem, may entail no state of mind at all. The mere labelling of culpa as a form of mens rea does not necessarily and decisively point to the contrary. The view generally held by our courts is that culpa is constituted by conduct falling short of a particular standard, viz that of the reasonable man."²⁷⁹

Wat die deliktereg betref huldig Boberg²⁸⁰ die mening dat nalatigheid nie 'n gemoedstoestand is nie, maar wel gedrag wat nie voldoen aan die standaard wat van die redelike man vereis word nie. Nalatige optrede mag die produk van 'n gemoedstoestand wees, maar die reg is gemoed met die objektiewe verskynsel en nie die oorsake daarvan nie.²⁸¹

Volgens Van der Merwe en Olivier²⁸² is nalatigheid nie 'n handeling of gesindheid nie, maar net soos opset, 'n verwyte wat soos volg omskryf word:

"Nalatigheid is die verwyte wat 'n toerekeningsvatbare dader wat nie opsetlik gehandel het nie, tref, omdat sy optrede nie voldoen het aan die gedragsnorm wat van regsweë vir verwytevryheid geveer word nie en hy aldus 'n gevolg onregmatiglik veroorsaak het."²⁸³

-
279. Snyman 1986:256 kritiseer hierdie uitspraak omdat die toets vir nalatigheid met die toets vir wederregtelikheid verwar word as nalatigheid beperk word tot 'n manier van optrede ("mode of conduct")
280. Boberg 1984:269; Van der Walt 1979:65 is ook van mening dat nalatigheid 'n manier van optrede is ("mode of conduct").
281. Boberg 1968:130.
282. Van der Merwe en Olivier 1985:126.
283. Van der Merwe en Olivier 1985:125; Du Plessis 1986:7 wys egter daarop dat die siening van Van der Merwe en Olivier dat "skuld 'n verwyte is", uitdruklik deur die appèlhof verwerp is in Ngubane:687 H-I.

5.3 Toets vir Nalatigheid

In ons reg word 'n objektiewe toets as uitgangspunt gebruik vir die beoordeling van die vraag of 'n persoon nalatig opgetree het of nie.²⁸⁴ Die toets wat aangewend word, is die sogenaamde "redelike man-toets" en daar word gevra of die betrokke persoon anders opgetree het as wat 'n redelike man in sy omstandighede sou opgetree het. Is die antwoord op dië vraag positief, het hy nalatig opgetree.

Die juridiese toets vir nalatigheid is dieselfde in die straf- en privaatreë.²⁸⁵ In R v Meiring²⁸⁶ word by monde van hoofregter Innes soos volg beslis:

"In civil actions we have adopted as the simple test that standard of care and skill which would be observed by the reasonable man. And it seems right as well as convenient to apply the same test in criminal trials ... the test of liability should be the same in both."

In S v Van As²⁸⁷ word nie afgewyk van die Meiring-saak nie, maar wys die appèlhof slegs op die onderskeid wat daar bestaan met betrekking tot die aard van die vereiste voorsienbaarheid by die nalatigheidstoets in die privaatreë in teenstelling met die strafreë. In die privaatreë hoef 'n persoon slegs die algemene feit van skade te voorsien, terwyl in die strafreë vereis word dat die werklike feit wat bewys moet word voorsien moes gewees het.²⁸⁸ 'n Bepaalde graad van nalatigheid word nie vereis vir die daarstelling van aanspreeklikheid nie. Enige afwyking, hoe gering ook al, van die objektiewe standaard sal

284. Labuschagne 1985a:213; Burchell ea 1983:196; Van der Walt 1979:65ev.

285. Morkel 1977:158; Burchell ea 1983:196; Snyman 1986:250.

286. R v Meiring 1927 AD 41:46.

287. S v Van As 1976(2) SA 921 (A):929.

288. Claasen 1986:486; Schäfer 1978:204; Botha en Nel 1986:215.

lei tot aanspreeklikheid in die straf- sowel as die privaatre-
reg.²⁸⁹

Volgens Snyman²⁹⁰ moet die volgende vrae deur 'n hof gestel word om te bepaal of 'n persoon nalatig was:

- "(a) Sou die redelike man (*diligens paterfamilias*) in die omstandighede waarin die beskuldigde hom bevind het, die moontlikheid voorsien het dat die bepaalde omstandigheid kan bestaan, of dat die bepaalde gevolg kan intree?²⁹¹
- (b) Sou die redelike man gewaak het teen sodanige moontlikheid?
- (c) Het die beskuldigde anders opgetree as wat die redelike man in die omstandighede sou opgetree het?"

Wat die privaatrege betref word 'n duidelike uiteensetting van die toets vir nalatigheid aangetref in die appèlhofuitspraak in Kruger v Coetzee²⁹²

"For the purposes of liability *culpa* arises if -

- (a) a *diligens paterfamilias* in the position of the defendant -
 - (i) would foresee the reasonable possibility of his conduct injuring another in his person or property and causing him patrimonial loss; and

289. Burchell ea 1983:197; Snyman 1986:250 wat daarop wys dat die graad van nalatigheid wel 'n invloed op die strafmaat sal hê; Van der Walt 1979:65; S v Van der Vyver 1978 (3) SA 336 (OK).

290. Snyman 1986:250.

291. Nalatigheid kan 'n skuldvorm wees by sowel formeel as materieel omskrewen misdade.

292. Kruger v Coetzee 1966(2) SA 428(A):430.

- (ii) would take reasonable steps to guard against such occurrence; and
 (b) the defendant failed to take such steps."

Die redelike man-norm is nie 'n absolute meetinstrument nie, maar 'n norm aan die hand waarvan die hof 'n oordeel uitspreek van geval tot geval en waardeur die hof homself in dieselfde feitesituasie as die betrokke persoon plaas met inagneming van al die omstandighede van die besondere geval.²⁹³ Die redelike man word nie in die betrokke dader self gesoek nie, maar daarbuite.²⁹⁴ Die redelike man-begrip beliggaam dus 'n objektiewe maatstaf; geen ag word geslaan op die dader se ras, bygelowigheid, persoonlike eienaardighede of intelligensie nie.²⁹⁵

In verskeie gewysdes het die howe gepoog om aan te dui wat presies bedoel word met die begrip "redelike man" en wat die toets van die "redelike man" eintlik behels. Morkel²⁹⁶ wys daarop dat ten spyte van al die pogings om aan te dui wat presies bedoel word met die begrip redelike man, die werklike bevinding in 'n gegewe geval ten nouste sal saamhang met die spesifieke hof se interpretasie en diskresie. In 'n heterogene bevolking soos dié van Suid-Afrika kan 'n absolute handhawing van 'n objektiewe toets probleme teweeg bring. Treffend druk hoofregter Beadle hom soos volg uit oor hierdie probleem in R v Nkomo(1).²⁹⁷

"In England, with its relatively homogeneous population, the test of 'the reasonable man', has caused enough difficulty in attempting to define the standard. In a country such as this, with its diverse, multi-racial community, whose social and education standards vary over almost the widest possible range, the task is wellnigh impossible. To strike a mean

293. Claasen 1984:93-94.

294. Labuschagne 1985a:214.

295. Mbombela:273-274; kyk egter die kwalifikasies op die redelike man-toets soos bespreek in par 5.4 hieronder.

296. Morkel 1977:168; Burchell ea 1983:197.

297. R v Nkomo (1) 1964(3) SA 128(SR) 131.

between the Batonka Fisherman living his primitive life in some remote spot on the Zambesi and the professor at the University College of Rhodesia, is to set a task which even an arch-exponent of the 'reasonable man test' would shrink from attempting."²⁹⁸

In S v Burger²⁹⁹ omskryf appèlregter Holmes die redelike man soos volg:

"One does not expect of a diligens paterfamilias any extremes such as Solomonic wisdom, prophetic foresight, chameleonic caution, headlong haste, nervous timidity, or the trained reflexes of a racing driver. In short, a diligens paterfamilias treads life's pathway with moderation and prudent common sense."

In Herschel v Mrupe³⁰⁰ laat appèlregter Van den Heever hom soos volg uit:

"The concept of the bonus paterfamilias is not that of a timorous faint heart always in trepidation lest he or others suffer some injury; on the contrary, he ventures out into the world, engages in affairs and takes reasonable chances. He takes reasonable precautions to protect his person and property and expects others to do likewise."

Dit wil dus voorkom asof die howe poog om 'n middeweg te vind wat tot inhoud het dat die redelike man nie 'n buitengewoon begaafde, versigtige of ontwikkelde persoon is nie. Terselfdertyd is hy ook nie 'n onontwikkelde, onversigtige mens nie. Hy beklee naamlik "hoedanighede wat iewers tussen hierdie twee uiterstes val."³⁰¹

298. De Wet en Swanepoel 1985:159-160 is van mening dat die redelike man in 'n land soos Suid-Afrika 'n onbruikbare maatstaf vir die bepaling van skuld is omdat die inwoners se onderskeie beskawingspeile so geweldig van mekaar verskil

299. Burger:879 D-E.

300. Herschel v Mrupe 1954(3) SA 464 (A):490.

301. Van der Merwe en Olivier 1985:127; Snyman 1986:251 wys daarop dat die redelike man nie 'n perfekte wese of ge-programmeerde outomaat is wat nooit 'n fout maak nie; die redelike man is ook nie die **diligentissimus paterfamilias** (uiters versigtige huisvader) nie; kyk ook Van As:928D.

5.4 Kwalifikasies op die objektiewe redelike man-toets

Hoewel die toets vir nalatigheid in beginsel objektief is, word 'n mate van subjektiwiteit tog wel bereik deurdat die objektiewe karakter van die toets onderhewig is aan die volgende voorbehoude of uitsonderings:

5.4.1 Kennisname van die besondere omstandighede waarin die beskuldigde hom bevind het - Omdat nalatigheid bestaan uit die versuim om op te tree soos wat die redelike man in dieselfde omstandighede sou opgetree het, moet die redelike man in dieselfde situasie geplaas word as waarin die beskuldigde hom bevind het.³⁰² In S v Southern³⁰³ was die beskuldigde die bestuurder van 'n bus waarvan die remme gefaal het met noodlottige gevolge vir sommige van die passasiers. Op 'n aanklag van strafbare manslag laat die hof hom by monde van regter James soos volg uit oor die beoordeling van die beskuldigde se optrede aan die hand van die redelike man:

"In judging the appellant's conduct by that of a reasonable man, we must judge it against that of a reasonable man driving a fully loaded passenger bus in the particular circumstances which existed on the day of the accident."

5.4.2 Kennisname van besondere deskundigheid aan die kant van die beskuldigde - As die beskuldigde oor besondere kennis of ondervinding beskik word sy optrede beoordeel aan die hand van 'n redelike man met derglike ondervinding en/of kennis.³⁰⁴ Die objektiewe standaard word "opwaarts" verslap³⁰⁵ en sal klaarblyklik strafregtelik ook afwaarts ten aansien van kinders aangepas word.³⁰⁶

302. Burchell ea 1983:198; Snyman 1986:254; Boberg 1984:269.

303. S v Southern 1969(4) SA 860 (N):861; Kyk ook S v Olivier 1969(4) SA 78 (N):84 A.

304. Van der Merwe en Olivier 1985:138.

305. Burchell ea 1983:199.

306. Labuschagne 1985a:214 na aanleiding van die beslissing in S v T 1986(2) SA 112 (0).

In S v Mahlalela³⁰⁷ het die beskuldigde, 'n kruiedokter, tereggestaan op 'n aanklag van moord. Die feite van die saak was kortliks soos volg: Die beskuldigde het aan 'n kind 'n mengsel van kruie en bier gegee om te drink. Kort hierna het die kind gesterf as gevolg van die giftige inhoud van die mengsel. Op sy skuldigbevinding aan moord gaan die beskuldigde in hoër beroep en beslis die hof dat die gewone redelike mens ongetwyfeld sou besef het dat die kruie moontlik lewensgevaarlik kan wees. Die appellant moes as kenner van plante dit des te meer besef het, en dit volg vanselfsprekend dat die dood as 'n moontlike gevolg voorsienbaar was en dat die appellant derhalwe skuldig is aan strafbare manslag.

Wat die privaatreë betref word die toets vir nalatigheid in die geval van geneeshere soos volg deur hoofregter Innes omskryf in Van Wyk v Lewis:³⁰⁸

"... a medical practitioner is not expected to bring to bear upon the case entrusted to him the highest possible degree of professional skill, but he is bound to employ reasonable skill and care. And in deciding what is reasonable the Court will have regard to the general level of skill and diligence possessed and exercised at the time by the members of the branch of the profession to which the practitioner belongs."³⁰⁹

Uit bogenoemde gewysdes is dit dus duidelik dat in gevalle waar die beskuldigde oor kennis of ondervinding bokant die normale beskik, hy beoordeel word aan die hand van wat 'n redelike man met sodanige kennis en/of ondervinding sou voorsien en gedoen het.³¹⁰

307. S v Mahlalela 1966(1) SA 226 (A)

308. Van Wyk v Lewis 1924 AD 438:444.

309. Kyk ook Mitchell v Dixon 1914 AD 519:525; Esterhuizen v Administrator, Transvaal 1957 (3) SA 710 (T):723D; S v Grobler 1974(2) SA 663 (T) waar die beskuldigde 'n ervare hysbakoperateur was; Mouton v Die Mynwerkersunie 1977(1) SA 119 (A) waar die beskuldigde 'n prokureur was.

310. Labuschagne 1985a:214

5.4.3 Kennisname van die jeugdigheid van die beskuldigde - Hierbo is daarop gewys dat die toets vir nalatigheid in die strafreg dieselfde is as in die privaatreë,³¹¹ naamlik objektief.³¹² Sedert die beslissing in S v T³¹³ wil dit egter voorkom asof dié eenstemmigheid tussen die twee vakgebiede opgehef is wat betref die toets wat aangewend behoort te word om die nalatigheid van kinders te bepaal.³¹⁴

5.4.3.1 Deliktereg

Na die aanvanklike onduidelikheid wat daar in die deliktereg geheers het aangaande die vraag of kinders aan dieselfde norm (dié van die redelike man) as volwassenes onderwerp moet word,³¹⁵ het die appèlhof in Jones, N.O. v Santam Bpk³¹⁶ dit onomwonde gestel dat die sogenaamde "redelike kind"-toets geen aanwending in die deliktereg vind nie.³¹⁷ Appèlregter Williamson het die nalatigheidstoets soos volg geformuleer:

"That the fact that the alleged negligent claimant in this case was a child had to be taken into consideration at some stage of the enquiry is clear. But it is not in my view a factor which enters into the determination of the question as to whether her conduct constituted negligence or culpa. A person is guilty of culpa if his conduct falls short of that of the standard of the diligens paterfamilias - a standard that is always objective and which varies only in

311. Soos bespreek onder par 5.3 hierbo.

312. Kyk byvoorbeeld Mahlalela:229; S v Qumbella 1966(4) SA 356 (A):366; Ntuli:436 en 437; Burger:877.

313. T:112.

314. Let daarop dat kinders tussen die ouderdomme van sewe en veertien jaar hier ter sprake is.

315. Volgens De Bruin 1979:181 ev is hierdie onduidelikheid veroorsaak deur 'n verkeerde interpretasie van Bellstedt v SAR en H 1936 CPD 399, wat tot gevolg gehad het dat in 'n reeks uitsprake daarna die indruk geskep is dat die nalatigheidstoets by kinders subjektief moet wees.

316. Jones NO v Santam Bpk:542.

317. Die "redelike kind"-toets behels dat die optrede van die dader beoordeel moet word aan die hand van die vraag hoe 'n kind van dieselfde ouderdomsgroep in dieselfde omstandighede sou opgetree het.

regard to the exigencies arising in any particular circumstances. It is a 'standard which is one and the same for everybody under the same circumstances', see Grueber, *The Lex Aquilia*, p. 244."³¹⁸

Hewige kritiek is egter teen bogenoemde beslissing uitgespreek³¹⁹ wat volgens Botha en Nel³²⁰ veral op twee aspekte gerig was:

(a) "die beginselbeswaar daarteen om 'n kind se optrede te meet aan dié van die 'volwasse redelike man'." Die algemene gevoel was dat dit onbillik, hard en onrealisties is om 'n kind se optrede te meet aan dié van 'n volwassene.³²¹

(b) "die logika verbonde daaraan om 'n kind se toerekeningsvatbaarheid aan die hand van suiwer subjektiewe faktore te bepaal, maar wanneer dit kom by die toets na skuld, 'n suiwer objektiewe standaard te gebruik."

In Roxa v Mtshayi³²² erken die appèlhof, hoewel obiter, dat die toepassing van die redelike man-toets in geval van kinders onbevredigend is en dat die regsposisie later weer in oënskou geneem sal moet word. Desnieteenstaande word beslis dat sodra dit vasstaan dat die betrokke kind toerekeningsvatbaar is, die vraag na sy nalatigheid al dan nie aan die hand van 'n objektiewe toets, te wete dié van die *bonus paterfamilias* beantwoord moet word.

In Weber v Santam Versekeringsmaatskappy³²³ bevestig die appèlhof dat wat die deliktereg betref net een nalatigheds-

318. Jones NO v Santam Bpk:551.

319. Van der Merwe en Olivier 1985:133 is van mening dat dit nie gaan om die vraag of die betrokke kind soos 'n redelike volwassene opgetree het nie, maar of hy opgetree het soos van die redelike kind van sy verstandelike ontwikkeling en ouderdom verwag kan word; Boberg 1965:207; Hahlo 1965:71; Boberg 1968:127; Van der Vyver 1968:393.

320. Botha en Nel 1986:213.

321. Van der Walt 1979:75.

322. Roxa v Mtshayi 1975(3) SA 761(A):767 en 771.

323. Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk:381.

toets geld, naamlik diē van die redelike man waaraan almal moet voldoen. Claasen³²⁴ wys daarop dat jeugdigheid 'n faktor is wat by toerekeningsvatbaarheid in ag geneem moet word, maar nie by nalatigheid nie. Appèlregter Joubert laat hom soos volg hieroor uit in sy aanvullende uitspraak:

"Dit dien myns insiens geen doel om die aanwesigheid of die afwesigheid van allerlei antropomorfiere eenskappe aan die diligens paterfamilias te probeer toedig nie omdat dit nie oor 'n fisiese persoon nie, maar slegs oor die benaming van 'n abstrakte objektiewe maatstaf, handel. Dit gaan ook nie oor die vraag wat die sorg van 'n legio tipes van redelike persone, soos 'n redelike geleerde, 'n redelike ongeletterde, 'n redelike geskoolde arbeider, 'n redelike ongeskoolde arbeider, 'n redelike volwassene of 'n redelike kind sou wees nie. Daar is steeds slegs één abstrakte objektiewe maatstaf en dit is die Hof se oordeel wat redelik is omdat die Hof hom in die posisie van die diligens paterfamilias plaas." 325

Nieteenstaande die skynbare eenstemmigheid wat daar in die gewysdes heers wat betref die toets vir nalatigheid in die geval van kinders, huldig Van der Merwe en Olivier³²⁶ die mening dat die redelike kind-benadering te verkies is bo diē van die redelike man-toets. Volgens Van der Vyver³²⁷ moet 'n subjektiewe toets vir nalatigheid ingestel word wat kennis neem van die persoonlike tekortkominge en beperkinge van die jeug.

5.4.3.2 Strafreg

Die vraag wat nou ontstaan is of kinders, ook wat die strafreg betref, oor dieselfde kam as volwassenes geskeer word. As in gedagte gehou word dat daar by verskeie geleenthede daarop gewys is dat die toets vir nalatigheid in die privaatreë en

324. Claasen 1986:483.

325. Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk:410H-411B.

326. Van der Merwe en Olivier 1985:138.

327. Van der Vyver 1983:588.

strafreg dieselfde is,³²⁸ dan moet aangeneem word dat ook wat kinders betref geen uitsondering gemaak kan word nie. Dit wil voorkom asof die howe tradisioneel kinders se optrede aan die hand van die redelike man-toets beoordeel het.

In R v Mbombela,³²⁹ waar die beskuldigde agtien jaar oud was, het die hof 'n beslisse objektiewe toets neergelê maar is kinders onder veertien jaar spesifiek uitgesonder. Appèlregter De Villiers laat hom soos volg uit aangaande die toets van die redelike man:

"It seems to me, therefore, that the standard to be adopted..., is the standard of the reasonable man, and that the race, or the idiosyncrasies, or the superstitions, or the intelligence of the person accused do not enter into the question. I am, of course, referring to the case of an accused person who is not insane and who is above the age of fourteen."³³⁰

In R v Wemyss³³¹ het die beskuldigde, 'n vyftienjarige seun, die oorledene, wat in 'n boom gesit het, doodgeskiet onder die indruk dat hy 'n muskejaatkat was. Die hof bevind dat hoewel die beskuldigde van 'n jeugdige ouderdom was, dit nie beteken dat hy volgens ander maatstawwe as 'n volwassene beoordeel moet word nie.

328. Meiring:45; R v Victor 1943 TPD 77:82; R v Swanepoel 1945 AD 444:448; R v Mhlongo 1948(1) SA 1109(1):1118; R v Wells 1949 (3) SA 83(A) 88; S v Fernandez 1966(2) SA 259(A):204.

329. Mbombela:269.

330. Op 273-274.

331. R v Wemyss 1960(1) PH H 76 (SR); Kyk ook R v Fortuin 1934 GWL 16 waar die ouderdom van die kind nie gemeld is nie, maar aangesien sy toerekeningsvatbaarheid nie ter sprake gekom het nie, word vermoed dat hy bo veertien jaar oud was.

Ten aansien van kinders bo die ouderdom van veertien jaar het daar dus geen onduidelikheid bestaan nie en is die beskuldigde se optrede in sodanige gevalle objektief beoordeel aan die hand van die redelike man.³³² Wat betref kinders tussen die ouderdomme van sewe en veertien jaar, bepleit Burchell, Milton en Burchell³³³ 'n benadering waarvolgens hulle gedrag gemeet word aan 'n standaard wat redelikerwys van 'n kind wat so oud soos die beskuldigde is, verwag kan word. Volgens Labuschagne³³⁴ behoort die hof homself vir die doeleindes van die strafreg in die plek van die kind te stel, en moet die "redelike" in die betrokke kind self gesoek word en nie daarbuite nie.

In die opspraakwekkende beslissing van S v T³³⁵ het regter Steyn dit egter onomwonde gestel dat die toets vir nalatigheid in die geval van kinders nie die sogenaamde redelike man-toets moet wees nie, maar wel die "redelike kind"-toets. Hiervolgens moet die optrede van die dader dus beoordeel word aan die hand van die vraag hoe 'n kind van dieselfde ouderdomsgroep in dieselfde omstandighede sou opgetree het. Die feite van die saak was kortliks die volgende: Die appellant, 'n skoolseun van sestien jaar, is in die landdroshof skuldig bevind aan strafbare manslag nadat hy 'n mede-skolier tydens 'n worsteling doodgeskiet het. Daar het vir 'n geruime tyd voor die voorval 'n gespanne verhouding tussen die appellant en die oorledene bestaan wat veroorsaak is deur die feit dat die appellant, wat jonger, kleiner gebou en sensitiewer van geaardheid as die oorledene was, gedurig deur laasgenoemde verneder en geïntimideer is.

332. Morkel 1977:175.

333. Burchell ea 1983:199; Snyman 1986:254 is ook ten gunste daarvan dat die nalatigheid van kinders vasgestel moet word deur hul gedrag te meet aan dié van die redelike kind in die omstandighede.

334. Labuschagne 1983:227.

335. T:112.

Ten spyte van die sterk appèlhofgesag tot die teendeel³³⁶ word bevind dat die toets vir nalatigheid in hierdie geval die redelike kind-toets moet wees.³³⁷ Die gesag waarop regter Steyn hom beroep vir sy bevinding is S v J³³⁸ en S v Lehnberg.³³⁹ Claasen³⁴⁰ wys egter daarop dat dié twee sake handel oor die toets vir versagte omstandighede by moord en jeugdigheid as faktore in die oorwegingsproses of tienderjariges die doodstraf opgelê moet word, wat hemelsbreed verskil van die nalatigheidstoets en derhalwe is die beroep op hierdie gesag onvanpas. Botha en Nel³⁴¹ wys daarop dat regter Steyn sy uitspraak gelewer het sonder inagneming van die *stare decisis*-beginsel en dat hy ook afgewyk het van die gevestigde algemene reël dat die toets vir nalatigheid in die strafreg dieselfde is as dié in die privaatreë.

Die vraag wat nou ter sprake kom is of bogenoemde erkenning van die redelike kind-toets tot gevolg sal hê dat 'n onbeperkte aantal "toetse vir nalatigheid" ten opsigte van kinders in die toekoms aangewend gaan word, afhangende of 'n skoolkind, nie-skoolgaande kind, plaaskind, dorpskind, universiteitskind, ensovoorts ter sprake is.³⁴²

336. Jones NO v Santam Bpk:542; Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk:381.

337. T:127.

338. S v J 1975(3) SA 146 (O).

339. Lehnberg:553.

340. Claasen 1986:484.

341. Botha en Nel 1986:215.

342. Claasen 1986:486 wys daarop dat die moontlikhede van byvoorbeeld geslag, nasionaliteit, ras, stamverband, ensovoorts nou ter sprake kan kom wanneer vir die teenwoordigheid van nalatigheid getoets word. Die outeur vra verder of dit sal beteken dat onderskei moet word tussen verskillende ouderdomme, byvoorbeeld sewe jaar, agt jaar, so pas veertien jaar, en wanneer hou ouderdom op om relevant te wees?; Botha en Nel 1986:217 huldig die mening dat sodra die dader agtien jaar oud geword het behoort sy ouderdom nie meer 'n rol te speel nie by die vasstelling van sy nalatigheid al dan nie.

Claasen³⁴³ verkies die benadering wat deur die appèlhof in die Weber-saak gevolg is, naamlik dat faktore soos die dader se "werklike subjektiewe intellektuele ontwikkeling, geestelike rypheid, temperament, agtergrond, impulsiwiteit, onderskeidingsvermoë" by toerekeningsvatbaarheid tuis hoort en nie by die vraag na nalatigheid nie. Labuschagne³⁴⁴ wys daarop dat die redelike man-toets die laaste oorblyfsel is van die reeds lankal verwerpte idee van groepsaanspreeklikheid en huldig hy die mening dat die toets vir nalatigheid streng subjektief en op die individu in sy besondere omstandighede gerig moet wees. Botha en Nel³⁴⁵ doen aan die hand dat daar geen rede bestaan waarom die redelike kind-toets nie ook ten aansien van kinders bo veertien jaar oud toegepas moet word nie. Verder is hulle die mening toegedaan dat die beslissing in S v T³⁴⁶ aanleiding sal gee tot die vestiging van 'n meer aanvaarbare kindernalatigheidstoets wat betref die strafreg sowel as die deliktereg en dat die appèlhof hierdie beslissing in die toekoms sal onderskryf.³⁴⁷

5.5 'n Subjektiewe toets vir nalatigheid

Verskeie skrywers het al kritiek uitgespreek teen die objektiewe toets vir nalatigheid, nie net omdat dit onregverdig is om iemand te straf vir sy versuim om te voldoen aan 'n standaard wat hy moontlik nie eers kon bereik nie, maar veral omdat die objektiewe standaard grootliks die deurslaggewende strydvraag in die strafreg ignoreer, naamlik of die beskuldigde self voldoende verwytbaar was om die straf te regverdig.³⁴⁸

343. Claasen 1986:487.

344. Labuschagne 1978:266.

345. Botha en Nel 1986:216.

346. T:112.

347. Botha en Nel 1986:225.

348. Burchell ea 1983:200.

Snyman³⁴⁹ is die mening toegedaan dat die vasstelling van nalatigheid sowel 'n objektiewe as 'n subjektiewe toets behels. Aan die objektiewe toets sal voldoen word indien dit vasstaan dat die verrigting van die verbode handeling of die veroorsaking van die verbode gevolg op 'n manier plaasgevind het wat tekortsiet aan die graad van sorgvuldigheid wat die reg in die omstandighede vereis. Alvorens die beskuldigde vir sy versuim om aan die vereiste maatstaf te voldoen, verwyd kan word, moet daar ag geslaan word op sy persoonlike kennis, vermoëns en bekwaamhede. Hy kan slegs verwyd word indien van hom verwag kan word om aan die betrokke maatstaf te voldoen, en dit sal volgens Snyman³⁵⁰ wees wanneer hy, in ag genome sy persoonlike hoedanighede, aan die gemelde maatstaf kon voldoen het. Die toets in hierdie geval is subjektief van aard.

Boberg³⁵¹ is ook van mening dat die toets vir nalatigheid deels objektief en deels subjektief is. Insoverre van die dader verwag word om te voldoen aan 'n standaard wat geen ag slaan op sy individuele afwykings nie is dit objektief; insoverre die omstandighede waarin die dader homself bevind het in aanmerking geneem word is dit subjektief. Volgens Van der Merwe en Olivier³⁵² behoort die gedragsnorm wat die reg vereis nie dié van die redelike man te wees nie, maar dié wat in alle billikheid van die betrokke dader in 'n besondere geval verwag kan word.

De Wet en Swanepoel³⁵³ is voorstanders van 'n suiwer subjektiewe toets en volgens dié outeurs gaan dit by nalatigheid nie maar net oor die vraag of die beskuldigde anders as die fiktiewe redelike man opgetree het nie, maar ook oor die persoonlike verwydbaarheid van die beskuldigde vir sy doen en late.

349. Snyman 1986:246.

350. Snyman 1986:245.

351. Boberg 1984:269.

352. Van der Merwe en Olivier 1985:140.

353. De Wet en Swanepoel 1985:160.

Die vraag volgens hulle is of die beskuldigde in die betrokke omstandighede te kort geskiet het in die inspanning van sy geesteskragte om die ten laste gelegde feit te vermy.³⁵⁴ Volgens Labuschagne³⁵⁵ is die subjektiewe toets makliker regverdigbaar en te verkies bo 'n objektiewe toets omdat dit by die bepaling van nalatigheid "individu-gebonde en menseg" is. Hy maak dan ook die voorspelling dat die redelike man-toets volkome uit ons materiële strafreg sal verdwyn.³⁵⁶

Burchell, Milton en Burchell³⁵⁷ wys daarop dat hoewel die Suid-Afrikaanse howe nog nie uitdruklik van die objektiewe toets afgewyk het, of dit selfs gekritiseer het nie, hulle in die laaste paar jare merkbaar 'n meer subjektiewe benadering ten opsigte van nalatigheid ingeneem het. Die aanneming van 'n subjektiewe toets vir nalatigheid deur die appèlhof kan die duidelikste gesien word in gevalle van statutêre oortredings waar verwysing na die objektiewe standaard van die redelike man streng gesproke onnodig is omdat die *actus reus* deur die betrokke wet self omskryf word, en die enigste oorblywende kwessie die verwytbaarheid al dan nie van die beskuldigde se oortreding is.³⁵⁸ Let byvoorbeeld op die volgende uitlating van appèlregter Williams in S v Jassat:³⁵⁹

"If it is proved that an accused was physically unable, as a result of no fault on his part, to comply with the order or that his failure to do so was due

-
354. Morkel 1977:176 wys daarop dat wat die meriete van De Wet en Swanepoel se standpunt ook al is, dit heeltemal vreemd is aan die positiewe reg soos deur ons howe toegepas.
355. Labuschagne 1985a:216.
356. Labuschagne 1981:166.
357. Burchell ea 1983:201 en die gesag deur die skrywers daar aangehaal.
358. Burchell ea 1983:201; Bertelsman 1975:62-67 is van mening dat veral wat statutêre oortredings betref, daar 'n algemene deurbraak vir 'n subjektiewe konsep vir nalatigheid is.
359. S v Jassat 1965(3) SA 423(A):429C.

to a mental incapacity not self-induced, it would seem that there would be no mens rea."³⁶⁰

Die appêlhof se onlangse neiging na 'n meer subjektiewe beoordeling van nalatigheid is egter nie beperk tot statutêre oortredings nie. In R v Mara³⁶¹ is die beskuldigde se "mental and physical make-up" byvoorbeeld in ag geneem om te bepaal of hy nalatig was. Die sterkste aanduiding in ons positiewe reg van 'n gedeeltelik subjektiewe benadering word gevind in die uitspraak van S v Van As³⁶² waar hoofregter Rumpff die redelike man-toets soos volg omskryf:

"In the application of the law he is viewed 'objectively', but in essence he is viewed both 'objectively' as well as 'subjectively' because he represents a particular group or type of persons who are in the same circumstances as he is, with the same ability and knowledge. If a person, therefore, does not foresee what other persons in the group could and should have foreseen, then that element of culpa, viz omission to foresee, is present."³⁶³

In latere sake soos S v Burger³⁶⁴ en S v Smith³⁶⁵ is die tradisionele objektiewe benadering egter weer gevolg. Die appêlhof het in die onlangse uitspraak van S v Nkwenja³⁶⁶ weereens die nalatigheidstoets onder die vergrootglas geplaas en hom onomwonde ten gunste van 'n objektiewe toets vir nalatigheid uitgespreek:

360. Kyk ook S v Arenstein 1964(1) SA 361 (A):367-368; Qumbella:368G; S v Tsochlas 1974(1) SA 565 (A):573E; De BTom:532G.

361. R v Mara 1966(1) SA 82 (SR):83 G-H; In R v John 1969(2) SA 560 (RA): 570H word hierdie beslissing egter gekritiseer.

362. Van As:928E.

363. Volgens Schäfer 1978:201 is die presiese implikasies van die Van As-saak onseker en betoog hy dat duidelike riglyne nodig is om die neiging na suiwer subjektiwiteit te beperk.

364. Burger:878-879.

365. S v Smith 1981(4) SA 140 (K):143B.

366. S v Nkwenja 1985(2) SA 560 (A):572G.

"Of die appellante aan strafbare manslag skuldig is, behels onder andere die vraag of 'n redelike mens (*bonus paterfamilias*) in die omstandighede die moontlikheid van die dood sou voorsien het en as gevolg daarvan anders sou gehandel het."³⁶⁷

Volgens Du Plessis³⁶⁸ word die sogenaamde swaai na die subjektiewe benadering finaal gestuit deur die uitspraak in S v Ngubane³⁶⁹ waar die appêlhof weereens bevestig:

"... that *culpa* is constituted by conduct falling short of a particular standard, viz that of the reasonable man. Although the reasonable man standard may to some extent be individualised in certain circumstances, it remains an objective standard."³⁷⁰

Bergenthuin³⁷¹ huldig die mening dat nieteenstaande die neiging na 'n meer subjektiewe nalatigheidstoets, die howe nie bereid sou wees om nalatigheid suiwer subjektief in die lig van die betrokke dader se persoonlikheidseienskappe, bekwaamhede of karaktertrekke te beoordeel nie omdat dit sou meebring dat eienskappe soos heethoofdigheid, 'n vinnige humeur en emosionele onstabiliteit in aanmerking geneem sal moet word.

Van Rensburg³⁷² se kritiek teen die subjektiewe benadering is gerig op die standaard waaraan die beskuldigde se gedrag gemeet word om te bepaal of hy nalatig was al dan nie. In die toepassing van 'n subjektiewe toets word 'n dader se optrede naamlik aan homself gemeet, iets wat volgens Van Rensburg nie moontlik is nie. Nog 'n beswaar wat teen die subjektiewe benadering geopper kan word is dat dit moeilik aanwendbaar sal

367. Op 572 J sê die hof verder dat die bevinding in die Van As-saak nie hierdie gevolgtrekking in die weg staan nie.

368. Du Plessis 1986:8.

369. Ngubane:686 E-F.

370. Op 687C spreek die hof twyfel uit oor die stelling dat die Van As-beslissing 'n swaai na die subjektiewe benadering verteenwoordig, en vra die vraag of dit nie net op die konvensionele objektiewe toets, hoewel ietwat geïndividualiseerd, neerkom nie.

371. Bergenthuin 1985a:595.

372. Van Rensburg 1971:26.

wees in die praktyk. Volgens De Wet en Swanepoel³⁷³ is hierdie beswaar egter net in skyn 'n beswaar omdat die beoordeling van nalatigheid op 'n subjektiewe basis nie meer probleme sal oplewer as die vasstelling van wat die "redelike man" onder die omstandighede sou gedoen het nie.³⁷⁴

5.6 Vereistes vir Nalatigheid

'n Persoon word as nalatig in ons reg beskou indien:

5.6.1 Die redelike man (diligens paterfamilias) in die omstandighede waarin die dader hom bevind het, die moontlikheid sou voorsien het dat die bepaalde omstandighede kan bestaan of dat die bepaalde gevolg kan intree.³⁷⁵ Hierdie vereiste word beskou as die hoeksteen van die toets vir nalatigheid. By verreweg die meeste sake in die strafreg waar voorsienbaarheid ter sprake kom, is die aanklag een van strafbare manslag. Omdat nalatigheid betrekking moet hê op al die vereistes vervat in die verbodskrywing asook op die wederregtelikheid van die handeling, is dit in die lig van die appêlhofbeslissinge in S v Van der Mescht,³⁷⁶ S v Bernardus³⁷⁷ en S v Van As³⁷⁸ duidelik dat op 'n aanklag van strafbare manslag bewys moet word dat 'n redelike man in die posisie van die beskuldigde die moontlikheid van die dood sou voorsien het; redelike voorsienbaarheid van liggaamlike besering wat nie die dood ten gevolg het nie sal derhalwe onvoldoende wees. Dit is voldoende vir 'n bevinding van nalatigheid indien die blote intrede van die gevolg redelikerwys voorsienbaar was, al was die werk-

373. De Wet en Swanepoel 1985:162.

374. Vir verdere kritiek teen die subjektiewe benadering kyk Hunt 1970:375; kyk egter ook Botha 1977:37 se oortuigende weerlegging van hierdie kritiek.

375. Burchell ea 1983:203; Snyman 1986:250 Boberg 1984:274; Van der Walt 1979:76; Cape Town Municipality v Paine 1923 AD 207:216; Meiring:45; Jones NO v Santam Bpk:55T; Mahlalela:229; Kruger v Coetzee:430; Burger:879.

376. Van der Mescht:52T.

377. Bernardus:287.

378. Van As:921.

like wyse waarop die gevolg ingetree het, nie voorsienbaar nie. In S v Bernardus³⁷⁹ word byvoorbeeld by monde van appèlregter Holmes soos volg beslis:

"It is the general possibility (of death) which must reasonably be foreseeable, and not the specific manner and nature thereof. The facets of vulnerability of the human body are legion, and death may come to mortals through a variety of corporeal hurts and derangements."³⁸⁰

Wat die deliktereg betref wys Van der Walt³⁸¹ daarop dat dit onmoontlik is om eksakte regs kriteria te formuleer vir die bepaling van die redelike voorsienbaarheid van skade. Daar bestaan egter sekere breë en buigsame riglyne wat gevolg kan word om die voorsienbaarheid van skade vas te stel.³⁸² Volgens gemelde outeur is die fundamentele faktor die omvang van die risiko wat deur die dader se gedrag geskep word en dit behels twee elemente, naamlik: (a) hoe sterk die waarskynlikheid is dat skade sal resulteer, en (b) die erns van die moontlike skadelike gevolge. As die kans dat skade sal intree relatief groot is, sal die moontlikheid van skade normaalweg redelik voorsienbaar wees. Aan die ander kant mag die moontlikheid van relatief ernstige gevolge voortspruitend uit selfs 'n geringe risiko van skade dui op die redelike voorsienbaarheid van sodanige risiko van skade. Waar die risiko van skade

379. Bernardus:307C.

380. In hierdie saak is beslis dat by die sogenaamde dunskedel gevalle, die beskuldigde slegs aan strafbare manslag skuldig bevind sal word indien die redelike man sou voorsien het dat die oorledene moontlik deur die aanranding gedood kan word; Kyk ook S v Motau 1968(4) SA 670 (A): 677; S v Chimbamba 1977(4) SA 803 (RA): 806F.

381. Van der Walt 1979:77.

382. In Lomagundi Sheetmetal and Engineering (Pty) Ltd v Basson 1973(4) SA 523 (RA): 524-525 word hierdie riglyne soos volg geformuleer: "... (1) how real is the risk of the harm eventuating? (2) if the harm does eventuate, what is the extent of damage likely to be; and (3) what are the costs or difficulties involved in guarding against the risk?"

egter besonder klein is, sal die redelike man nie die moontlikheid van skade aan ander voorsien nie.³⁸³

In Botes v Van Deventer³⁸⁴ is beslis dat dit voldoende vir aanspreeklikheid is indien die verweerder redelikerwys die soort skade wat hy mag veroorsaak moes voorsien het; die graad of omvang hoef nie voorsienbaar te gewees het nie. Ook die presiese manier waarop die skade ingetree het hoef nie voorsienbaar te gewees het nie.³⁸⁵ Die vraag ontstaan of dit voldoende vir nalatigheid is dat skade vir enigiemand redelik voorsienbaar was, of moes dit redelik voorsienbaar gewees het dat 'n persoon in die eiser se posisie benadeel sou word?³⁸⁶ Hoewel daar nog nie gesaghebbend oor hierdie aangeleentheid beslis is nie, betoog Boberg³⁸⁷ dat ons reg wel vereis dat die eiser voorsienbaar moet wees omdat die sorg wat die redelike man in 'n gegewe geval aan die dag lê deels afhang van die persoon met wie hy te doen het.

5.6.2 Die redelike man sou gewaak het teen sodanige moontlikheid

Dit is nie voldoende vir die bewys van nalatigheid dat die redelike man die moontlikheid van die intrede van die betrokke gevolg sou voorsien het nie; bykomend moet bewys word dat die redelike man ook sou gewaak het teen die intrede van die gevolg, dit wil sê dat hy stappe sou gedoen het om te voorkom

383. Boberg 1984:333.

384. Botes v Van Deventer 1966(3) SA 182(A).

385. Kruger v Van der Merwe 1966(2) SA 266(A).

386. Dit staan bekend as die probleem van die "unforseeable plaintiff".

387. Boberg 1984:309; kyk ook Burchell ea 1983:211; waar die outeurs daarop wys dat in die geval van strafbare manslag die dood van 'n spesifieke oorledene nie redelikerwys voorsienbaar hoef te wees nie; hy moet egter 'n lid wees van die klas van persone wie se dood voorsienbaar is.

dat die gevolg intree.³⁸⁸ Ons howe het by verskeie geleent-
hede daarop gewys dat die voorsorgmaatreëls wat 'n redelike man
in 'n betrokke situasie sou geneem het afhang van die omstan-
dighede en dat geen algemene reëls neergelê kan word nie.³⁸⁹

Wat die strafreg betref wys Burchell, Milton en Burchell³⁹⁰
daarop dat aangesien die moontlike gevolg 'n misdryf is, dit
selde gebeur dat 'n redelike man wat die risiko voorsien nie
daarteen sou gewaak het nie. Uitsonderingsgevalle bestaan
egter wel waar die redelike man, nieteenstaande die
voorsiening van die moontlikheid van die intrede van die
verbode gevolg, tog sou besluit om met die handeling voort te
gaan, byvoorbeeld waar die voorsiene moontlikheid vergesog of
verwyderd is, of nie opweeg teen die belangriker, dringender
doel van die optrede nie.³⁹¹ Voorsorgmaatreëls kon so
moeilik, ongerieflik of duur gewees het dat 'n redelike man nie
sou gewaak het teen die geringe moontlikheid van selfs 'n
noodlottige ongeluk nie.³⁹² Die redelike man sal slegs teen
die skade waak indien daar ten minste 'n redelike moontlikheid
bestaan dat die voorsiene nadelige gevolge mag intree.³⁹³ Daar
moet egter in gedagte gehou word dat die redelike man ook soms
billike risiko's neem, byvoorbeeld in gevalle van openbare
belang. Om derhalwe te bepaal of die redelike man teen die
intrede van die gevolg sou gewaak het, mag dit nodig wees om
die maatskaplike nut van die beskuldigde se handeling op te
weeg teen die omvang van die risiko van skade wat voorsien-

388. Burchell ea 1983:212; Snyman 1986:253; Van der Walt
1979:78; Boberg 1984:333; Van der Merwe en Olivier
1985:146; S v Van Deventer 1963(2) SA 475 (A): 483;
Fernandez:264; Motau:678; Joffe and Co Ltd v Hoskins
1941 AD 431:451; Gordon v Da Mata 1969(3) SA 285 (A):
290.

389. Boberg 1984:333; S v Shimbarta 1966(1) SA 771 (N):
775C-D; Van As:928 D-E; Southern:861E.

390. Burchell ea 1983:254.

391. Snyman 1986:254.

392. Kruger v Coetzee:431-432.

393. R v Burger 1959(2) SA 110(T): 113E; Southern: 862 C-D.

baar is.³⁹⁴

By sommige gevalle van beweerde nalatigheid kom die sogenaamde "doctrine of sudden emergency" ter sprake. Hiervolgens word 'n beskuldigde nie nalatig bevind nie indien hy hom in 'n skielike gevaarsituasie bevind wat hy nie self geskep het nie, en dan 'n ongeluk veroorsaak. In so 'n geval is daar eintlik nie 'n leerstuk ter sprake nie, maar word erkenning gegee aan die feit dat die redelike man ook eienaardig of irrasioneel sal optree in 'n skielike gevaartoestand. Die dader se optrede verskil dus nie van dié van die redelike man nie en daarom kan hy ooreenkomstig die gewone toets vir nalatigheid nie skuldig bevind word nie.³⁹⁵

Volgens Van der Walt³⁹⁶ is daar vier basiese oorwegings wat die reaksie van die redelike man beïnvloed in 'n situasie wat 'n voorsienbare risiko van nadeel vir andere inhoud: (a) die graad of omvang van die risiko wat deur die dader se optrede geskep is; (b) die erns van die moontlike gevolge indien die risiko van nadeel sou materialiseer; (c) die nut van die dader se optrede en (d) die las om die risiko van nadeel uit te skakel.³⁹⁷

In die algemeen moet die omvang van die risiko opgeweeg word teen die nut van die gedrag en die moeite, uitgawe of ander nadeel wat voortvloei uit die weerhouding van 'n sekere optrede

394. Snyman 1986:254.

395. Boberg 1984:334 wys daarop dat dié "leerstuk" 'n oordeelsfout veronderstel; dit het geen toepassing in die geval waar 'n persoon die beste handelswyse in die betrokke omstandighede gekies het nie. Kyk ook Van der Merwe en Olivier 1985:131; Van der Walt 1979:82; SAR en H v Symington 1935 AD 37; Minister van Vervoer v Bekker 1974(3) SA 128 (O); S v Naik 1969(2) SA 231 (N); S v Crockart 1971 (2) SA 496 (RAD).

396. Van der Walt 1979:78.

397. Botes v Van Deventer:182; S v Mkwazi 1967(2) SA 593 (N); Robertson v Durban Turf Club 1970 (4) SA 649 (N); Lomagundi Sheetmetal and Engineering (Pty) Ltd v Basson 523; Herschel v Mrupe:464.

of die neem van 'n spesifieke voorsorgmaatreël. As die omvang van die risiko swaarder weeg as die maatskaplike nut van die gedrag, sou die redelike man stappe neem om die plaasvind van die nadeel te voorkom. Indien die dader versuim om sodanige stappe te neem, tree hy nalatig op. Waar die las om 'n risiko van nadeel uit te skakel aan die ander kant swaarder weeg as die omvang van die risiko, sal die redelike man nie stappe doen om die plaasvind van die voorsienbare nadeel te voorkom nie.

Uit bogenoemde is dit duidelik dat vir die bepaling van nalatigheid daar voortdurend 'n wisselwerking tussen al die gemelde faktore moet plaasvind.³⁹⁸ Oor die algemeen sal die dader nie van nalatigheid verwyt word indien sy optrede in ooreenstemming met die alledaagse gebruik was nie, hoewel sodanige alledaagse gebruik nie noodwendig afdoende bewys van die afwesigheid van nalatigheid is nie.³⁹⁹

5.6.3 Die beskuldigde/verweerder anders opgetree het as wat die redelike man in die omstandighede sou opgetree het. Indien daar vasgestel is dat die redelike man die moontlike intrede van die nadelige gevolg sou voorsien en daarteen gewaak het, is die laaste vraag of die beskuldigde/verweerder die stappe gedoen het wat die redelike man sou gedoen het om die intrede daarvan te voorkom.⁴⁰⁰ As die antwoord hierop negatief is, was die dader nalatig. Omdat ons reg nie verskillende grade van nalatigheid erken nie, sal die geringste afwyking van die standaard van die redelike man voldoende vir aanspreeklikheid wees.⁴⁰¹

398. Boberg 1984:334 wys daarop dat gemelde faktore slegs riglyne is vir die bepaling van nalatigheid en dat dit van die besondere omstandighede van 'n spesifieke saak sal afhang of die dader nalatig opgetree het.

399. Van der Merwe en Olivier 1985:143; Van der Walt 1979:82.

400. Burchell ea 1983:212 en die gesag daar deur die outeurs aangehaal.

401. Cape Town Municipality v Paine:230; Meiring:45-46.

HOOFSTUK 3

NALATIGHEID IN DIE GEVAL VAN GENEESHERE

1 Algemeen

Hierbo is daarop gewys dat 'n belangrike uitsondering op die reël dat nalatigheid objektief beoordeel word, voorkom in die geval waar 'n persoon hom as 'n deskundige op 'n sekere gebied voordoet. In so 'n geval word die tradisionele standaard van die redelike man verhoog tot die standaard van die "redelike deskundige".¹ Die rede hiervoor is dat 'n persoon wat oor meer kennis en groter vaardigheid as die normale persoon beskik, se optrede ooreenkomstig sy groter kennis en vaardigheid beoordeel moet word. Regter Steyn laat hom soos volg uit in R v Van Schoor² oor die toets vir nalatigheid in die geval van deskundiges:

"Coming to the case of a man required to do the work of an expert, as eg. a doctor dealing with the life or death of his patient, he too must conform to the acts of a reasonable man, but the reasonable man is now viewed in the light of an expert; and even such expert doctor, in the treatment of his patients, would be required to exercise in certain circumstances a greater degree of care and caution than in other circumstances."

-
1. Mahlalela:229 waar 'n kruie-dokter se optrede beoordeel is ooreenkomstig sy deskundige kennis van plante en kruie.
 2. R v Van Schoor 1948(4) SA 349 (K):350; kyk ook Kovalsky v Krige (1910) 20 CTR 822:823; Coppen v Impey 1916 CPD 309:314; R v Van der Merwe 1953(2) PH H 124 (W); Esterhuizen v Administrator Transvaal 1957(3) SA 710 (T):723-724; S v Mkwetshana 1965(2) SA 493 (N):496; Buls v Tsatsarolakis 1976(2) SA 891 (T):893-894 D. Wat die Engelse reg betref kyk Mahon v Osborn [1939] 1 All ER 535:548 A-C.

2 Toets vir mediese nalatigheid

2.1 Redelike sorg en vaardigheid

As iemand hom in 'n professie of beroep begeef waarvoor 'n besondere kennis of vaardigheid vereis word, word die mate van behendigheid van hom geverg wat redelikerwys verwag kan word van 'n beoefenaar van dié professie of beroep.³ So vroeg soos 1838 word die toets vir mediese nalatigheid soos volg deur Tindall C.J. geformuleer in sy toeligting aan die jurie in die Engelse saak van Lanphier v Phipos:⁴

"Every person who enters into a learned profession undertakes to bring to exercise of it a reasonable degree of care and skill. He does not undertake if he is an attorney, that at all events you shall gain your case, nor does a surgeon undertake that he will perform a cure; nor does he undertake to use the highest possible degree of skill. There may be persons who have higher education and greater advantages than he has, but he undertakes to bring a fair, reasonable and competent degree of skill, and you will say whether, in this case, the injury was occasioned by the want of such skill in the defendant."

Die reg verwag van 'n geneesheer om redelike vaardigheid en sorg aan die dag te lê in die behandeling van 'n pasiënt. Soos

3. Strauss en Strydom 1967:266.

4. Lanphier v Phipos (1838) 8 C & P 475:479; Wat die Engelse reg betref kyk ook Hancke v Hooper (1835) 7 C & P 81; Rich v Pierpont (1862) 3 F & F 35; R v Bateman (1925) 94 [JKB 791:794: "... The jury should not exact the highest, or a very high, standard, nor should they be content with a very low standard. The law requires a fair and reasonable standard of care and competence"; Hunter v Hanley 1955 SC 200:204-205; Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 582:586: "A man need not possess the highest expert skill; it is well established law that it is sufficient if he exercises the ordinary skill of an ordinary competent man exercising that particular art." Wat die Amerikaanse reg betref kyk Pike v Honsinger 49 NE 760, NY 1898; Adkins v Ropp 14 NE 2d 727, Ind 1938.

in die aanhaling hierbo aangedui, impliseer die nakoming van hierdie behandelingsmaatstaf nie dat die pasiënt noodwendig genees moet word of dat die hoogste mate van professionele kundigheid aan die dag gelê moet word nie.⁵ Dit dui veel meer op die sorg en vaardigheid wat die redelike geneesheer aan die dag sal lê, en as sodanig is dit 'n objektiewe maatstaf. Die klassieke formulering van die toets vir nalatigheid in die Suid-Afrikaanse reg wat betref gevalle van onbekwame of onbevoegde mediese diagnose of behandeling is deur waarnemende hoofregter Innes uiteengesit in Mitchell v Dixon:⁶

"A medical practitioner is not expected to bring to bear upon the case entrusted to him the highest possible degree of professional skill, but he is bound to employ reasonable skill and care; and he is liable for the consequences if he does not."

2.2 Omstandighede waaronder beweerde nalatigheid gepleeg is

'n Geneesheer se beweerde nalatigheid moet bewys word teen die agtergrond van die betrokke omstandighede waaronder hy byvoorbeeld 'n operasie uitgevoer het of waartydens hy die pasiënt behandel het.

"We must place ourselves as nearly as possible in the exact position in which the surgeon found himself when he conducted the particular operation, and we must then determine from all the circumstances, whether he acted with reasonable care or negligently."⁷

-
5. Snyman, J.L. 1982:4; kyk ook Coppen v Impey:314: "A medical man, while he does not in law undertake to perform a cure, or to treat his patient with the utmost skill and competency, is liable for negligence or unskillfulness in his treatment for, holding himself out as a professional man, he undertakes to perform the service required of him with reasonable skill and ability."
 6. Mitchell v Dixon:525; Daar is met goedkeuring na hierdie formulering verwys in verskeie latere sake, byvoorbeeld Van Wyk v Lewis:444; Esterhuizen v Administrator, Transvaal:723; Buls and Another v Tsatsarolakis:893-894; Coppen v Impey:314; Pringle v Administrator, Transvaal 1990(2) SA 379(W).
 7. Per appêlregter Wessels in Van Wyk v Lewis:461.

Daar kan byvoorbeeld nie van 'n geneesheer wat in die nag na 'n afgeleë woning in die platteland uitgeroep word vir 'n onverwagte noodgeval, verwag word om dieselfde standaard te handhaaf as in die geval waar 'n soortgelyke noodgeval hom sou voordoën in 'n volledig toegeruste hospitaal met voldoende opgeleide personeel, geneesmiddels, ensovoorts nie.⁸ Waar 'n geneesheer aan die ander kant 'n pasiënt met 'n gevaarlike geneesmiddel of medisyne behandel, word 'n groter mate van sorg van hom vereis as in die geval waar 'n geneesmiddel toegedien word wat nie 'n giftige of gevaarlike bestanddeel bevat nie.⁹

2.3 Spesialis

Ons hoë het by verskeie geleenthede die beginsel bevestig dat die standaard van sorg en vaardigheid wat van 'n algemene praktisyn vereis word nie dieselfde is as wat van 'n spesialis vereis word nie.¹⁰ In R v Van der Merwe¹¹ benadruk regter Roper hierdie beginsel in sy toeligting aan die jurie soos volg:

-
8. Webb v Isaac 1915 EDL 273 waar die feite kortliks die volgende was: Verweerder het op 'n afgeleë plaas die eiser se gebreekte been onder baie moeilike omstandighede in gips gesit. Die been het egter nie na wense aangegroei nie, maar omdat bevind is dat die geneesheer se behandeling onder die omstandighede redelik was, is hy onthef van aanspreeklikheid; Byrne v East London Hospital Board 1926 EDL 128:157-158; Allot v Paterson and Jackson 1936 SR 221:224; Kyk ook Martin 1979:367.
 9. Van Schoor:349 waar die toediening van 'n geneesmiddel wat arseen bevat het die dood van twee pasiënte veroorsaak het.
 10. Buls v Tsatsarolakis:894D: "The question in the present case is, therefore, not how a specialist orthopaedic surgeon would have acted in the treatment of the plaintiff, but how an average general practitioner, carrying on his duties as a casualty officer in a public hospital, would have acted."
 11. Van der Merwe:242; kyk ook Esterhuizen v Administrator, Transvaal:723-724; Mkwetshana:496.

"(W)hen a general practitioner is tried, the test is not what a specialist would or would not do in the circumstances, because a general practitioner is not expected to have the same degree of knowledge and skill and experience as a specialist has."

Van 'n spesialis word 'n hoër graad van sorg en vaardigheid betreffende aangeleenthede binne sy kundigheidsveld vereis as van 'n algemene praktisyn. Die objektiewe "redelike geneesheer-toets" word dus gesubjektiveer tot die vertakking van die geneeskunde waartoe die betrokke geneesheer behoort. Dit beteken dat van die spesialis verwag word om, in die behandeling van 'n pasiënt, op te tree soos die redelike spesialis in dieselfde omstandighede sou optree.¹²

Indien 'n geneesheer hom voordoen as 'n spesialis, in die sin dat hy 'n betrokke geval hanteer vanuit 'n spesialis se oogpunt, of op spesiale tariewe aandring, of voorgee dat hy die pasiënt sal behandel met 'n spesiale graad van kennis, sorg, vaardigheid en ervaring, sal hy aan hierdie skyn wat hy verwek gebonde gehou word. Sy optrede sal met ander woorde moet voldoen aan die gedrag wat redelikerwys verwag word van 'n spesialis wat aan dieselfde vertakking van die professie as hy behoort, byvoorbeeld neurologie. Potgieter¹³ wys egter daarop dat indien 'n professionele man te kenne gee dat hy oor 'n laer vaardigheidsgraad as die vereiste minimum standaard besit, en die kliënt sy dienste met die wete van die laer standaard aanvaar, die professionele man se optrede net aan die verklaarde laer standaard hoef te voldoen.

2.4 Bestaande kennis en behandelingsmetodes

Om vas te stel hoe 'n redelike geneesheer sou optree, moet onder meer ook gekyk word na die bestaande kennis en behandelingsmetodes wat daar op die bepaalde tydstip in die praktyk

12. Snyman, J.L. 1982:4; Barlow 1948:175; Simons 1978:125; Taylor, J.L. 1971:12.

13. Potgieter 1985:23.

bestaan. Hoofregter Innes verduidelik die posisie soos volg in Van Wyk v Lewis:¹⁴

"In deciding what is reasonable the court will have regard to the general level of skill and diligence possessed and exercised at the time by members of the branch of the profession to which the practitioner belongs."

Dit beteken dat indien 'n aksie teen 'n geneesheer byvoorbeeld in 1990 aanhangig gemaak word en die saak eers in 1994 die verhoorstadium bereik, die hof slegs ag sal slaan op die kennis waaroor in 1990 beskik is en nie waaroor in 1994 beskik word nie. Enige verdere uitbreiding van mediese kennis na die beweerde voorval van nalatigheid moet buite rekening gelaat word.¹⁵ Hierdie vereiste word treffend geïllustreer in die Engelse saak van Roe v Minister of Health and Others:¹⁶ Voor- dat 'n pasiënt 'n operasie ondergaan het, het hy 'n spinale narkose bestaande uit 'n sekere middel, "Nupercaine", ontvang. As gevolg hiervan het hy spastiese paraplegie ontwikkel wat gelei het tot permanente verlamming van die onderlyf. Die oorsaak van die verlamming was dat fenool, waarin die ampule wat die Nupercaine bevat het, bewaar is, deur onsigbare molekulêre skeurtjies in die glas gesypel en die verdowingsmiddel besoe- del het. Getuienis wat tydens daaropvolgende hofverrigtinge aangebied is, het aan die lig gebring dat verwysings na 'n moontlike voorsorgmaatreël teen die plaasvind van bogenoemde voorval, in Amerikaanse publikasies verskyn het vóór die ver- lamming van onderhawige pasiënt. Die hof het egter geweier om die verweerder aanspreeklik te hou, onder meer op grond daar- van dat aan die hand van die standaard van kennis wat in 1947 aan bevoegde narkotiseurs toegereken is, hy nie nalatig was nie. Op appèl merk Lord Justice Denning treffend op:

14. Van Wyk v Lewis:444.

15. Giesen en Fahrenhorst 1984:82; Percy 1983:544.

16. Roe v Ministry of Health [1954] 2 QB 66.

"We must not look at the 1947 accident with 1954 spectacles."¹⁷

2.5 Nuwe ontwikkelings op die gebied van die geneeskunde

Die maatstaf van die redelike praktisyn veronderstel egter ook dat die geneesheer homself redelikerwys op hoogte moet hou van ontwikkelinge in die mediese wetenskap.¹⁸ As 'n geneesheer derhalwe versuim om 'n onlangs ontwikkelde behandelingsmetode wat wye erkenning geniet, aan te wend en sy pasiënt as gevolg van die toepassing van die ouer metode benadeel word, kan die geneesheer vir die skade aanspreeklik gehou word.¹⁹ Dit sou egter onbillik wees om van 'n geneesheer te verwag om iedere woord te volg wat in elke geskrif oor die geneeskunde verskyn.²⁰

2.6 Imperitia culpa adnumeratur

Die verwyf van nalatigheid sal 'n geneesheer ook tref as hy 'n operasie uitvoer of die behandeling van 'n pasiënt onderneem, wetende dat hy nie oor die vereiste kennis of ervaring beskik nie, en die pasiënt dan daardeur benadeel word. Dit is in ooreenstemming met die beginsel van *imperitia culpa adnumeratur*, oftewel onkunde word aan nalatigheid gelyk gestel.

17. [1954] 2 All ER 131 (CA):137.

18. Strauss en Strydom 1967:267 waar die outeurs daarop wys dat wat redelik is, grootliks afhang van die beskouings wat in die mediese professie heers; Waltz en Inbau 1971: 186-187; Weintraub 1985:329 ev; Zaslou 1981:274.

19. Giesen en Fahrenhorst 1984:82 Shartel en Plant 1959:117.

20. In die Engelse saak Crawford v Board of Governors of Charing Cross Hospital (1953) 1 LR 1 laat Lord Denning hom soos volg uit: "... it would be putting too high a burden on a medical man to say that he must read every article in the medical press... the medical man's duty is limited to taking reasonable steps to keep himself abreast of modern developments in technique ... failure to read a particular article may well be excusable, while disregard of a series of warnings in the medical press would perhaps be cogent evidence of negligence."

Hosten²¹ wys daarop dat met hierdie spreuk te kenne gegee word dat waar iemand 'n stuk werk onderneem waarvoor 'n sekere soort vaardigheid vereis word, hy hom by uiteindelijke wanprestasie nie op sy gebrek aan vaardigheid as 'n verskoning kan beroep nie. In so 'n geval word sy onkunde hom as skuld toegereken. Die geneesheer word egter nie vir sy onkunde verwyt nie, maar wel vir die feit dat hy bewustelik 'n aktiwiteit onderneem het waarvoor hy nie bekwaam was nie.²²

In Dale v Hamilton²³ was die feite kortliks soos volg: Die geneesheer het gebruik gemaak van 'n X-straalapparaat om die eiser se toestand te diagnoseer. As gevolg hiervan het die pasiënt ernstige brandwonde opgedoen en moes hy 'n geruime tyd in die hospitaal deurbring. Die X-straalapparaat is kort voor die besering van die pasiënt deur 'n deskundige geïnstalleer en dit blyk toe dat die brandwonde veroorsaak is deur 'n sogenaamde Coolidge-buis wat te na aan die pasiënt geplaas is tydens die maak van die opname. 'n Opgeleide radioloog sou tydens 'n ondersoek hierdie defek opgemerk het, maar as gevolg van die eiser se gebrek aan kennis en ervaring wat noodsaaklik was vir die behoorlike gebruik van die apparaat, het laasgenoemde nie opgemerk dat die afstand tussen die pasiënt en die apparaat te klein was nie. Die hof bevind dat die geneesheer verplig was om toe te sien dat die apparaat veilig was vir gebruik en dat hy nie geregtig was om staat te maak op die deskundige se instelling daarvan nie. Verweerder was dus wel nalatig en aanspreeklik vir skade deur die eiser gely.

Giesen en Fahrenhorst²⁴ argumenteer dat 'n geneesheer homself

21. Hosten 1969:394.

22. De Wet en Swanepoel 1985:159 wys daarop dat onervarendeheid en onbehandigtheid nie eienskappe is waarvoor 'n persoon sonder meer verwyt kan word nie, maar slegs die onbedagsaamheid om 'n taak aan te pak waarvoor hy ervaring en behendigheid nodig het; Snyman 1986:257; Strauss en Strydom 1967:266; Jackson en Powell 1982:210.

23. Dale v Hamilton 1924 WLD 184.

24. Giesen en Fahrenhorst 1984:82; kyk ook Holder 1978:50.

nie kan verweer deur te sê dat hy ooreenkomstig sy vermoëns en professionele kennis sy beste gelewer het nie. As hy onbevoeg was om die pasiënt se spesifieke siekte te behandel was hy verplig om die pasiënt na 'n spesialis te verwys. 'n Algemene praktisyn sal egter nie vir sy gebrek aan kennis, opleiding of ervaring verwyd word indien hy in 'n noodgeval spesialiswerk onderneem nie.²⁵ Indien 'n algemene praktisyn spesialiswerk onderneem terwyl hy onder die *bona fide* indruk verkeer dat dit binne sy sfeer van werksaamhede tuishoort, sal hy ook nie as nalatig beskou word nie.

In S v Mkwetshana²⁶ was die beskuldigde 'n jong geneesheer wat besig was met sy huisdoktersjaar in die Edendale hospitaal. Die oorledene was 'n vrou wat aan bronchiale asma gely het. Op die ramspoedige oggend het een van die verpleegsters gemerk dat die oorledene onrustig was en moeilik asemgehaal het. Die beskuldigde, wat in daardie stadium die enigste beskikbare mediese beamppte was, is derhalwe ontbied. Met sy aankoms by die bed van die oorledene het die beskuldigde eersgenoemde in 'n baie onrustige toestand aangetref. Sy het met haar voete geskop en haar arms geswaai; haar lippe en tong was blougerig en daar het skuim by haar mond uitgekome. Sy diagnose was 'n ernstige, akute vorm van asma en derhalwe het hy 20 cc aminophylline bestel en binne-aars toegedien. Na vyf tot sewe minute was daar egter geen verbetering in haar toestand nie. Die gedagte dat die oorledene aan epilepsie ly het toe by die beskuldigde posgevat en vervolgens besluit hy om haar met paraldehyd te behandel. Hy het 20 cc hiervan binne-aars toegedien waarna die oorledene se toestand sodanig verbeter het dat die beskuldigde haar verlaat het. 'n Kwartier later is sy egter oorlede. Uit die getuienis voor die hof het dit geblyk

25. Barlow 1948:176-177; Strauss en Strydom 1967:268.

26. Mkwetshana:493.

dat 20 cc van gemelde geneesmiddel 'n dodelike oordosis was.²⁷ Vervolgens word die beskuldigde skuldig bevind op 'n aanklag van strafbare manslag.

Op appël is namens die geneesheer aangevoer dat die verwyte van nalatigheid hom nie kan tref nie, en wel om die volgende redes: (a) hy was 'n intern wat (b) betreklik onervare was; (c) hy was alleen op diens en (d) hy het in noodtoestand opgetree.²⁸ Hierdie betoog word egter deur die appëlhof verwerp en by monde van regter Caney word soos volg beslis:

"... either the appellant had insufficient knowledge and experience of the drug, in which case it was negligence on his part to administer it in the manner in which he did administer it; if he knew little, if anything, about it he was subjecting his patient to a very considerable risk."²⁹

en verder

"... for him to have done that in the light of his inexperience, and particularly his experience of the drug and it's uses, mark him as being negligent."³⁰

Die regter in die onderhawige saak was die mening toegedaan dat die beskuldigde in die omstandighede óf moes probeer het om met een van sy seniors in verbinding te tree, óf die staf-verpleegster vir hulp moes ontbied het. Die appël word derhalwe van die hand gewys.

27. Die erkende dosis vir binne-aarse toediening van paraldehyd is nie meer as 5 cc nie, en selfs dan moet dit verdun word met 'n natriumchloried-oplossing in die verhouding een tot tien.

28. Op 496G.

29. Op 497B.

30. Op 497E.

2.7 "Locality rule"

Oor die vraag of die plek (omgewing) waar die geneesheer woon of sy praktyk bedryf, 'n bepalende faktor is in die vasstelling van hoe 'n redelike geneesheer sou optree, bestaan daar teenstrydige standpunte in ons regspraak.³¹ In Van Wyk v Lewis³² huldig appèlregter Wessels die mening dat 'n mens nie dieselfde mate van sorg en vaardigheid van 'n plattelandse geneesheer kan verwag as wat vereis word van 'n praktisyn in 'n groot stads-hospitaal nie. Hoofregter Innes verwerp egter uitdruklik die standpunt dat die plek (omgewing) 'n rol behoort te speel in die bepaling van 'n geneesheer se nalatigheid soos volg:

"I desire to guard myself from assenting to the principle ... that the standard of skill which should be exacted is that which prevails in the particular locality where the practitioner happens to reside. The ordinary medical practitioner should, as it seems to me, exercise the same degree of skill and care, whether he carries on his work in the town or the country, in one place or another. The fact that several incompetent or careless practitioners happen to settle at the same place cannot affect the standard of diligence and skill which local patients have a right to expect."³³

Daar kan met Van der Walt³⁴ en Strauss en Strydom³⁵ saamgestem word dat in die lig van die moderne ontwikkeling op die gebied

-
31. Die sogenaamde "locality rule" is hier ter sprake waarvolgens voorsiening gemaak word vir die aard van die gemeenskap waarin die geneesheer praktiseer. 'n Plattelandse dokter kan byvoorbeeld aan die hand van hierdie sienswyse nie aan dieselfde hoë standaard as 'n dokter wat in 'n groot stad praktiseer, gebonde gehou word nie omrede die plattelandse geneesheer nie dieselfde geleenthede het om wye ondervinding op te doen of kennis te versamel nie. (In 'n Suid-Afrikaanse konteks beskou, is dit egter deesdae eerder die gebrek aan moderne toerusting wat tot gevolg het dat die plattelandse dokter nie die standaard wat deur sy eweknie in die stad gehandhaaf word, kan bereik nie).
32. Van Wyk v Lewis:438.
33. Op 444.
34. Van der Walt 1979:71; Kyk ook Cohen en Mariano 1982:125.
35. Strauss en Strydom 1967:270. Wat die regspraak betref kyk Blyth v Van den Heever 1980(1) SA 191 (A): 193 D; S v Kramer 1987 (1) SA 887 (W): 893; Dube v Administrator, Transvaal 1963 (4) SA 260 (W): 266H.

van kommunikasie daar vandag geen bestaansreg meer is vir die behoud van die sogenaamde "locality rule" nie. Geneeshere word deurentyd op hoogte gehou van nuwe verwikkelinge by wyse van geneeskundige tydskrifte, handboeke en die publisiteit wat die vervaardigers van geneesmiddelle aan hul produkte gee.³⁶

Potgieter³⁷ wys daarop dat selfs in Amerika waar die "locality rule" sy oorsprong gehad het, die invloed daarvan baie sterk afgeneem het.³⁸ Hoewel die reël steeds in 'n paar state nagevolg word, is dit in ander volkome herroep en selfs waar dit steeds teoreties aanvaar word, is dit drasties gewysig.³⁹ In die meeste jurisdiksies word die plaaslike standaard van praktyk vandag slegs as een van die faktore beskou wat deur die jurie in oorweging geneem moet word en is dit nie meer opsigself bepalend van die aan- of afwesigheid van nalatigheid nie.⁴⁰

Potgieter⁴¹ huldig egter die mening dat hoewel die "locality rule" se invloed in Amerika sterk afgeneem het, dit nie beteken dat die aard van die omgewing waarin die verweerder praktiseer, heeltemal verontagsaam kan word nie. Volgens hom behoort die klem eerder geplaas te word op die aard van die verweerder se praktyk met inagneming van onder andere die geleenthede om ondervinding op te doen en inligting te versamel

36. Strauss en Strydom 1967:270.

37. Potgieter 1985:31.

38. Voorheen het die vraag wat die Amerikaanse howe gestel het in 'n poging om die toepaslike standaard vas te stel, soos volg gelui: "How would the ordinary practitioner with the same or similar training, in the same or similar community, have acted under the same or similar circumstances" - kyk byvoorbeeld Marchlewski v Casella 106 A 2d 466, Conn 1954; Wall v Stout 310 NC 184, 311 SE 2 d 571 (1984).

39. Holder 1978:59; Harney 1973:95.

40. Dornette 1972:52; Holder 1978:59.

41. Potgieter 1985:31.

oor die jongste ontwikkelinge op sy gebied, as op die geografiese gebied waar die geneesheer praktiseer.⁴²

2.8 Kliniese oordeelsfout

Die vraag of 'n kliniese oordeelsfout op nalatigheid neerkom sal afhang van die presiese omstandighede van die betrokke geval. In hierdie opsig kan met vrug gekyk word na die beslissing van die House of Lords in Whitehouse v Jordan and Another.⁴³ Die feite van die saak was kortliks soos volg: Die eiser is gebore met ernstige breinskade wat na bewering veroorsaak is deur die nalatigheid van die verweerder, 'n senior kliniese assistent in beheer van bevallings in die betrokke hospitaal. Die swangerskap van die eiser se moeder het probleme opgelewer en sy was reeds geruime tyd in kraam toe die verweerder beheer van die bevalling oorgeneem het. Hy het besluit om die swangerskap te probeer beëindig by wyse van 'n tangverlossing.⁴⁴ Die verweerder het ses keer aan die baba met 'n verlostang getrek, maar toe daar geen beweging was tydens die vyfde en sesde trek nie, het hy besluit om die prosedure te laat vaar ten gunste van 'n keisersnee. Kort na die geboorte is vasgestel dat die eiser aan ernstige breinskade ly, wat na mening van die verhoorregter veroorsaak is deur die poging tot tangverlossing.

Die regter gaan van die standpunt uit dat die besluit om gemelde prosedure te volg, eerder as om dadelik met 'n keisersnee te begin, redelik onder die omstandighede was. Daar word egter beslis dat die verweerder nalatig was deurdat hy te lank

42. Potgieter 1985:32; Hierdie standpunt word gesteun deur Carstens 1990:422-423.

43. Whitehouse v Jordan [1981] 1 All ER 267; Vir 'n vonnisbespreking van hierdie saak kyk Robertson 1981:457.

44. 'n Delikate prosedure wat gedoen word met die doel om vas te stel of bevalling per vaginam, eerder as by wyse van 'n keisersnee, moontlik is.

en te hard met die verlostang getrek het, wat veroorsaak het dat die eiser se kop vasgeknel is, of vasgesteek het en versmoring as gevolg daarvan ingetree het.

Die Engelse Court of Appeal staan die verweerder se appël op twee gronde toe: (a) Eerstens stel dit die verhoorhof se feitebevinding dat die verweerder te lank en te hard met die verlostang getrek het, ter syde; (b) Tweedens word beslis dat al het die verweerder sodanig opgetree, dit slegs neerkom op 'n kliniese oordeelsfout en nie nalatigheid nie. In sy bevinding ten gunste van die verweerder het Lord Justice Denning inter alia die volgende stelling gemaak:

"... we must say, and say firmly, that, in a professional man, an error of judgement is not negligent."⁴⁵

Die eiser het toe die saak op verdere appël na die House of Lords geneem wat die bevinding van die Court of Appeal bevestig het.⁴⁶ Die House of Lords het egter krities gestaan teenoor Lord Justice Denning se stelling soos hierbo aangehaal. Lord Fraser laat hom soos volg daaroor uit:

"Merely to describe something as an error of judgement tells us nothing about whether it is negligent or not. The true position is that an error of judgement may, or may not, be negligent; it depends on the nature of the error; if it is one that would not have been made by a reasonably competent professional man professing to have the standard and type of skill that the defendant held himself out as having, and acting with ordinary care, might have made, then it is not negligence."⁴⁷

45. Whitehouse v Jordan [1980] 1 All ER 650:658.

46. Whitehouse v Jordan [1981] 1 WLR 246.

47. Op 263; Lord Fraser gaan verder deur die volgende op 263 te sê: "I think Lord Denning MR must have meant to say that an error of judgment 'is not necessarily negligent'."

Lord Edmund-Davies som die regsposisie met betrekking tot 'n kliniese oordeelsfout soos volg op:

"To say that a surgeon committed an error of clinical judgment is wholly ambiguous, for, while some such errors may be completely consistent with the due exercise of professional skill, other acts or omissions in the course of exercising 'clinical judgment' may be so glaringly below proper standards as to make a finding of negligence inevitable."⁴⁸

Die reg vereis nie dat 'n geneesheer onfeilbaar in sy optrede moet wees nie, en 'n oordeelsfout sal nie op nalatigheid neerkom indien die behoorlike standaard van sorg nagevolg is nie.⁴⁹ Die geneesheer mag na die plaasvind van 'n voorval besef dat sy oordeel verkeerd was, maar indien sy optrede redelik was, sal hy nie aanspreeklik gehou word nie.⁵⁰

2.9 Verskillende gedagterigtings ("schools of opinion")

As daar meer as een gedagteriging (sogenaamde "school of opinion") bestaan ten aansien van die tipe behandeling wat die pasiënt behoort te ontvang, tree 'n geneesheer nie onbehoorlik op as hy die behandeling toepas wat deur 'n agtenswaardige minderheid ("respectable minority") voorgestaan word nie.⁵¹ In Kovalsky v Krige⁵² het die geneesheer bloeding probeer stop deur gebruik te maak van ysterperchloried. Hoewel ander geneeshere getuig het dat hulle eerder ander metodes sou aangewend het, byvoorbeeld die gebruik van 'n arterieklem en 'n afbinding, is die verweerder nieteenstaande nie vir sy optrede aanspreeklik gehou nie.

48. Op 258-258.

49. Barlow 1948:180; Giesen en Fahrenhorst 1984:82; Cohen en Mariano 1982:131; Percy 1983:545; Gamble 1981:90; Taylor, N.L. 1976:80; Zaslow 1981:272.

50. Holder 1978:58.

51. Strauss en Strydom 1967:271; Shartel en Plant 1959:122; Taylor, J.L. 1971:11; Martin 1979:368; Cohen en Mariano 1982:99; Simons 1978:125; Pringle v Administrator, Transvaal:379.

52. Kovalsky v Krige:822.

In so 'n geval waar geneeshere verskil oor die korrekte mediese behandeling, moet by wyse van deskundige getuienis aangetoon word dat daar wel 'n meningsverskil bestaan en dat daar ander geneeshere benewens die verweerder is wat sy metodes steun.⁵³

In die Engelse saak van Bolam v Friern Hospital Management Committee⁵⁴ was die feite kortliks soos volg: Die eiser het frakture van die heuppotjie tydens elektroshokterapie opgedoen. Daar is onder andere beweer dat die verweerders nalatig was omdat hulle nie van kalmeermiddels tydens die behandeling gebruik gemaak het nie. Uit die getuienis voor die hof het dit geblyk dat die toediening van kalmeermiddels (spierver-slappers) die risiko van frakture sou uitgeskakel het, maar die gebruik daarvan het 'n geringe risiko laat ontstaan dat die pasiënt tydens behandeling kon sterf. Daar het 'n verantwoordelike liggaam van medici bestaan wat hulle teen die verslappers uitgespreek het. Sommige geneeshere het egter daarvan gebruik gemaak, ander nie. In sy bevinding ten gunste van die verweerder laat regter McNair hom soos volg uit:

"[A doctor] is not guilty of negligence if he has acted in accordance with a practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled in that particular art ... Putting it the other way round, a man is not negligent, if he is acting in accordance with such a practice, merely because there is a body of opinion who would take a contrary view. At the same time, that does not mean that a medical man can obstinately and pig-headedly carry on with the same old technique if it has been proved to be contrary to what is really substantially the whole of informed medical opinion."⁵⁵

Waar daar dus alternatiewe metodes bestaan wat deur agtenswaardige geneeshere erken word, sal navolging van een bo die

53. Potgieter 1985:24.

54. Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 582.

55. Op 587; kyk ook Gamble 1981:91; Taylor, J.L. 1970:106; Jackson en Powell 1982:216; Percy 1983:544; Macintosh en Norman-Scoble 1970:132.

ander nie op nalatigheid neerkom nie, selfs indien dit agterna duidelik sou blyk dat die metode wat nie toegepas is nie, waarskynlik 'n beter resultaat tot gevolg sou gehad het.⁵⁶

2.10 Gebruiklike praktyk

As 'n geneesheer ooreenkomstig die algemene en goedgekeurde praktyk van die professie optree, sal hy normaalweg 'n goeie verweer hê teen 'n bewering van nalatige optrede.⁵⁷ Aan die ander kant dui die toepassing van aanvaarde, gebruiklike mediese praktyk nie noodwendig op sorgvuldige optrede nie.⁵⁸ Die navolging van gebruiklike praktyk is slegs een van die faktore wat in ag geneem moet word om te bepaal of die geneesheer se optrede voldoen het aan die vereiste graad van sorg en vaardigheid; dit is nie afdoende bewys daarvan nie.⁵⁹ Waar 'n mediese gebruik ooglopend gevaarlik is, het die hofe die reg om dit af te keur en 'n geneesheer aanspreeklik te hou vir enige nadeel wat daaruit voortspruit.⁶⁰

In die bekende Van Wyk v Lewis⁶¹-saak was die feite kortliks soos volg: Die verweerder, 'n chirurg, het 'n dringende en moeilike buikoperasie op die eiser uitgevoer. Die operasie het gedurende die nag geskied en die verweerder is bygestaan deur 'n narkotiseur en 'n gekwalifiseerde verpleegster van die plaaslike hospitaalpersoneel wat as teatersuster opgetree het. Na voltooiing van die operasie is een van die deppers wat deur die verweerder gebruik is misgekyk en het dit in die eiser se liggaam agtergebly totdat dit na 'n tydperk van twaalf maande uitgeskei is.

56. Holder 1978:48

57. Jackson en Powell 1982:215; Holder 1978:53.

58. Potgieter 1985:24; Strauss en Strydom 1967:273; Dornette 1972:51; McKerron 1950:65.

59. Harney 1973:90; Cohen en Mariano 1982:142.

60. Barlow 1948:189; MacIntosh en Norman-Scoble 1970:132; Van Wyk v Lewis:460.

61. Van Wyk v Lewis:438.

Die getuienis het bewys dat in ooreenstemming met die gebruikelike praktyk in die hospitaal, die verweerder op die suster staat gemaak het om die deppers wat gebruik is, te tel en na te gaan. Met voltooiing van die operasie het die verweerder verder so deeglik as wat die kritieke toestand van die pasiënt dit toegelaat het, gesoek na deppers in die verweerder se liggaam en beide hy en die suster het geglo dat rekenskap gegee is van al die deppers voordat die wond toegewerk is. In die hof a quo word Van Wyk se eis van tweeduisend pond vir skadevergoeding van die hand gewys en sy appelleer gevolglik teen dié beslissing.

Op appël word egter beslis dat hoewel die verweerder tydens uitvoering van die operasie verplig was om alle redelike sorg en vaardigheid aan die dag te lê, dit 'n redelike en behoorlike praktyk was om die teatersuster toe te vertrou met die kontroliering van die deppers. Die verweerder het derhalwe nie nalatig opgetree deur hierdie praktyk na te volg nie. Voldoende getuienis is tydens die hofverrigtinge voorgelê om te bewys dat bogenoemde praktyk algemeen in die hospitaalwese gebruik en goedgekeur word. Die appël word gevolglik verwerp en die hof a quo se beslissing bevestig.

In die loop van die uitspraak ten gunste van die verweerder word die volgende opmerking in verband met gebruikelike praktyk ("customary practice") gemaak:

"The court can only refuse to admit such a universal practice if in its opinion it is so unreasonable and so dangerous that it would be contrary to public policy to admit it."⁶²

Wat die Amerikaanse reg betref blyk dit duidelik uit die volgende gewysde dat navolging van 'n gebruikelike praktyk die geneesheer nie noodwendig aanspreeklikheid sal laat vryspring

62. Op 460 van die appëlhofverslag.

nie. In Darling v Charleston Community Memorial Hospital⁶³ vat die Supreme Court van Illinois die posisie rondom gebruiklike praktyk soos volg saam:

"Custom is relevant in determining the standard of care because it illustrates what is feasible, it suggests a body of knowledge of which the defendant should be aware, and it warns of the possibility of far-reaching consequences if a higher standard is required But custom should never be conclusive."

In The T.J. Hooper⁶⁴ wei regter Learned Hand uit op hierdie beginsel en wys hy uitdruklik daarop dat dit die taak van die hof is om uiteindelik te besluit of 'n praktyk redelik is of nie.

"In mosts cases reasonable prudence is in fact common prudence; but strictly it is never its measure; a whole calling may have unduly lagged in the adoption of new and available devices. It never may set its own tests, however persuasive be its usages. Courts must in the end say what is required; there are precautions so imperative that even their universal disregard will not excuse their omission."

'n Geneesheer sal egter slegs in uitsonderlike omstandighede as nalatig beskou word ten spyte van die feit dat hy ooreenkoms-
tig die algemene en aanvaarde praktyk opgetree het.⁶⁵ In die Amerikaanse beslissing van Helling v Carey⁶⁶ het die hof by-
voorbeeld afgewyk van die "customary practice"-beginsel. Die
verweerder in dié saak het, in ooreenstemming met die gewone
praktyk van oogartse tydens behandeling van pasiënte jonger as
40 jaar oud, nagelaat om 'n roetine druktoets vir gloukoom op

63. Darling v Charleston Community Memorial Hospital 200 NE 3d 149, 211 NE 2d 253, 111 1965:257.

64. The T.J. Hooper 60 F 2d 737 (2d Cir 1932) soos aangehaal deur Cohen en Mariano 1982:144. In hierdie maritieme saak het dit gegaan oor die versuim van skepe om van radio's gebruik te maak.

65. Jackson en Powell 1982:216.

66. Helling v Carey 83 Wash 2d 514, 519 P 2d 981 (1974).

die eiser uit te voer.⁶⁷ As gevolg van die versuim het die eiser permanente gesigskade opgedoen. Vervolgens dagvaar sy die verweerder vir skadevergoeding en beweer dat 'n vroeëre diagnose haar kanse op suksesvolle behandeling sou verbeter het. Die hof bevind dat die verweerder aanspreeklik is en volgens regter Hunter:

"Under the facts of this case reasonable prudence required the timely giving of the pressure test to this plaintiff. The precaution of giving this test to detect the incidence of glaucoma at patients under 40 years of age is so imperative that irrespective of its disregard by the standards of the ophthalmology profession, it is the duty of the courts to say what is required to protect patients under 40 from the damaging results of glaucoma."⁶⁸

Daar is uit verskeie oorde⁶⁹ kritiek teen die Helling-saak uitgespreek omdat dit onder andere tot gevolg kon hê dat dit die mediese professie se vrees vir potensiële regs aanspreeklikheid mag verhoog wat weer tot die verhoogde toepassing van sogenaamde "defensive medicine"⁷⁰ kon lei. Die uitspraak in die Helling-saak mag pasiënte ook verder aanmoedig om aksies weens mediese wanpraktyke in te stel met die gevolglike styging in mediese kostes.⁷¹

Holder⁷² wys egter daarop dat Helling v Carey in geen ander saak nagevolg is nie,⁷³ en volgens hom bly die algemene reël

67. In sy bespreking van die saak wys Potgieter 1985:28 daarop dat bevind is dat die voorkomssyfer van gloukoom onder pasiënte jonger as veertig jaar oud ongeveer een uit 25 000 mense of minder is; kyk ook Holder 1978:53; Cohen en Mariano 1982:142.

68. Soos aangehaal deur Cohen en Mariano 1982:145.

69. Cohen en Mariano 1982:142; Holder 1978:54.

70. Dit is die aanwending van medies-ongeregverdigde toetse of prosedures wat hoofsaaklik uit vrees vir potensiële regs aanspreeklikheid toegepas word.

71. Potgieter 1985:29.

72. Holder 1978:54.

73. Cohen and Mariano 1982:142 wys egter daarop dat 'n Kaliforniese hof in Barton v Owen 139 Cal Rptr 494, die beginsel in Helling goedgekeur het dat gebruik nie 'n absolute standaard vir die bepaling van nalatigheid is nie.

dat in die afwesigheid van mediese getuienis dat standaard praktyk inderdaad nalatig is, navolging daarvan 'n goeie verweer is.

Waar 'n mediese praktisyn aan die ander kant sonder rede van die algemene en goedgekeurde praktyk afwyk, sal hy waarskynlik aanspreeklik gehou word indien skade uit sy optrede resulteer.⁷⁴ In die Engelse saak van Hunter v Hanley⁷⁵ is egter beslis dat afwyking van 'n gebruiklike praktyk nie per se nalatig is nie, maar dat dit wel sou wees indien die afwyking sodanig was dat geen professionele persoon wat gewone sorg en vaardigheid aan die dag lê, dit sou gevolg het nie. Dit beteken nie dat elke afwyking, selfs nie elke growwe afwyking van normale professionele optrede bewys van nalatigheid is nie. Die vraag of 'n betrokke afwyking van die normale praktyk toelaatbaar is, sal van die omstandighede van dié besondere geval afhang.⁷⁶ In bogemelde beslissing van Hunter v Hanley stel Lord Clyde drie vereistes wat bewys moet word alvorens afwyking van gebruiklike praktyk as nalatig beskou sal word:

First of all it must be proved that there is a usual and normal practice; secondly it must be proved that the defender has not adopted that practice; and thirdly (and this is of crucial importance) it must be established that the course the doctor adopted is one which no professional man of ordinary skill would have taken if he had been acting with ordinary care."⁷⁷

In 'n Amerikaanse saak, Landau v Werner,⁷⁸ het 'n psigiater sy pasiënt, 'n dame in haar middeljare vir 'n angstoestand behandel. In die loop van die psigoterapeutiese behandeling het

74. Jackson en Powell 1982:217; Shartel en Plant 1959:121.

75. Hunter v Hanley:200.

76. MILLNER 1956:208.

77. Op 206.

78. Landau v Werner (1961) 105 SJ 257.

die pasiënt op die psigiater verlief geraak. Toe die pasiënt van haar toestand genees is, is die behandeling gestaak. Die psigiater was egter van mening dat 'n drastiese breuk van alle kontak met die pasiënt slegs 'n terugslag in haar toestand tot gevolg kon hê. Derhalwe het hy by wyse van 'n reeks sosiale ontmoetings kontak met haar behou. Later het die psigiater besluit om die verhouding geleidelik te verbreek. In hierdie stadium het die pasiënt egter in 'n toestand verkeer waarin sy afhanklik van die psigiater gevoel het; sy het selfs selfmoord probeer pleeg. Die psigiater was derhalwe verplig om die behandeling weer te hervat, dog sonder enige welslae. Die pasiënt se toestand het so verswak dat sy heeltemal onbevoeg geraak het om 'n betrekking te beklee.

Mediese getuienis wat aangevoer is, het daarop gedui dat sosiale kontak tussen psigiater en pasiënt in stryd was met normale en goedgekeurde praktyk. Regter Barry bevind vervolgens dat die verweerder, nieteenstaande die feit dat hy te goeder trou opgetree het, nalatig was.

2.11 Innovasie/Eksperimentering

Indien die geneesheer se afwyking van gevestigde prosedures bestaan uit die toepassing van 'n nuwe behandelingsmetode wat nog nie die algemene erkenning en aanvaarding van die mediese professie geniet nie, bestaan daar 'n sterk waarskynlikheid dat hy as nalatig beskou sal word.⁷⁹ Dit sal veral die geval wees waar hy nie die gebruikelike metodes gevolg het voor die toepassing van sy eie innovasies nie.⁸⁰ Volgens Shartel en Plant⁸¹ is die reël teen eksperimentering nie van toepassing waar daar geen vasgestelde of aanvaarde prosedure bestaan vir die hantering van die siektetoestand wat die geneesheer kon-

79. Shartel en Plant 1959:121.

80. Holder 1978:48.

81. Shartel en Plant 1959:122.

fronteer nie.

Holder⁸² huldig die standpunt dat die pasiënt se toestand grootliks bepaal watter mate van innovasie deur die reg as aanvaarbaar beskou sal word. Daar word geargumenteer dat terminaal siek pasiënte, omdat hulle nie deur aanvaarde mediese prosedures genees kan word nie, vry behoort te wees om enige vorm van behandeling te kies en dat hulle nie in hul keuse beperk behoort te word deur wette wat ontwerp is om die pasiënt teen risiko's van eksperimentering te beskerm nie.⁸³ In U.S. v Rutherford⁸⁴ is egter beslis dat die onderskeid tussen geneesbare en terminaal siek pasiënte nie regsgeldig is wanneer dit gaan oor die beskerming van 'n individu se regte teen die gebruik van eksperimentele geneesmiddels nie.

Wanneer die aanspreeklikheid van 'n geneesheer vir eksperimentele prosedures ter sprake kom, moet daar 'n balansering van die twee opponerende belange wat in 'n eksperimentele situasie bestaan, plaasvind. Dié belange is naamlik: (a) Die belang van die pasiënt om nie blootgestel te word aan enige misbruik wat kan voortspruit uit ongekontroleerde eksperimentering nie; en (b) Die belang van die geneesheer, sowel as die belang van die gemeenskap as 'n geheel in die bevordering van kennis oor siektes en hul behandeling. Indien geneeshere streng beperk word tot bestaande prosedures sal alle veranderinge en vooruitgang in die mediese sfeer tot stilstand kom, met rampspoedige gevolge vir die samelewing.⁸⁵

Potgieter⁸⁶ wys daarop dat die standaard van sorgvuldigheid wat van 'n geneesheer geverg word nie dié van die "gemiddelde"

82. Holder 1978:49.

83. Cantrell 1984:340.

84. US v Rutherford 611 F 2d (1979), soos aangehaal deur Cantrell 1984:340.

85. Cantrell 1984:339.

86. Potgieter 1985:21.

mediese praktisyn is nie. Die standaard waaraan voldoen moet word is dié van redelike mediese praktyk en die idee van "gemiddeld" behoort vermy te word.⁸⁷ Treffend word deur die hof in Holtzman v Hoy,⁸⁸ 'n Amerikaanse saak, soos volg verklaar:

"While this rule on the one hand, does not exact the highest degree of skill and proficiency attainable in the profession, it does not, on the other hand, contemplate merely average merit. In other words, in order to determine who will come up to the legal standard indicated, we are not permitted to aggregate into a common class the quacks, the youngmen who had no practice, the old ones who have dropped out of practice, the good, and the very best, and then strike an average between them."

3 Bewys van nalatigheid

3.1 Ligging

Die bewyslas (onus) om te bewys dat die geneesheer nalatig was, rus op die eiser in siviele sake en op die staat in kriminele sake.⁸⁹ Die eiser moet nie slegs bewys dat die verweerder nalatig was nie, maar ook dat sy skade aan sodanige nalatigheid te wyte was. In 'n siviele saak moet nalatigheid op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys word, terwyl die staat in 'n strafsak die nalatigheid van die geneesheer bo redelike twyfel moet bewys.⁹⁰

87. Harney 1973:92.

88. Holtzman v Hoy 118 Ill 534, 8 NE 832, 59 Am Rep 390 (1886):536 soos aangehaal deur Potgieter 1985:21.

89. Mitchell v Dixon:525; Dale v Hamilton:200; Coppen v Impey:320,322; Van Wyk v Lewis:444-445,462-464; Esterhuizen v Administrator, Transvaal:718F, 721 A; BuIs v Tsatsarolakis:895F; Blyth v Van den Heever:208B; Pringle v Administrator, Transvaal:384F.

90. Van Schoor:349-350; Blyth v Van den Heever:208A.

3.2 Deskundige getuienis

Die pasiënt sal in die reël deskundige getuienis moet voorlê om sy bewerings van nalatigheid teen die geneesheer te staaf. Die rede hiervoor is dat die bewys van die oorsprong van selfs geringe beserings of gesondheidsbenadelings uiters ingewikkeld kan wees.⁹¹

Aangesien die voorsittende beampte normaalweg geen mediese opleiding gehad het nie, kan daar nie van hom verwag word om sonder die voorlegging van mediese getuienis 'n oordeel uit te spreek oor die korrektheid van werksaamhede wat buite sy terrein val nie.⁹²

Die vraag wat ontstaan is hoeveel waarde die hof aan die voorgelegde mediese getuienis moet heg. Strauss en Strydom⁹³ wys daarop dat hoewel deskundige getuienis in die reël noodsaaklik is om 'n geneesheer se nalatigheid te bewys, dit nie beteken dat die beslissing aan die medici oorgedra word nie. Die juridiese maatstaf vir nalatigheid moet aangewend word en dit is die taak van die hof om 'n beslissing te vel aan die hand van die feite van die saak.

Volgens Martin⁹⁴ kan aanvaarde praktyke of gebruike nie aangewend word vir die daarstelling van 'n regstandaard nie, aangesien dit daarop sal neerkom dat 'n professie sy eie standarde van "redelike sorg" saamstel. Hulle is wel toelaatbaar as hulp vir die hof om te bepaal hoe 'n redelik versigtige man in soortgelyke omstandighede sou opgetree het en vir beantwoording van die vraag of redelike sorg aan die dag gelê is. Aanvaarde praktyk of gebruik is relevant vir die bepaling van

91. Strauss en Strydom 1967:274.

92. Barlow 1948:178.

93. Strauss en Strydom 1967:274.

94. Martin 1979:366.

die standaard van sorg aangesien die bestaande stand van kennis asook wat as behoorlik beskou word daardeur weerspieël word, maar daar is beperkinge op die aanvaarding daarvan deur die hof. Die hof mag 'n sekere praktyk as onredelik beskou en bevind dat daar voorsorgmaatreëls bestaan wat so noodsaaklik is dat selfs universele verontagsaming nie die nie-nakoming daarvan sal verskoon nie.

Die praktyk wat deur ons howe gevolg word, is om die mediese getuienis deur die partye aangebied versigtig teen mekaar op te weeg met voorbehoud van die reg om aan die hand van die gewone beginsels van nalatigheid 'n finale beslissing te lewer.⁹⁵ In Van Wyk v Lewis⁹⁶ verklaar hoofregter Innes uitdruklik:

"The testimony of experienced members of the profession is of the greatest value in questions of this kind. But the decision of what is reasonable under the circumstances is for the Court; it will pay high regard to the views of the profession, but it is not bound to adopt them."

3.3 Res ipsa loquitur

Daar bestaan egter uitsonderings op die reël dat mediese nalatigheid net kan bestaan indien deskundige getuienis aantoon dat die verweerder van die normale mediese praktyk afgewyk het.⁹⁷ Eerstens geld die spreuk *res ipsa loquitur* (die saak of gebeure spreek vanself) ten gunste van die verweerder in die praktyk. Dié stelreël is gebaseer op die fundamentele beginsel dat die blote bewys van die skadelike gebeure en die feit dat dit veroorsaak is deur 'n voorwerp wat onder die uitsluitlike beheer van die verweerder was, 'n *prima facie* feitlike vermoede van nalatigheid aan die kant van die verweerder

95. Barlow 1948:178.

96. Van Wyk v Lewis:447-448.

97. Potgieter 1985:27; Strauss en Strydom 1967:274.

laat ontstaan.⁹⁸ Die blote plaasvind van die skadelike gebeure "spreek vir sigself", aangesien dit meer verenigbaar mag wees met die nalatigheid aan die kant van die verweerder as met enige ander oorsaak.⁹⁹ Die skade of persoonlikheidskending moet van so 'n aard wees dat dit normaalweg nie in die afwesigheid van nalatigheid sou plaasvind nie.¹⁰⁰ Dit beteken nie noodwendig dat die bewyslas nou van die eiser na die verweerder verskuif het nie, maar indien die verweerder nie daarin slaag om 'n aanvaarbare verduideliking vir die gebeure te gee nie, kan die hof bevind dat hy nalatig was.¹⁰¹

Aangesien die eiser in 'n wanpraktyksaak, wat die bewys van nalatigheid betref, gewoonlik in 'n moeiliker posisie verkeer as enige ander ongelukslagoffer,¹⁰² kan die *res ipsa loquitur*-stelreël vir hom van groot waarde wees omdat dit die moeilike taak om deskundige getuienis te bekom, mag uitskakel.

Die blote feit dat die pasiënt se toestand na behandeling nie verbeter nie, regverdig nie 'n afleiding van nalatigheid aan die kant van die geneesheer nie. Eweneens dui die verslegting van 'n pasiënt se toestand na mediese behandeling nie op sigself op nalatigheid nie. Volgens Strauss¹⁰³ dek die toepasingsveld van die *res ipsa*-beginsel dié tipe situasie waar die nadelige resultaat klaarblyklik heeltemal in stryd is met die erkende terapeutiese doelwit en tegniek van die betrokke operasie of behandeling.

98. Strauss 1984:283; Strauss en Strydom 1967:274.

99. Percy 1983:349; Taylor, J.L. 1971:13; Dornette 1972:65; Shartel en Plant 1959:134.

100. Strauss 1984:283; Holder 1978:65; Jackson en Powell 1982:219; Fricke 1982:64.

101. Strauss en Strydom 1967:275; Strauss 1984:283; Percy 1983:349.

102. Giesen en Farenhorst 1984:83 wys daarop dat die eiser in 'n wanpraktyksaak dikwels tydens die ontstaan van die eisoorzaak bewusteloos was.

103. Strauss 1984:284.

Hoewel die res ipsa-beginsel geredelik aanwending vind in Engeland en bykans al die state van Amerika, was die Suid-Afrikaanse howe tot op hede onwillig om dit toe te pas. In die Engelse saak van Scott v London and St. Katherine Docks¹⁰⁴ laat Chief Justice Erle hom soos volg uit oor dié stelreël:

"There must be reasonable evidence of negligence. But where the thing is shown to be under the management of the defendant or his servants, and the accident is such as in the ordinary course of things does not happen if those who have the management use proper care, it affords reasonable evidence, in the absence of explanation by the defendants, that the accident arose from want of care."¹⁰⁵

Die res ipsa-beginsel vind die meeste aanwending in gevalle waar een of ander vreemde voorwerp na 'n operasie in die pasiënt se liggaam agter gelaat word.¹⁰⁶ In Mahon v Osborne¹⁰⁷ het die Engelse Court of Appeal beslis dat die beginsel van toepassing is in die geval waar 'n depper in die pasiënt se maag agter gebly het na 'n buikoperasie. By monde van Lord Justice Goddard word soos volg beslis:

"There can be no possible question but that neither swabs nor instruments are ordinarily left in the patient's body, and no one would venture to say that it is proper, although in particular circumstances

104. Scott v London and St. Katherine Docks (1865) 3 H & C 596:601, soos aangehaal deur Jackson en Powell 1982: 311-312. Hier het drie sakke suiker uit 'n boonste verdieping van 'n stoor op die eiser geval. Dit het vermoede van nalatigheid laat ontstaan aan die kant van die persone in beheer van die suiker; kyk ook Cassidy v Ministry of Health [1951] 2 K B 343.

105. Volgens Percy 1983:350 tree dié stelreël in werking: (a) met bewys van die plaasvind van 'n onverklaarde gebeurtenis; (b) as die gebeurtenis van so 'n aard is dat dit nie in die gewone loop van omstandighede sou plaasvind sonder nalatigheid aan die kant van iemand anders as die eiser nie; en (c) indien die omstandighede daarop dui dat die betrokke nalatigheid dié van die verweerder was, eerder as nalatigheid van enige ander persoon.

106. Shartel en Plant 1959:135; Holder 1978:66.

107. Mahon v Osborne [1939] 2 KB 14.

it may be excusable, so to leave them. If, therefore a swab is left in the patient's body, it seems to me clear that the surgeon is called on for an explanation, that is, he is called on to show not necessarily why he missed it but that he exercised due care to prevent it being left there.¹⁰⁸

In 'n soortgelyke Suid-Afrikaanse saak, naamlik Van Wyk v Lewis,¹⁰⁹ is die onderhawige regspreuk uitdruklik verwerp en verklaar die hof dat dit nie aanwending kan vind waar die aan- of afwesigheid van nalatigheid van iets relatief en nie absoluut afhang nie. Die hof het beklemtoon dat die vraag na nalatigheid of die afwesigheid daarvan vasgestel moet word aan die hand van 'n oorweging en ondersoek na al die omringende feite en omstandighede in die geheel gesien.¹¹⁰ Die aard van die voorval is wel 'n belangrike element vir die vasstelling van nalatigheid, maar dit moet in samehang met die ander getuienis in die saak oorweeg word en die bewyslas word nie outomaties daardeur van die eiser na die verweerder verskuif nie.¹¹¹ By monde van appèlregter Wessels word die *res ipsa loquitur*-beginsel uitdruklik verwerp:

"The mere fact that a swab is left in a patient is not conclusive of negligence. Cases may be conceived where it is better for the patient, in case of doubt, to leave the swab in rather than to waste time in accurately exploring whether it is there or not, as for instance where a nurse has a doubt but the doctor after search can find no swab, and it becomes patent that if the patient is not instantly sewn up and removed from the operating table he will assuredly die. In such a case there is no advantage to the patient to make sure that the swab is not there if during the time expended in exploration the patient dies. Hence it seems to me that the maxim *res ipsa*

108. Op 50; In sy minderheidsuitspraak op 22 was Lord Justice Scott egter die mening toegedaan dat die *res ipsa*-beginsel nie van toepassing was nie omdat dit in hierdie saak gegaan het oor mediese aangeleenthede "of which the ordinary experience of mankind knows nothing."

109. Van Wyk v Lewis:438.

110. Op 462.

111. Op 445.

loquitur has no application to cases of this kind."¹¹²

Hieruit kan afgelei word dat die *res ipsa loquitur*-beginsel bewysregtelik hoogstens kan bydra tot die bewys van die nalatigheid, maar dat dit nie opsigself kan dien as bewys van nalatigheid nie.¹¹³

In Mitchell v Dixon¹¹⁴ was die feite kortliks die volgende: Die verweerder, wat opgetree het as assistent van ene dokter Howden, is ingeroep om na die eiser om te sien. Beide geneeshere het die pasiënt se toestand gediagnoseer as pneumo-thoraks aan die regterkant van laasgenoemde se liggaam. Daar is toe besluit om die borskasholte te aspireer. Verweerder het vervolgens 'n spuit wat met 'n staalnaald toegerus was, by 'n sekere punt in die pasiënt se rug ingedruk ten einde die borskholte te ondersoek en verligting vir die pasiënt teweeg te bring. Voordat die geneesheer die spuit kon uittrek, het die naald stomp by die skouer daarvan afgebreek. Pogings deur die verweerder om die afgebreekte gedeelte te herwin was egter vrugteloos. Vervolgens is die pasiënt chloroform toegedien en 'n insnyding in sy borskasholte gemaak ten einde die afgebreekte naald te soek en om die pasiënt se toestand te verlig. Die naald kon egter nie opgespoor word nie, maar volgens die geneeshere se getuienis was daar 'n merkbare ontsnapping van lug uit die insnyding wat die teenwoordigheid van pneumo-thoraks bewys het.

-
112. Op 464; Contra appèlregter Kotzé wat op 451-452 homself ten gunste van die *res ipsa*-beginsel uitspreek, en wel soos volg: "The placing of a foreign substance in the patient's body and leaving it there when sewing up the wound, unless satisfactorily explained, establishes, in my opinion, a case of negligence.
113. Van Oosten 1986:26.
114. Mitchell v Dixon:519.

Tydens die geding is onder meer aangevoer dat die geneesheer nie 'n geskikte instrument tydens die behandeling gebruik het nie, hy moes na bewering 'n platinum- in plaas van 'n staalnaald gebruik het. Die hof bevind egter dat daar geen getuienis was op grond waarvan hierdie bewering aanvaar kon word nie.¹¹⁵ Daar was ook geen redelike gronde om te bevind dat die verweerder nalatig was in sy keuse van die plek waar die instrument ingeplaas is nie. Uit hoofde van die getuienis sou dit verder onredelik wees om te bevind dat die werklike breek, of agterlaat van die naald te wyte was aan die verweerder se nalatigheid - 1. Nōg die eiser, nōg sy moeder het beweer dat die naald afgebreek het as gevolg van 'n skielike rukkeweging deur die verweerder. Getuienis het eerder daarop gedui dat die naald gebreek het omdat die eiser tydens die operasie beweeg het. 2. Nadat die pasiënt narkose toegedien en 'n snit in sy rug gemaak is ten einde die naald op te spoor en die toestand van pneumo-thoraks te verlig, is laasgenoemde doel bereik maar die naald het steeds soek gebly. Verweerder het toe, in oorleg met sy prinsipaal, besluit dat dit raadsaam sou wees vir die eiser se gesondheid om nie verder na die naald te soek nie - gegrond op bogenoemde word die appèl vervolgens ten gunste van die geneesheer gehandhaaf.

Tydens die verhoor is die *res ipsa*-beginsel egter uitdruklik by monde van waarnemende hoofregter Innes verwerp:

"The mere fact that the accident occurred was not in itself *prima facie* proof of negligence. Because the needle might have been fractured by causes beyond the control of the operator - by the movements of the patient for instance. So that the maxim *res ipsa loquitur* could have no application."¹¹⁶

-
115. Agt uit nege dokters het byvoorbeeld die staalnaald verkies bō die een van platinum gemaak.
116. Op 525. Kyk ook Pringle v Administrator, Transvaal: 384 G-I waar beslis is dat die vraag of nalatigheid teenwoordig was, afgehang het van al die omringende omstandighede en nie van blote bewys dat perforasie van die pasiënt se superior vena cava plaasgevind het nie.

In verskeie ander sake het die Suid-Afrikaanse hof hul onwilligheid laat blyk om die *res ipsa loquitur*-beginsel toe te pas in gevalle waar mediese nalatigheid ter sprake is. Hierdie houding van ons hof word weerspieël in byvoorbeeld Webb v Isaac¹¹⁷ waar 'n pasiënt se gebreekte been korter aangegroei het nadat dit geheel is en die betrokke hof geweier het om onderhawige beginsel te handhaaf; in Coppen v Impey¹¹⁸ waar die pasiënt ernstige brandwonde opgedoen het as gevolg van X-straalbehandeling en Allot v Paterson and Jackson¹¹⁹ waar ook die Rhodesiese hof die toepassing daarvan van die hand gewys het waar 'n pasiënt wat tydens tandartsbehandeling onder narkose was, skouerbeserings opgedoen het.

Strauss en Strydom¹²⁰ kritiseer egter bogenoemde ondubbelsinnige verwerping van *res ipsa loquitur* en spreek die mening uit dat billikheid vereis dat die pasiënt slegs 'n kousale verband tussen die geneesheer se optrede en 'n hoogs ongewone resultaat moet aantoon, wat die geneesheer dan verplig om 'n redelike verklaring vir die gebeure te verskaf. Slaag hy nie daarin nie behoort die pasiënt suksesvol te wees met sy aksie.

3.4 "Common knowledge"

'n Tweede geval waar deskundige getuienis nie aangebied hoef te word nie, is waar die sogenaamde leerstuk van "common knowledge" ter sprake kom. Die *ratio* van hierdie leerstuk, wat in die Amerikaanse reg ontwikkel het, is dat sekere feite so algemeen bekend is dat 'n hof of jurie daarvan kennis kan neem sonder dat staat gemaak hoef te word op deskundige getuies om

117. Webb v Isaac:276.

118. Coppen v Impey:320.

119. Allot v Paterson and Jackson:226.

120. Strauss en Strydom 1967:274-280; Strauss 1987:11 wys egter daarop dat hoewel hy in die verlede 'n voorstander was van *res ipsa loquitur* op mediese terrein, hy vandag 'n versigtiger benadering onderskryf.

dit te bewys.¹²¹ So is dit byvoorbeeld algemeen bekend dat 'n versigtige geneesheer tydens die ondersoek na 'n moontlike fraktuur gebruik sal maak van 'n X-straalapparaat. Nog gevalle waar die leerstuk aangewend is, is byvoorbeeld waar versuim is om chirurgiese instrumente te steriliseer¹²² en waar 'n gesonde ledemaat geamputeer is.¹²³

Volgens Cohen en Mariano¹²⁴ lê die onderskeid tussen die leerstuk van "common knowledge" en die *res ipsa loquitur*-beginsel daarin dat in gevalle waar laasgenoemde aanwending vind, van die eiser verwag word om slegs die beweerde persoonlikheidskending te bewys en nie 'n standaard van sorg of 'n spesifieke handeling nie. Hierteenoor word die leerstuk van "common knowledge" aangewend nadat die skade, sowel as die *commissio* of *omissio* van die professionele persoon reeds bewys is. Die inwerkingtreding van die leerstuk van "common knowledge" verander met ander woorde in wese 'n betrokke professionele wanpraktykseis na 'n eis wat gebaseer is op "gewone nalatigheid".

-
121. Strauss 1984:285; Harney 1973:93 verdedig dié leerstuk soos volg: "If a physician's lack of care is so obvious as to be within the comprehension of the layman's knowledge or experience the expert testimony requirement may be dispensed with."
 122. *Barham v Widing* 210 Cal 206,291 Pac 173 (1930).
 123. *Dornette* 1972:56.
 124. Cohen en Mariano 1982:147.

HOOFSTUK 4

NALATIGE WANPRAKTYK

1. Inleiding

Giesen¹ omskryf wanpraktyk as "behandeling contra legem artis", wat neerkom op behandeling wat verrig is sonder die behoorlike en redelike standaard van vaardigheid, sorg en bevoegdheid wat van die mediese professie verwag word. Volgens Cohen en Mariano² is wanpraktyk 'n vorm van nalatigheid wat op professionele persone van toepassing is. In die Amerikaanse saak van Derr v Bonney³ word wanpraktyk soos volg geformuleer:

"Malpractice may consist of lack of skill and care in diagnosis as well as in treatment. A patient is entitled to a thorough and careful examination such as his condition and attending circumstances permit with such diligence and methods as are usually approved and practiced by physicians of the same school of medicine, judgment, skill and under similar circumstance."

Vervolgens word aandag geskenk aan enkele gevalle waar die geneesheer se nie-voldoening aan die vereiste standaard van sorg en vaardigheid geresulteer het in skade vir die betrokke pasiënt, en derhalwe as 'n vorm van wanpraktyk geklassifiseer kan word.

1. Giesen 1981:161.

2. Cohen en Mariano 1982:91.

3. Derr v Bonney 231 P 2d 637, Wash 1951 - soos aangehaal deur Holder 1978:71.

2. Diagnose

2.1 Onjuiste Diagnose

Foutiewe diagnose kan tot aanspreeklikheid van die geneesheer lei. Dit is nie vir die onjuiste diagnose opsigself waarvoor die geneesheer aanspreeklik gehou word nie, maar vir die feit dat dit tot gevolg kan hê dat die pasiënt op 'n verkeerde wyse behandel word.⁴ Volgens Holder⁵ kan 'n foutiewe diagnose een van die volgende situasies behels: (a) Waar die geneesheer versuim om die siektetoestand op te spoor waaraan die pasiënt ly; (b) waar die geneesheer 'n siektetoestand diagnoseer waaraan die betrokke pasiënt nie ly nie.

In Ex Parte Rautenbach⁶ het 'n geneesheer 'n getroude vrou meegedeel dat sy 'n veneriese siekte onder lede het. Toe haar man later hiervan te hore kom het hy haar mishandel en uiteindelik verlaat. Die aanvanklike diagnose is egter deur 'n ander geneesheer betwis. Die vrou het aangevoer dat sy skade gely het in die vorm van mishandeling deur haar man, en sy verlating weens die geneesheer se nalatige diagnose. Die hof bevind egter dat selfs al was die geneesheer nalatig, hierdie skade te ver verwyderd en derhalwe nie verhaalbaar was nie.

Aangesien dit dikwels uiters moeilik is om 'n korrekte diagnose te maak, het ons howe reeds by verskeie geleenthede daarop gewys dat geen afleiding van nalatigheid gemaak kan word bloot op grond van die feit dat die diagnose foutief was nie.⁷ Diagnostisering van 'n siekte kan byvoorbeeld bemoeilik word deur die feit dat die simptome van siektes soms grootliks ooreenstem.⁸ Verder moet in gedagte gehou word dat ten spyte van

4. Strauss 1984:306.

5. Holder 1978:71.

6. Ex Parte Rautenbach 1938 SR 150.

7. Dube v Administrator, Transvaal:268A; Mitchell v Dixon: 526; Kyk ook Shartel en Plant 1959:119; Holder 1978:71; Taylor, J.L. 1970:106.

8. Strauss em Strydom 1967:292.

die geweldige vooruitgang wat op die gebied van die geneeskunde gemaak word, dit steeds nie 'n eksakte wetenskap soos byvoorbeeld wiskunde is nie. In Mitchell v Dixon⁹ laat waarnemende hoofregter Innes hom soos volg uit na aanleiding van 'n bewering dat die verweerder nalatiglik 'n foutiewe diagnose gemaak het:

"Now a medical practitioner is not necessarily liable for a wrong diagnosis. No human being is infallible: and in the present state of science, even the most eminent specialist may be at fault in detecting the true nature of a diseased condition. A practitioner can only be held liable in this respect, if his diagnosis is so palpably wrong as to prove negligence, that is to say, if his mistake is of such a nature as to imply an absence of reasonable skill and care on his part, regard being had to the ordinary level of skill in the profession."

In Dube v Administrator, Transvaal¹⁰ was die feite kortliks die volgende: Na 'n aanval op hom met 'n stok het die eiser by die Johannesburgse Algemene Hospitaal aangemeld. Hier het 'n x-straal ondersoek 'n splinterbreuk van die ellepyp, naby die elmboog, aan die lig gebring en gevolglik moes die arm in gips gesit word. Drie dae later, op 28 Junie, het hy weer die hospitaal besoek en gekla dat hy pyn in die arm ondervind. Die geneesheer wat hom ondersoek het, ene dokter Wolf, wat in diens van die hospitaalowerheid was, het sy toestand egter as bevredigend beskou. Op 3 Julie was hy terug by die hospitaal met 'n hewig geswelde en septiese arm en het hy verder bewegingloosheid in sy vingers ondervind. Hy is toe in die hospitaal opgeneem en die oorspronklike gips is met 'n kleiner gips vervang. Dokter Wolf het die toestand van die hand as blote sepsis gediagnoseer. Nadat die pasiënt vir tien dae hiervoor behandel is, is hy op 13 Julie uit die hospitaal ontslaan. In Januarie 1962 moes sy voorarm egter afgesit word omdat sy hand as gevolg van sogenaamde Volkmann se iskemiese kontraktuur

9. Mitchell v Dixon:526.
10. Dube v Administrator, Transvaal:260.

heeltemal nutteloos geword en gangreen ingetree het.¹¹

Op grond van die getuienis bevind die hof dat die "Volkman" voor 28 Julie onomkeerbaar geword het. Die hof beslis ook dat die waarskynlike oorsaak vir die "Volkman" 'n gips-pleister was wat te styf aangesit is. Gevolglik word bevind dat die werknemers van die hospitaal nalatig was deur te versuim om die moontlike aanval van 'n "Volkman" op 28 Junie te diagnoseer, en om ander maatreëls te tref om die ontwikkeling daarvan te stuit.¹² Volgens mediese getuies sou 'n redelike dokter die gips onmiddellik verwyder het toe die eiser op 28 Junie van pyn gekla het. Omdat die gevaar van 'n moontlike "Volkman" des te groter is in die geval van breuke wat naby die elmoog voorkom, moes dokter Wolf versigtiger gewees het in die behandeling daarvan en gewaak het teen die simptome van 'n moontlike "Volkman". Sy het dus nie die vereiste sorg en vaardigheid van 'n redelike geneesheer aan die dag gelê nie, en was derhalwe nalatig - Dienooreenkomstig is die hospitaal aanspreeklik gehou vir skadevergoeding en 'n bedrag van R6 000 is aan die eiser toegeken.

Die sogenaamde Volkman het weer prominent gefigureer in die meer onlangse saak van Blyth v Van den Heever:¹³ Appellant het tydens 'n polowedstryd op 23 Mei 1971 sy regtervoorarm

-
11. Volgens deskundige getuienis wat tydens die verhoor aangebied is, word die eerste tekens van "Volkman" gewoonlik sigbaar binne 48 uur vanaf die veroorsakende rede; dikwels in selfs 'n korter tydperk as dit.
 12. Die volgende optrede van die werknemers is ook deur die hof as nalatig beskou: (a) Die feit dat die gips aanvanklik te styf aangesit is; (b) Die versuim om op 28 Junie 'n duidelike en ondubbelsinnige waarskuwing aan die eiser te rig om onmiddellik terug te keer as die pyn sou voortduur en/of sy hand en vingers begin opswel.
 13. Blyth v Van den Heever:191.

gebreek.¹⁴ Hierna is hy per motor na Ermelo se hospitaal geneem waar respondent hom om ongeveer 18:00 op gemelde dag ondersoek het. Om 20:00 daardie aand is 'n operasie op appellant uitgevoer waartydens die ulna met metaalplate geheg is en die radius, waar slegs 'n dwarsbreuk aanwesig was, se gebreekte dele in lyn met mekaar gebring is. Hierna is die arm in gips geplaas.

Die appellant het in Ermelo se hospitaal aangebly vanaf die uitvoering van die operasie tot die volgende Saterdag, 29 Mei 1971, toe hy na die Randse Kliniek in Johannesburg oorgeplaas is. Teen hierdie tyd het 'n massiewe sepsis die meeste van die spierweefsel in die strek (extensor) en buig (flexor) kompartemente van die appellant se regter voorarm verwoes, asook sommige van die voorarm se senuwees.

Vervolgens stel die appellant 'n eis in teen die respondent vir R70 941 plus gedingkoste. Absolusie van die instansie word aan die respondent toegestaan en appellant teken appël aan teen die hele bevinding en bevel. Appellant het beweer dat respondent, tydens behandeling van eersgenoemde se gebreekte arm, nalatig opgetree het deurdat hy versuim het om die professionele vaardigheid en ywer wat van hom vereis word, aan die dag te lê. Hierdie gebrek aan professionele sorg en vaardigheid het die funksionele gebrek wat appellant se regterarm aangetas het, veroorsaak of materieël daartoe bygedra.

Appëlregter Corbett was van mening dat onderhawige saak in drie vrae opgedeel kan word, naamlik: (a) wat was feitelik die oorsaak van die uiteindelijke toestand van die appellant se arm; (b) het nalatigheid deur die respondent hierdie toestand veroorsaak of materieël daartoe bygedra in die sin dat respondent deur die uitoefening van redelike professionele sorg en

14. Beide die radius en die ulna is gebreek.

vaardigheid kon voorkom het dat dit ontwikkel; (c) as aanspreeklikheid aan die kant van die respondent bewys word, watter bedrag moet aan die appellant toegeken word by wyse van skadevergoeding?

Vervolgens word slegs vlugtig aandag geskenk aan punte (a) en (c) terwyl gekonsentreer word op punt (b).

Wat (a) betref: Appèlregter Corbett bevind op grond van die mediese getuienis wat aan die hof voorgelê is,¹⁵ dat 'n iskemiese toestand (Volkmann) verantwoordelik was vir die verwoesting van spier- en senuweestelsel in die appellant se voorarm.

Wat (b) betref: Die volgende vrae was hier van belang:

(i) Sou die redelik vaardige en versigtige mediese praktisyn in die posisie van die respondent besef het dat 'n ernstige iskemiese toestand besig was om te ontwikkel, of gedreig het om in die appellant se voorarm te ontwikkel; en indien wel, wanneer sou hy redelikerwys tot die besef gekom het?

- Volgens appèlregter Corbett is die antwoord hierop positief en moes die volgende faktore die appellant op sy hoede stel om veral versigtig te wees en te let op enige tekens wat mag dui op die ontwikkeling van 'n iskemiese toestand: Eerstens die aard en plek van appellant se frakture; tweedens die graad van trauma wat betrokke was as gevolg van nie net die ongeluk opsigself nie, maar ook as gevolg van die manipulerende en chirurgiese prosedures wat toegepas is; en derdens die aanwending van 'n ongesplete gips - Appelregter Corbett kom derhalwe tot die gevolgtrekking dat 'n redelik vaardige en versig-

15. In die eerste plek was daar veral twee simptome teenwoordig wat gedui het op 'n dreigende Volkmann: (a) die "erge pyn" wat die appellant ondervind het, en (b) die abnormale swelling van die appellant se arm. Verder het selektiewe vernietiging van die spier en senuweefsel plaasgevind wat tipies is van 'n Volkmann met oorheuliggende sepsis.

tige mediese praktisyn in die posisie van die appellant teen Maandag die 24ste Mei sou besef het dat daar simptome was wat, al het dit nie gedui op 'n ontwikkelende iskemiese toestand nie, 'n wesenlike agterdog moes laat ontstaan het dat 'n Volkmann mag ontwikkel.¹⁶ Respondent moes toe onmiddellik opgetree het.

(ii) Was daar enige verhelpingshandeling wat redelikerwys geneem kon word?

- Die eerste stap wat geneem moes word was die oopsny en verwydering van die gips, of ten minste die algehele splitsing daarvan om die vel te ontbloot. Tweedens stel verwydering of splitsing die praktisyn in staat om die arm te ondersoek en 'n diagnose te maak. Derdens kon die sogenaamde "passiewe ekstensie toets"¹⁷ uitgevoer word. Indien die pasiënt se toestand nie verbeter het nie, kon die drastiese stap van 'n faskiotomie laastens geneem word.

(iii) Sou die denkbeeldige redelike praktisyn geweet het van hierdie verhelpingshandelinge en besef het dat dit geneem moes word?

- Volgens die mediese getuienis wat aangebied is, is die antwoord op hierdie vraag positief.

(iv) Sou die verhelpingshandeling, indien dit verrig is in die stadium waarop redelikerwys van die respondent verwag is om daarvan bewus te wees, die skade wat appellant gely het, voorkom het?

16. Simptome wat die respondent op sy hoede moes stel was: (a) voortdurende pyn en ongemak wat appellant verduur het; (b) die aantekeninge op die bedkaarte van appellant, byvoorbeeld "vingers baie styf" en "erge pyn"; (c) die feit dat twee susters hom gebel het om te vertel van die abnormale swelling in die appellant se arm.

17. 'n Baie belangrike kliniese hulpmiddel om te bepaal of 'n dreigende Volkmann aanwesig is.

- Indien die respondent Maandagoggend deur sy eie waarnemings op sy hoede gestel is teen die gevaar van 'n dreigende iskemiese toestand, of toe hy appellant om 08:00 besoek het of toe hy later in die oggend deur die hospitaalpersoneel gebel is, en die behoorlike verhelpingshandeling geneem het, sou die ernstige en veralgemeende Volkmann met samegaande weefselafsterwing voorkom gewees het.

(v) Het respondent versuim om sodanige verhelpingshandeling te neem?

- Dit is duidelik dat respondent nie die vereiste handeling verrig het nie, wat deels te wyte was aan sy versuim om 'n dreigende iskemie te diagnoseer of te vermoed dat so 'n toestand mag ontwikkel. As gevolg van hierdie versuim was hy derhalwe nalatig aangesien hy nie die sorg en vaardigheid wat redelikerwys van hom verwag is, aan die dag gelê het nie. Respondent se versuim om 'n behoorlike diagnose te maak is verder veroorsaak deur die feit dat hy in 'n kritieke stadium toegelaat het dat 24 uur tussen sy besoeke aan die appellant verloop het. Selfs toe hy deur die bekommerde susters gebel is, het hy nie persoonlik gegaan om op hoogte van sake te kom nie. Deur die splitsing van die gips aan die verpleegpersoneel oor te laat het hy versuim om sy plig teenoor die appellant na te kom en was hy derhalwe nalatig.

(c) Skadevergoeding van R34 542,30 is aan die appellant toegeken.¹⁸

18. Bestaande uit mediese onkoste tot op datum van geding, toekomstige hospitaal en mediese onkoste, koste van 'n elektroniese arm en amputasie, vermindering in verdienvermoë en pyn en lyding, gebrek, verminking en verlies aan lewensgenietinge.

By die maak van 'n diagnose is dit uiters belangrik dat die geneesheer ten volle rekening moet hou met die geskiedenis van die betrokke geval.¹⁹ So moet die geneesheer byvoorbeeld let op die omstandighede waarin 'n ongeluk plaasgevind het aangesien dit daarop kan dui dat die pasiënt se skynbaar ligte beserings baie ernstiger behoort te wees en 'n deeglike ondersoek derhalwe uitgevoer moet word.

Shartel en Plant²⁰ wys daarop dat 'n mediese praktisyn veral versigtig moet wees waar 'n ander geneesheer, wat die pasiënt voorheen ondersoek het, se diagnose afwyk van sy eie. Alvorens hierdie afwykende diagnose verwerp word moet die geneesheer eers deeglik oorweging daaraan skenk.

Holder²¹ wys daarop dat tydens die inwin van inligting betreffende die geskiedenis van 'n saak, die geneesheer veral daarop bedag moet wees om vas te stel of die pasiënt aan een of ander vorm van allergie ly. Dit is absoluut noodsaaklik om uit te vind of 'n pasiënt allergies is vir enige medikasie wat die geneesheer van plan is om voor te skryf.

'n Geneesheer sal nie aanspreeklik gehou word vir 'n foutiewe diagnose nie indien dit te wyte is aan die feit dat wesenlike inligting betreffende die pasiënt van hom weerhou is, hetsy deur die pasiënt self of deur sy naasbestaendes, mits die geneesheer vooraf 'n deeglike studie van die betrokke pasiënt se mediese geskiedenis gemaak het.²²

Die meeste aksies wat teen geneeshere ingestel word op grond van 'n foutiewe diagnose is volgens Holder²³ gebaseer op die bewering dat die geneesheer nie 'n versigtige fisiese ondersoek op die pasiënt uitgevoer het nie. Die versuim om gebruik te

19. Levine 1970:96.

20. Shartel en Plant 1959:121.

21. Holder 1978:72.

22. Harney 1973:284; Holder 1978:72; Hirsh 1986:450.

23. Holder 1978:74.

maak van toepaslike toetse waarop 'n korrekte diagnose gebaseer kan word, het ook al tot verskeie gedinge aanleiding gegee.²⁴ As gevolg van die universele erkenning wat verleen word aan die benutting van vanselfsprekende hulpmiddels soos X-strale, swangerskaptoetse en biopsies, sal die geneesheer waarskynlik aanspreeklik gehou word indien hy nie daarvan gebruik maak om 'n korrekte diagnose te maak nie. In die Amerikaanse saak van Clark v United States²⁵ word soos volg beslis:

"There is a vast difference between an error of judgment and negligence in the collection of factual data essential to arriving of a proper conclusion or judgment. If the physician, as an aid to diagnosis, does not avail himself of the scientific means and facilities open to him for the collection of the best factual data from which to arrive at his diagnosis, the result is not an error of judgment, but negligence in failing to secure an adequate factual basis upon which to support his diagnosis."

Hoewel dit voorkom asof 'n buitengewoon streng toets vir nalatigheid bestaan tydens die diagnoseringproses, is die vereiste standaard steeds dié van die redelike geneesheer onder soortgelyke omstandighede.

2.2 Versuim om die diagnose aan die pasiënt oor te dra

Versuim om 'n pasiënt die diagnose mee te deel kan op nalatigheid neerkom. Aanspreeklikheid vloei gewoonlik voort uit die daaropvolgende versuim om die pasiënt die nodige behandeling te gee, maar die geneesheer kan ook tot verantwoording geroep word vir skade wat meegebring is deur die blote versuim om die diagnose mee te deel. Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar die pasiënt nie die nodige geneeskundige behandeling ondergaan

24. Holder 1978:77; Gerughty en Wilkinson 1984:70.

25. Clark v United States 402 F 2d 950, CCA 4, 1968 soos aangehaal deur Holder 1978:77; Wilkinson v Vesey 295 A 2d 676 RI 1972.

nie omdat hy deur die nie-mededeling van die diagnose onder die indruk gebring is dat daar niks met sy gesondheid skort nie, en sy gesondheid dan as gevolg hiervan verswak.²⁶

Strauss²⁷ huldig die mening dat in die afwesigheid van 'n uitdruklike of stilswyende ooreenkoms tot die teendeel, daar in die algemeen geen verpligting op die geneesheer rus om die pasiënt aangaande 'n diagnose in te lig nie. Indien daar 'n definitiewe ooreenkoms tussen die geneesheer en die pasiënt bestaan waarvolgens eersgenoemde onderneem het om die diagnose aan die pasiënt mee te deel, sal die pasiënt waarskynlik by wyse van 'n aksie vir spesifieke nakoming die geneesheer kan verplig om die diagnose te openbaar.²⁸

Die geneesheer word deur 'n besonder netelige situasie gekonfronteer waar die pasiënt se toestand, en daarby inbegrepe sy kans op genesing, moontlik benadeel kan word deur mededeling van die volle omvang van sy ongesteldheid. Moet die geneesheer byvoorbeeld aan die pasiënt vertel dat hy kanker onderlede het en daardeur die genesingsproses in gevaar stel, of kan hy die diagnose van sodanige ernstige kwaal op grond van terapeutiese redes van die pasiënt weerhou.²⁹ Strauss en Strydom³⁰ steun in so 'n geval die standpunt waarvolgens die geneesheer se inligtingsplig nie ook 'n gesondheidsbenadeling

26. Strauss en Strydom 1967:295.

27. Strauss 1984:13; Van Oosten 1989:449.

28. Strauss 1984:14 wys egter daarop dat ons howe tradisioneel teësinnig is om spesifieke nakoming te beveel in gevalle waar verpligtinge van 'n persoonlike aard ter sprake is en dat hulle eerder verkies om die eiser toe te laat om vir skadevergoeding in die alternatief te dagvaar.

29. Shartel en Plant 1959:57 is van mening dat die geneesheer in sommige gevalle inligting omtrent die diagnose kan weerhou; op voorwaarde dat hy bereid is om sy optrede aan die hand van goeie terapeutiese redes te regverdig.

30. Strauss en Strydom 1967:220.

van die pasiënt kan inhou nie. Tydens behandeling van die pasiënt is die geneesheer verplig om: (a) die pasiënt te probeer genees; en (b) die pasiënt omtrent sy toestand in te lig. Wanneer daar 'n botsing tussen hierdie twee pligte plaasvind bevind die geneesheer hom as't ware in 'n noodtoestand en verval sy plig om die pasiënt in te lig.

3. Behandeling

Nadat die geneesheer die pasiënt se kwaal gediagnoseer het, is hy verplig om die pasiënt te behandel soos 'n redelik bevoegde en versigtige praktisyn. Gewoonlik waarborg die geneesheer nie dat hy sy pasiënt sal genees nie, maar onderneem hy slegs om tydens behandeling redelike sorg en vaardigheid aan die dag te lê.³¹ Geen afleiding van nalatigheid kan gemaak word bloot op grond van die feit dat die pasiënt se toestand nie na behandeling verbeter het nie.

Behandeling word as nalatig beskou indien: (a) die geneesheer nie die standaard praktyk tydens behandeling van die pasiënt se spesifieke siekte volg nie, met ander woorde waar hy die verkeerde behandeling toepas; of (b) waar die geneesheer onderneem om behoorlike behandeling toe te dien, maar dit dan op 'n onvoldoende of foutiewe wyse doen.³²

Waar daar 'n meningsverskil bestaan ten aansien van die tipe behandeling wat die pasiënt behoort te ontvang, sal die geneesheer nie nalatig wees indien hy 'n keuse maak tussen die verskillende aanvaarbare gedagterigtings nie, selfs al is die

31. Holder 1978:101; Strauss en Strydom 1967:106.

32. Holder 1978:104.

mening wat die verweerder aanhang diē van 'n sogenaamde "respectable minority of medical opinion."³³

Waar bestaande behandelingsmetodes sonder sukses aangewend is en die pasiënt se toestand ernstig genoeg is om 'n onbeproefde benadering te noodsaak, sal dit in die algemeen nie op nalatigheid neerkom om so 'n nuwe metode in te span nie. 'n Belangrike vereiste vir die aanwending van innoverende behandeling is dat dit in die belang van die pasiënt se gesondheid moet wees.³⁴

Hierbo is reeds daarop gewys dat die geneesheer op hoogte moet bly van ontwikkelings op die gebied van mediese behandeling. As 'n geneesheer onbewus is van onlangse ontwikkelings in die behandeling van 'n spesifieke kwaal mag hy aanspreeklik gehou word as die pasiënt skade ly as gevolg van die gebruik van die verouderde metode.³⁵

4. Operasies

Weens die ingewikkeldheid en inherente gevare verbonde aan die uitvoering van 'n operasie is dit onafwendbaar dat foute soms sal insluip ten spyte van die uitoefening van redelike sorg en vaardigheid deur die geneesheer. Die blote intrede van 'n komplikasie tydens 'n operatiewe ingreep regverdig derhalwe nie 'n outomatiese afleiding van nalatigheid nie.

Simons³⁶ wys daarop dat 'n fout wat by verskeie geleenthede al

33. Shartel en Plant 1959:122; Holder 1978:105; Martin 1979:386; Strauss en Strydom 1967:271; Bolam v Friern Hospital Management Committee:587; Pringle v Administrator, Transvaal:386,388.

34. Holder 1978:105.

35. Strauss en Strydom 1967:267; Weintraub 1985:329; Roe v Ministry of Health:131.

36. Simons 1978:128.

ingesluip het en wat byna onteenseglik dui op nalatigheid aan die kant van die geneesheer, is die geval waar 'n verkeerde operasie op die pasiënt uitgevoer word. Dit word gewoonlik sonder uitsondering veroorsaak deur die geneesheer en narkotiseur se versuim om voldoende stappe te neem om hul pasiënt te identifiseer. Die uitvoering van 'n verkeerde operasie vind plaas óf wanneer 'n pasiënt 'n operasie ondergaan wat vir 'n ander pasiënt bedoel was, óf waar geopereer word op die verkeerde liggaamsdeel van die korrekte pasiënt.³⁷ Aanspreeklikheid kan ook voortspruit uit: (a) die versuim om betyds te opereer; (b) die versuim om 'n noodsaaklike operasie uit te voer en (c) die uitvoering van 'n onnodige operasie.³⁸

4.1 Opvolgbehandeling en na-operatiewe sorg

As 'n geneesheer eers eenmaal onderneem het om 'n pasiënt te behandel, eindig sy verpligtinge teenoor die pasiënt eers wanneer die behandeling of operasie voltooi is.³⁹ Versuim die geneesheer om sy pligte nā die operasie uit te voer, kan hy vanweë nalatigheid aanspreeklik gehou word indien die pasiënt se gesondheid daardeur benadeel word.⁴⁰

Hoe gereeld die geneesheer sy pasiënt moet besoek na voltooiing van die onmiddellike behandeling word deur die geneesheer self bepaal aan die hand van sy professionele oordeel.⁴¹

37. Holder 1978:108.

38. Strauss en Strydom 1967:302-303 waar hierdie moontlikhede met voorbeelde uit die Amerikaanse reg toegelig word; Levine 1970:140,163.

39. Barlow 1948:182.

40. Strauss en Strydom 1967:312; Levine 1970:403.

41. Harney 1973:13; Holder 1978:125; Shartel en Plant 1959:126; Waltz en Inbau 1971:142 is van mening dat die hoeveelheid aandag wat aan 'n spesifieke pasiënt geskenk behoort te word van gebruik en aanvaarde mediese praktyk en nie iets absoluuts afhang nie.

In Webb v Isaac⁴² het die verweerder die eiser se gebreekte been onder baie moeilike omstandighede op 'n afgeleë plaas in gips geplaas. Daarna het hy die pasiënt nie weer besoek in 'n poging om sy fooie nie te laat oploop nie, maar is hy op hoogte van die pasiënt se toestand gehou by wyse van gereelde gunstige verslae. Dit blyk toe later dat die eiser se been skeef aangegroei het en die geneesheer word aangespreek, onder andere omdat hy versuim het om die eiser weer te besoek toe hy daartoe versoek is. Regter-president Graham laat hom soos volg uit oor hierdie aangeleentheid:

"... it is not a reasonable thing to expect that the patient should fix the date of the doctor's return visit, and that the responsibility should be left upon the patient of sending for the doctor at any particular time he thinks fit, for it would be quite impossible for an unskilled patient, on a farm remote from any doctor, to know how his injury was progressing, and to know the particular time when the doctor should pay his return visit ... I do think that the defendant should have informed the plaintiff that at a certain date he would visit him, in order to ascertain how his injury was progressing. I think that would have been a wiser and kindlier thing."⁴³

Die regter meen voorts dat op grond van die getuienis voor die hof dit onmoontlik is om te bevind dat die geneesheer sou kon verhoed dat die eiser se been skeef aangegroei, selfs al het hy die eiser weer besoek. Die geneesheer kan derhalwe nie aanspreeklik gehou word nie. - Dit is dus van kardinale belang dat die eiser moet kan bewys dat die geneesheer se beweerde versuim om verdere sorg uit te oefen, kousaal verantwoordelik was vir die verslegting in sy gesondheid.⁴⁴

Hierdie vorm van nalatigheid doen hom veral voor in een van die volgende vorme: (a) 'n algehele en onredelike weiering om

42. Webb v Isaac:273.

43. Op 280.

44. Strauss en Strydom 1967:312; Waltz en Inbau 1971:142.

na die pasiënt om te sien na afloop van die onmiddellike behandeling; (b) die onttrekking uit die geneesheer/pasiënt-verhouding op 'n kritieke tydstip sonder toestemming van die pasiënt en sonder dat redelike kennis aan die pasiënt gegee is; (c) die premature ontslag van die pasiënt.⁴⁵

Indien die uitslae van toetse of ondersoekverslae wat die geneesheer ontvang nadat die pasiënt sy sorg verlaat het daarop dui dat verdere diagnose of behandeling noodsaaklik is, is die geneesheer verplig om hierdie inligting aan die pasiënt oor te dra.⁴⁶ Die geneesheer is ook verplig om uitdruklike instruksies aan die pasiënt te gee omtrent die moontlike newe-effekte van enige voorgeskrewe medikasie, en moet hy ook seker maak dat die pasiënt bewus is van enige probleme wat die medikasie mag veroorsaak.

Soos reeds op gewys moes die eiser in die Dube-saak⁴⁷ se linkerarm geamputeer word omdat 'n geneesheer in diens van die betrokke hospitaalowerheid versuim het om betyds die intrede van 'n sogenaamde "Volkman" te diagnoseer. Die verweerder het egter beweer dat die eiser bydraend nalatig was omdat hy nie na die hospitaal teruggekeer het toe die pyn in sy arm voortgeduur het nie. Die hof beslis dat die eiser se versuim om weer by die hospitaal aan te meld te wyte was aan die feit dat

45. Harney 1973:13-14; Waltz en Inbau 1971:144.

46. Holder 1978:127 haal ter illustrasie van hierdie stelling die volgende saak aan: Ray v Wagner 176 NW 2d 101, Minn 1970: Hier het die geneesheer versuim om die positiewe uitslag van 'n "papsmeer" aan die pasiënt oor te dra. Laasgenoemde het kort na die ondersoek verhuis maar die geneesheer het geweet hoe om haar (eiseres) se moeder in die hande te kry. Vyf maande later is die eiseres weer ondersoek en daar is gevind dat die kanker sodanig versprei het dat 'n ernstige operasie uitgevoer moes word. 'n Eis is vervolgens teen die geneesheer ingestel op grond van sy versuim om stappe te doen om die eiseres op te spoor.

47. Dube v Administrator, Transvaal:260.

die verweerder hom nie duidelik en ondubbelsinnig gewaarsku het om terug te keer indien enige abnormale simptome sou intree nie.⁴⁸ As gevolg hiervan het die eiser redelikerwys geglo dat die voortdurende van die pyn en die meegaande swelsel deel was van die normale herstelproses en dat dit nie gevaartekens was dat hy die gebruik van sy hand kon verloor tensy onmiddellik aandag daaraan geskenk word nie. Derhalwe was die eiser nie bydraend nalatig nie en hoef geen verdeling van die toegekende skadevergoeding plaas te vind nie.

Holder⁴⁹ wys daarop dat waar kinders betrokke is, dit gewoonlik raadsaam is om instruksies aan beide die ouers en kind te gee. Die geneesheer sal natuurlik nie aanspreeklik wees nie waar die pasiënt die instruksies verstaan maar versuim om dit na te volg.⁵⁰

Daar bestaan sekere uitsonderings op die algemene beginsel dat die geneesheer sy onderneming om 'n spesifieke operasie of behandeling te voltooi, moet deurvoer naamlik: (a) waar die pasiënt toestemming daartoe verleen; (b) indien die geneesheer redelike kennis aan die pasiënt gegee het dat hy hom aan die saak gaan onttrek; (c) indien die pasiënt dit vir hom onmoontlik maak om die behandeling te voltooi; (d) waar die pasiënt na 'n spesialis verwys word en (e) indien die pasiënt in so 'n mate herstel het dat die geneesheer se dienste nie meer benodig word nie.⁵¹

48. Byvoorbeeld 'n geswel, pyn, blouheid of gevoelloosheid.

49. Holder 1978:130.

50. Volgens Shartel en Plant 1959:7 is dit geen verweer vir 'n geneesheer om aan te voer dat hy met ander pasiënte besig was indien hy geweet het of behoort te geweet het dat die betrokke eiser se toestand sodanig was dat dit sy onmiddellike aandag geveer het. Die antwoord op hierdie verweer is dat die geneesheer nie meer besigheid moet aanvaar as wat hy behoorlik kan hanteer nie.

51. Strauss 1984:3; Shartel en Plant 1959:5-8; Waltz en Inbau 1971:143; Holder 1978:126; MacIntosh en Norman-Scoble 1970:133-134.

In Kovalsky v Krige⁵² is beslis dat opvolgbehandeling in hierdie betrokke geval nie nodig was nie aangesien die geneesheer die opdrag wat aan hom opgedra is, uitgevoer het en die ooreenkoms tussen hom en die eiser derhalwe tot 'n einde gekom het. In onderhawige saak het die geneesheer 'n baba van nege maande behandel vir bloeding wat gevolg het op besnydenis. Na voltooiing van die behandeling het gangreen egter ingetree en die geneesheer word onder andere aangespreek omdat hy na bewering die pasiënt verlaat het voordat die bloeding opgehou het. Daar word egter ten gunste van die verweerder beslis en die regter merk ook op dat daar geen rede bestaan waarom die verweerder in hierdie geval na sy pasiënt moes terugkeer aangesien hy die taak waarvoor hy ontbied is, suksesvol uitgevoer het.

Strauss en Strydom⁵³ wys daarop dat waar die behandeling die vorm aanneem van 'n terapeutiese reeks, die geneesheer hom nie voor voltooiing van die hele proses aan die handeling kan onttrek nie.

5. Beserings veroorsaak deur terapeutiese middels

5.1 Vreemde voorwerpe

Geneeshere word dikwels aangespreek omdat die terapeutiese middels wat deur hulle gebruik word of ongeskik was vir die behandeling van die pasiënt se probleem of omdat die betrokke middel op 'n nalatige wyse aangewend is.⁵⁴ Die geval waar een of ander voorwerp na voltooiing van 'n operasie of behandeling in die pasiënt se liggaam agter gelaat word, word bestempel as die klassieke voorbeeld van mediese nalatigheid.⁵⁵

52. Kovalsky v Krige:822.

53. Strauss en Strydom 1967:114.

54. Holder 1978:136.

55. Taylor, J.L. 1970:117, Martin 1979:381 wys daarop dat die versuim om vreemde voorwerpe na 'n operasie uit die pasiënt se liggaam te verwyder, die grootste enkele oorsaak vir deliktuele eise gebaseer op nalatigheid teen geneeshere in Engeland is, Levine 1970:121.

Die voorwerp wat die gereeldste in die pasiënt vergeet word, is die chirurgiese depper.⁵⁶ In 'n Engelse saak, Mahon v Osborne,⁵⁷ is 'n afpakdepper na 'n buikoperasie in die pasiënt se liggaam toegewerk. Drie maande later het die pasiënt as gevolg hiervan beswyk. Die stelsel wat in die betrokke hospitaal gebruik is om verwydering van deppers tydens die operasie te monitor het kortliks soos volg gewerk: Aan elke depper was 'n lint waaraan 'n sogenaamde Spencer-Wells-tang vasgeklem is. Dié tang het dan buite die pasiënt se liggaam gehang en so-doende gedien as 'n teken dat al die deppers nog nie verwyder is nie. Bykomend het die teatersuster al die deppers wat gebruik is, getel. In die onderhawige saak het die chirurg 'n visuele soektog uitgevoer en tot die gevolgtrekking gekom dat al die deppers verwyder is. Hy het verder ook die teatersuster gevra of al die deppers verwyder is, waarop sy positief gereageer het. Voordat die wond toegewerk is, het die chirurg nie weer gevoel of enige deppers dalk misgekyk is nie. Op appèl is onder andere beslis dat die tel van deppers 'n taak is wat nie van die geneesheer vereis behoort te word nie, maar dat sy plig om na deppers te soek deur die aard van die operasie en die toestand waarin die pasiënt verkeer, bepaal word. Die beslissing van die verhoorhof ten gunste van die eiseres is tersyde gestel en die saak is deur die appèlhof vir herverhoor terugverwys.

In Urry v Bierer⁵⁸ is beslis dat 'n chirurg se plig om te verseker dat geen deppers agter gelaat word, onafhanklik is van die verpleegster se plig om die deppers te tel. Die chirurg moet uitdruklik van die betrokke teaterverpleegster⁵⁹ verneem of verantwoording vir al die deppers gedoen kan word, en eers

56. Volgens Harney 1973:272.

57. Mahon v Osborne [1939] 1 All ER 535.

58. Urry v Bierer, The Times, July 15, 1955, CA - soos aangehaal deur Jackson en Powell 1982:233.

59. Of wie ook al telling van die deppers hou.

wanneer hy die versekering hiervoor ontvang het, kan die chirurg voortgaan om die insnyding toe te werk.

Wat die Amerikaanse reg betref word gewoonlik vermoed dat 'n geneesheer nalatig was indien dit nā 'n operasie sou blyk dat 'n voorwerp in die pasiënt se liggaam gelaat is. Holder⁶⁰ wys daarop dat die meeste howe nie eers in sulke gevalle die getuienis van deskundige getuies vereis om te bewys dat die geneesheer benede die vereiste graad van sorg en vaardigheid gedaal het nie. Hoewel dit die teaterverpleegster se verantwoordelikheid is om telling te hou van die deppers en te verseker dat hulle almal verwyder is voordat die insnyding toegewerk word, is dit regtens die verpligting van die chirurg om om te sien na die verwydering van alle voorwerpe.⁶¹

In Van Wyk v Lewis⁶² het die Suid-Afrikaanse appèlhof die geleentheid gekry om 'n standpunt in verband met onderhawige aangeleentheid in te neem. Hier het die verweerder, 'n chirurg, 'n blindedermoperasie op die eiser uitgevoer. Na voltooiing van die operasie is een van die deppers wat deur die verweerder gebruik is, misgekyk en het dit in die eiser se liggaam agter gebly totdat dit na 'n tydperk van twaalf maande uitgeskei is.

Uit die getuienis voor die hof het dit geblyk dat die verweerder in ooreenstemming met die gebruikelike praktyk in die hospitaal op die teatersuster staatgemaak het om die deppers wat gebruik is, te tel en na te gaan. Met voltooiing van die operasie het die verweerder so deeglik as wat die kritieke toestand van die pasiënt dit toegelaat het, gesoek na deppers

60. Holder 1978:136. Op 138 wys die outeur daarop dat noodtoestand in so 'n geval so te sē die enigste suksesvolle verweer tot beskikking van die geneesheer sal wees.

61. Strauss en Strydom 1967:311.

62. Van Wyk v Lewis:438.

in haar liggaam en beide hy (chirurg) en die suster het geglo dat rekenskap gegee is van al die deppers voordat die insnyding toegewerk is.

Die hof beslis dat hoewel die verweerder tydens uitvoering van die operasie verplig was om alle redelike sorg en vaardigheid aan die dag te lê, dit 'n redelike en behoorlike praktyk was om die plig om die deppers na te gaan aan die teatersuster oor te laat. Navolging van hierdie praktyk het derhalwe nie op nalatigheid neergekom nie. Voldoende getuienis is verder voorgelê om te bewys dat bogenoemde praktyke algemeen in die hospitaalwese gebruik en goedgekeur word. Verweerder se optrede om genoemde plig aan die suster oor te laat en nie self die deppers te tel nie was dus redelik en kan hy derhalwe nie aanspreeklik gehou word nie. Appèlregter Wessels het die volgende omtrent die verweerder se beweerde nalatigheid opgemerk:

"Was it negligence on his part not to have extracted a swab which he himself placed in the abdomen? Now there is no doubt that it is the duty of an operating surgeon to use reasonable skill and care to remove all swabs from the body of his patient before he proceeds to sew up. He cannot rely implicitly on the count of the nurse, he must search and make as sure as possible that all swabs have been removed. If he shows any indifference in such a matter he is guilty of negligence."⁶³

Barlow⁶⁴ formuleer die volgende reëls wat nagekom behoort te word in 'n poging om te verhoed dat vreemde voorwerpe in die pasiënt se liggaam gelaat word na 'n operasie:

"(i) It is the duty of the practitioner to search the body of the patient and see that any instrument he may have used has been removed therefrom;

63. Op 470.

64. Barlow 1948:186.

- (ii) Where a certain instrument is missing he must not presume that it has been removed, but must ascertain the true position;
- (iii) Where a number of instruments are used, the surgeon may rely on the count of the assisting sister, provided it is clearly understood that this does not exempt him from his duty of making an adequate search of the body of the patient."

Dit is egter nie net deppers wat soms deur die hospitaalpersoneel misgekyk word nie. Ander instrumente wat al na operasies in pasiënte se liggame gekry is, sluit die volgende in: chirurgiese tange (veral die hemostaat),⁶⁵ naalde, dreineringsbuise en selfs handdoeke.⁶⁶

Selfs al was 'n geneesheer nie nalatig deur een of ander voorwerp in die pasiënt se liggaam agter te laat nie, kan hy aanspreeklik gehou word indien hy versuim om dit daarna te verwyder. Indien die geneesheer weet of behoort te weet dat daar 'n vreemde voorwerp in die pasiënt se liggaam mag wees, rus daar 'n verpligting op hom om by wyse van X-strale of ander doenlike metodes die presiese ligging daarvan te probeer vasstel.⁶⁷

5.2 Bloedoortappings

Bloedoortapping is op sigself 'n riskante vorm van terapie waarvan die verbonde risiko's al te dikwels verhoog word deur menslike gebreke. Nalatigheid kan hier bestaan uit die toediening van bloed wat onverenigbaar is met die bloedgroep van

65. 'n Skêragtige instrument wat gebruik word om bloedvate toe te druk om sodoende die vloei van bloed na die operatiewe area te reduseer of af te sny.

66. Holder 1978:137.

67. Holder 1978:143 wys daarop dat indien die gevaar bestaan dat verwydering van die voorwerp nadeliger vir die pasiënt se gesondheid mag wees as wanneer dit met rus gelaat word, die geneesheer nie aanspreeklik gehou behoort te word indien hy dit nie verwyder nie.

die pasiënt, die oortappingsprosedure kan op 'n nalatige wyse geskied of besmette bloed kan oorgetap word.⁶⁸

Aansteeklike siektes wat deur besmette bloed oorgedra kan word, is byvoorbeeld hepatitis, malaria, sifilis⁶⁹ en vigs. Hiervan skeep hepatitis in die skenker se bloed die ernstigste gevaar tydens bloedoortappings aangesien daar geen bekende wyse bestaan waarop die aanwesigheid van die virus wat hepatitis veroorsaak, in bloed vasgestel kan word nie. Dié probleem word verder vererger deur die feit dat daar ten tyde van die skenking geen simptome van die siekte by die skenker aanwesig mag wees nie. Verspreiding van die siekte deur die draer daarvan kan plaasvind tot so lank as drie jaar nadat die skenker se bloed daardeur besmet is.⁷⁰ Sifilis, malaria en vigs hou nie so 'n groot gevaar in nie omdat daar tans 'n verskeidenheid toetse bestaan om die aanwesigheid van hierdie siektes in die skenker se bloed op te spoor.⁷¹

Die oortapping van bloed wat onverenigbaar is met die bloedgroep van die pasiënt kan laasgenoemde se gesondheid ernstig benadeel of selfs sy dood veroorsaak.⁷² Strauss en Strydom⁷³ wys op die saak van S v Berman⁷⁴ waar oortapping van onverenigbare bloed deur 'n geneesheer die dood van sy pasiënt veroorsaak het. Uit die getuienis voor die hof het dit geblyk dat 'n vergissing omtrent die identiteit van die pasiënt hierdie tragiese gebeurtenis tot gevolg gehad het. Die skuldig-

68. Harney 1973:346.

69. McKerron 1950:65.

70. Dornette 1972:253-258 waar die outeur ook verskeie ander komplikasies bespreek wat kan intree na 'n bloedoortapping.

71. Dornette 1972:257-258; wat Vigs betref, kyk in die algemeen Birchfield 1987:407.

72. Levine 1970:399.

73. Strauss en Strydom 1967:299.

74. S v Berman 1966(W) (ongerapporteer) - soos aangehaal deur Strauss en Strydom 1967:299.

bevinding van die geneesheer op 'n klag van strafbare manslag in die hof a quo is later deur die Transvaalse hooggeregshof bevestig.

Gewoonlik is die oordrag van onverenigbare bloed te wyte aan 'n administratiewe fout begaan deur 'n persoon wat in diens is van 'n hospitaal. In so 'n geval behoort die hospitaal dan aanspreeklik gehou te word indien die pasiënt benadeel is.⁷⁵ In 'n Amerikaanse saak, Parker v Port Huron Hospital,⁷⁶ is die betrokke hospitaal op grond van die volgende omstandighede aanspreeklik gehou. 'n Pasiënt is in die hospitaal opgeneem vir 'n histerektomie. Met die neem van 'n bloedmonster het die tegnikus, in stryd met uitdruklike hospitaalregulasies, versuim om die pasiënt se naam op die buisie aan te bring. Bloedmonsters van 'n verdere twee pasiënte is geneem en later het die verskillende houers waarin die bloed bewaar is, deurmekaar geraak. In plaas van die korrekte O-tipe bloed is toe 'n A-tipe bloed aan die pasiënt gegee wat haar dood tot gevolg gehad het.

Nalatigheid kan natuurlik ook geleë wees in die wyse waarop die bloedoortapping plaasgevind het. In so 'n geval sal die gewone beginsels van nalatigheid, soos hierbo bespreek, ter sprake kom.

5.3 X-straalbehandeling

Die risiko bestaan altyd dat 'n pasiënt tydens blootstelling aan X-strale, hetsy vir diagnostiese of behandelingsdoel-eindes, brandwonde kan opdoen of andersyds beseer word. 'n Geneesheer wat onderneem om sy pasiënt se kwaal met behulp van

75. Vir die aanspreeklikheid van hospitale vir die nalatige optrede van hul werknemers, kyk hoofstuk 8 hierna.

76. Parker v Port Huron Hospital 105 NW 2d 1, Mich 1960.

X-strale te diagnoseer of te behandel, is verplig om die gewone standaard van sorg, vaardigheid en kennis aan die dag te lê.⁷⁷ MacIntosh en Norman-Scoble⁷⁸ wys daarop dat praktisyns wat radiologiese of ander elektriese terapie onderneem, deeglik op hoogte moet wees van die tegnieke en gevare daaraan verbonde. Die gebrek aan spesialiskennis wat vereis word vir die toepassing van hierdie tipe behandeling sal afdoende bewys wees van die praktisyn se nalatigheid indien die pasiënt tydens behandeling brandwonde opdoen.

'n Radioloog moet egter voldoen aan die standaard wat vir spesialiste in sy betrokke vakgebied gestel word. Soos in alle gevalle waar mediese nalatigheid ter sprake kom, sal 'n geneesheer nie vir ongelukkige resultate aanspreeklik gehou word indien hy behoorlike sorg aan die dag gelê het nie. Wyk hy egter op 'n nalatige wyse af van die gebruikelike en aanvaarde standarde wat ten opsigte van X-straalbehandeling geld, sal die geneesheer wel aanspreeklik gehou word.⁷⁹

In Dale v Hamilton⁸⁰ het die geneesheer vir diagnostiese doeleindes X-straalplate van die pasiënt geneem. Omdat 'n sogenaamde Coolidge-buis te naby aan die pasiënt geplaas is toe die plate geneem is, het hy ernstige brandwonde opgedoen. Die X-straalapparaat is blykbaar kort voor die plaasvind van die voorval deur 'n elektrisiën geïnstalleer, maar die geneesheer het versuim om dit voor gebruik te inspekteer. Die hof beslis dat aangesien die verweerder onderneem het om redelike sorg en vaardigheid te openbaar in die hantering van die X-straalappa-

-
77. Die aanspreeklikheid van die geneesheer vir 'n defektiewe X-straalapparaat is nie hier ter sprake nie; daar word van die veronderstelling uitgegaan dat die betrokke apparaat in volkome werkende toestand was toe die ongeluk plaasgevind het.
78. MacIntosh en Norman-Scoble 1970:133.
79. Holder 1978:148.
80. Dale v Hamilton:184.

raat, hy verplig was om toe te sien dat dit veilig was vir gebruik. Die verweerder moes self die Coolidge-buis verstel het en was nie daarop geregtig om die elektrisiën se verstelling as korrek te aanvaar nie. Omdat hy egter versuim het om sodanige verstelling aan te bring, is sy optrede as nalatig beskou en word hy skuldig bevind.

Holder⁸¹ wys daarop dat dit soms uiters moeilik is om te bepaal of nalatige optrede 'n ongewenste resultaat veroorsaak het waar die betrokke pasiënt oorgevoelig vir X-strale is. Volgens hom bestaan daar geen effektiewe manier om met akkuraatheid te voorspel of 'n pasiënt oorgevoelig is en derhalwe met 'n laer dosis as normaalweg behandel behoort te word nie. Strauss en Strydom⁸² huldig ook die standpunt dat in die afwesigheid van 'n metode om vooraf vas te stel of 'n pasiënt moontlik ongunstig op 'n spesifieke behandeling gaan reageer, of indien die geneesheer na 'n deeglike ondersoek tot die gevolgtrekking gekom het dat 'n ongunstige reaksie waarskynlik nie sal intree nie, kan die verwyf van nalatigheid hom nie tref indien die reaksie wel ongunstig is nie.⁸³

Die feit dat sekere pasiënte meer gevoelig vir X-straalbehandeling is as ander word bevestig in Coppen v Impey.⁸⁴ Hier het die verweerder, deur gebruik te maak van 'n X-straalapparaat, die eiseres vir rumatiek in haar regterhand behandel. Die behandeling het 'n maand lank geduur en vir die eerste drie dae daarvan is van beide X-strale en 'n hoë frekwensie elek-

81. Holder 1978:149.

82. Strauss en Strydom 1967:263-264.

83. MacIntosh en Norman-Scoble 1970:134 is van mening dat die posisie anders sal wees indien die geneesheer weet of behoort te weet, uit hoofde van sy bestudering van die geskiedenis van die betrokke geval, dat die pasiënt oorgevoelig is vir die spesifieke behandeling of dat een of ander eienaardigheid by hom teenwoordig is; Barlow 1948:188.

84. Coppen v Impey:309.

triese stroom gebruik gemaak, waarna die twee behandelingsmetodes al om die ander dag met mekaar afgewissel is. Die eiseres het beweer dat terwyl sy onder die sorg van die verweerder was, die toestand van haar hand versleg het en sy gevolglik 'n groot mate van pyn en lyding moes deurgaen. Ongeveer 'n week nadat die behandeling gestaak is, het 'n rou seer op die eiseres se regterhand begin vorm wat mettertyd vererger het.

Die hof beslis dat alvorens skadevergoeding aan die eiseres toegeken kan word, sy moet bewys dat: (a) die toestand van haar hand te wyte was aan die aanwending van X-strale; en (b) indien die brandwond wel deur X-strale veroorsaak is, moet sy verder bewys dat dit te wyte is aan die nalatige of onbekwame behandeling van die verweerder. - Wat (a) betref beslis die hof dat op grond van die mediese getuienis wat aangebied is, daar nie met sekerheid gesê kan word dat die sere op die eiserse hand deur die aanwending van X-strale veroorsaak is nie.

Wat (b) betref het die eiseres beweer dat die tydsduur van elke afsonderlike behandeling met die X-straalapparaat, naamlik 'n halfuur, te lank was en dat daar verder nie 'n behoorlike onderbreking tussen opeenvolgende behandelings was nie. Die hof kom egter tot die gevolgtrekking dat in die lig van die getuienis as 'n geheel gesien, dit onredelik en verkeerd sou wees om sodanige afleiding te maak. Met die uitsondering van een geneesheer was nie een van die ander mediese getuies bereid om te verklaar dat die verweerder in sy behandeling van die eiser nalatig of onbekwaam opgetree het nie. Pertinente aandag is deur die getuies geskenk aan die feit dat die eiseres oorgevoelig vir X-straalbehandeling kon gewees het:

"... it is sometimes impossible to prevent an X-ray burn, and that some patients have a predisposition to burn. No examination of the patient will enable the

medical man to tell what the resisting power will be."85

Verder:

"... there is, ... the difference in the nature of the patients themselves, so that we cannot be sure that what is a safe dose for one patient will be equally safe for another."86

en:

"... and he agrees with the other medical men that certain persons, owing to some idiosyncrasy, are more susceptible to X-ray burn than others."87

Omdat die eiseres nie enige gebrek aan sorg of vaardigheid aan die kant van die verweerder tydens die behandeling kon bewys nie, word haar eis derhalwe van die hand gewys.⁸⁸

Voordat 'n vrou van vrugbare leeftyd aan X-straalbehandeling onderwerp word, rus daar 'n verpligting op die geneesheer of radioloog om navraag te doen omtrent 'n moontlike swangerskap aangesien blootstelling aan X-strale die fetus sodanig kan beskadig dat 'n abortsie uitgevoer moet word.⁸⁹

85. Op 316-317.

86. Op 318.

87. Op 319.

88. Daar is onder andere ook beweer dat die verweerder homself as 'n spesialis voorgedoen het en derhalwe is 'n groter mate van sorg en vaardigheid van hom vereis as van 'n gewone mediese praktisyn. Die hof verwerp egter hierdie bewering omdat die verweerder die geval nie vanuit 'n spesialis se oogpunt benader het nie en verder het hy ook nie aangedring op spesiale of hoër tariewe nie. Die verweerder was dus slegs verplig om in sy hantering van die X-straalapparaat gewone sorg en vaardigheid aan die dag te lê.

89. Holder 1978:151.

5.4 Narkose

Ten spyte van die feit dat die toediening van narkose selfs in betreklik eenvoudige operasies lewensgevaarlik kan wees, is dit geregverdig waar die pasiënt se toestand sodanig is dat dit slegs by wyse van 'n operasie genees kan word.⁹⁰ Van 'n narkotiseur⁹¹ word slegs verwag om redelike sorg en vaardigheid in die betrokke omstandighede aan die dag te lê, hy hoef nie te waarborg dat die resultate van sy optrede suksesvol sal wees nie.⁹² 'n Spesialis op die gebied van narkose se optrede sal natuurlik aan 'n hoër standaard gemeet word.⁹²

Nalatigheid kan voorkom (a) in die tydperk voordat narkose toegedien word; (b) met die toediening van narkose; (c) tydens die operasie of behandeling en (d) na voltooiing van die operasie of behandeling.⁹⁴

(a) Die narkotiseur behoort die pasiënt deeglik te ondersoek ten einde vas te stel of hy geskik is om die narkose te ondergaan.⁹⁵ Dit sluit 'n ondersoek van die pasiënt se hart, longe en bloeddruk in.⁹⁶ Indien die pasiënt ly aan 'n voorafbestaande toestand wat nie deur middel van behoorlike ondersoeke gediagnoseer kan word nie, en hy sterf as gevolg

90. Strauss en Strydom 1967:300-301.

91. Met die term "narkotiseur" word vir die doeleindes van hierdie bespreking nie verwys na 'n geneesheer wat oor gevorderde kennis en opleiding op die gebied van narkose beskik nie (met ander woorde 'n spesialis), maar wel na 'n gewone mediese praktisyn wat slegs basiese opleiding in die toediening van narkose ontvang het.

92. Levine 1970:84.

93. Van der Merwe:124.

94. Barlow 1948:187-188.

95. Levine 1970:14

96. Barlow 1948:187 verwys hier na die noodsaaklike voorbereidingshandelinge wat deur die verpleegpersoneel uitgevoer moet word alvorens die pasiënt geopereer kan word.

van 'n oorgevoeligheid of 'n idiosinkratiese reaksie op die narkotiese middel wat gebruik word, sal die narkotiseur normaalweg nie aanspreeklik gehou word nie.⁹⁷ Volgens Barlow⁹⁸ moet die narkotiseur ook sodanige instruksies aan die verpleegpersoneel gee ten einde behoorlike uitvoering van die operasie te verseker.

(b) Todaro⁹⁹ wys daarop dat byna sewentig persent van alle suksesvolle nalatigheidseise teen narkotiseurs in Amerika voortspruit uit die onbehoorlike toediening van narkose. Volgens gemelde outeur behels toediening die keuse van die narkotiese middel,¹⁰⁰ die metode van narkose en die dosis waarvan gebruik gemaak word.

Narkotiseurs moet die korrekte dosisse toedien¹⁰¹ en wat kalmerende geneesmiddels betref, ongeskikte kombinasies wat tot hartstilstand aanleiding kan gee vermy. Dit is veral ook belangrik om kennis te neem van die feit dat sommige tipes narkotiese middels asook sommige metodes om narkose toe te dien in sekere situasies 'n ongewenste uitwerking kan hê.¹⁰²

In S v Lombaard and Another¹⁰³ is 'n spesialis narkotiseur aangekla van strafbare manslag volgende op die dood van 'n elfjarige seun. Die pasiënt het gesterf omdat hy tydens die operasie koolstofdiksied in plaas van suurstof ontvang het. Dit het later geblyk dat die pasiënt beswyk het omdat die suurstofpyp van 'n sogenaamde Boyle-masjien op 'n onverklaarbare

-
97. Holder 1978:153.
 98. Barlow 1948:187.
 99. Todaro 1986:34.
 100. Volgens Barlow 1948:188 moet die pasiënt se ongesteldheid en algemene toestand in gedagte gehou word met die keuse van die middel wat gebruik gaan word.
 101. Holder 1978:152.
 102. Harney 1973:314-315.
 103. S v Lombaard and Another 1979 (Pretoria se Landdroshof - ongerapporteer) soos aangehaal deur Strauss 1984:319.

wyse aan die koolstofdioksiedaansluiting van die gastenk verbind was. Die beskuldigde is onskuldig bevind omdat getuienis onder andere aangebied is dat die verbindings van die masjien sō ontwerp is dat hulle nie verkeerd gekoppel kon word nie.

Waar van gas gebruik gemaak word om 'n pasiënt onder narkose te plaas kan dit na sy maag ontsnap en ernstige beserings of selfs sy dood veroorsaak. Word die narkotiese middels met behulp van 'n inspuiting aan die pasiënt toegedien, kan infiltrering daarvan na omliggende weefsel dui op nalatige toediening.¹⁰⁴ 'n Pasiënt se stembande kan ook beskadig word as endotracheale buise na die toediening van narkose nie versigtig ingevoeg word nie, of indien gemelde buis te groot vir die pasiënt se keel is. Dit het ook al gebeur dat die pasiënt se tande met die endotracheale buise uitgestamp is.¹⁰⁵

In S v Kramer¹⁰⁶ het die narkotiseur, in plaas van om die endotracheale buis in die pasiënt se lugpyp te plaas, dit verkeerdelik in haar slukderm geplaas. As gevolg hiervan het die pasiënt gesterf omdat sy nie genoeg suurstof ontvang het nie. In die hof a quo word die beskuldigde skuldig bevind aan strafbare manslag waarna hy appël aanteken in die Witwatersrandse afdeling van die hooggeregshof. Die hooggeregshof bevestig egter die hof a quo se bevinding en beslis dat dit die plig van die narkotiseur was om vas te stel dat die buis verkeerdelik ingevoeg is.

Aandag moet ook geskenk word aan die behoorlike plasing van die pasiënt op die operasietafel. So is daar al eise teen narkotiseurs ingestel deur pasiënte wat tydens 'n operasie van

104. Holder 1978:154.

105. Sesselman v Muhlenberg Hospital 306A 2d 474, N J 1973; kyk ook Levine 19790:54.

106. Kramer:887.

die operasietafel afgeval het en ernstig beseer is.¹⁰⁷

(c) Die narkotiseur moet voortdurend die pasiënt se toestand monitor ten einde vroeë tekens van komplikasies te bespeur.¹⁰⁸ Die volgende moet onder andere gemonitor word: die vloei van suurstof, die pasiënt se polsslag, bloeddruk, of suurstof die pasiënt bereik en die pasiënt se kleur.¹⁰⁹ Die versuim van die beskuldigde in S v Kramer¹¹⁰ om met behulp van eenvoudige apparate soos 'n stetoskoop en 'n bloeddrukapparaat te ontdek dat die pasiënt nie voldoende suurstof tydens 'n operasie ontvang het nie, is deur die hof as nalatig beskou aangesien dit volgens mediese getuienis die narkotiseur se plig was om die suurstoeftoevoer na die pasiënt te monitor.

'n Operasie moet onmiddellik gestaak word indien die pasiënt simptome van byvoorbeeld sianose¹¹¹ begin toon, aangesien dit daarop dui dat te veel narkose toegedien is of dat die pasiënt nie voldoende suurstof ontvang nie. Die versuim om simptome van 'n oordosis of oorreaksie te bespeur sal gewoonlik dui op nalatigheid, selfs al was die intrede daarvan nie aan die narkotiseur se optrede te wyte nie.¹¹² Die narkotiseur is verplig om die chirurg onmiddellik in te lig omtrent die intrede van een of ander komplikasie tydens die operasie.

(d) Met voltooiing van die operasie is dit die plig van die narkotiseur om die pasiënt weer tot sy bewussyn te bring.¹¹³ Besondere aandag moet in hierdie stadium aan die pasiënt geskenk word omdat hy nie in staat is om sy eie aksies in sy

107. Todaro 1986:34; Levine 1970:28.

108. Barlow 1948:188; Todaro 1986:34.

109. Kramer:898C.

110. Kramer:887.

111. BTousug, blousiekte; Levine 1970:38.

112. Holder 1978:153.

113. Todaro 1986:34-35.

toestand van bewusteloosheid te beheer nie.¹¹⁴ Die pasiënt se tong kan byvoorbeeld terugval wat tot versmoring aanleiding kan gee.¹¹⁵

Tot tyd en wyl die pasiënt se toestand in so 'n mate verbeter het dat hy aan die sorg van die verpleegsters oorgedra kan word, bly hy die verantwoordelikheid van die narkotiseur.¹¹⁴ Voordat die pasiënt ontslaan word uit die saal vir herstellendes moet hy voldoende herstel het van die uitwerking van die narkose.¹¹⁷

Holder¹¹⁸ huldig die standpunt dat die narkotiseur verplig is om die risiko's verbonde aan die verskillende alternatiewe narkotiese middels wat hy oorweeg om in die betrokke geval te gebruik, aan die pasiënt te verduidelik. Dit is veral belangrik om die pasiënt te waarsku teen die risiko van verlamming waar 'n verdowingsmiddel in die rugmurg ingespuut word.¹¹⁹

5.5 Geneesmiddels

Hedendaagse geneeshere en pasiënte is bevoorreg om in 'n tydperk te leef waarin daar dramatiese vooruitgang op die gebied van die geneeskunde gemaak word. Kenmerkend van hierdie evolusie in die mediese vermoë is die verbetering in die kwantiteit en kwaliteit van geneesmiddels. Vroeër het nuwe geneesmiddels maar drupsgewys op die mark verskyn. Geneeshere het genoeg tyd tot hul beskikking gehad om vertrouwd te raak met die deugde en eienaardighede van elke nuwe geneesmiddel. Hedendaags word geneesmiddels egter teen so 'n tempo ontwikkel

114. Harney 1973:315-316.

115. Barlow 1948:188.

116. Levine 1970:62,81 ev.

117. Todaro 1986:35.

118. Holder 1978:154; Harney 1973:316.

119. Richter and another v Estate Hammann 1976(3) SA 226 (K).

dat dit totaal onmoontlik vir 'n geneesheer geword het om kennis van elkeen se eienskappe te dra. Daar word soms gesê dat die newe-effekte deur geneesmiddels veroorsaak maar die prys is wat pasiënte moet betaal vir meer effektiewe medikasie. Dit mag miskien so wees, maar soms kan hierdie prys ongelooflik hoog wees. Ons dink byvoorheeld hier aan die thalidomide-ramp van 'n paar dekades gelede.

'n Geneesheer kan aanspreeklik gehou word indien die pasiënt se toestand ná toediening van 'n geneesmiddel eerder versleg as verbeter, of indien liggaamlike besering of skending daardeur veroorsaak word.¹²⁰ Aanspreeklikheid kan ook voortspruit na aanleiding van die volgende situasies: 'n Geneesmiddel wat verskil van die een wat aan 'n pasiënt voorgeskryf is, kan toegedien word; die korrekte geneesmiddel kan op 'n nalatige wyse toegedien word; die pasiënt kan verslaaf raak aan die voorgeskrewe geneesmiddel; newe-effekte van 'n betrokke geneesmiddel kan 'n pasiënt ernstig benadeel of selfs sy dood veroorsaak; probleme kan veroorsaak word deur die feit dat die pasiënt allergies is vir 'n sekere geneesmiddel; 'n oordosis van 'n geneesmiddel kan toegedien word of die geneesheer kan 'n verkeerde geneesmiddel kies met die oog op genesing van die ongesteldheid waaraan die pasiënt ly.¹²¹

Die mondelikse toediening van medisyne wat vir eksterne gebruik bestem is kom op nalatigheid neer. Dieselfde geld vir die geval waar 'n geneesmiddel wat mondeliks toegedien moet word, ingespuut word. Die toediening van 'n oordosis is nog 'n potensiële eisorsaak teen 'n geneesheer. Daar mag egter voldoende en geregverdigde redes bestaan vir die toediening van 'n groter dosis as wat normaalweg deur die vervaardiger van 'n geneesmiddel voorgeskryf of aanbeveel word. Wat 'n behoorlike

120. Strauss en Strydom 1967:306.

121. Holder 1978:155; Barlow 1948:180-181.

dosis is, sal ahang van die besondere omstandighede van die geval en moet bepaal word aan die hand van die geneesheer se mediese oordeel.¹²²

In R v Van Schoor¹²³ was die beskuldigde 'n jong geneesheer wat op 2 Februarie by ene dokter Reitz aangesluit het as laasgenoemde se assistent by die hospitaal op Upington. Op 9 Februarie is die beskuldigde deur dokter Eksteen, 'n ander assistent van dokter Reitz, versoek om twee pasiënte wat sifilis onder lede gehad het te behandel met 'n nuwe geneesmiddel, Neo-Halar-sine, wat arseen bevat het. Beskuldigde was egter nie vertrouwd met hierdie nuwe middel nie en het derhalwe vir dokter Eksteen gevra hoe hy daarmee te werk moes gaan. Dokter Eksteen het hom ingelig dat hy 'n ampule van die geneesmiddel moet neem en dit met water meng; dit sou dan 'n maksimum dosis wees. Dokter Eksteen was egter nie daarvan bewus dat 'n nuwe voorraad van die middel aangeskaf is en dat dit tien keer sterker as die ou voorraad was nie. Die beskuldigde het egter versuim om die meegaande instruksies te lees en aan elke pasiënt die inhoud van elke ampule toegedien by wyse van 'n binnearse inspuiting. Omdat dit multi-dosisse was, het die twee pasiënte kort hierna beswyk.

Die hof beslis dat die beskuldigde in die omstandighede nie die graad van sorg wat van 'n redelike deskundige vereis word, aan die dag gelê het nie. Sy optrede word om twee redes as nalatig beskou: (a) Die feit dat hy gewerk het met 'n gevaarlike geneesmiddel het 'n groter mate van sorg van hom vereis as wat die geval sou wees indien hy 'n skadelose middel moes toedien. (b) Ook die wyse van toediening het 'n groter mate van sorg genoodsaak. Indien die middel mondeliks toegedien is, sou

122. Holder 1978:159.

123. Van Schoor:349.

dit makliker uit die pasiënte se mae verwyder kon word as in die geval waar dit binne-aars toegedien en uifers moeilik uit hul gestel verwyder sou -kon word. - Vervolgens word die beskuldigde skuldig bevind aan strafbare manslag.

In S v Mkwetshana¹²⁴ was die beskuldigde 'n jong mediese praktisyn wat besig was met sy huisdoktersjaar in die Edendale hospitaal. Op die ramspoedige oggend is hy ontbied om na 'n pasiënt wat aan bronchiale asma gely het, om te sien. Toe die beskuldigde by die pasiënt se bed aangekom het, het hy opgemerk dat haar tong en lippe blouurig is en dat skuim by haar mond uitkom. Hy het toe 20 cc van 'n erkende middel teen asma, binne-aars aan die pasiënt toegedien. Toe dié middel na vyf tot sewe minute nog geen verligting gebring het nie, het die gedagte by die beskuldigde ontstaan dat die pasiënt moontlik besig was om 'n epileptiese aanval te kry. Gevolglik besluit hy om 20 cc paraldehyd vir die pasiënt in te spuit. 'n Kwartier later is sy egter oorlede.

Dit blyk toe dat sy oordosis paraldehyd ontvang het. Die erkende dosis is niks meer as 5 cc nie, en dan verdun in die verhouding van een tot tien met 'n natriumchloried oplossing. Die beskuldigde het erken dat hy nie oor voldoende kennis en ondervinding van die middel beskik het nie, en verder was hy ook onbewus van die risiko's verbonde aan die binne-aarse toediening daarvan. Per regter Caney:

"... but it appears to me to be clear that for him to have done that, in the light of his inexperience, and particularly his inexperience of this drug and its uses, marks him as having been negligent."¹²⁵

124. Mkwetshana:493.

125. Op 497 E.

Die beskuldigde se optrede onder die omstandighede was dus wel nalatig en sy skuldigbevinding word gehandhaaf.

Die geneesheer moet deurentyd in gedagte hou dat sommige pasiënte allergies of oorgevoelig is vir sekere geneesmiddels.¹²⁶ Dit is derhalwe absoluut noodsaaklik om behoorlik navraag te doen of toetse uit te voer ten einde so ver as moontlik te bepaal of 'n sekere allergie by die pasiënt aanwesig is. Harney¹²⁷ wys egter daarop dat 'n geneesheer waarskynlik aanspreeklikheid sal vryspring indien daar geen aanvaarbare of praktiese metode bestaan om die aanwesigheid van sodanige allergie of oorgevoeligheid vooraf te bepaal nie. In sommige gevalle is die geneesheer daarop geregtig om hom te verlaat op die kennis van die pasiënt of hy allergies is vir 'n spesifieke geneesmiddel al dan nie.¹²⁸

Strauss¹²⁹ wys daarop dat die gebruik van penisillien vandag **prima facie** as nalatig beskou sal word tensy die geneesheer voor die toediening daarvan redelike navraag doen of toetse uitvoer betreffende die teenwoordigheid van 'n allergie. Indien die geneesheer wel besluit om penisillien toe te dien, moet hy sodanige voorsorgmaatreëls tref wat hom in staat sal stel om 'n verhelpende handeling uit te voer as 'n ongewenste reaksie sou intree.

'n Geneesheer is oor die algemeen verplig om op hoogte te wees met die newe-effekte van enige geneesmiddel wat hy toedien of voorskryf. Indien die pasiënt se toestand van so 'n aard is dat dit die gebruik van 'n sekere geneesmiddel noodsaak, ten spyte van die bekende newe-effekte daaraan verbonde, sal die geneesheer nie nalatig wees indien die newe-effekte dan wel na

126. Martin 1979:385-386; Levine 1970:98.

127. Harney 1973:322.

128. Harney 1973:322.

129. Strauss 1984:308.

aanwending van die middel intree nie.¹³⁰

'n Geneesheer wat voornemens is om 'n geneesmiddel voor te skryf wat moontlik ernstige newe-effekte kan veroorsaak, behoort sy pasiënt uitdruklik mee te deel om enige daaropvolgende simptome aan hom te rapporteer met die oog op behandeling daarvan of sodat die voorgeskrewe medikasie verander kan word.¹³¹ Barlow¹³² wys verder daarop dat duidelike gebruiksaanwysings 'n voorgeskrewe geneesmiddel moet vergesel.

In Amerika is geneeshere al aanspreeklik gehou vir die feit dat hul pasiënte verslaaf geraak het aan die geneesmiddels wat aan hulle voorgeskryf is.¹³³ In gevalle waar pasiënte byvoorbeeld aan 'n terminale siekte ly, in groot pyn verkeer of baie oud is, mag die geneesheer dalk geregverdig wees om gewoontevormende narkotiese middels voor te skryf in die afwesigheid van 'n ander vorm van behandeling wat soortgelyke verligting sal meebring. Holder¹³⁴ huldig die mening dat die geneesheer in sodanige geval nie aanspreeklik gehou sal word nie, selfs al raak die pasiënt verslaaf aan die voorgeskrewe geneesmiddel.

Volgens Strauss¹³⁵ is dit bykans onmoontlik om nalatigheid aan die kant van die geneesheer te bewys in gevalle waar pasiënte benadeel is deur gebrekkige geneesmiddels wat aan hulle voorgeskryf is.¹³⁶ Daar bestaan egter uitsonderlike omstandighede

130. Holder 1978:161.

131. Holder 1978:162.

132. Barlow 1948:181.

133. Shartel en Plant 1959:319-320.

134. Holder 1978:162-163.

135. Strauss 1984:337.

136. Strauss en Strydom 1967:298 wys daarop dat dit in die eerste instansie die vervaardiger is wat in sodanige gevalle deliktueel aangespreek kan word. Die aanspreeklikheid van die geneesheer sal bepaal word deur sy kennis van die gebreke van die betrokke middel, of van die vraag of hy redelikerwys daarvan bewus moes gewees het.

waarin die geneesheer aanspreeklik gehou mag word: (a) In die eerste plek bestaan die moontlikheid dat 'n geneesmiddel, ten spyte van die voorsorgmaatreëls wat getref is om te verseker dat dit veilig is, agterna blyk om vir menslike gebruik onveilig te wees. Daar rus 'n plig op die geneesheer om op hoogte te bly van ontwikkelings op die farmaseutiese terrein insoverre dit sy professionele affekteer. As 'n geneesheer byvoorbeeld 'n geneesmiddel voorskryf of toedien ten spyte van die feit dat die risiko's daaraan verbonde volledig beskryf is in 'n mediese tydskrif wat in sy praktyksgebied redelik beskikbaar is, kan 'n duidelike afleiding van nalatigheid gemaak word.

(b) In gevalle waar geneesheer hul eie geneesmiddels toeberei ("dispense") kan dit gebeur dat 'n bepaalde hoeveelheid daarvan gevaarlik of oneffektief raak as gevolg van byvoorbeeld veroudering, besoedeling of 'n chemiese reaksie. Word van hierdie geneesmiddels aan pasiënte voorgeskryf of toegedien is die geneesheer se posisie betreffende aanspreeklikheid dieselfde as dié van 'n apteker in soortgelyke omstandighede.¹³⁷

6. Verwysing na 'n ander geneesheer

Die verpligting wat daar op 'n geneesheer rus om redelike sorg en vaardigheid aan die dag te lê mag in sommige omstandighede van hom vereis om sy pasiënt te verwys na 'n spesialis of iemand wat oor gespesialiseerde toerusting beskik.¹³⁸ As 'n

137. Vir meer besonderhede omtrent die aanspreeklikheid van aptekers vir gebrekkige geneesmiddels, kyk Strauss 1984:337-338.

138. Shartel en Plant 1959:124; Dornette 1972:426; Volgens Cohen en Mariano 1982:323 kan daar uiteenlopende redes bestaan vir die verwysing van 'n pasiënt na 'n ander geneesheer of spesialis: (a) Die geneesheer mag byvoorbeeld nie voldoende tyd tot sy beskikking hê om behoorlike aandag aan die pasiënt te skenk nie; (b) Dit is moontlik dat die pasiënt nie in staat is om die verwysende geneesheer se fooie te bekostig nie; (c) Die verwysende geneesheer mag voel dat hy nie oor voldoende kundigheid beskik om die betrokke probleem te hanteer nie.

geneesheer, wat nie 'n spesialis is op die gebied van die pasiënt se siekte nie, weet of behoort te weet dat behandeling deur 'n spesialis redelik beskikbaar is en die pasiënt tot voordeel sal strek, is hy nalatig indien hy nie die pasiënt omtrent hierdie feit inlig nie.¹³⁹ Alvorens 'n geneesheer aanspreeklik gehou kan word vir sy versuim om 'n pasiënt te verwys, moet die omstandighede van so 'n aard wees dat die fiktiewe "redelike geneesheer" moes geweet het dat 'n probleem voorhande is waarvoor hy nie voldoende toegerus is nie.¹⁴⁰ Vanselfsprekend moet die pasiënt se toestemming vooraf verkry word vir die beplande verwysing.¹⁴¹

Die verwysende geneesheer word in die algemeen nie aanspreeklik gehou vir die nalatige optrede van die geneesheer na wie die pasiënt verwys is nie.¹⁴² Aanspreeklikheid sal slegs aan die verwysende geneesheer toegeskryf word indien bewys kan word dat hy geweet het of behoort te geweet het dat die geneesheer of spesialis na wie die pasiënt verwys is, onbevoeg of ongekwalifiseerd is om die probleem te hanteer.¹⁴³

Die geneesheer wat sy pasiënt na 'n spesialis verwys vir behandeling, beëindig gewoonlik die bestaande verhouding tussen hom en die pasiënt en daarmee saam ook enige verdere verantwoordelikhede wat betref die versorging of behandeling van die pasiënt.¹⁴⁴ Indien die verwysende geneesheer die spesialis egter bystaan met die behandeling bly hy steeds aanspreeklik vir sy nalatige optrede wat tot nadeel van die pasiënt strek. Tydens gesamentlike behandeling sal die verwysende geneesheer oor die algemeen slegs aanspreeklik gehou word vir die nala-

139. Holder 1978:50.

140. Holder 1978:51.

141. Waltz en Inbau 1971:149.

142. Dornette 1972:426; Holder 1978:51.

143. Cohen en Mariano 1982:323; Dornette 1972:426; Holder 1978:203.

144. Holder 1978:35. In Suid-Afrika gebeur dit egter dikwels dat hierdie verwysing slegs 'n tydelike opskorting in die bestaande verhouding teweeg bring en dat die pasiënt na behandeling deur die spesialis weer na die verwysende geneesheer terug verwys word.

tige optrede van die spesialis indien hy daarvan bewus was of daarvan bewus moes gewees het (indien hy redelike sorg aan die dag gelê het), en nie die spesialis se aandag daarop gevestig het nie.¹⁴⁵ 'n Verwysende geneesheer wat slegs voortgaan om die pasiënt te besoek en nie deelneem aan die behandeling nie, word nie middellik aanspreeklik gehou vir die nalatigheid van die spesialis nie.¹⁴⁶

In Lymbery v Jefferies¹⁴⁷ is die pasiënt se kwaal gediagnoseer as fibromioom van die baarmoeder en nā onsuksesvolle chirurgiese behandeling het die geneesheer diep X-straalbehandeling voorgeskryf. Aangesien die respondent nie self vaardig was op die gebied van X-straalbehandeling nie, het hy die appellant verwys na ene mnr. Ensor wat in beheer was van die X-straal afdeling by die destydse Pretoriase hospitaal. Uit die getuienis voor die hof het dit geblyk dat 'n groot aantal geneeshere hul pasiënte na die hospitaal gestuur het om deur Ensor behandel te word. Dit was hul gebruik om vir Ensor aan te dui om watter rede die pasiënt na hom verwys is en dan het hy die vereiste X-straalbehandeling toegedien.

In die onderhawige saak het die respondent dié gebruik nagevolg en het die appellant by die hospitaal aangemeld om aan X-strale onderwerp te word. As gevolg van die behandeling het die appellant egter ernstige brandwonde opgedoen wat 'n groot mate van pyn en ongerief vir haar veroorsaak het. Nadat die brandwonde aan die lig gekom het, is sy vir 'n geruime tydperk daarna deur die respondent behandel en die probleem is eindelijk deur veloorplantings verlig. Die respondent het self geen aandeel in die werklike X-straalbehandeling gehad nie, dit is geheel en al aan Ensor oorgelaat.

145. Dornette 1972:427.

146. Dornette 1972:427.

147. Lymbery v Jefferies 1925 AD 236.

Die appellant het onder andere aangevoer dat die respondent nalatig was omdat hy haar na Ensor vir behandeling verwys het terwyl hy goed geweet het dat Ensor nie volgens die reg 'n gekwalifiseerde radioloog was nie, maar hoogstens 'n radiografis. Verder: dat Ensor haar op 'n nalatige wyse behandel het en derhalwe was die respondent ingevolge die reg verantwoordelik vir die skade wat sy gely het.

Die appèlhof beslis egter dat Ensor nie as agent van die respondent beskou kan word nie, en derhalwe kan laasgenoemde nie aanspreeklik gehou word vir Ensor se beweerde nalatige optrede nie.

"If a medical practitioner or surgeon advises his patient to be treated by some third person, either because it is a treatment which he cannot carry out himself or which is customary to entrust to a third person, then the latter does not as a general rule act as the agent of the medical practitioner or surgeon."¹⁴⁸

Die appèlhof beslis verder op grond van die getuienis dat Ensor voldoende gekwalifiseerd was om die aangevraagde behandeling toe te dien en dat die respondent derhalwe nie nalatig was om die appellant na hom te verwys vir behandeling sonder om self ten tyde van die toediening daarvan teenwoordig te wees nie.

Volgens Barlow¹⁴⁹ is dit die plig van die geneesheer na wie 'n pasiënt verwys word om inligting betreffende die geskiedenis van die betrokke geval in te win, insluitende die geskiedenis van behandeling wat tot op daardie tydstip toegedien is. Wat diagnose betref moet die geneesheer die pasiënt deeglik ondersoek sodat hy oor 'n redelike kennis van die feite kan beskik

148. Op 241 per appèlregter Wessels.

149. Barlow 1948:183.

waarop hy sy diagnose kan baseer. Barlow¹⁵⁰ huldig ook die mening dat die verwysende geneesheer enige besondere kennis waaroor hy van die besondere geval beskik, aan die geneesheer na wie die pasiënt verwys is, behoort oor te dra.

7. Defektiewe instrumente en toerusting

Daar word op die gebied van die geneeskunde in 'n toenemende mate gebruik gemaak van moderne apparate en toerusting vir diagnostiese en terapeutiese doeleindes. Indien die pasiënt benadeel word as gevolg van die feit dat een of ander apparaat nie behoorlik gefunksioneer het nie, is dit in die eerste instansie die vervaardiger van die apparaat wat deliktueel aangespreek kan word.¹⁵¹ Afhangende van die omstandighede kan die geneesheer egter ook tot verantwoording geroep word vir skade veroorsaak deur defektiewe toerusting.

In Dale v Hamilton¹⁵² het die eiser ernstige brandwonde opgedoen nadat 'n sogenaamde Coolidge-buis te naby aan hom geplaas is tydens X-straalbehandeling. 'n Opgeleide radioloog sou dié defek raakgesien het indien hy die X-straalapparaat voor gebruik ondersoek het. Die verweerder het wel na die buis gekyk, maar nie opgemerk dat die afstand tussen die apparaat en die pasiënt te klein was nie. Die hof beslis dat aangesien die verweerder verplig was om redelike sorg en vaardigheid aan die dag te lê tydens gebruik van die apparaat, hy nie daarop geregtig was om aan te neem dat die deskundige¹⁵³ se instelling daarvan korrek was nie. Daar het dus 'n verpligting op die verweerder gerus om toe te sien dat die apparaat veilig was vir gebruik en derhalwe word bevind dat sy optrede nalatig was.

150. Barlow 1948:183.

151. Strauss en Strydom 1967:288; Strauss 1984:317.

152. Dale v Hamilton:184.

153. n Elektriesien het die apparaat kort vantevore geïnstalleer.

Strauss en Strydom¹⁵⁴ som die posisie rondom die geneesheer se aanspreeklikheid vir defektiewe toerusting of instrumente treffend soos volg op:

"Die arts se aanspreeklikheid hang daarvan af of hy bewus was van die gebrek in die apparaat, of redelikerwys daarvan bewus behoort te gewees het. Hoe meer opvallend die defek, hoe meer geredelik sal nalatigheid aan die kant van die geneesheer aangeneem kan word. Die apparaat kan egter so ingewikkeld wees dat die geneesheer slegs uitwendig met die werking en hantering daarvan vertrou is en dat dit deur die fabrikant in stand gehou word. In so 'n geval kan die geneesheer sekerlik nie aanspreeklik wees vanweë 'n verborge gebrek waardeur sy pasiënt skade berokken word nie. In hoever van die geneesheer verwag kan word om op hoogte van die defek te wees, is 'n feitevraag wat afhang van die ingewikkeldheid van die instrument."

In Mitchell v Dixon¹⁵⁵ is die pasiënt se kwaal gediagnoseer as pneumotoraks en is daar gevolglik besluit om sy borskasholte te aspireer. Die verweerder het toe 'n spuit wat met 'n staalnaald toegerus was, in die eiser se rug gedruk ten einde die pasiënt se borskasholte te ondersoek en verligting vir hom teweeg te bring. Voordat die geneesheer egter die suier van die spuit kon uittrek, het die naald by die skouer daarvan afgebreek. 'n Onsuksesvolle poging is deur die geneesheer aangewend om die afgebreekte naald in die hande te probeer kry. Hierna is 'n insnyding onder verdowing in die pasiënt se borskasholte gemaak met die doel om die naald te probeer opspoor en om die pasiënt te verlig. Die verweerder kon egter nie die naald vind nie, maar volgens sy getuienis was daar 'n merkwaardige ontsnapping van lug uit die insnyding wat die teenwoordigheid van 'n pneumotoraks bewys het.

154. Strauss en Strydom 1967:288.

155. Mitchell v Dixon:519.

'n Eis om skadevergoeding word vervolgens teen die geneesheer ingestel waarin onder andere beweerd word dat hy nalatig van 'n onbehoorlike instrument gebruik gemaak het tydens die operasie. Die eiser het aangevoer dat die geneesheer 'n platinum-in plaas van 'n staalnaald moes gebruik het.

Op appèl word beslis dat daar hoegenaamd geen getuienis was dat die verweerder van 'n onbehoorlike instrument gebruik gemaak het nie.¹⁵⁶ Daar het verder ook geen redelike gronde bestaan om te bevind dat die verweerder nalatig was in sy keuse van die plek waar die instrument ingevoeg is. Uit hoofde van die getuienis wat aangebied is, sou dit verder onredelik wees om te bevind dat: (a) die werklike breek of (b) agterlaat van die naald te wyte was aan die verweerder se nalatigheid.

Wat (a) betref: Nōg die eiser, nōg sy moeder het beweerd dat die naald afgebreek het as gevolg van 'n skielike ruckbeweging deur die verweerder. Getuienis het eerder daarop gedui dat die naald afgebreek het omrede die eiser tydens die operasie beweeg het. - Wat (b) betref: Nadat die pasiënt onder verdoving geplaas is en 'n insnyding in sy rug gemaak is in 'n poging om die naald te vind en die toestand van pneumothoraks te verlig, is laasgenoemde doel bereik maar die naald het steeds soek gebly. Daarop het die verweerder, in oorleg met sy prinsipaal, besluit dat dit raadsaam vir die eiser se gesondheid sou wees om nie verder na die naald te soek nie.

Die appèlhof beslis derhalwe dat daar nie voldoende getuienis bestaan op grond waarvan die geneesheer se optrede as nalatig beskou kan word nie, en is die hof a quo se skuldigbevinding vervolgens tersyde gestel.

156. Agt uit nege geneeshere het verkies om die staalnaald te gebruik in plaas van die platinumnaald.

As die geneesheer daarvan bewus raak dat iets met die instrumente of toerusting skort, moet hy die gebruik daarvan onmiddellik staak en stappe doen om dit te laat herstel.¹⁵⁷ Indien die geneesheer sou voortgaan om die defektiewe toerusting of instrumente te gebruik sal hy aanspreeklik gehou word indien die pasiënt daardeur benadeel word.

Waar die geneesheer gebruik maak van toerusting wat aan 'n hospitaal behoort, is hy verplig om kennis te dra van die werking daarvan en dit ooreenkomstig meegaande instruksies te gebruik.¹⁵⁸ 'n Geneesheer is oor die algemeen daarop geregtig om aan te neem dat toerusting wat deur 'n hospitaal aan hom verskaf is, behoorlik geïnspekteer en derhalwe veilig vir gebruik is.¹⁵⁹

8. Eksperimentering

In geen ander professie bestaan daar 'n groter behoefte aan voortdurende vooruitgang as juis op die gebied van die geneeskunde nie. Dit is dus onafwendbaar dat 'n mate van eksperimentering sal voorkom gedurende die maak van nuwe geneesmiddels of die ontwikkeling van nuwe behandelingsmetodes. Word daar tydens eksperimentele prosedures op 'n ongeoorloofde wyse uitgebrei of afgewyk van gebruikelike praktyk sal dit egter neerkom op wanpraktyk.¹⁶⁰

157. Holder 1978:176.

158. Holder 1978:183.

159. Holder 1978:184-185 waar die outeur daarop wys dat die meeste beserings wat tydens die gebruik van toerusting veroorsaak word, te wyte is aan die nalatige gebruik daarvan en nie soseer aan verborge gebreke nie. In so 'n geval sal die normale reëls van nalatigheid natuurlik ter sprake wees.

160. Martin 1979:289.

In 'n eksperimentele situasie moet daar 'n balansering van twee opponerende belange plaasvind, naamlik: (a) Eerstens die belang van die pasiënt om nie onderwerp te word aan enige misbruik wat kan voortspruit uit ongekontroleerde eksperimentering nie; (b) Die belang van die geneesheer, sowel as die belang van die gemeenskap as 'n geheel, in die bevordering van kennis betreffende siektes en hul behandeling.¹⁶¹ Indien geneeshere streng beperk sou word tot bestaande prosedures sal alle verandering en vooruitgang in die mediese sfeer tot stilstand gebring word.

In 'n destydse Amerikaanse saak, Fortner v Koch,¹⁶² is erkenning verleen aan die feit dat 'n mate van eksperimentering toegelaat moet word ter wille van vooruitgang op mediese gebied:

"We recognize the fact that if the general practice of medicine and surgery is to progress, there must be a certain amount of experimentation carried on, but such experimentation must be done with the knowledge and consent of the patient or those responsible for him and must not vary too radically from the accepted method of procedure."¹⁶³

Duidelike onderskeid moet getref word tussen probleme wat voortspruit uit mediese proefnemings in 'n suiwer navorsing situasie en dié wat voorkom in 'n terapeutiese konteks. Waltz en Inbau¹⁶⁴ is van mening dat die deurslaggewende onderskeidende faktor in dié verband die motivering of doel van die proefnemer is. In die een geval is hy primêr gemoeid met die verbetering van 'n besondere pasiënt se toestand deur middel van behandeling, in die ander geval is hy primêr gemoeid, indien nie uitsluitlik nie, met proefnemings op 'n menslike

161. Cantrell 1984:339.

162. Fortner v Koch 261 NW 762, Mich 1935.

163. Soos aangehaal deur Shartell en Plant 1959:38.

164. Waltz en Inbau 1971:181.

wese in 'n poging om wetenskaplike kennis uit te brei tot voordeel van die hele mensdom.

Vervolgens word gekonsentreer op die sogenaamde terapeutiese proefnemings aangesien dit meer relevant is tot die onderwerp onder bespreking as proefnemings wat vir navorsingsdoeleindes uitgevoer word. Strauss en Strydom¹⁶⁵ wys daarop dat eksperimentering op pasiënte binne sekere eng perke geoorloof kan wees, maar dat roekelose eksperimentering die geneesheer aanspreeklik sal stel. Volgens Barlow¹⁶⁶ is die gebruik van 'n nuwe instrument of metode geregverdig as dit die resultaat van mediese kennis en vooruitgang is. Gemelde outeur huldig die mening dat dit nie 'n ongegronde eksperiment moet wees nie, maar eerder die resultaat van wetenskaplike oorpeinsing en navorsing.¹⁶⁷

Daar moet gewaak word teen die denkwyse dat afwyking van gebruiklike praktyk sonder uitsondering neerkom op eksperimentering. 'n Geneesheer is veronderstel om oor voldoende kennis en vaardigheid te beskik om 'n mate van innovasie tydens behandeling van 'n pasiënt te regverdig.¹⁶⁸ Volgens Shartel en Plant¹⁶⁹ behoort 'n geneesheer egter nie te ver af te wyk van beproefde metodes nie aangesien dit sy pasiënt blootstel aan oormatige risiko's. Waar daar meer as een erkende metode beskikbaar is vir die genesing van 'n spesifieke siektetoestand, is die geneesheer geregtig om dié behandelingswyse te

165. Strauss en Strydom 1967:305.

166. Barlow 1948:305.

167. Barlow 1948:183.

168. Cantrell 1984:339 wys daarop dat Amerikaanse howe in die verlede hierdie area van toelaatbare mediese oordeel verkeerdelik as eksperimentering bestempel het.

169. Shartel en Plant 1959:39.

volg wat na sy mening die beste vir die pasiënt is.¹⁷⁰ Faktore waarop 'n hof ag sal slaan om te bepaal of afwyking van gebruikelike praktyk op eksperimentering neerkom, is byvoorbeeld die toestand waarin die pasiënt verkeer, die waarskynlikheid van sukses indien die betrokke terapie nagevolg word en die aard, erns en waarskynlikheid van kollaterale risiko's.¹⁷¹ Die howe sal waarskynlik ook beïnvloed word deur die feit dat daar geen erkende behandeling beskikbaar was nie, en die geneesheer derhalwe moes kies tussen innovasie en hoe-genaamd geen behandeling.¹⁷²

Alvorens 'n geneesheer besluit om af te wyk van gebruikelike behandelingsmetodes moet hy oor voldoende kennis beskik betreffende die waarskynlikheid van sukses van die beoogde mediese tegniek en die risiko's daaraan verbonde. Sy optrede in so 'n geval sal gemeet word aan dié van 'n redelike geneesheer in soortgelyke omstandighede.¹⁷³ In die Amerikaanse saak van Hood v Phillips¹⁷⁴ word dié beginsel bevestig dat 'n hof behoort te kyk of die geneesheer 'n behandelingswyse onderneem het wat 'n redelike en versigtige lid van die mediese professie onder soortgelyke omstandighede sou gevolg het. Cantrell¹⁷⁵ stel voor dat tydens die toepassing van bogenoemde toets, die volgende faktore in ag geneem behoort te word: (a) Die kwalifikasies van die betrokke geneesheer om die besondere prosedure te volg; (b) Die redelikheid van die prosedure, gebaseer

170. Potgieter 1985:24 wys daarop dat waar geneeshere oor die korrekte mediese behandeling verskil, 'n geneesheer nie onbehoorlik optree as hy die behandeling volg wat deur 'n agtenswaardige minderheid voorgestaan word nie. Hy is egter verplig om die verskillende metodes aan die pasiënt te verduidelik en sy toestemming vir die navolging van die verkose behandeling te verkry.

171. Waltz en Inbau 1971:190.

172. Cantrell 1984:340.

173. Waltz en Inbau 1971:191-192.

174. Hood v Phillips 554 SW 2d 160 (1977) soos aangehaal deur Cantrell 1984:342.

175. Cantrell 1984:342.

op die mate waarin van aanvaarde prosedures afgewyk is en die noodsaaklikheid daarvan; (c) Die risiko verbonde aan die prosedure versus die voordele wat daaruit geput kan word.

Dit sal natuurlik moeiliker vir die geneesheer wees om sy in-noverende optrede te regverdig waar hy versuim het om gebruik te maak van bestaande behandelingsmetodes. Waar 'n pasiënt aan 'n kwaal ly wat in alle waarskynlikheid suksesvol met 'n bestaande metode behandel kan word, bestaan daar weinig rede waarom 'n geneesheer daarvan moet afwyk.¹⁷⁶ Volgens Waltz en Inbau¹⁷⁷ is 'n geneesheer daarop geregtig om af te wyk van gebruikelike praktyk indien hy alle bekende en beskikbare behandelingsmetodes sonder sukses nagevolg het. Ook in gevalle van noodtoestand behoort die howe nie die geneesheer se optrede te veroordeel indien hy nie in ooreenstemming met gebruikelike praktyk gehandel het nie.

Indien die geneesheer voornemens is om die pasiënt met 'n onbeproeefde prosedure te behandel, is hy absoluut verplig om die pasiënt of sy voog daaromtrent in te lig. Die aard van die prosedures, die risiko's daaraan verbonde en moontlike alternatiewe behandelingswyses moet volledig aan die pasiënt verduidelik word.¹⁷⁸ Dit is dus absoluut noodsaaklik dat die pasiënt se ingeligte toestemming verkry moet word alvorens met die behandeling voortgegaan kan word.

Waar van menslike wesens as proefkonyne gebruik gemaak word ten einde mediese kennis te verbreed, verskil die posisie rondom die aanspreeklikheid van die geneesheer effens van dié soos hierbo uiteengesit. Shartel en Plant¹⁷⁹ huldig egter die

176. Waltz en Inbau 1971:196.

177. Waltz en Inbau 1971:196.

178. Holder 1978:257; Shartel en Plant 1959:38; Waltz en Inbau 1971:198-199; Martin 1979:290; Cantrell 1984:341, Barlow 1948:183; Macintosh en Norman-Scoble 1970:134.

179. Shartel en Plant 1959:40.

mening dat die regsreëls wat so 'n situasie beheers, nie veel
hoef te verskil van dié wat tydens 'n sogenaamde terapeutiese
proefneming van toepassing is nie. In die eerste plek moet
die persone wat as proefkonyne gaan optree natuurlik vrywillig
toestem dat die proefnemings op hulle uitgevoer kan word.
Tweedens behoort sodanige proefnemings slegs vanaf regsweë
toegelaat te word indien dit deur bevoegde personeel uitgevoer
word. Derdens behoort proefnemings vir navorsingdoeleindes
nie onderneem te word indien dit 'n onnodige of oormatige
risiko van benadeling vir die proefpersone inhou nie.¹⁸⁰
Waltz en Inbau¹⁸¹ wys ook daarop dat die meeste kommentatore
omvattende eksperimentering op diere as 'n absolute voor-
vereiste beskou vir die gebruik van 'n onbeproeft tegniek
tydens die behandeling van 'n mens.

180. Shartel en Plant 1959:40.

181. Waltz en Inbau 1971:192.

HOOFSTUK 5

TOESTEMMING

1. Inleiding

Die verkryging van 'n pasiënt se toestemming word vandag alreë aanvaar as onvermydelike voorvereiste vir die uitvoering van enige vorm van mediese behandeling, hetsy van terapeutiese of diagnostiese aard.¹ Seker een van die belangrikste redes hiervoor is dat nā die onmenslike wreedhede wat tydens die Tweede Wêreldoorlog gepleeg is, Westerse gemeenskappe besondere hoë waarde heg aan die individu se persoonlike onskendbaarheid en reg op selfbeskikking

In Stoffberg v Elliot² word 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. ..."

In 'n Amerikaanse saak, Schloendorff v Society of New York Hospital³, laat regter Cardozo hom soos volg uit oor die onderhawige kwessie:

"Every human being of adult years and sound mind has the 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."

-
1. Strauss en Strydom 1967:178; Shartel en Plant 1959:10; Waltz en Inbau 1971:152; Dornette 1972:180
 2. Stoffberg v Elliot 1923 CPD 148.
 3. Schloendorff v Society of New York Hospital 211 NY 125, 129-130, 105 NE 92 (1914).

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; (b) In die geval van 'n noodtoestand 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;⁴ (c) 'n Persoon kan ook sonder sy toestemming behandel word waar hy as gevolg van sy ouderdom of geestetoestand onbevoeg is om toe te stem.⁵

Selfs al geskied die geneeskundige ingryping tot voordeel van die pasiënt sal die geneesheer nie aanspreeklikheid vryspring indien eersgenoemde nie daartoe toegestem het nie.⁶

In plaas van toestemming is 'n "beroepsreg om te genees" al voorgehou as regverdigingsgrond vir mediese behandeling. Strauss en Strydom⁷ 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. Smit⁸ huldig ook die mening dat die erkenning van 'n "beroepsreg" sal beteken dat die individu se reg op selfbeskikking ontken word. 'n Pasiënt wat byvoorbeeld tot 'n hospitaal toegelaat word, onderwerp homself nie daardeur aan enige behandeling wat die geneesheer as wenslik beskou nie:

4. Strauss 1984:3.

5. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:146.

6. Shartel en Plant 1959:10.

7. Strauss en Strydom 1967:178; De Wet en Swanepoel 1985:102.

8. Smit 1983:282.

"... 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 expressly 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

en

"... 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 operation without consent where the operation is urgently necessary and cannot with due regard to the patient's interests be delayed."10

Alvorens aandag geskenk word aan die vereistes waaraan toestemming moet voldoen om te kan dien as regverdigingsgrond vir geneeskundige ingrypings, is dit belangrik om daarop te let dat onderskeid getref kan word tussen die begrippe "wil" en "toestemming". Strauss¹¹ wys daarop dat eersgenoemde begrip steeds laasgenoemde ten grondslag lê en dat daar alleenlik van

-
9. Stoffberg v Elliot:149.
 10. Ex parte Dixie 1950(4) 748 (W):751.
 11. Strauss 1963:11 omskryf 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 genoë neem of tevrede is dat dit intree of bestaan. Toestemming in dieselfde verband gebesig, is vir my 'n wilsgaaf 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."

toestemming sprake kan wees indien daar 'n manifestasie van die wilsinhoud na buite blyk. So kan 'n pasiënt byvoorbeeld heeltemal gewillig wees om 'n operasie te ondergaan, maar alvorens hy sy houding kenbaar gemaak het, het hy nog nie tot die uitvoering daarvan toegestem nie.

2. Vereistes waaraan toestemming moet voldoen

Of daar in 'n besondere geval toegestem is, al dan nie, is 'n feitevraag en alvorens gegewe toestemming as regsgeldig beskou sal word moet aan die volgende vereistes voldoen word:

2.1 In die eerste plek moet toestemming vrywillig, sonder dwang, verleen word.¹² Daar kan derhalwe nie sprake wees van regsgeldige toestemming indien dit deur die uitoefening van fisiese geweld op die pasiënt verkry is nie. Eweneens word toestemming ongeldig gemaak indien die pasiënt by wyse van 'n bedrieglrike voorstelling beweeg is om toe te stem tot een of ander vorm van mediese behandeling.¹³ Burchell¹⁴ huldig ook die mening dat toestemming tot geneeskundige ingryping in sommige gevalle ongeldig gemaak kan word indien die pasiënt deur 'n aanbieding van finansiële voordele daartoe oorgehaal is. Hy illustreer sy standpunt aan die hand van die volgende voorbeeld: Gestel 'n Krugerrand word aan 'n armoedige persoon aangebied as aansporing om as 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.

12. Snyman 1986:134; Van der Merwe en Olivier 1985:92.

13. Strauss en Strydom 1967:188 wys op 'n Engelse saak, R v Case, waar 'n veertienjarige meisie haar aan geslags-gemeenskap met 'n geneesheer onderwerp het nadat hy haar onder die indruk gebring het dat dit deel van die behandeling was. Die geneesheer se verweer dat sy toegestem het, is verwerp en hy is skuldig bevind aan aanranding; Martin 1979:289; Morton 1981:117.

14. Burchell, J.M. 1986a:320.

2.2 Die toestemming kan òf (a) uitdruklik òf (b) stilswyend gegee word:¹⁵

2.2.1 **Uitdruklike toestemming.** Die pasiënt kan uitdruklik tot die geneeskundige ingryping toestem by wyse van spraak of in skrif.¹⁶ 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.¹⁷ By ernstige ingrypings is die verkryging van skriftelike toestemming hoogs wenslik, maar dit sou onprakties wees om vir elke geringe prosedure daarop aan te dring.¹⁸ Gewoonlik word skriftelike toestemming vereis van 'n pasiënt wat tot 'n hospitaal toegelaat word of op wie 'n operasie uitgevoer gaan word.¹⁹

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.²⁰ Toestemming kan ook geskied deur blote stil-

-
15. Strauss en Strydom 1967:187; Snyman 1986:135; Van der Merwe en Olivier 1985:90; Dornette 1972:181; Taylor, J.L. 1970:96.
 16. Martin 1979:290-292; Strauss en Strydom 1967:187; Morton 1987:117.
 17. Taylor, J.L. 1970:96; Strauss en Strydom 1967:187.
 18. 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; Taylor, J.L. 1970:96; Harney 1973:52.
 19. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:147.
 20. Strauss 1984:3; Dornette 1972:181.

stilswyende onderwerping aan die behandeling.²¹ Blote berusting is nog nie toestemming nie, maar waar 'n wilsvermoënde persoon hom aan mediese behandeling, waarvan die aard 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.²² Sodanige afleiding is egter nie geregverdig in stryd met 'n uitdruklike verbod deur die pasiënt teen die uitvoering van 'n sekere operasie op hom nie.²³ 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.²⁴

2.3 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.²⁵ Toestemming tot byvoorbeeld roekelose mediese proefnemings, eutanasie of 'n statutêr verbode aborsie sal nie 'n geneesheer teen aanspreeklikheid vrywaar nie aangesien sodanige handeling as contra bonos mores beskou word.²⁶

2.4 Persoon wat toestem moet wilsvermoënd wees

Die persoon wat die toestemming gee moet wilsvermoënd wees.²⁷

-
21. Shartel en Plant 1959:13; Dornette 1972:181; Holder 1978:229; Strauss en Strydom 1967:187.
 22. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:147.
 23. Shartel en Plant 1959:14.
 24. Harney 1973:52.
 25. Snyman 1986:135; Van der Merwe en Olivier 1985:92; McLean en McKay 1981:98.
 26. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:147; McLean en McKay 1981:98.
 27. Snyman 1986:136 omskryf die begrip wilsvermoënd soos volg: "Dit beteken dat die persoon oor die geestesvermoëns beskik nie net om te weet wat die aard van die handeling is waartoe hy toestem nie, maar ook om die gevolge van die handeling te kan waardeer; Strauss en Strydom 1967:189; McLean en McKay 1981:98; Ott 1989:439.

Volgens Van der Merwe en Olivier²⁸ is 'n persoon wilsvermoënd "indien hy verstandelik ryp genoeg is om die implikasies van sy handeling te beseef en hy nie geesteskrank is of onder die invloed van verdowingsmiddels wat belemmerend op sy brein inwerk, verkeer nie." Vervolgens word kortliks aandag geskenk aan die vermoë van onderskeidelik kinders, geestesongestelde persone en getroudes om toestemming tot mediese behandeling te verleen.

2.4.1 Kinders

In die geval van 'n minderjarige wat nie self tot 'n geneeskundige ingryping kan toestem nie, word die verlot van sy ouer of voog gewoonlik vereis.²⁹ Waar daar 'n verskil van mening tussen die ouers bestaan betreffende die behandeling wat hul kind behoort te ondergaan, is die vader se wil deurslaggewend, behalwe as dit klaarblyklik in stryd met die kind se mediese behandeling is.³⁰ Waar die ouers toestem tot geneeskundige behandeling maar die kind weier om hom daaraan te onderwerp, sal die geneesheer natuurlik geregtig wees om op die ouerlike toestemming staat te maak.³¹

Artikel 39(1) van die Wet op Kindersorg³² bepaal dat indien die ouers of voog van 'n kind toestemming tot 'n operasie weier terwyl die geneesheer van mening is dat 'n operasie noodsaaklik is of indien die ouers nie opgespoor kan word nie of geestesiek of oorlede is, die Minister van Gesondheid en Welsyn (of 'n ander minister) die nodige toestemming kan verleen. Die Wet op Kindersorg bepaal dat die ouers of voog in so 'n geval aan-

28. Van der Merwe en Olivier 1985:91.

29. Strauss en Strydom 1967:193; Esterhuizen v Administrator, Transvaal:710.

30. Strauss en Strydom 1967:193.

31. Strauss 1984:5.

32. Wet op Kindersorg 74/1983.

spreeklik sal wees vir die onkostas van die mediese behandeling.

Artikel 39(2) van gemelde Wet bepaal dat die mediese superintendent van 'n hospitaal in noodgevalle die nodige toestemming tot 'n operasie of behandeling op 'n kind kan gee. Alvorens die superintendent egter toestemming kan verleen moet hy oortuig wees dat: (a) die behandeling of operasie noodsaaklik is om die kind se lewe te red, of om hom te vrywaar van 'n ernstige en blywende fisiese besering of gebrek; (b) die aanbevole behandeling so dringend is dat dit nie uitgestel behoort te word om sodoende eers die toestemming van die ouers of voog te probeer verkry nie. Ook hier sal die ouers of voog aanspreeklik wees vir die onkostas verbonde aan die operasie of behandeling.

Wat betref die vraag of 'n minderjarige onafhanklik tot 'n operasie of behandeling kan toestem, bepaal artikel 39(4) van onderhawige wet dat 'n minderjarige wat agtien jaar of ouer is, onafhanklik tot mediese behandeling of die uitvoering van 'n operasie op homself kan toestem.

2.4.2 Geestessieke persone

Die Wet op Geestesgesondheid³³ maak daarvoor voorsiening dat sekere persone namens geestessieke persone tot 'n operasie of mediese behandeling kan toestem waar sulke pasiënte nie in staat is om self die vereiste toestemming te verleen nie. Sodanige toestemming kan van die geestessieke se kurator of van sy eggenoot of eggenote, ouer, meerderjarige kind of broer of suster (in die gemelde volgorde van voorkeur) verkry word.³⁴ In die geval van 'n pasiënt wat in 'n sielsieke-inrigting is, kan die superintendent van die betrokke inrigting in

33. Wet op Geestesgesondheid 18/1973.

34. Ingevolge artikel 60A(1) van onderhawige wet.

ernstige gevalle³⁵ namens die pasiënt toestem indien nie een van bogemelde persone opgespoor kan word nie.³⁶

Bogenoemde bepalings is egter net op pasiënte in sielsieke-inrigtings van toepassing. Wat ander sielsieke pasiënte betref moet toestemming in ooreenstemming met die gemene reg van of die pasiënt se ouer of voog (in die geval van die minderjarige) of 'n kurator wat deur die hof aangewys is, verkry word.³⁷ Dit is belangrik om te onthou dat 'n sielsieke pasiënt tydens 'n helder oomblik (*lucidum intervallum*) wel regsgeldig tot 'n operasie of mediese behandeling kan toestem.³⁸

2.4.3 Getroude persone

As algemene beginsel is iedere eggenoot volkome vry om toe te stem tot 'n geneeskundige ingryping, sonder dat ag geslaan hoef te word op die wil van die ander eggenoot.³⁹ Hierdie beginsel is egter onderworpe aan 'n belangrike kwalifikasie: waar die operasie van so 'n aard is dat dit die voortplantingsvermoë of vermoë tot geslagsgemeenskap van die pasiënt raak, behoort die behandeling nie sonder die toestemming van die ander eggenoot onderneem word nie.⁴⁰ Wat aborsie betref huldig McQuoid-Mason en Strauss⁴¹ die mening dat ingevolge die Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie,⁴² die man se toestemming nie vereis word vir

35. Die superintendent mag toestemming verleen indien hy redelikerwys van mening is dat die pasiënt se lewe in gevaar is of dat sy gesondheid ernstig bedreig word.

36. Ingevolge artikel 60A(2).

37. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:149; Ex Parte Dixie:748.

38. Strauss en Strydom 1967:203.

39. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:147.

40. Volgens Strauss 1984:4 loop 'n geneesheer byvoorbeeld die gevaar om aanspreeklik gehou te word indien hy 'n manlike pasiënt sonder die toestemming van sy vrou steriliseer.

41. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:147.

42. Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie 2/1975.

die uitvoering van 'n terapeutiese aborsie in belang van die vrou se gesondheid nie. Hierdie oorweging is egter nie van toepassing waar 'n aborsie uitgevoer word om die geboorte van 'n gestremde kind te voorkom nie, en doen gemelde outeurs derhalwe aan die hand dat die man se toestemming in so 'n geval noodsaaklik is.⁴³

2.5 Toestemming moet deur benadeelde persoon self gegee word

Volgens Snyman⁴⁴ 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 geestessieke mediese behandeling ondergaan.

2.6 Ingeligte toestemming

Dit is ook uiters belangrik dat die persoon wat toestem kennis moet dra van die ware en wesenlike feite wat betrekking het op die behandeling waartoe hy toestem.⁴⁵ Toestemming sal dus slegs geldig wees indien dit gebaseer is op wesenlike kennis betreffende die aard en effek van die handeling waartoe toegestem word, met ander woorde dit moet "ingeligte toestemming" wees.⁴⁶

Strauss⁴⁷ wys daarop dat die gebrek aan ingeligte toestemming, ná aanspreeklikheid op grond van mediese nalatigheid, die belangrikste potensiële aanspreeklikheidsgrond teen geneeshere is. As gevolg van die struikelblokke verbonde aan die bewys

43. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:147.

44. Snyman 1986:137; Van der Merwe en Olivier 1985:93.

45. Strauss en Strydom 1967:209; Snyman 1986:136.

46. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:149.

47. Strauss 1984:330.

van nalatigheid aan die kant van 'n geneesheer, wend 'n toenemende aantal pasiënte hul tot die gebrek aan ingeligte toestemming as aksiegrond.⁴⁸ In Amerika het dit tot gevolg gehad dat 'n leerstuk van ingeligte toestemming ("doctrine of informed consent") tot stand kom as logiese voortvloeisel van die gemeenregtelike reël dat 'n ongemagtigde operasie die geneesheer aan deliktuele aanspreeklikheid sal blootstel.⁴⁹ Hierdie sogenaamde "doctrine of informed consent" word soos volg deur Holder⁵⁰ omskryf:

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

Volgens Morton⁵¹ is die leerstuk van ingeligte toestemming 'n manifestasie van die reg se erkenning van die feit dat 'n pasiënt 'n outonome individu is wat oor 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 intelligente besluitneming te bevorder.⁵²

2.6.1 Omvang van openbaarmakingsplig

Volgens Skegg⁵³ is daar sekere faktore wat die trefwydte van die geneesheer se openbaarmakingsplig beïnvloed, naamlik: (a) die vermoë van die pasiënt om die twispunte verbonde aan die voorgestelde behandeling te begryp en besluite daaromtrent te

48. Strauss 1984:330.

49. Green Koopersmith 1984:231.

50. Holder 1978:226.

51. Morton 1987:118; McLean en McKay 1981:108; 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, ..."; Giesen en Fahrenhorst 1984:83.

52. Green Koopersmith 1984:231; Harney 1973:58; Jackson en Powell 1982:235.

53. Skegg 1984:88-92.

neem;⁵⁴ (b) die mate waarin die pasiënt inligting omtrent die behandeling verlang; (c) die belangrikheid van die prosedure; (d) die risiko's daaraan verbonde; (e) die waarskynlike effek van die inligting op die pasiënt.

Strauss en Strydom⁵⁵ huldig die mening dat die problematiek rondom die inligtingsplig hoofsaaklik daarin geleë is: (a) dat die geneesheer voor die aanvang van die operasie nie altyd ten volle op hoogte kan wees met die omstandighede van die pasiënt se toestand nie; (b) dat dit geheel en al onprakties is om van die geneesheer te verwag om sy volledige deskundige kennis en insig aan die pasiënt oor te dra; (c) dat dit nie altyd tot voordeel van die pasiënt se kans op genesing is om die volledige inligting omtrent die erns van sy toestand aan hom mee te deel nie; (d) dat terapeutiese optrede van die geneesheer 'n mate van professionele diskresie veronderstel.

Uit hoofde van sy openbaarmakingsplig teenoor 'n pasiënt moet 'n geneesheer inligting omtrent die volgende aspekte openbaar: (a) die aard van die voorgestelde terapie; (b) die verwagte voordele wat daaruit geput kan word; (c) die inherente risiko's of newe-effekte verbonde aan die besondere terapie; (d) moontlike alternatiewe behandelingswyses en die risiko's en voordele daaraan verbonde; (e) die waarskynlike gevolge indien

54. Skegg 1984:88 het die volgende hieroor 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"; kyk ook Burchell 1986a: 319; Reibl v Hughes (1977) 78 DLR (3d) 35,42; Male v Hopmans (1965) 54 DLR (2d) 592,595, (1967) 64 DLR (2d) 105,113.

55. Strauss en Strydom 1967:212.

die voorgestelde behandeling nie uitgevoer word nie.⁵⁶

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 aan die hand gedoen word; of dit diagnosties of terapeuties van aard is en indien 'n operasie waarskynlik die gewenste resultaat teweeg sal bring, die tipe narkose wat die geneesheer van plan is om te gebruik.⁵⁷

Ten einde die pasiënt in staat te stel om 'n ingeligte keuse te maak, behoort inligting omtrent alternatiewe behandelingswyse aan hom bekend gemaak te word.⁵⁸ Dit is dan vir die pasiënt om te besluit aan watter prosedure, indien enige, hy hom gaan onderwerp.⁵⁹

Die geneesheer moet ook inligting verskaf betreffende die gevolge wat die operasie of behandeling sonder twyfel vir die pasiënt gaan meebring. Veral waar die voorgestelde behandeling gewisse, drastiese gevolge inhou, moet die pasiënt op ondubbelsinnige wyse daaromtrent ingelig word.⁶⁰

-
56. Morton 1987:118; Strauss 1987:4; McLean en McKay 1981: 99; Harney 1973:59; Sommer 1986:354. 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 Rider 1982:823 ev; Deutsch 1989:434-435.
57. Morton 1987:119.
58. Holder 1978:226.
59. 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.
60. Strauss en Strydom 1967:213; Sommer 1986:354. In 'n interessante artikel wys Golan en Ben-Hur 1983:114 daarop dat pasiënte minder as die helfte van die inligting onthou wat aan hulle gegee word. Verder het die outeurs ook bevind dat pasiënte wat onder geestesspanning verkeer, geneig is om beter te onthou as ander pasiënte.

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 Uiteraars 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 Hammann⁶¹ word hierdie moeilike posisie waarin 'n geneesheer homself dikwels tydens sy professionele loopbaan bevind, soos volg beskryf:

"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."⁶²

Juriste is dit eens dat pasiënte nie omtrent al die risiko's verbonde aan 'n sekere operasie of behandeling ingelig hoef te word nie.⁶³ Vanselfsprekend kan 'n geneesheer slegs dié risiko's openbaar wat ten tyde van die behandeling of operasie aan hom bekend was.⁶⁴ 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.⁶⁵

Wat die Suid-Afrikaanse reg betref wil dit voorkom asof 'n pasiënt omtrent risiko's wat waarskynlik sal intree, ingelig moet word.⁶⁶ Waar die moontlikheid van 'n nadelige reaksie

61. Richter and Another v Estate Hamman:226.

62. Op 232 G.

63. Burchell, J.M. 1986b:295.

64. Waltz en Inbau 1971:157.

65. Jackson en Powell 1982:237; Golan en Ben-Hur 1983:115.

66. Burchell, J.M. 1986b:295.

egter uiters gering en verwyderd is, is dit nie nodig om die pasiënt vooraf daarteen te waarsku nie.⁶⁷ Millner⁶⁸ huldig ook die mening dat dit nie 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.⁶⁹ In Lymbery v Jefferies⁷⁰ laat appèlregter Wessels hom soos volg uit oor die openbaarmakingsplig wat op geneeshere 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. In such cases, however, all the surgeon is 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."⁷¹

In Richter and Another v Estate Hamman⁷² 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 neuro-chirurg, in verband met haar probleem gaan spreek. Die verweerder het voorgestel dat hulle eerstens van

67. Strauss 1984:7; Van Oosten 1989:450.

68. Millner 1957:389.

69. 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 regter Neser hom soos volg uitlaat: "I have no doubt that a patient should be informed of the serious risks he does run. If such dangers are 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."

70. Lymbery v Jefferies:236.

71. Op 240.

72. Richter and Another v Estate Hamman:226.

'n epidurale afsluiting⁷³ 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 aan die hand gedoen dat 'n bilaterale fenool afsluiting ("phenol block")⁷⁴ 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.

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 die 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,

73. 'n Behandelingswyse waarvolgens die eiseres met 'n soutoplossing ("saline") en verdowingsmiddel ("novocaine") ingespuut is.

74. 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.

uiters gering was.⁷⁵ 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 'n Engelse saak, Chatterton v Gerson,⁷⁶ het die eiseres behandeling ondergaan vir chroniese pyne wat sy in 'n na-operatiewe letsel ondervind het. Ten einde die pyngelidende senuweë wat die letselgebied bedien het te verwoes, het die verweerder 'n fenooloplossing naby die pasiënt se rugmurg ingespuut. Die pyn het egter weer teruggekeer en tien maande later is 'n soortgelyke operasie uitgevoer. Verweerder het die eiser nie 'n tweede keer gewaarsku teen moontlike newe-effekte nie aangesien hy van mening was dat die tweede operasie nie meer risiko's as die eerste een ingehou het nie.

Die opvolgoperasie was egter ook onsuksesvol en na die uitvoering daarvan het die eiseres gevind dat haar regterbeen en -voet totaal gevoelloos was, wat haar beweeglikheid aansienlik belemmer het. Die eiseres het vervolgens skadevergoeding van die verweerder geëis en onder andere beweër dat laasgenoemde nalatig was omdat hy versuim het om haar voldoende in te lig omtrent die aard en komplikasies van die voorgestelde behandeling.

Die hof beslis: 'n Geneesheer is verplig om aan sy pasiënt te verduidelik wat hy beoog om te doen en die implikasies daaraan

-
75. Die drie neurochirurge wat getuig het, het die intrede van die onderhawige komplikasies soos volg beskryf: Professor De Villiers: "very unusual", "very uncommon in any man's experience" - 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.
76. Chatterton v Gerson [1981] 1 QB 432.

verbonde, en wel op die manier waarop 'n verantwoordelike geneesheer dit in soortgelyke omstandighede sou gedoen het. In gevalle waar die uitvoering van 'n besondere prosedure 'n werklike, inherente risiko van teenspoed inhou, hoe goed dit ook al uitgevoer word, is dit die geneesheer se plig om die pasiënt teen sodanige risiko te waarsku. Aangesien die gevoelloosheid in die eiseres se been nie 'n voorsienbare risiko van die operasie was nie, was die verweerder nie verplig om haar teen daardie moontlikheid te waarsku nie. Verder: selfs al het die verweerder sy plig versuim om die eiseres teen die inherente komplikasies van die tweede operasie te waarsku, het laasgenoemde nie bewys dat sy sou geweier het om diē operasie te ondergaan indien sy behoorlik ingelig is nie. Op grond van bogenoemde is die eis gebaseer op nalatigheid van die hand gewys.

In 'n uitspraak van die Kanadese hooggeregshof is onder andere vereis dat wesenlike risiko's aan die pasiënt openbaar moet word:

"... 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 risks attendant upon the performance of the operation."⁷⁷

Watter risiko's as wesenlik beskou behoort te word, sal afhang van die omstandighede van die besondere geval en behels onder andere 'n afweging van die erns van die potensiële gevolg en die waarskynlikheid dat dit sal intree.⁷⁸ Ook wat die Amerikaanse reg betref wys Holder⁷⁹ daarop dat 'n pasiënt se toe-

77. Hopp v Lepp (1980) 112 DLR 3d 67:81.

78. Burchell, J.M. 1986b:293

79. Holder 1978:231.

stemming slegs geldig sal wees indien hy bewus was van die wesenlike risiko's verbonde aan die operasie of behandeling. Volgens gemelde outeur speel faktore soos die toestand van die pasiënt en die tipe risiko's wat betrokke is 'n belangrike rol wanneer bepaal moet word of 'n sekere risiko wesenlik is al dan nie.⁸⁰

2.6.2 Standaard waaraan openbaarmakingsplig gemeet word

Wanneer dit eers vasstaan wat die omvang van 'n geneesheer se openbaarmakingsplig is, ontstaan die vraag aan welke standaard hierdie plig gemeet moet word. In 'n Engelse saak, Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital,⁸¹ is beslis dat 'n geneesheer se openbaarmakingsplig beoordeel moet word aan die hand van standarde deur die mediese professie gestel. Ingevolge hierdie standaard moet 'n geneesheer daardie inligting aan sy pasiënt oordra wat 'n redelike geneesheer in dieselfde of soortgelyke omstandighede sou oorgedra het.⁸² Slegs die risiko's en inligting omtrent alternatiewe mediese sorg moet dus openbaar word wat ander redelike praktisyne in dieselfde of soortgelyke omstandighede sou openbaar. Hierdie professionele standaard is in wese 'n kwessie van professionele oordeel wat gemeet word aan wat redelike praktisyne sou openbaar het nadat al die omringende omstandighede in ag geneem is.⁸³ Juriste verwys na bogenoemde standaard as die sogenaamde "prudent doctor standard".⁸⁴

80. Holder 1978:232 wys daarop dat selfs indien daar slegs 'n geringe risiko bestaan dat 'n sekere prosedure byvoorbeeld die pasiënt se dood, verlamming of blindheid tot gevolg kan hê, sodanige risiko in feitlik alle gevalle as wesenlik beskou sal word.

81. Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital [1984] 1 All ER 1018.

82. Morton 1987:118; McLean en McKay 1981:106-108.

83. Morton 1987:118; Brooke 1990:195.

84. Sommer 1986:256.

In die Sidaway-saak⁸⁵ het die eiseres 'n operasie ondergaan om terugkerende pyn in haar nek te verlig. Hoewel die operasie op 'n bekwame wyse uitgevoer is, is haar rugmurg beskadig wat 'n ernstige toestand van gebreklikheid teweeggebring het. Die geneesheer het haar gewaarsku teen moontlike beskadiging van sekere senuweewortels, maar niks omtrent die risiko van skade aan haar rugmurg openbaar nie;⁸⁶ daardeur het hy egter opgetree in ooreenstemming met die praktyk van sy professie.

Die hof bevind dat die standaard waaraan die geneesheer se optrede gemeet moet word, dié van die redelike geneesheer in soortgelyke omstandighede is. Hierdie professionele standaard, soos neergelê in Bolam v Friern Hospital Management Committee,⁸⁷ vereis dat die geneesheer moes opgetree het: "... in accordance with a practice accepted as proper by a body of responsible and skilled opinion."⁸⁸ Aangesien die "redelike geneesheer" in soortgelyke omstandighede ook nie sy pasiënt teen die verwyderde moontlikheid van rugmurgbeskadiging sou gewaarsku het nie, word die eis teen die verweerder van die hand gewys.⁸⁹

Kritiek is egter uit verskeie oorde teen die aanwending van die sogenaamde "prudent doctor"-toets uitgespreek. Volgens

85. Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital:1018.

86. Hoewel beskadiging van die rugmurg tydens hierdie operasie 'n wesenlike risiko was, was daar maar slegs 'n een tot twee persent kans dat dit wel sou plaasvind.

87. Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 582.

88. Op 657 g-h.

89. Drie van die lords wat deel van die meerderheid in hierdie saak gevorm het, kwalifiseer egter die "redelike geneesheer" maatstaf deur te kenne te gee dat dit nie uitsluitlik deur die geneesheer bepaal hoef te word nie; die hof kan dit hersien ten einde te verseker dat dit juis is.

Sommer⁹⁰ bestaan daar in die eerste plek nie so 'n standaard nie omdat die mediese professie nog nooit byeen gekom het om te bepaal welke risiko's aan welke pasiënte in welke omstandighede openbaar moet word nie. Die toepassing van 'n objektiewe samelewingstandaard maak tweedens inbreuk op die pasiënt se reg om te besluit of die voordele van 'n voorgestelde behandelingswyse na sy mening die nadele daaraan verbonde oortref. Derdens dwing die professionele standaard die eiser om staat te maak op deskundige getuienis om sy eis teen die geneesheer te bewys. Vanweë die sogenaamde "conspiracy of silence"⁹¹ wat daar volgens Sommer in die mediese geleedere heers, is dit egter dikwels bykans onmoontlik om 'n geneesheer op te spoor wat bereid is om teen 'n kollega in 'n hofsak te getuig. Volgens Grubb⁹² is die belangrikste argument teen die wenslikheid van die "prudent doctor"-standaard egter die vrees wat daar bestaan dat die pasiënt sy selfbeskikkingsreg deur die toepassing daarvan sal verloor.

Wat Amerika betref, vind die "prudent doctor"-standaard aanwending in die meeste state.⁹³ Enkele jurisdiksies verleen egter erkenning aan die sogenaamde "prudent patient"-standaard.⁹⁴ Ingevolge hierdie standaard word vereis dat genoeg-

90. Sommer 1986:356.

91. Strauss 1984:281 is egter die mening toegedaan dat die standpunt dat daar 'n "sameswering tot stilswye" tussen geneeshere bestaan, nie eens ernstige aandag behoort te geniet nie.

92. Grubb 1984:242; Sommer 1986:359.

93. Holder 1978:232; Morton 1987:118; Sommer 1986:358; Harney 1973:61; In Natanson v Kline 186 Kan 393,350 P 2d 1093 (1960) is byvoorbeeld beslis dat die vraag of daar 'n inligtingsplig is, deur medici bepaal moet word: "The duty of the physician to disclose ... is limited to those disclosures which a reasonable medical practitioner would make under the same or similar circumstances. How the physician may best discharge this obligation to the patient in this difficult situation involves primarily a question of medical judgment." - soos aangehaal deur Strauss en Strydom 1967:216.

94. Morton 1987:118.

same inligting aan die pasiënt verleen moet word om hom in staat te stel om 'n intelligente besluit in verband met die voorgestelde behandeling te kan neem.

'n Geneesheer moet dus alle risiko's openbaar wat deur 'n redelike en versigtige persoon in die betrokke pasiënt se posisie as wesenlik beskou sou word. 'n Risiko is wesenlik indien 'n geneesheer weet of behoort te weet dat dit die besondere pasiënt sal beïnvloed om te besluit of hy hom aan die operasie of behandeling wil onderwerp al dan nie.⁹⁵ Giesen en Fahrenhorst⁹⁶ wys egter daarop dat indien die sogenaamde "prudent patient" as die deurslaggewende maatstaf beskou sou word, dit maklik aanleiding kan gee tot die ondermyning van 'n besondere pasiënt se selfbeskikkingsreg en persoonlike integriteit.

Ook in Kanada word erkenning verleen aan die "redelike pasiënt"-maatstaf, en wel in die saak van White v Turner:⁹⁷

"... in analysing the quality and quantity of the information given to a patient under negligence principles, the test to be employed is no longer the professional medical standard, heretofore used by the courts, but rather the reasonable patient standard."

Sommer⁹⁸ meen dat die omvang van 'n geneesheer se inligtingsplig vasgestel moet word by wyse van samewerking tussen die geneesheer en die pasiënt. Daar is ook al voorgestel dat in plaas van 'n objektiewe standaard, van 'n subjektiewe "indivi-

-
95. Morton 1987:118; Strauss 1987:4; Burchell, J.M. 1986b:296 wys daarop dat indien die "redelike pasiënt"-maatstaf nagevolg word, klem op die reg van die individuele pasiënt geplaas word terwyl die plig van die geneesheer benadruk word in die geval van die "redelike geneesheer"-maatstaf.
96. Giesen en Fahrenhorst 1984:84; Sommer 1986:359; Holder 1978:235.
97. White v Turner (1981) 120 DLR 3rd 269:283 soos aangehaal deur Burchell, J.M. 1986b:296.
98. Sommer 1986:360.

duele pasiënt"-standaard gebruik gemaak moet word om te bepaal of sekere risiko's aan 'n pasiënt openbaar moes word.⁹⁹ Hiervolgens word daar nie 'n fiktiewe "redelike pasiënt" in die posisie van die eiser (pasiënt) geplaas nie, maar word gevra of die geneesheer geweet het of behoort te geweet het dat die spesifieke eiser die versweë inligting as wesenlik sou beskou het tydens sy besluit of hy hom aan die behandelingswyse wil onderwerp al dan nie. Hierdie standaard geniet egter weinig ondersteuning as gevolg van die onredelike eise wat dit aan die geneesheer stel. In Canterbury v Spence¹⁰⁰ word die tekortkominge daaraan verbonde soos volg uitgelig:

"... such a requirement, however, would summon the physician to second-guess the patient, whose ideas on materiality could hardly be known to the physician. That would make an undue demand upon the medical practitioner..."

Dit is tog onmoontlik vir 'n geneesheer om presies te weet watter inligting elk van sy pasiënte as wesenlik sal beskou.

Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, word die standaard waaraan 'n geneesheer se inligtingspilig gemeet word treffend deur regter Watermeyer in Richter and Another v Estate Hamman¹⁰¹ 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, make up its own mind, but it will be assisted in doing so by medical evidence.

99. Sommer 1986:359.

100. Canterbury v Spence 464 F 2d 772, CA DC 1972:787.

101. Richter and Another v Estate Hamman:232 G-H.

Burchell¹⁰² doen aan die hand dat behoorlike aandag aan sowel professionele mediese getuienis as die getuienis van die pasiënt geskenk moet 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 gemoedstoestand en verwagtings van 'n individuele pasiënt volgens hom belangrike faktore wat in ag geneem behoort te word. Volgens Strauss en Strydom¹⁰³ 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.

3. Uitsonderings op die geneesheer se inligtingsplig teenoor sy pasiënt

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:

(a) In die geval van 'n noodtoestand waar die pasiënt se belange opgeoffer word ter beskerming van byvoorbeeld die samelewingsbelang. - '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.¹⁰⁴

(b) Waar 'n pasiënt byvoorbeeld in 'n kritieke, bewustelose toestand by 'n hospitaal aangebring word, is dit nie nodig om tyd te verspil deur eers sy toestemming te verkry alvorens met

102. Burchell, J.M. 1986b:297.

103. Strauss en Strydom 1967:212.

104. Strauss 1984:71.

die noodsaaklike behandeling begin word nie. In so 'n geval kan die geneesheer staatmaak op die leerstuk van *negotiorum gestio* (saakwaarneming) om sy optrede te regverdig.¹⁰⁵ Strauss¹⁰⁶ huldig egter die mening dat behandeling van 'n pasiënt teen sy wil, selfs al is sodanige behandeling noodsaaklik om die pasiënt se lewe te red, nie regverdigbaar nie. In so 'n geval moet die pasiënt se selfbeskikkingsreg eerbiedig word, selfs al sou dit tot sy dood aanleiding gee.

(c) Waar die pasiënt te kenne gegee het dat hy nie omtrent die aard van die voorgestelde behandeling, die risiko's daaraan verbonde, ensovoorts ingelig wil word nie.

(d) 'n Geneesheer word ook van sy inligtingsplig 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.¹⁰⁷ Hierdie standpunt geniet wye ondersteuning in regsmediese literatuur en staan bekend as die leerstuk van terapeutiese privilegie.¹⁰⁸ In die Engelse uitspraak Sidaway v Bethlem Royal Hospital Governors and Others,¹⁰⁹ word die trefwydte van die sogenaamde terapeutiese privilegie soos volg omskryf:

-
105. Strauss en Strydom 1967:238 ev 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; (d) Die geneesheer moet die operasie of behandeling onderneem met die oogmerk om die belange van die pasiënt te dien.
106. Strauss 1984:71 *contra* Grobler en Verschoor 1982:141 wat van mening is dat 'n geneesheer in sekere omstandighede wel geregtig is om 'n pasiënt se weiering tot lewensnoodsaaklike geneeskundige behandeling te ignoreer.
107. Strauss 1984:15-16.
108. Harney 1973:64; Waltz en Inbau 1971:162; Holder 1978:229; McLean en McKay 1981:102; Jackson en Powell 1982:237; Cohen en Mariano 1982:194; Strauss 1984:8; Grubb 1984:243; Burchell, J.M. 1986b:300
109. Sidaway v Bethlem Royal Hospital Governors and Others [1985] 1 All ER 643:653 F.

"This exception enables a doctor to withhold from his patient information as to risk if it can be shown that a reasonable medical assessment of the patient would have indicated to the doctor that disclosure would have posed a serious threat of psychological detriment to the patient."

en in 'n Amerikaanse saak, Canterbury v Spence,¹¹⁰ vind ons die volgende treffende formulering van terapeutiese privilegie:

"The critical inquiry is whether the physician responded to a sound medical judgment that a communication of the risk information would present a threat to the patient's well-being.

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 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."

Volgens Morton¹¹¹ 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 die privilegie daardeur geregtig word; (b) die geneesheer moet oortuig wees dat volledige openbaarmaking 'n betekenisvolle nadelige effek op die pasiënt sal hê; (c) redelike diskresie moet aan die dag gelê word.

110. Canterbury v Spence:789.

111. Morton 1987:121.

In Hatcher v Black¹¹² is beslis dat 'n geneesheer nie net geregtig is om inligting van 'n pasiënt te weerhou nie, maar dat hy in sommige gevalle selfs 'n leuen aan die pasiënt mag vertel in verband met die voorgestelde behandeling indien hy van mening is dat die pasiënt se kans op herstel daardeur verbeter sal word.¹¹³

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. Volgens Burchell¹¹⁴ 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 is hy 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.¹¹⁵ Giesen en Fahrenhorst¹¹⁶ 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.¹¹⁷ Ook Sommer¹¹⁸ gaan van die standpunt uit dat poten-

112. Hatcher v Black - The Times, July 2, 1954 soos aangehaal deur Jackson en Powell 1982:238.

113. Daar is ook al aan die hand gedoen dat die verskaffing van te veel inligting aan die pasiënt op sigself tot aanspreeklikheid kan lei indien laasgenoemde fisies of psigologies daardeur benadeel word; kyk Martin 1979:290; Strauss 1984:8; Strauss 1987:5; Van Oosten 1989:450.

114. Burchell, J.M. 1986b:320.

115. Burchell, J.M. 1986b:320.

116. Giesen en Fahrenhorst 1984:84.

117. Giesen en Fahrenhorst 1984:84.

118. Sommer 1986:358.

siële 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.

Met uitsondering van 'n enkele obiter dictum in South African Medical and Dental Council v McLoughlin¹¹⁹ deur hoofregter Watermeyer het die kwessie van terapeutiese privilegie feitlik nog geen aandag in die Suid-Afrikaanse regspraak geniet nie.

"... it may sometimes be advisable for a medical man to keep secret from his patient the form of treatment which he is giving him."¹²⁰

Strauss¹²¹ gee egter 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.

4. Mediese ingryping sonder die vooraf verkryging van ingeligte toestemming: Aanranding of nalatigheid?

Van Oosten¹²² wys daarop dat ons howe nog nie 'n besliste standpunt ingeneem het omtrent die vraag of die versuim om volledige inligting in verband met die voorgenome behandeling aan 'n pasiënt te openbaar, op nalatigheid kan neerkom nie. In

119. South African Medical and Dental Council v McLoughlin 1948(2) SA 355 (A).

120. Op 366.

121. Strauss 1984:15-16; kyk ook Strauss en Strydom 1967:219 ev en in besonder die standpunt van Bockelman daar aangehaal.

122. Van Oosten 1986:24.

Lymbery v Jefferies¹²³ is die pasiënt se kwaal gediagnoseer as fibromioom van die baarmoeder en nã onsuksesvolle chirurgiese behandeling het die geneesheer diep X-straalbehandeling voorgeskryf. 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",¹²⁴ moes sy as middeljarige vrou beseft 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.¹²⁵ Die hof versuim egter om 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.

In Richter and Another v Estate Hamman¹²⁶ is uitdruklike erkenning verleen aan die moontlikheid dat 'n versuim om inligting te openbaar, in beginsel, en afhangende van die omstandighede, op nalatigheid kan neerkom. Strauss¹²⁷ is egter van mening dat indien bogenoemde deur ons howe aanvaar sou word, 'n nuwe beginsel daardeur in ons reg ingevoer sou word. Hy voer aan 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 tot op hede gedefinieer is as die versuim om die

123. Lymbery v Jefferies:236.

124. Op 240.

125. Strauss en Strydom 1967:214 kritiseer egter hierdie standpunt en is van mening dat die vraag nie is wat die pasiënt moes verstaan het nie, maar wat hy inderdaad verstaan het.

126. Richter and Another v Estate Hamman:226.

127. Strauss 1984:324.

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 is onbekwame behandeling.¹²⁸

Die eiser in Esterhuizen v Administrator, Transvaal¹²⁹ het gely aan Kaposi se haemangiosarcoma. Aanvanklik is sy by twee geleenthede aan oppervlakkige X-straalbehandeling onderwerp sonder enige nadelige nagevolge. 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 alternatief 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 bogemelde beslissing huldig Strauss¹³⁰ die mening dat waar daar geen toestemming vir mediese behandeling verleen is of waar die verkreë 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

128. Strauss 1984:324.

129. Esterhuizen v Administrator, Transvaal:710.

130. Strauss 1984:325.

geneesheer kan instel gebaseer op aanranding.¹³¹ Boberg¹³² konkludeer 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 maar "upon his invasion of the patient's body without the patient's consent."

Appelbaum, Lidz en Meisel¹³³ wys daarop dat die Amerikaanse howe aanvanklik van die standpunt uitgegaan het dat aanranding plaasgevind het indien die verleende toestemming gebaseer was op 'n wesenlike misverstand, meegebring deur die verskaffing van verkeerde inligting of 'n gebrek aan inligting, betreffende die aard van die mediese prosedure of die gevolge daarvan aan die pasiënt. In 1960 het die Hooggeregshof van Kansas in Natanson v Kline¹³⁴ die eerste Amerikaanse hof geword wat beslis het dat 'n geneesheer se aanspreeklikheid vir sy versuim om sy pasiënt in te lig omtrent die risiko's en alternatiewes verbonde aan 'n voorgestelde terapie, gebaseer moet wees op nalatigheid eerder as aanranding. Hierna het 'n hele aantal howe oor etlike jare heen geworstel met onderhawige probleem, maar volgens Appelbaum, Lidz en Meisel¹³⁵ het feitlik al die state van die VSA teen die helfte van die sewentigerjare tot die besluit gekom dat onvoldoende openbaarmaking van inligting tuishoort onder professionele nalatigheid en nie aanranding nie.¹³⁶ Die volgende gevalle word egter nog steeds as aan-

131. Burchell, J.M. 1986b:298-299 gaan akkoord met hierdie standpunt van Strauss.

132. Boberg 1984:751.

133. Appelbaum, Lidz en Meisel 1987:118.

134. Natanson v Kline:1093.

135. Appelbaum ea 1987:118.

136. In Trogun v Fruchtman 207 NW 2d 297, Wisc 1973 word 'n vyftal redes uiteengesit vir die neem van hierdie besluit. Een hiervan is dat die versuim om 'n pasiënt in te lig gewoonlik nie 'n opsetlike handeling is nie, en derhalwe pas sodanige gevalle nie binne die tradisionele raamwerk van aanranding, waarin opset die vereiste skuldvorm is, nie.

randing beskou: (a) Die toediening van mediese behandeling sonder enige toestemming van die pasiënt;¹³⁷ (b) Waar die pasiënt se toestemming verkry is deur bedrog, of (c) Deur die wanvoorstelling van 'n wesenlike feit;¹³⁸ en (d) Indien die toegediende behandeling buite die trefwydte van die verleende toestemming val.¹³⁹

Die posisie in Kanada word soos volg deur hoofregter Laskin in Reibl v Hughes¹⁴⁰ opgesom:

"In my opinion, actions of battery in respect of surgical or other medical treatment should be confined to cases where surgery or treatment has been performed or given to which there has been no consent at all or where, emergency situations aside, surgery or treatment has been performed or given beyond that to which there was consent ... In situations where the allegation is that attendant risks should have been disclosed were not communicated to the patient and yet the surgery or other medical treatment carried out was that to which the plaintiff consented ... I do not understand how it can be said that the consent was vitiated by the failure of disclosure ... in my view, unless there has been a misrepresentation or fraud to secure consent to the treatment, a failure to disclose the attendant risks, however serious, should go to negligence rather than battery".

Wat betref Engeland het regter Bristow in Chatterton v Gerson¹⁴¹ beslis dat die nalatige versuim deur 'n mediese praktisyn om inligting te openbaar nie opsigself die pasiënt se toestemming tot die behandeling ongeldig sal maak nie. Hy gaan verder:

137. Holder 1978:123. King, 1986:156.

138. Morton 1987:121.

139. Appelbaum ea 1987:118.

140. Reibl v Hughes (1981) 114 DLR (3d) 1:10-11; Kyk ook Burchell, J.M. 1986b:298.

141. Chatterton v Gerson:432.

"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 trespass."¹⁴²

In Hills v Potter¹⁴³ word bogemelde benadering deur regter Hirst ondersteun wat dit betreurenswaardig vind dat in "medical cases of this kind" staatgemaak word op die delikte "assault and battery". In Sidaway v Governors of Bethlem Royal Hospital het sowel die Court of Appeal¹⁴⁴ en die House of Lords¹⁴⁵ eenparig beslis dat onvoldoende openbaarmaking van inligting nie die pasiënt se toestemming tot behandeling ongeldig maak nie. Daar is ook bevind dat 'n geneesheer nie vir aanranding aangespreek kan word waar hy sy professionele vaardighede bona fide uitgeoefen het nie. Verder word toestemming tot 'n operasie nie ongeldig gemaak deur die versuim om die risiko's volledig te openbaar nie, op voorwaarde dat die pasiënt tot die algemene aard van die operasie toegestem het, wat die eiseres dan ook gedoen het.

Volgens Burchell¹⁴⁶ is die standpunt wat deur die oorsese howe ingeneem word 'n verdraaiing van die reg met betrekking tot die verweer van toestemming in soverre die mening gehuldig word dat 'n persoon tot 'n operasie "toegestem" het terwyl hy slegs kennis gedra het van die breë aard van die operasie en onbewus was van die materiële of waarskynlike risiko's daaraan verbonde. Volgens gemelde skrywer is dit oorbodig om te praat van "ingeligte" toestemming aangesien toestemming deur die pasiënt, kennis en begrip van die risiko's verbonde aan 'n spesifieke handelswyse veronderstel.

142. Op 443 A.

143. Hills v Potter [1984] 1 WLR 641:653 D-E.

144. Sidaway v Governors of Bethlem Royal Hospital [1984] QB 498.

145. [1985] 2 W.L.R. 480.

146. Burchell, J.M. 1986b:298-299.

5. Wyse waarop inligting in verband met die voorgenome behandeling aan die pasiënt oorgedra moet word

Strauss en Strydom¹⁴⁷ 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 oorskak.¹⁴⁸ Waar 'n pasiënt probleme ondervind om of die taal of 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.¹⁴⁹

Inligting moet verkieslik op 'n ondubbelsinnige wyse en in nie-tegniese taal aan 'n pasiënt oorgedra word.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ McLean en McKay¹⁵² 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.

147. Strauss en Strydom 1967:221.

148. Strauss 1984:7.

149. Burchell, J.M. 1986a:319; contra Skegg 1988:88 wat van mening is dat hoe groter die pasiënt se vermoë om die onderhawige twispunte te verstaan en tot 'n besluit daaroor te kom, hoe groter sal die plig om relevante inligting te openbaar, wees.

150. Strauss en Strydom 1967:221; Burchell, J.M. 1986a:319, Harney 1973:63; Hirsh 1986:455; Kjonstad 1986:13.

151. Holder 1978:236.

152. McLean en McKay 1981:100.

6. Terugtrekking van toestemming

Omdat toestemming 'n eensydige wilsverklaring is, is dit vrylik en te enige tyd herroepbaar.¹⁵³ Wanneer 'n pasiënt sy toestemming herroep, word dit geag asof hy nooit sy toestemming verleen het nie.¹⁵⁴ Die herroeping moet egter net soos die toestemming na buite kenbaar gemaak word.¹⁵⁵ 'n Pasiënt mag sy toestemming tot 'n operasie in enige stadium terugtrek, en nā sodanige terugtrekking mag die geneesheer nie die operasie uitvoer nie.¹⁵⁶ Van der Merwe en Olivier¹⁵⁷ wys daarop dat '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), hom weliswaar aan kontrakbreuk skuldig maak indien hy wel sou herroep, maar dat sy skending van die teenparty (geneesheer) se vorderingsreg laasgenoemde onmoontlik kan veroorloof om op te tree asof toestemming nog steeds aanwesig is.

7. Enkele verskille tussen die aksies gebaseer op aanranding en nalatigheid onderskeidelik

Hierbo is reeds daarop gewys dat ongemagtigde mediese behandeling daartoe aanleiding kan gee dat 'n geneesheer aanspreeklik gehou kan word op grond van aanranding en/of nalatig-

153. Strauss en Strydom 1967:207; Van der Merwe en Olivier 1985:92; Hemelt en Mackert 1978:91.

154. Hemelt en Mackert 1978:91.

155. Strauss en Strydom 1967:207.

156. 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.

157. Van der Merwe en Olivier 1985:92; volgens Strauss en Strydom 1967:207-208 kan toestemming sonder die herroeping daarvan sy regs-krag verloor indien die mediese ingryping waartoe toegestem is, nie binne 'n redelike tyd tot uitvoer gebring word nie.

heid.¹⁵⁸ Die hedendaagse neiging in lande soos Engeland, Kanada en die VSA is egter dat howe ongeneë is om geneeshere aan aanranding skuldig te bevind in gevalle waar inligting wel aan die pasiënt oorgedra is, maar op 'n onvolledige wyse. Aanvullenderwys word daar nou voortgegaan om kortliks te wys op die verskille tussen bogemelde twee aksies, en wel met die klem op die huidige regsposisie in die VSA.

Met verwysing na die saak van Cobbs v Grant¹⁵⁹ beskryf Harney¹⁶⁰ die verskil tussen die twee aksies wat betref die skuldelement soos volg:

"..., the battery theory would be reserved for the case in which the physician performs a procedure to which the patient clearly has not consented, as where the patient gives his permission to perform one kind of treatment and the physician performs another. Under these circumstances, the requisite element of deliberate intent (to deviate from the consent), and therefore a cause for battery, would be present ...¹⁶¹, that when the case involves a physician who performs treatment to which the patient has consented, but an 'undisclosed inherent complication with a low probability' occurs, there is no 'intentional deviation from the consent'.¹⁶² Instead, the physician, ..., in obtaining his patient's consent, 'may have failed to meet his due care duty to disclose pertinent information'. Under these circumstances, the action is one of negligence.¹⁶³

158. Soos bespreek onder paragraaf 4 hierbo.

159. Cobbs v Grant 502 P 2d 1, Cal 1972.

160. Harney 1973:82-83.

161. My onderstreping.

162. My onderstreping

163. Hierbo is reeds daarop gewys dat Strauss 1984:325; Burchell, J.M. 1986b:298-299 en Boberg 1984:751 van hierdie standpunt verskil. Gemelde skrywers is die mening toegedaan dat indien daar nie volledige inligting aan die pasiënt oorgedra is nie, laasgenoemde se toestemming in die geheel ongeldig is en enige daaropvolgende mediese ingryping sou derhalwe neerkom op aanranding.

'n Geneesheer sal slegs vir nalatigheid aanspreeklik gehou word indien die volgende bewys kan word: (a) Die bestaan van 'n plig tot openbaarmaking waaraan die geneesheer moes voldoen; (b) Die feit dat die geneesheer hom inderdaad nie van hierdie plig gekwyd het nie; (c) Dat die pasiënt deur hierdie nie-voldoening beweeg is om toe te stem tot die behandeling en (d) Dat die behandeling tot die fisiese besering van die pasiënt aanleiding gegee het.^{164,165} Ten einde bogemelde elemente te bewys, sal dit vir die pasiënt noodsaaklik wees om gebruik te maak van deskundige getuies.¹⁶⁶

In die geval van aanranding is dit nie vir die pasiënt nodig om die hulp van deskundige getuies in te roep nie.¹⁶⁷ Hy kan geheel en al op sy eie getuienis staatmaak om hom van die bewyslas wat op hom rus, te kwyt.¹⁶⁸ Al wat die pasiënt moet bewys is dat die geneesheer hom behandel het sonder dat hy die vereiste toestemming daartoe verleen het. Die pasiënt hoef nie te bewys dat hy as gevolg van die behandeling benadeel is of dat hy hom nie daaraan sou onderwerp het indien volledige inligting aan hom oorgedra is nie.¹⁶⁹

Harney¹⁷⁰ wys daarop dat sommige state in Amerika verskillende verjaringstermyne vir aanranding en gewone nalatigheid (wanpraktyk) het. Welke aksie deur die pasiënt gebruik word kan dus bepalend wees of hoegenaamd teen die geneesheer opge-

164. Appelbaum ea 1987:117-118; Skegg 1988:82.

165. Green Koopersmith 1984:233 wys daarop dat elemente (c) en (d) die kousale verband tussen die beweerde nalatige optrede en die skade wat as gevolg daarvan gely is, omvat en dat die bewys van hierdie verband onontbeerlik is vir die skuldigbevinding van 'n geneesheer op grond van nalatigheid.

166. Appelbaum ea 1987:118; Harney 1973:85; Wasmuth 1966:233.

167. Harney 1973:86; Appelbaum ea 1987:118.

168. Wasmuth 1966:233; Shartel en Plant 1959:172.

169. Appelbaum ea 1987:118, McLean en McKay 1981:103.

170. Harney 1973:83; Appelbaum ea 1987:118.

tree kan word aangesien verstryking van die verjaringstermyn van die gekose aksie reeds kon plaasgevind het.¹⁷¹ Indien die geneesheer op grond van aanranding aangespreek word en die pasiënt slaag daarin om sy eis te bewys, kan eersgenoemde onderwerp word aan die betaling van sogenaamde "punitive damages" wat nie in die geval van wanpraktykseise toelaatbaar is nie.¹⁷²

Verder maak wanpraktykpolisse normaalweg nie voorsiening vir die dekking van opsetlike delikte nie, en sal die pasiënt wat 'n geneesheer op grond van aanranding aanspreek derhalwe nie toegang tot hierdie potensiële bron van fondse vir skadevergoeding hê nie.¹⁷³

Opsommenderwys kan daar dus gesê word dat die belangrikste verskille tussen bogemelde aksies, wat betref die effek daarvan op die geneesheer, die volgende is: (i) Eerstens hou die aksie gebaseer op aanranding sekere prosessuele voordele in vir die pasiënt,¹⁷⁴ byvoorbeeld: (a) Die geneesheer moet bewys dat daar voldoende openbaarmaking, en dus die verlening van toestemming, plaasgevind het terwyl die pasiënt in 'n nalatighedsaksie moet bewys dat daar 'n gebrek aan openbaarmaking was; (b) in 'n aksie gebaseer op aanranding hoef die pasiënt nie kousaliteit te bewys nie; blote bewys van nie-openbaarmaking sal voldoende wees.¹⁷⁵

(ii) Indien die geneesheer skuldig bevind sou word aan aanranding op sy pasiënt sou dit sy naam baie meer skade berokken as wat die geval sou wees indien hy aan nalatigheid skuldig

171. Morton 1987:122 wys daarop dat opsetlike delikte ("battery") gewoonlik deur korter verjaringstermyne as nalatighedsaksies beheers word.

172. Wasmuth 1966:233.

173. Wasmuth 1966:233; Harney 1973:86; Morton 1987:122.

174. Appelbaum ea 1987:118; Morton 1987:122; Harney 1973:83-84.

175. Grubb 1984:242.

bevind sou word. - Gesien in die lig van die hoofsaaklik terapeutiese motivering van die geneeskunde en die beoefenaars daarvan, is buitelandse howe tans uiters onwillig om geneeshere aan aanranding skuldig te bevind in gevalle waar onvoldoende openbaarmaking van inligting ter sprake is.¹⁷⁶ Volgens Grubb¹⁷⁷ is dit onvanpas dat 'n opsetlike delik, wat gewoonlik gebruik word om vergoeding te verskaf vir "vyandige handeling", in hierdie konteks aangewend word. Dit wil dus voorkom asof dié onwilligheid om geneeshere te stigmatiseer as iemand wat 'n ander persoon aangerand het, eerder as enige duidelike analise van die differensiële inslag van onderhawige twee teorieë, aanleiding gegee het tot die resente oorheersing van die aksie gebaseer op nalatigheid.¹⁷⁸

176. McLean en McKay 1981:104; Kyk egter die kritiek van Burchell, J.M. 1986b:298-299 op hierdie standpunt.

177. Grubb 1984:241-242.

178. Appelbaum ea 1987:118.

HOOFSTUK 6

"WRONGFUL LIFE"

1. Inleiding

Gedurende die afgelope paar dekades is daar dramatiese vooruitgang gemaak in die geneeskunde se vermoë om die voorkoms van genetiese en oorerflike siektes te voorspel en te diagnoseer. Mediese kennis brei inderwaarheid vinniger uit as die mensdom se vermoë om daarvan gebruik te maak. Hierdie kennis bied betekenisvolle voordele aan kinders, ouers en die gemeenskap, maar plaas ook bykomende verantwoordelikhede op die mediese professie. Hand aan hand met verantwoordelikhede loop egter potensiële aanspreeklikheid en het gemelde mediese ontwikkelings derhalwe 'n verskeidenheid nuwe gronde vir wanpraktykseise na vore laat kom.

Amerikaanse regspraktisyns is gewoonlik aan die voorpunt om met nuwigheide op die gebied van siviele gedingvoering vorendag te kom.¹ 'n Goeie voorbeeld hiervan is die ontwikkeling van twee nuwe gedingoorsake voortspruitende uit die vorgeboortelike diagnostiese vermoëns van die geneeskunde en die reg om voortplanting te beheer deur middel van geboortebepערking of aborsie, naamlik aksies gebaseer op sogenaamde "wrongful birth" en "wrongful life". Volgens Louw² kan "wrongful life" wel as "onregmatige lewe" in Afrikaans vertaal word, maar sou so 'n vertaling gebrekkig wees omdat die lewe hier ter sprake bloot 'n toestand, die gevolg van 'n handeling is en as sodanig nie vir normatiewe oordele van onregmatigheid vatbaar is nie. Die suiwerste vertaling van "wrongful life" behoort na die mening van Louw³ iets te wees soos "onregmatige versuim om 'n

-
1. Strauss 1987:5.
 2. Louw, P.F. 1987b:199-200.
 3. Louw, P.F. 1987b:200.

potensieel gebreklige menselewe te voorkom."

Brownlie⁴ wys daarop dat die term "wrongful life" deur beide howe en akademici in 'n breë en eng sin gebruik word. In die breë sin sluit hierdie term eise vir onregmatige status ("wrongful status") en onregmatige lewensveroorsoeking ("wrongful birth, conception") in. Vervolgens word 'n kort beskrywing van die verskillende gedingoorsoeke wat ressorteer onder die term "wrongful life" in die breë sin, gegee, waarna in meer detail aandag geskenk word aan "wrongful life" in die eng sin en wel aan die hand van oorwegend Amerikaanse regspraak.

2. "Wrongful status"

Die term "wrongful life" het die eerste keer aanwending gevind in 'n 1963 Illinois appèlhofbeslissing waartydens 'n normale en welgeskape, maar buite-egtelike kind 'n eis ingestel het teen die persoon wat vir sy status as buite-egtelike kind verantwoordelik was, naamlik sy vader.⁵ Die hof het egter die aksie van die hand gewys, hoofsaaklik op grond van oorwegings van openbare beleid. Een argument teen die erkenning van onderhawige aksiegrond was die vrees dat 'n magdom eise daarna sou volg van buite-egtelike kinders en andere wat dienooreenkomstig ontevrede was met hul lewensomstandighede:

"One might seek damages for being born of a certain colour, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavoury reputation."⁶

4. Brownlie 1985:18.

5. Zepeda v Zepeda (1963) 41 Ill App 2d 240, 190 NE 2d 849; Louw, P.F. 1987b:200 wys daarop dat die beweerde nadeel wat in dié geval deur die eiser gely is, die sogenaamde emosionele trauma voortspruitende uit die stigma van sy buite-egtelikheid was.

6. Op 858.

3. "Wrongful conception" en "wrongful pregnancy"

Onderhawige eise word ingestel deur die ouers van 'n welgeskape, normale kind teen geneeshere, aptekers of vervaardigers van voorbehoedmiddels volgende op die verwekking van die kind nadat van defekte voorbehoedmiddels gebruik gemaak is of 'n onsuksesvolle sterilisasie-operasie deur die ouers ondergaan is.⁷ Werthmann⁸ wys daarop dat hoewel "onregmatige verwekking" as 'n gedingoorsaak in die VSA erken word, uiteenlopende standpunte bestaan betreffende die vraag of die koste verbonde aan die grootmaak van 'n ongewenste dog welgeskape kind in die verhaalbare skadevergoeding ingesluit behoort te word.

'n Aansienlike aantal howe in die VSA, Engeland en Wes-Duitsland het in onlangse hofbeslissings van die standpunt uitgegaan dat ouers geregtig is om die kostes verbonde aan die swangerskap en geboorte van die onbeplande kind van die verweerder te verhaal.⁹

7. Louw, P.F. 1987b:200.

8. Werthmann 1984:97.

9. Fabrenhorst 1986a:34 maak melding van die volgende wat hierby ingeslote is; skadevergoeding vir: (a) pyn en lyding gedurende swangerskap en geboorte; (b) verlies aan lone vir die moeder; (c) mediese onkoste; (d) geestespanning gely deur die ouers gedurende swangerskap en geboorte en (e) kostes verbonde aan 'n tweede sterilisasie operasie. In 'n Amerikaanse saak Sherlock v Stillwater Clinic 260 NW 2d 169, Minn 1977 is beslis dat 'n geneesheer wat sy pasiënt op 'n nalatige wyse adviseer omtrent die resultate van 'n post-vasektomie semen toets, aanspreeklik gehou kan word vir skadevergoeding veroorsaak deur die geboorte van 'n welgeskape, normale kind. Die hof het verder opgemerk dat moderne opvattinge betreffende gesinsgrootte verander het en dat die geboorte van 'n onbeplande kind dikwels nie meer beskou word as 'n "blessed event" nie; kyk ook Troppi v Scarf 187 NW 2d 511, Mich 1971 vir die aanspreeklikheid van 'n apteker wat nalatiglik 'n foutiewe geboortebeperkingsvoorskrif uitgemaak het.

In 'n Engelse saak Udale v Bloomsbury Area Health Authority¹⁰ is skadevergoeding ten bedrae van 9 025,20 pond aan die moeder van 'n onbeplande baba toegeken vir die pyn, lyding en angs verbonde aan die operasie en swangerskap en vir verlies aan inkomste. Skadevergoeding voortspruitende uit die eerste vier maande van swangerskap en vir die pyn en ongerief van 'n tweede sterilisasie ten bedrae van 1 500,00 pond is in Emeh v Kensington and Chelsea and Westminster AHA and Others¹¹ toegeken na die geboorte van 'n onbeplande kind. Die vader van 'n ongewenste baba is ook al in 'n Amerikaanse beslissing toegelaat om skadevergoeding te verhaal vir "the loss of comfort, companionship, consortium and services of his wife" gedurende swangerskap en onmiddellik na die geboorte van die kind.¹²

Soos reeds hierbo gemeld bestaan daar nie eenstemmigheid betreffende die vraag of skadevergoeding toegeken behoort te word vir die grootmaak, onderhoud en opvoeding van 'n ongewenste kind nie. Sommige howe baseer hul weiering vir die verhaal van onkoste verbonde aan die grootmaak van die kind op die volgende redes: (a) Oorwegings van openbare beleid; wat inhou dat kinders voordele vir hul ouers inhou wat in die oë van die reg altyd swaarder weeg as die verliese voortspruitende uit hul geboorte;¹³ (b) Die vrees bestaan dat die erkenning van sodanige skadevergoeding 'n las op die skouers van die geneesheer sal plaas wat buite verhouding is met sy werklike skuld; (c) Die gevaar bestaan dat geneeshere, in 'n poging om

10. Udale v Bloomsbury Area Health Authority [1983] 1 WLR 1098.

11. Emeh v Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority [1984] 3 All ER 1044.

12. Boone v Mullendore 416 SO 2d 718 Ala 1982, soos aangehaal deur Fahrenhorst 1986a:34.

13. In die bekende Amerikaanse saak, Shaheen v Knight 11 Pa D and C 2d 41, 45-46 (1957) word byvoorbeeld soos volg beslis: "We are of the opinion that to allow damage for the normal birth of a normal child is foreign to the universal public sentiment of the people ..."

finansiële aanspreeklikheid te vermy, onder druk geplaas sal word om aborsies in sodanige gevalle te magtig of uit te voer; (d) kritici waarsku ook teen die nadelige effek wat dit op die kind sal hê indien hy later moet uitvind dat 'n hof sy koms in die openbaar as sō ongewens verklaar het dat medici vir sy opvoeding moet betaal omdat hy as gevolg van hul nalatigheid in die wêreld gebring is.¹⁴

Werthmann¹⁵ wys daarop dat die neiging gedurende die vyftiger- en sestigerjare was om die verhaal van enige onkoste verbonde aan die grootmaak van 'n welgeskape kind te weier. Die beslissing van die Kaliforniese appèlhof in Custodio v Bauer¹⁶ verteenwoordig egter 'n verandering in die gedagterigting van die Amerikaanse howe betreffende die toekenning van onderhawige skadevergoeding. Hier is beslis dat skadevergoeding vir die uitvoering van 'n nalatige sterilisasie operasie die volgende moet insluit: (a) die onkoste verbonde aan die grootmaak van die onbeplande kind; (b) die onkoste van die onsuksesvolle sterilisasie prosedure; (c) enige geestelike en fisiese lyding wat die uitvoering van gemelde prosedure juis moes voorkom; (d) enige finansiële verlies vir die familie indien die moeder te sterwe sou kom of gebreklik gelaat word gedurende swangerskap of die bevalling; plus (e) enige ander verliese wat uit hoofde van die gewone deliksfomules verhaal kan word.

Selfs in lande soos Engeland¹⁷ en Wes-Duitsland¹⁸ het howe na aanleiding van die beslissings in die Amerikaanse howe 'n meer vrygewige houding begin inslaan met betrekking tot die verhaal van onkoste verbonde aan die grootmaak van 'n onbeplande kind.

14. Fahrenhorst 1986a:34-35.

15. Werthmann 1984:97.

16. Custodio v Bauer 59 Cal Rptr 463, Cal 1967.

17. Kyk byvoorbeeld Thake v Maurice [1986] 1 All ER 497.

18. Fahrenhorst 1986a:35.

Werthmann¹⁹ wys egter daarop dat howe in verskeie onlangse beslissings weer begin terug beweeg het na die standpunt waarvolgens die verhaal van laasgemelde skadevergoeding geweier word. Volgens haar beperk die meerderheid howe die toegekende skadevergoeding tot onkoste verbonde aan die swangerskap, geboorte en natuurlik, die nalatige sterilisasie, aborsie of diagnose van swangerskap.²⁰

3.1 Omvang van skadevergoeding

Die omvang van skadevergoeding is 'n kontroversiële vraagstuk vir die howe wat ten gunste van die toekenning daarvan beslis het. Dit is nie duidelik of die onkoste om die kind groot te maak slegs uit die allernodigste moet bestaan en of die verweerder 'n bedrag sal moet betaal gelykstaande aan die steun wat die ander kinders in die familie ontvang.²¹ Daar is al voorgestel dat die volgende faktore onder andere oorweeg moet word tydens vasstelling van die omvang van die skadevergoeding: (a) Die betrokke familie se geskiedenis; (b) hul lewensstandaard; (c) die geografiese ligging waar hul woonagtig is en (d) die onderhoudskoste van 'n kind op dieselfde vlak van gerief en sekuriteit wat 'n beplande kind in die eiser se familie sou ervaar het.²² Volgens die Wes-Duitse Federale Hooggeregshof kan volle skadevergoeding nie geëis word nie maar slegs die bedrag geld wat 'n biologiese vader sou moes betaal indien die kind buite-egtelik gebore is, plus 'n totaal som ("lump sum") vir sodanige dienste wat noodsaaklik is vir die versorging en grootmaak van die kind.²³

19. Werthmann 1984:97.

20. Werthmann 1984:104.

21. Fahrenhorst 1986a:36.

22. Mason v Western Pennsylvania Hospital 286 Pa Super 354, 372-73, 428 A 2d 1366, 1357 (1981), soos aangehaal deur Fahrenhorst 1986a:36.

23. Giesen en Fahrenhorst 1984:83; Fahrenhorst 1986a:36.

3.2 Posisie in Suid-Afrika

In die onlangse saak van Administrator, Natal v Edouard²⁴ is die appèlhof met die volgende feitestel gekonfronteer: In Augustus 1982 het die respondent se eggenote 'n kontrak met die Natal Provinsiale administrasie gesluit²⁵ waarvolgens 'n geneesheer van die administrasie by die geboorte van die egpaar se derde kind 'n sterilisasie-operasie op haar sou uitvoer. Die egpaar het dië besluit geneem omdat hulle nie finansieël in staat was om verdere kinders te onderhou nie. Die geneesheer het egter versuim om die operasie uit te voer en gedurende Januarie 1983 het die respondent se eggenote weer swanger geword en nege maande later geboorte geskenk aan 'n gesonde vierde kind.

In sy hoedanigheid as administrateur van die gemeenskaplike boedel stel die respondent vervolgens 'n skadevergoedingseis op grond van die kontrakbreuk teen die administrasie in en word skadevergoeding geëis vir:

- (a) die koste verbonde aan die onderhoud van die kind vanaf geboorte tot die ouderdom van agtien jaar; en
- (b) die ongerief, pyn, lyding en verlies aan lewensgenietinge wat deur die respondent se eggenote tydens die swangerskap en latere geboorte ervaar is.

In die hof a quo is die eis vir onderhoud toegestaan maar die eis vir ontasbare verlies ("non-patrimonial loss") van die hand gewys.²⁶ Appèl en teenappèl is vervolgens met verlof van die hof teen hierdie beslissing aangeteken.

24. Administrator, Natal v Edouard 1990(3) SA 581 (A).
 25. Sy is behoorlik hierin deur haar man bygestaan.
 26. Edouard v Administrator, Natal 1989(2) SA 368 (D).

In sy uitspraak wys die hof daarop dat dit die eerste keer is wat 'n Suid-Afrikaanse hof 'n beslissing moes vel oor 'n eis van hierdie aard. Hoewel sodanige eise in etlike buitelandse beslissings ter sprake gekom het, is dit uiteenlopend beantwoord en verder het die feite van die onderhawige geval verskil van dié in die buitelandse beslissings. Wat die buitelandse beslissings betref het die feite telkens gehandel oor 'n gepoogde sterilisasie wat om een of ander rede onsuksesvol was, terwyl die sterilisasie-operasie glad nie in onderhawige geval uitgevoer is nie. Die hof was egter die mening toegedaan dat die presiese wyse van kontrakbreuk wat tot die ongewenste swangerskap aanleiding gegee het nie weselik was nie en dat bogenoemde onderskeid dus irrelevant was.²⁷

Namens die appellant is aangevoer dat dit strydig met die openbare belang sou wees om 'n skadevergoedingsbedrag aan die respondent toe te ken, en wel op grond van die volgende beleidsoorwegings:

(a) Die geboorte van 'n normale en gesonde kind kan nie as 'n onreg teen die ouers beskou word nie.

(b) Uit 'n regsoogpunt is die geboorte van sodanige kind so 'n seënryke gebeurtenis dat die voordele van ouerskap die finansiële las heeltemal neutraliseer.²⁸

By monde van appèlregter Van Heerden word beide bogemelde oorwegings egter soos volg verwerp:

"In my view the concise answer to it is that the 'wrong' consists not of the unwanted birth as such, but of the prior breach of contract (or delict) which led to the birth of the child and the consequent financial loss. Put somewhat differently, the Bundesgerichtshof has succinctly said that, although an unwanted birth cannot as such constitute a 'legal

27. Vir 'n bespreking van hierdie saak, kyk De Waal 1990: 711-714.

28. De Waal 1990:713.

loss' (that is, a loss recognized by law) the burden of the parent's obligation to maintain the child is indeed a legal loss for which damages may be recovered."²⁹

en wat die tweede oorweging betref:

"If a patrimonial loss is claimed, the tangible benefits accruing as a result of a breach of contract or the commission of a delict (other than those excluded by an application of the maxim *res inter alios acta*) must obviously be brought into account. In other words, the monetary value of those benefits must be set off against the gross loss. It has, however, never been suggested that benefits of a non-pecuniary nature must also be 'subtracted' from a patrimonial loss. Nor is there any foundation for such a suggestion in our law."³⁰

Die hof wys daarop dat die geboorte van die ongewenste kind as sodanig nie onwelkom was nie, maar wel die bykomende finansiële las wat daardeur op die skouers van die ouers geplaas is. Daar kan ook nie in moderne omstandighede sonder meer aanvaar word dat die geboorte van 'n normale kind noodwendig 'n seëning is nie, laasgenoemde kan byvoorbeeld 'n dwelmverslaafde of 'n gewelddadige psigopaat word.³¹

Daar is verder ook namens die appellant betoog dat toekenning van die skadevergoedingsbedrag die effek sou hê dat die onderhoudspilig ten opsigte van die kind vanaf die respondent na die appellant sou verskuif. Hierdie argument word deur die hof verwerp wat dan ook die mening toegedaan is dat sodanige toekenning die respondent hoogstens in staat sal stel om hom van sy onderhoudspilig te kwyf; daar is dus nie sprake van 'n verskuiwing van laasgemelde plig nie.

29. Op 590 F.

30. Op 590 B-C.

31. De Waal 1990:713.

Die toekenning van die skadevergoedingsbedrag deur die hof a quo word derhalwe deur die appèlhof bevestig, onderworpe aan die kwalifikasie dat hierdie bevinding alleenlik van toepassing is op 'n geval waar die sterilisasie weens sosio-ekonomiese redes beplan is.³²

Wat betref die teenappèl teen die hof a quo se weiering om 'n bedrag vir ongerief, pyn, lyding en verlies aan lewensgenietinge toe te ken, kom die hof tot die gevolgtrekking dat daar geen sodanige gemeenregtelike gesag bestaan vir 'n standpunt dat ontasbare verlies ("intangible loss") *ex contractu* verhaal kan word nie.³³

"It follows that in so far as it was decided in the older cases relied upon by counsel for the respondent that a breach of contract may rise to a claim of damages in respect of physical inconvenience, they are in conflict with the general principles of our law. Such damages may not even be recovered by the Aquilian action unless, of course, the physical inconvenience was brought about by a bodily injury."³⁴

Die hof a quo se verwerping van die tweede eis word derhalwe ook bekragtig. Beide die appèl en die teenappèl word dus met koste van die hand gewys.

4. Onregmatige lewensvervoorsaking ("Wrongful birth")

In hierdie aksies word 'n geneesheer of ander genetiese raadgewer aangespreek deur die ouers van 'n kind wat met 'n genetiese afwyking gebore is. Hierdie afwyking kan of voor die konsepsie van die kind of na sy konsepsie maar voor sy geboorte vasgestel gewees het as die betrokke verweerder nie

32. De Waal 1990:714.

33. De Waal 1990:714.

34. Op 596 B

nalatig was nie.³⁵ Die ouers beweer hier dat indien hulle behoorlik ingelig was omtrent die gebrek wat die kind onder lede het, hulle sy geboorte sou voorkom het.³⁶ Die verskil tussen 'n "wrongful pregnancy or conception"-eis en 'n "wrongful birth"-eis is dat die kern van eersgemelde eis die swangerskap opsigself is, terwyl dit in laasgenoemde die afwesigheid van voldoende inligting omtrent die waarskynlike resultate van die swangerskap is.³⁷

4.1 Omvang van skadevergoeding

Hoewel "wrongful birth"-eise geredelik deur Amerikaanse howe toegestaan word, bly die toekenning van die gepaste omvang van skadevergoeding 'n twispunt.³⁸ Die howe is verdeeld oor die vraag of skadevergoeding beperk moet word tot die buitengewone mediese onkoste voortspruitende uit die kind se gebrek en of die ouers toegelaat moet word om skadevergoeding te eis vir die emosionele spanning wat hulle ondervind tydens die grootmaak van 'n gebrekkige kind.

In Becker v Schwartz,³⁹ wat 'n konsolidasie was van twee sake naamlik Becker v Schwartz en Park v Chessin, het die Appèlhof van New York beslis dat die ouers in beide sake geregtig was op skadevergoeding vir werklike uitgawes aangegaan om die kinders groot te maak en te behandel wat as gevolg van die geneesheer-verweerdere se nalatige genetiese raad gebore is. Skadevergoeding gebaseer op die ouers se emosionele spanning is egter van die hand gewys.

-
35. Louw, P.F. 1987:201; Strauss 1987:5; Werthmann 1984:109; Lehr en Hirsh 1983:199.
 36. Werthmann 1984:109; Lehr en Hirsh 1983:200.
 37. Werthmann 1984:109.
 38. Lehr en Hirsh 1983:200; Berman v Allen 80 NJ 421,404 A 2d 8 (1979); Jacobs v Thiemer 519 SW 2d 846 Tex 1975.
 39. Becker v Schwartz 46 NY 3d 401,413 NYS 3d 895 NY 1978.

In Berman v Allan⁴⁰ het die Hooggeregshof van New Jersey in die daaropvolgende jaar, 1979, beslis dat die ouers van 'n kind wat met Down se sindroom gebore is, skadevergoeding kan verhaal vir emosionele spanning maar nie vir die onkoste verbonde aan die grootmaak van dié kind nie. - In teenstelling met New York en New Jersey het drie ander jurisdiksies skadevergoeding vir "wrongful birth" beperk tot buitengewone mediese uitgawes.⁴¹

In Speck v Finegold⁴² het dit gegaan oor die geboorte van 'n kind met neurofibromatose⁴³ volgende op 'n nalatige sterilisasie en 'n nalatige aborsie. Die Pennsylvania Hooggeregshof het beslis dat die ouers alle onkoste verbonde aan die grootmaak van die kind asook skadevergoeding vir die "mental distress at having to be the parents of a defective, diseased child.", kan verhaal.

Volgens Strauss⁴⁴ is dit ondenkbaar dat 'n Suid-Afrikaanse hof 'n geneesheer sal beveel om skadevergoeding aan die kind of sy ouers te betaal in die vorm van onderhoud van die kind indien 'n sogenaamde "wrongful birth"-aksie wel vir beslissing sou voorgelê word. Gemelde outeur is egter die mening toegedaan dat die weiering van 'n eis vir onderhoud nie noodwendig 'n eis vir spesiale skadevergoeding deur die moeder van so 'n kind sal

40. Berman v Allen 404 A 2d 8 NJ 1979.

41. Moore v Lucas 405 50 2d 1022 Fla App 1981 - Florida; Turpin v Sortini 174 Cal Rptr 128 Ct App 1981 - Kalifornië; Jacobs v Theimer 519 SW 2d 846 Tex 1975 - Texas, soos aangehaal deur Werthmann 1984:111.

42. Speck v Finegold 439 A 2d 110 Pa 1981.

43. Neurofibromatose word soos volg omskryf in Dorland's Medical Dictionary 1981:886: "... characterized by developmental changes in the nervous system, muscles, bones and skin and marked superficially by the formation of multiple pedunculated soft tumors (neurofibromatomas) distributed over the entire body associated with areas of pigmentation." - Soos aangehaal deur Werthmann 1984:115.

44. Strauss 1984:200.

uitsluit nie.⁴⁵ Skadevergoeding vir die spesiale behandeling wat deur die gestremde kind se toestand genoodsaak is, behoort ook van die nalatige geneesheer verhaal te kan word. Of ons howe laasgemelde eis sal toestaan, kan egter nie in hierdie stadium met sekerheid gesê word nie.⁴⁶

5. Onregmatige lewensveroorsaking ("Wrongful life")

In hierdie geval word 'n aksie deur 'n gestremde kind teen 'n geneesheer of ander genetiese raadgewer ingestel.⁴⁷ Die eiser beweer dat die verweerder nalatiglik versuim het om die genetiese defek wat sy gebrek veroorsaak het, voor sy geboorte vas te stel en as gevolg daarvan is sy ouers die geleentheid ontnem om sy geboorte te voorkom.⁴⁸ Die kind beweer nie dat die nalatigheid van die verweerder sy gebrek veroorsaak het nie, maar dat dit sy geboorte, en derhalwe die gebrékkige toestand waarin hy verkeer, tot gevolg gehad het.⁴⁹ 'n Verdere bewering deur die eiser is dat hy hom in 'n swakker toestand bevind, naamlik dié van 'n lewe onderhewig aan die pyn en lyding, meebring deur sy gebrek, as waarin hy sou gewees het as die verweerder nie nalatig opgetree het nie. Dit is naamlik die toestand van nie-bestaan.⁵⁰

45. Strauss 1984:200 maak hier byvoorbeeld melding van verlies aan inkomste ten gevolge van die ongewenste swangerskap, pyn en lyding tydens geboorte en mediese- en hospitaalunkostes.

46. Strauss 1984:199; Die Hooggeregshof van Wes-Duitsland het ook al beslis dat die totale onkoste verbonde aan die grootmaak, opvoeding en versorging van 'n gestremde kind deur sy ouers verhaal kan word. In teenstelling met etlike Amerikaanse beslissings is skadevergoeding vir die emosionele pyn en lyding wat deur die daaglikse teenwoordigheid van 'n gestremde kind meebring word egter deur die Wes-Duitse Hooggeregshof van die hand gewys - kyk Giesen en Fahrenhorst 1984:83.

47. Lehr en Hirsh 1983:200.

48. Louw, P.F. 1987b:200; Werthmann 1984:116.

49. Fahrenhorst 1986b:62; Botkin 1988:1541.

50. Louw, P.F. 1987b:201.

Strauss⁵¹ wys daarop dat hoewel etlike "wrongful life" - aksies reeds in Suid-Afrika ingestel is, hulle almal buite die hof geskik is. In die VSA egter is onderhawige eis reeds by verskeie geleenthede voor die hof gebring, en vervolgens word kortliks gekyk na 'n paar van hierdie beslissings.

Die term "wrongful life" het vir die eerste keer op die regs-toneel verskyn in 1963 en wel in 'n Illinois Appêlhofspraak, Zepeda v Zepeda.⁵² In hierdie saak is die eis van 'n kind teen sy vader, wat vir sy status as buite-egtelike kind verantwoordelik was, van die hand gewys. - 'n Paar jaar later het Williams v State of New York⁵³ gevolg waarin die eiser gebore is volgende op die verkragting van sy moeder deur 'n mede-aangehoudene in 'n staatsbeheerde inrigting. Die kind het sy eis gebaseer op die bewering dat die inrigting nalatiglik versuim het om die aanval op sy moeder te voorkom. Die aksie word egter van die hand gewys omdat "... being born under one set of circumstances rather than another or to one pair of parents rather than another is not a suable wrong that is cognizable in court."⁵⁴

In Gleitman v Cosgrove⁵⁵ is die eerste onregmatige lewensvervoersaking-eis deur 'n gestremde kind ingestel. In hierdie saak het mev. Gleitman rubella⁵⁶ opgedoen tydens die eerste drie maande van haar swangerskap. Sy is egter die versekering gegee deur die verweerder-pediater dat die siekte geen nadelige gevolge vir haar ongebore kind ingehou het nie. Gegrond op hierdie advies het mev. Gleitman besluit om haar nie tot 'n aborsie te wend nie. Die kind is vervolgens met breinskade en

51. Strauss 1984:301.

52. Zepeda v Zepeda:240.

53. Williams v State of New York 276 NYS 2d 885, 223 NE 2d 343 NY 1966.

54. Soos aangehaal deur Lehr en Hirsh 1983:201.

55. Gleitman v Cosgrove 227 A 2d 689, NJ 1967.

56. Duitse masels.

ernstige gesig-, spraak- en gehoorgebreke gebore. Beide die ouers en die kind se onregmatige lewensverooraking-eise word egter deur die hof verwerp. Die hof voer aan dat menslike lewe nie met 'n toestand van nie-bestaan vergelyk kan word nie en verder dat enige menslike lewe, in welke vorm ook al, te verkies is bo nie-lewe. Die eiser kon om bogemelde redes volgens die hof geen skade of nadeel bewys nie en in elk geval was dit nie binne die vermoë van die hof om 'n bedrag skadevergoeding of genoegdoening te bepaal nie. Deur die eis te verwerp, was die hof van mening dat in ooreenstemming met die openbare beleid opgetree is.

In Stewart v Long Island College Hospital⁵⁷ het mev. Stewart op advies van haar geneesheer besluit om 'n terapeutiese aborsie te ondergaan nadat sy rubella gedurende 'n vroeë stadium van haar swangerskap opgedoen het. Die hospitaalpaneel wat by magte was om aborsies te gelas het egter teen die uitvoering daarvan besluit en vervolgens is die kind met sekere gebreke gebore. Die kind en die ouers het die hospitaal hierna aangespreek vir nalatigheid. Die eis van die kind word van die hand gewys op grond van onder andere die volgende redes:

"... there is no remedy for having been born under a handicap, whether physical or psychological, when the alternative to being born in a handicapped condition is not to have been born at all. To put it another way, a plaintiff has no remedy against a defendant whose offense is that he failed to consign the plaintiff to oblivion."⁵⁸

Die Hooggeregshof van New Jersey het in Berman v Allen⁵⁹ die ouers se aksie gegrond op onregmatige lewensverooraking toe-

57. Stewart v Long Island College Hospital 58 Misc 2d 432, 296 NYS 2d 41 (NY Sup Ct 1968).

58. Op 436.

59. Berman v Allen:8.

gestaan maar dié van die kind van die hand gewys. Die volgende opmerking word *inter alia* deur die hof gemaak betreffende laasgemelde aksie:

"We cannot ... say that she (die kind) would have been better off had she never been brought into this world ..."⁶⁰

Een van die faktore wat bygedra het tot die toestaan van 'n kind se onregmatige lewensveroorsakingsaksie in Park v Chessin⁶¹ was die liberale houding jeens vrugafdrywing tydens die eerste drie maande van swangerskap wat sedert die beslissing van Roe v Wade⁶² deur die Amerikaanse howe ingeneem is. Wat betref eersgemelde saak was die feite kortliks die volgende: In 1969 het mev. Park geboorte geskenk aan 'n kind wat aan 'n ernstige kongenitale siekte, te wete polisistiese niersiekte⁶³ gely het. Na die dood van die kind het die Park-egpaar by die verweerder-geneeshere vir advies aangeklop en is meegedeel dat die kwaal nie oorerflik is nie en dat die kans dat nog 'n kind van hulle met 'n soortgelyke gebrek gebore sou word, feitlik nul was. Handelende op hierdie advies is die eiser verwek en in 1970 is sy met dieselfde kwaal gebore.

Volgens Lehr en Hirsh⁶⁴ is die Park-beslissing veral om twee redes opmerkingswaardig. Die eerste is dat die hof die bepaling van skadevergoeding vir "wrongful life" vergelyk het met dié van pyn en lyding in 'n gewone deliksaksie. Hierdeur het die hof erkenning verleen aan 'n onregmatige lewensveroor-

60. Op 16.

61. Park v Chessin 387 NYS 2d 204, NY 1976.

62. Roe v Wade 410 US 113, 1973. In hierdie saak is 'n vrou se konstitusionele reg op vrugafdrywing vir die eerste keer erken.

63. Die simptome van hierdie kwaal is massas uitgroeisels aan die niere van die lyer.

64. Lehr en Hirsh 1983:203.

saking-eis as 'n geldige aksiegrond waarmee skadevergoeding verhaal kan word. Tweedens het die hof sy beslissing gebaseer op openbare beleid waardeur erkenning verleen is aan die verskuiwing wat daar besig was om plaas te vind in die openbare beleid, weg van voortplanting na geboortebepanking. Verder het die hof beklemtoon dat daar 'n regsplig op geneeshere rus om korrekte inligting betreffende die genetiese welsyn van hul ongebore kinders aan voornemende ouers oor te dra. Die mees omstrede bevinding van die hof was egter die erkenning van die ongeborene se sogenaamde "fundamental right to be born whole and functional" sonder dat enige gesag aangehaal of 'n noemenswaardige analise ter fundering daarvan weergegee is.⁶⁵

Die beslissing in Park v Chessin is egter in 1978 deur die New York Court of Appeals in Becker v Schwartz⁶⁶ verwerp. In laasgemelde saak het die hof teruggekeer na die tradisionele standpunt dat daar geen aksiegrond vir onregmatige lewensveroorstaking kan wees alvorens die skepping daarvan deur die wetgewer nie. Die hof het ook die opvatting herbevestig dat geregshoue nie die behoorlike forum is vir die bepaling van die vraag of 'n toestand van nie-bestaan te verkies is bo 'n lewe onderworpe aan sekere gebreke nie.

"Whether it is better never to have been born at all than to have been born with even gross deficiencies is a mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians."⁶⁷

65. Lehr en Hirsh 1983:203.

66. Becker v Schwartz:895. In hierdie saak was die eiser se moeder 37 jaar oud toe sy swanger geraak het. Die verweerder-geneesheer het haar aandag nie gevestig op die gevare verbonde aan swangerskap by ouer dames nie en die eiser is gevolglik met die sogenaamde Down-sindroom gebore.

67. Op 900.

Die aksie van die kind is in hierdie saak om onder andere die volgende redes verwerp: (a) Dit was vir die hof onaanvaarbaar dat onderliggend aan die kind se aksie die veronderstelling lê dat hy 'n negatiewe sosiale waarde het; (b) die ontbreking van 'n presedent vir die sogenaamde reg om gesond gebore te word; (c) die onmoontlikheid om skadevergoeding of genoegdoening te bepaal.⁶⁸

In Curlender v Bio-Science Laboratories⁶⁹ het die eiser se ouers, wetende dat hulle in 'n hoë-risiko groep met betrekking tot Tay-Sachs-siekte⁷⁰ ressorteer, die verweerder vir advies genader betreffende die wenslikheid van die verwekking van kinders van hul eie. As gevolg van die nalatige optrede van die verweerder is egter verkeerde inligting aan die eiser se ouers verskaf en is hy gebore met gemelde siekte onder lede.

Die kind se aksie word deur die Kaliforniese appèlhof erken wat bevind dat daar nie plek vir die metafisika en godsdiens in die beslissing van "wrongful life"-eise is nie. Die hof het bevind dat die vraag nie is of 'n kind 'n reg het om nie gebore te word nie, maar of hy 'n reg het om skadevergoeding te eis vir pyn en lyding.

"The reality of 'wrongful life' concept is that such a plaintiff both exists and suffers, due to the negligence of others. It is neither necessary nor just to retreat into meditation on the mysteries of life ... The certainty of genetic impairment is no longer a mystery. In addition, a reverent appreciation of life compels recognition that plaintiff, however impaired she may be, has come into existence as a living person with certain rights."⁷¹

68. Louw, P.F. 1987b:203.

69. Curlender v Bio-Science Laboratories 106 Cal App 3d 811, 165 Cal Rptr 477 (Cal Dist Ct App 1980).

70. Simptome van hierdie toestand sluit die volgende in: blindheid, breinfunksieverlies en progressiewe spastiese verlamming.

71. Op 488.

Die hof was verder van mening dat dit onnodig is om die kind se gebrekkige lewe met die toestand van nie-bestaan te vergelyk en het eerder die klem geplaas op die nadelige posisie waarin hy verkeer as gevolg van die beweerde nalatigheid van die verweerder.

Wat skadevergoeding betref het die hof beslis dat die eiser wel daarop geregtig was op grond van die nalatigheid van die verweerder wat veroorsaak het dat sy met sekere gebreke gebore is. Die omvang van die skadevergoeding is beperk tot pyn en lyding verduur gedurende die beperkte lewensduurte van so 'n kind, wat in hierdie geval vier jaar was, asook enige spesiale geldelike verlies voortspruitende uit die gebrekkige toestand. Die hof het verder beslis dat sogenaamde "punitive damages" ook toegestaan kan word. - In teenstelling met die standpunt ingeneem deur die hof in die gewysdes hierbo genoem, was die bepaling van die omvang van skadevergoeding dus nie vir die onderhawige hof 'n onoorkomlike probleem nie. Dit is naamlik gedoen deur die pyn en lyding wat die eiser lewenslank sou ervaar, te kwantifiseer.

In 1982 het die Kaliforniese Supreme Court, in Turpin v Sortini,⁷² die eerste hooggeregshof van 'n Amerikaanse staat geword om 'n onregmatige lewensveroorsaking-eis te erken. Hier is 'n aksie ingestel teen 'n geneesheer nadat hy nalatig versuim het om 'n oorerflike gehoorgebrek by die eiser se ouer suster te diagnoseer. Steunende op hierdie foutiewe diagnose het die Turpin-egpaar die eiser verwek wat dan ook later gebore is met dieselfde gehoorgebrek waaraan hul ouer kind gelyk het. Die eiser se ouers het beweer dat indien die korrekte inligting omtrent hul eerste kind se probleem aan hulle oorgedra is, die tweede kind (eiser) nie deur hulle verwek sou gewees het nie. Hulle het verder beweer dat as

72. Turpin v Sortini 31 Cal 3d 220, 643 P 2d 954 (1982).

gevolg van die verweerder se nalatigheid, is die eiser

"deprived of the fundamental right of a child to be born as a whole, functional human being without total deafness, all to her general damages."73

Betreffende die vraag of die menslike lewe ooit as 'n benadeling vanuit 'n regsoogpunt beskou kan word, het die hof die volgende standpunt ingeneem: Die beleidsoorweging dat die toestaan van die "wrongful life"-aksie inbreuk sal maak op die sogenaamde "sanctity of life"-beginsel is regstreeks deur die hof verwerp:

"It is hard to see how an award of damages to a severely handicapped or suffering child would 'disavow' the value of life or in any way suggest that the child is not entitled to the full measure of legal and nonlegal rights and privileges accorded to all members of society."74

Die hof het ook daarop gewys dat hoewel die regstelsel die hoogste moontlike waarde op die menslike lewe plaas, dit nie korrek is om te beweer dat 'n gebrekkige lewe altyd te verkies is bo 'n toestand van nie-bestaan nie. Daar is verder bevind dat elke ongeborene 'n keuse het om te lewe of nie te lewe nie en dat hierdie keuse deur die ongeborene se ouers namens hom uitgeoefen word. Wanneer daar derhalwe noodsaaklike inligting van die ouers weerhou word waarop hulle 'n besluit omtrent die kind se welstand kan baseer, word beide die ouers en die ongebore kind benadeel.

Die hof was egter ad idem met vorige hofbeslissings wat dit onmoontlik gevind het om skadevergoeding te bepaal gebaseer op 'n vergelyking tussen lewe en 'n toestand van nie-bestaan. In teenstelling met ander howe is hierdie probleem egter nie be-

73. Turpin v Sortini 174 Cal Rptr 128 (Cal Dist Ct App 1981):129.

74. Op 961-962 van die Hooggeregshofbeslissing.

skou as 'n rede om die eis geheel en al te belet nie. In stede daarvan is dit bloot beskou as 'n rede om die verhaalbare skadevergoeding te beperk tot buitengewone uitgawes vir gespesialiseerde onderwys, oefening- en gehoortoerusting wat vir die versorging van die eiser as 'n gebrekklike mens noodsaaklik sou wees.⁷⁵

Die tweede hooggeregshof wat 'n onregmatige lewensveroorsaking-eis aan 'n kind toegestaan het was diē van die staat Washington in Harbeson v Parke-Davis Incorporated.⁷⁶ Hierdie saak het gehandel oor twee kinders wat met sogenaamde "fetal hydantoin syndrome"⁷⁷ gebore is as gevolg van die feit dat hul moeder die geneesmiddel Dilantin⁷⁸ gedurende beide swangerskappe gebruik het. Die verhoorhof het bevind dat mev. Harbeson haar geneeshere by verskeie geleenthede uitgevra het omtrent die gevare verbonde aan die inname van Dilantin gedurende swangerskap en dat hulle nalatig versuim het om 'n literatuur nasporing uit te voer of om ander bronne te raadpleeg betreffende die onderhawige onderwerp. In navolging van die beslissing in Turpin v Sortini⁷⁹ het die Supreme Court van Washington bevind dat die "sanctity of life"-beginsel nie 'n onregmatige lewensveroorsaking-eis belet nie maar dat die onmoontlikheid om 'n vergelyking te tref tussen die toestand van menslike lewe en diē van nie-bestaan vereis dat skadevergoeding beperk moet word tot werklike uitgawes, en wel tot die mate wat dit die onkoste verbonde aan die grootmaak van twee normale kinders te bowe gaan.⁸⁰

-
75. Die eis vir algemene skadevergoeding is dus deur die hof verwerp en diē vir spesiale skadevergoeding is toegestaan.
76. Harbeson v Parke Davis Incorporated 98 Wash 2d 460, 656 P 2d 483 (1983).
77. Een van hierdie afwyking se simptome is byvoorbeeld ernstige verstandelike vertraging.
78. 'n Anti-konvulsiewe middel.
79. Turpin v Sortini:954.
80. Vir 'n volledige bespreking van die Harbeson-saak kyk Skonick 1985:283-298.

In Procanik v Cillo⁸¹ het ook die New Jersey supreme court 'n "wrongful life"-eis erken. Die eiser in hierdie saak het gely aan aangebore rubella-sindroom. Sy moeder het rubella opgedoen gedurende die eerste trimester en, as gevolg van 'n foutiewe interpretasie van die toetse wat op haar uitgevoer is, is sy deur haar geneesheer verseker dat daar niks met haar skort nie en is die swangerskap derhalwe nie onderbreek nie.

Die hof in casu was nie beïndruk met die logiese of filosofiese probleme wat ander howe verhinder het om erkenning te verleen aan onderhawige aksie nie. Die standpunt is ingeneem dat hoewel logika noodsaaklik is in die reg, dit nie instrument van ongeregtigheid moet word nie, en deur die kind se eis van die hand te wys terwyl dië van die ouers⁸² toegelaat word sou ongetwyfeld onregverdig wees. Verder het die hof ontken dat die uitspraak afhanklik was van 'n bevinding dat die menslike lewe geen waarde het nie, maar dat dit eerder 'n reaksie was op "... the call of the living for help in bearing the burdens of their affliction". In ooreenstemming met die uitsprake in die Turpin⁸³- en Harbeson⁸⁴-sake was hierdie hof ook nie bereid om algemene skadevergoeding toe te staan nie, maar wel spesiale skadevergoeding.

In 1986 is hierdie neiging tot die erkenning van die "wrongful life"-aksie egter gestuit deur die beslissings van die hoogeregshof van Pennsylvania⁸⁵ en Illinois.⁸⁶ In beide state is beslis dat kinders met aangebore gebreke nie uit hoofde van 'n "wrongful life"-aksie skadevergoeding kan verhaal nie, omdat:

-
81. Procanik v Cillo 97 NJ 339, 478 A 2d 755 (1984).
 82. Hier is die eis vir skadevergoeding van die ouers in hul meegaande "wrongful birth"-aksie ter sprake.
 83. Turpin v Sortini:954.
 84. Harbeson v Parke-Davis Incorporated:483.
 85. Ellis v Sherman 575 A 2d 1327 Pa 1986.
 86. Goldberg v Rushkin 113 Ill 2d 482, 499 NE 2d 406 Ill 1986.

(a) die hof nie kon bepaal of die kind beter daaraan toe sou gewees het indien hy nooit gebore is nie, (b) die verweerder-geneeshere nie sy gebrek veroorsaak het nie, en (c) dit onmoontlik was om skadevergoeding te bepaal.⁸⁷

Lehr en Hirsh⁸⁸ wys dan ook daarop dat die huidige regsposisie in die VSA is dat die hof nie die "wrongful life"-aksies erken nie aangesien van die standpunt uitgegaan word dat selfs 'n lewe met gebreke te verkies is bo 'n toestand van nie-bestaan.⁸⁹

In 'n Engelse saak, McKay v Essex Area Health Authority⁹⁰ het die eiser se moeder vermoed dat sy rubella tydens haar swangerskap opgedoen het. Sy het haar geneesheer hieroor geraadpleeg en hy het 'n bloedmonster geneem wat as gevolg van verskeie beweerde nalatige handeling deur laasgenoemde en die betrokke hospitaal se toetseenheid, foutiewelik ontleed is. Die diagnose was derhalwe dat mev. McKay nie rubella onder lede het nie en geen korrektiewe behandelingsmetodes is aanbeveel nie. Die eiser is toe later met ernstige ontwikkelingsgebreke gebore.

Die hof het die "wrongful life"-aksie van die kind verwerp en in sy beslissing beklemtoon dat daar in die Engelse reg geen statutêre erkenning vir hierdie aksie bestaan nie. Die hof het verder daarop gewys dat die reg insake onregmatige dade gepleeg teen ongebore kinders in 1976 gekodifiseer is⁹¹ en

87. Botkin 1988:1543.

88. Lehr en Hirsh 1983:206.

89. Hoewel dié aksie in Kalifornië, Washington en New Jersey erken is, is dit in Alabama, Michigan, Texas, Wyoming, Noord-Carolina, Florida, Illinois, New Hampshire en Pennsylvania verwerp. - Kyk Louw, P.F. 1987b:204 en die sake daar deur hom aangehaal.

90. McKay v Essex Area Health Authority [1982] 2 All ER 771.

91. "Congenital Disabilities (Civil Liability) Act", 1976.

dat die regs kommissie wat vir die voorbereiding van die wetgewing verantwoordelik was, aanbeveel het dat sogenaamde onregmatige lewensveroorsaking nie as 'n eisoorzaak erken behoort te word nie.⁹² Omdat die sogenaamde "right to be born whole and functional" nie in hierdie beslissing erken is nie, was die hof van mening dat daar nie geredeneer kan word dat die geneesheer 'n plig teenoor die gebreklieke fetus het om die swangerskap te beëindig nie.

Louw⁹³ wys daarop dat 'n mens, in die lig van regter Stephenson se sterk bewoorde uitspraak in bogemelde saak, kan verwag dat die "wrongful life"-aksie sy eerste en laaste verskyning in die Engelse forum gemaak het.

5.1 Redes aangevoer vir die verwerping van die sogenaamde "wrongful life"-aksie

Soos reeds hierbo aangetoon het die oorgrote meerderheid van die hofe wat standpunt moes inneem oor die lewensvatbaarheid van die "wrongful life"-aksie, dit van die hand gewys. Redes wat aangevoer word vir die verwerping van hierdie kontroversiële aksie sluit die volgende in:

5.1.1 Berekening van skadevergoeding of genoegdoening

Die berekening van die omvang van "damages"⁹⁴ was tot op hede 'n groot struikelblok tot die erkenning van die "wrongful life"-aksie deur buitelandse hofe.⁹⁵ In onderhawige aksie

92. Weir 1982:226; Louw, P.F. 1987b:204-205.

93. Louw, P.F. 1987b:204.

94. Louw, P.F. 1987b:211 wys daarop dat "general damages" grootliks ooreenstem met ons begrip, genoegdoening, terwyl "special damages" as skadevergoeding beskou kan word.

95. Werthmann 1984:116; Lehr en Hirsh 1983:200; Fahrenhorst 1986b:63.

berus die berekening van "damages" op 'n vergelyking tussen die menslike lewe, onderworpe aan 'n sekere gebrek, met die toestand van nie-bestaan. Aangesien niemand oor eerstepandse inligting beskik betreffende die toestand van nie-bestaan nie, het sommige howe dit onmoontlik gevind om die omvang van die nadeel wat die eiser gely het, te bereken.⁹⁶ Selfs die howe wat bereid was om erkenning te verleen aan die kind se aksie, het slegs "special damages" en geen "general damages" toege staan.⁹⁷

5.1.2 Openbare beleid

Verskeie howe baseer hul verwerping van die "wrongful life"-aksie op die feit dat dit in stryd met die openbare beleid is. Hiervolgens word die menslike lewe, selfs in 'n gebrekklike toestand, as kosbaar beskou en kan dit nie *per se* 'n benadeling wees of nadeel inhou nie.⁹⁸ Beskou vanuit hierdie oogpunt beteken dit ook verder dat die menslike lewe, ongeag die kwaliteit daarvan, te verkies is bo 'n toestand van nie-bestaan.

Regter Stephenson laat hom soos volg hieroor uit in die Engelse saak McKay v Essex Health Authority:⁹⁹

"... it could not be suggested that the quality of her life is such that she is certainly better dead, or would herself wish that she had not been born ... to impose such a duty towards the child would, in my opinion, make a further inroad into the sanctity of human life which would be contrary to public policy"

-
96. Capron 1979:648 is egter van mening dat hierdie argumente betreffende die berekening van skadevergoeding meer op regspolitiese oorwegings as logika gebaseer is.
97. Turpin v Sortini:954; Harbeson v Parke-Davis, Incorporated:483; Procanik v Cillo:755.
98. Louw, P.F. 1987b:208; Werthmann 1984:116.
99. McKay v Essex Health Authority:902 A-C.

en in Berman v Allen¹⁰⁰ word beslis:

"One of the most deeply held beliefs of our society is that life - whether experienced with or without a major physical handicap - is more precious than non-life ... Plaintiff, by virtue of her birth, will be able to love and be loved and to experience happiness and pleasure - emotions which are truly the essence of life and which are far more valuable than the suffering she may endure. To rule otherwise would require us to disavow the basic assumption upon which our society is based. This we cannot do."

In Park v Chessin¹⁰¹ was die hof egter van mening dat daar 'n verskuiwing plaasgevind het in die openbare beleid van die Amerikaanse gemeenskap, en wel weg van voortplanting in die rigting van geboortebepanking. Hierdie gedagterigting het dan ook inslag gevind in Curlender v Bio-Science Laboratories¹⁰² waar beslis is dat:

"Public Policy, as perceived by most courts, has been utilised as the basis for denying recovery. In same fashion, a deeply held belief in the sanctity of human life has compelled some courts to deny recovery to those among us who have been born with serious impairment. But the dissents along the way demonstrate that there is no universal acceptance of the notion that 'metaphysics' or 'religious beliefs' rather than the law should govern the situation."

en in Turpin v Sortini¹⁰³ word selfs 'n meer besliste houding ingeneem oor die sogenaamde verskuiwing in die openbare beleid:

"... while our society and our legal system unquestionably place the highest value on all human life, we do not think that it is accurate to suggest that this states' public policy establishes - as a matter of law - that under all circumstances 'impaired life'

100. Berman v Allen:12.

101. Park v Chessin 60 AD 2d 80, 400 NYS 2d 110 (NY App Div 1977).

102. Curlender v Bio-Science Laboratories:486.

103. Turpin v Sortini:962.

is preferable to 'non-life' ... Considering the short life-span of many of these children and their frequently very limited ability to perceive or enjoy the benefits of life, we cannot assert with confidence that in every situation there would be societal consensus that life is preferable to never having been born at all."

5.1.3 Afwesigheid van 'n regsplig en 'n kousale verband

Benewens bogemelde twee gronde waarop howe hul verwerping van die "wrongful life"-aksie baseer, bestaan daar ook ander redes wat aangevoer word vir die nie-erkenning daarvan, byvoorbeeld: (a) Die afwesigheid van 'n regsplig tussen die geneesheer en die ongebore eiser;¹⁰⁴ en (b) die afwesigheid van 'n kousale verband tussen die beweerde nalatigheid van die geneesheer

104. Louw, P.F. 1987b:206-207 wys daarop dat die vraag gevra moet word of die geneesheer 'n plig teenoor die ongebore eiser het om te voorkom dat laasgenoemde gebore word. Hoewel die geneesheer volgens gemelde outeur 'n "versigtigheidsplig" teenoor die ouers mag hê, is dit 'n totaal ander vraag of hy 'n plig teenoor die ongeborene kan hê om laasgenoemde se lewe te termineer. Louw gaan verder deur te sê dat 'n regsplig teen 'n ongeborene erken kan word, wat sou inhou dat die persoon wat met die regsplig belas is, in dié geval die geneesheer, sorg moet dra om nie die ongeborene te benadeel nie. Die kind behoort dus slegs met sy "wrongful life"-aksie te slaag indien aanvaar word dat die menslike lewe as sodanig 'n benadeling kan wees, aangesien die gevolg van die geneesheer se beweerde nalatigheid juis die feit is dat die eiser lewe, hoewel met 'n sekere gebrek. - Daar moet egter in gedagte gehou word dat Louw die aan- of afwesigheid van bogemelde regsplig beredeneer vanuit die oogpunt van die Engelse en Amerikaanse reg insake "torts" gebaseer op nalatigheid waarvan die primêre uitgangspunt die sogenaamde "duty to take care" is; kyk ook Chapman 1982:227; Fahrenhorst 1986b:63; Botkin 1988: 1543-1544.

en die nadeel deur die eiser gely.¹⁰⁵

5.1.4 Regspolitiese oorwegings

Louw¹⁰⁶ wys verder daarop dat sekere regspolitiese oorwegings ter sprake kom tydens oorweging van die vraag of 'n kind se aksie gegrond op onregmatige lewensvervoorsaking erken behoort te word. Teenstanders van die aksie argumenteer byvoorbeeld dat geneeshere uit vrees vir privaatregtelike aanspreeklikheid daartoe beweeg sal word om doelbewus stappe te neem wat tot die beëindiging van die ongeborene se lewe sal lei, indien daar slegs 'n geringe moontlikheid bestaan dat laasgenoemde 'n gebrek onder lede het.¹⁰⁷ Die vrees bestaan ook dat die erkenning daarvan tot 'n vloedgolf litigasie aanleiding kan gee.¹⁰⁸

Indien die "wrongful life"-aksie teen hospitale en geneeshere erken word, moet dit dan nie ook teen moeders toegestaan word wat, wetende dat hul kinders met sekere gebreke gebore kan word, verkies om nie 'n aborsie te ondergaan nie? Veronderstel 'n moeder gebruik tabak, alkoholiese drank of verdowingsmiddels

105. Lehr en Hirsh 1983:200; Fahrenheit 1986b:63; Volgens Louw, P.F. 1987b:208 neem die meerderheid skrywers die standpunt in dat indien die eiser se ouers beweer dat hulle sy lewe sou voorkom het as hulle van sy gebrek kennis gedra het, die geneesheer wel die oorsaak van die eiser se lewe is. Verder: slegs indien verklaar kan word dat die eiser se lewe so ondraaglik as gevolg van 'n sekere gebrek is dat hy eerder 'n toestand van nie-bestaan verkies, kan die kousaliteitsvraag gevra word. Die kernvraag of 'n menslike lewe op sigself 'n benadeling kan wees sal dus weer eens die bepalende faktor in die kind se "wrongful life"-aksie wees. Louw, op 211, wys egter daarop dat nog geen hof tot dusver bereid was om te beslis dat die menslike lewe per se 'n benadeling kan wees nie.

106. Louw, P.F. 1987b:211.

107. Louw, P.F. 1987b:211.

108. Lehr en Hirsh 1983:201; Louw, P.F. 1987b 211.

tydens swangerskap en haar kind word as gevolg hiervan met sekere gebreke gebore; sou die kind in sodanige geval 'n "wrongful life"-eis teen sy ouers kan instel?¹⁰⁹

In Curlender v Bio-Science Laboratories¹¹⁰ is byvoorbeeld obiter bevind:

"If a case arose where, despite due care by the medical profession in transmitting the necessary warnings, parents made a conscious choice to proceed with a pregnancy, with full knowledge that a seriously impaired infant would be born, that conscious choice would provide an intervening act of proximate cause to preclude liability insofar as defendants other than the parents were concerned. Under those circumstances, we see no sound policy which should protect those parents from being answerable for the pain, suffering and misery which they have wrought upon their offspring."

In Grodin v Grodin¹¹¹ is 'n kind se eis teen sy moeder toegestaan nadat sy nalatiglik versuim het om behoorlike voor-geboortelike behandeling te ondergaan.¹¹²

Die reaksie van die Kaliforniese wetgewer op die denkrigting wat in die Curlender-saak ingeslaan is, was om "wrongful life"-aksies deur kinders teen hul ouers te verbied.¹¹³

Opsommenderwys blyk dit dus dat die "wrongful life"-aksie deur die meeste oorsese howe verwerp word aangesien die mening gehuldig word dat selfs 'n lewe onderworpe aan sekere gebreke te verkies is bo 'n toestand van nie-bestaan. Volgens Botkin¹¹⁴ sal die verwerping van die onregmatige lewensveroor-

109. Skolnick 1985:290; Fahrenhorst 1986b:63.

110. Curlender v Bio-Science Laboratories:820.

111. Grodin v Grodin 301 NW 2d 869 (Mich App 1981).

112. Die kind se tande is hier beskadig omdat sy moeder "tetracycline" tydens haar swangerskap ingeneem het.

113. Botkin 1988:1545.

114. Botkin 1988:1545.

saking-eis nie die verantwoordelikheid van geneeshere vermindert om akkurate en tydige voorgeboortelike voorligting aan ouers te verskaf nie, maar sal dit die tradisionele respek waarmee die Amerikaanse regsisteem die intrinsieke waarde van die menslike lewe bejeën het, herbevestig. Gemelde outeur huldig die mening dat dit nie tot die voordeel van kinders met gebreke sal strek indien die konsep van 'n lewe sonder waarde verdere ontwikkeling ondergaan nie.¹¹⁵

6. Posisie in Suid-Afrika

Strauss¹¹⁶ wys daarop dat in vergelyking met die VSA, betreklik min wanpraktykseise teen geneeshere voor Suid-Afrikaanse howe gebring word. 'n Beduidende aantal van hierdie eise word dan ook buite die hof geskik. Hoewel daar reeds etlike "wrongful life"-aksies ingestel is, is hulle almal geskik. Strauss¹¹⁷ is egter nie oortuig dat hierdie aksie sal slaag indien dit wel voor 'n Suid-Afrikaanse hof gebring sou word nie, hoofsaaklik vanweë probleme rakende kousaliteit.

Brownlie¹¹⁸ daarenteen huldig die mening dat die deliktuele beginsels van die Suid-Afrikaanse reg buigsaam genoeg is om die "wrongful life"-aksie te akkommodeer sonder die noemenswaardige versteuring van enige beginsel. Volgens gemelde outeur kan hierdie aksie deur ons howe erken word en sal die eiser in sodanige geval met die *actio legis Aquiliae* ageer.¹¹⁹

Louw¹²⁰ wys daarop dat dit onwaarskynlik is dat onderhawige

-
- 115. Botkin 1988:1545.
 - 116. Strauss 1984:301.
 - 117. Strauss 1984:199-200.
 - 118. Brownlie 1985:33.
 - 119. Brownlie 1985:33.
 - 120. Louw, P.F. 1987b:201-202.

aksie in die afsienbare toekoms in Suid-Afrika oorweeg sal word, gesien in die lig van ons howe se ongeneentheid om die aanspreeklikheid van ons geneeshere uit te brei. Gemelde outeur argumenteer dat erkenning van die kind se "wrongful life"-aksie sou inhou dat die ouer se voortplantingskeuse ontken moet word, iets wat regspolitities onhoudbaar is.

HOOFSTUK 7

VERWERE

In hierdie hoofstuk word aandag geskenk aan moontlike verwere wat deur die geneesheer aangevoer kan word indien hy aangespreek word vir een of ander vorm van nalatige optrede teen sy pasiënt of ander persoon. Indien sodanige verweer gehandhaaf word, sal dit met ander woorde meebring dat die betrokke geneesheer se aanspreeklikheid uitgesluit word.

1. Toestemming tot benadeling (*volenti non fit iniuria*)

In 'n vorige hoofstuk is reeds daarop gewys dat die verkryging van 'n pasiënt se toestemming 'n noodsaaklike voorvereiste vir die uitvoering van enige vorm van mediese behandeling is.¹ Indien 'n persoon regsgeldig tot die aantasting van sy fisies-psigiese integriteit toegestem het, word sodanige aantasting as regmatig beskou.² Hierdie beginsel word vervat in die stelreël *volenti non fit iniuria*. Deur die toestemming het die reghebbende sy reg teenoor die dader laat vaar of ingeperk.³

Benewens onderhawige verweer van toestemming tot benadeling bestaan daar volgens Van der Merwe en Olivier⁴ die verdere verweer van toestemming tot risiko van benadeling wat net soos eersgenoemde tuisgebring kan word onder die stelreël *volenti non fit iniuria*. Hoewel dié twee verwere baie nā aan mekaar lê, verskil hulle tog insoverre 'n persoon byvoorbeeld nie

1. Kyk hoofstuk 5 hierbo.

2. Neethling 1979:101; Van der Merwe en Olivier 1985:89; Macintosh en Norman-Scoble 1970:55; Bosman en Hosten 1979:500.

3. Van der Merwe en Olivier 1985:89; Neethling 1979:101.

4. Van der Merwe en Olivier 1985:96 ev.

regsgeldig tot ernstige liggaamlike verminking kan toestem nie, maar wel tot die risiko van sodanige verminking.⁵ 'n Persoon wat dus ten volle bewus is dat die optrede van 'n ander die risiko van benadeling vir hom inhou en hy desnieteenstaande toestem om gemelde risiko te loop, word geag dat hy tot daardie mate van sy reg afstand gedoen het en die verweerder se handeling, indien die risiko materialiseer en die toestemmende party benadeel word, is nie onregmatig nie.⁶

Indien 'n pasiënt dus toestem tot die uitvoering van 'n gevaarlike operasie op hom wat tot die intrede van moontlike of waarskynlike nadelige komplikasies aanleiding kan gee, aanvaar hy die risiko dat hy as gevolg daarvan kan sterf en word die geneesheer van alle aanspreeklikheid onthef, mits hy natuurlik nie nalatig was nie.⁷

Benewens die normale, tradisionele vereistes waaraan die pasiënt se toestemming moet voldoen om as regsgeldig beskou te word, moet dit vasstaan dat:

"... the risk was known, that it was realized, and that it was voluntarily undertaken. Knowledge, appreciation, consent - these are the essential elements, but knowledge does not invariably imply appreciation, and both together are not necessarily equivalent to consent."⁸

-
5. Van der Merwe en Olivier 1985:96-97; bv. 'n bokser wat die risiko aanvaar dat hy tydens 'n geveg beseer kan raak of 'n pasiënt wat toestem tot behandeling waaraan sekere risiko's verbonde is. Appèlregter Schreiner laat hom soos volg uit in Lampert v Hefer 1955(2) SA 507 (A):508 oor die regverdigingsgrond van **volenti non fit iniuria**: "... it is usual to include in the defence **volenti non fit iniuria**, or, as I call it for convenience, consent, cases of voluntary acceptance of risk as well as cases of permission to inflict intentional assaults upon oneself, as in the case of surgical operations."
 6. Bosman en Hosten 1979:500.
 7. Bosman en Hosten 1979:500; Van der Merwe en Olivier 1985:97; MacIntosh en Norman-Scoble 1970:56; Esterhuizen v Administrator, Transvaal:711; Stoffberg v Elliot:148; Ex Parte Dixie:748.
 8. Per Hoofregter Innes in Waring and Gillow Ltd v Sherborne 1904 TS 340:344.

Strauss en Strydom⁹ wys daarop dat die vraag of 'n geneesheer wat 'n pasiënt op nalatige wyse behandel het, aanspreeklikheid kan vryspring deur hom op die pasiënt se vrywillige aanvaarding van risiko te beroep, nog nie in 'n Suid-Afrikaanse hof ter sprake gekom het nie. Die outeurs gee egter in oorweging dat 'n geneesheer hom nie op *volenti non fit iniuria* sou kon beroep indien sy pasiënt deur sy nalatige optrede skade berokken word nie.¹⁰ Toestemming tot risiko van benadeling kan dus slegs as verweer aangevoer word indien die risiko verbonde aan die betrokke behandeling gerealiseer het ten spyte van die feit dat die geneesheer gehandel het ooreenkomstig voorgeskrewe en aanvaarde standaarde.

Die resposisie in die VSA betreffende *volenti non fit iniuria* stem ooreen met dié in Suid-Afrika, naamlik dat 'n pasiënt onder geen omstandighede toestem tot risiko van nalatige mediese behandeling nie.¹¹ Byvoorbeeld: X-straalbehandeling kan brandwonde veroorsaak sonder dat enige nalatigheid tydens die toediening daarvan betrokke was. 'n Pasiënt wat toestem tot gemelde behandeling nadat hy omtrent die risiko's daaraan verbonde ingelig is en daarna inderdaad brandwonde opdoen, word geag tot die voorkoms van sodanige brandwonde toe te gestem het in die afwesigheid van nalatigheid aan die kant van die persoon wat die behandeling behartig het.¹²

In hoofstuk vyf is reeds melding gemaak van die feit dat die verkryging van die pasiënt se toestemming vir 'n mediese ingrepe nie altyd vereis word nie; daar kan selfs in sommige gevalle teen sy uitdruklike wil opgetree word:

-
9. Strauss en Strydom 1967:317.
 10. Strauss en Strydom 1967:320.
 11. Shartel en Plant 1959:154; Holder 1978:310.
 12. Facer v Lewis 40 NW 2d 692, Ohio 1951.

1.1 Noodtoestand

Volgens Neethling¹³ is noodtoestand aanwesig: "wanneer die dader deur oormag in so 'n posisie geplaas word dat hy sy geregverdigde belange (of dié van andere) slegs kan beveilig deur 'n aantasting van die regsgoed van 'n ander". Van der Merwe en Olivier¹⁴ huldig die mening dat 'n handeling in noodtoestand een is "waardeur 'n derde regmatiglik benadeel word ten einde die belange van die handelende persoon of van 'n ander of van die derde self te beskerm teen 'n reeds begonne of onmiddellik dreigende gevaar wat nie 'n aanval of dreigende aanval aan die kant van die vermelde derde is nie."

Kenmerkend van die tipiese noodtoestandssituasie is dat die belange van 'n onskuldige derde opgeoffer word om die belange van die bedreigde te beskerm. Hierdie patroon is egter afwesig by die meeste geneeskundige ingrypings omdat die pasiënt (die bedreigde) normaalweg ook die beskermde is; dit wil sê die persoon ten opsigte van wie die afweershandeling uitgevoer word.¹⁵ Van der Merwe en Olivier¹⁶ argumenteer dat dit in so 'n geval suiwerder is om van saakwaarneming (*negotium gestio*) as van noodtoestand te praat.

Noodtoestand kan egter wel as 'n regverdigingsgrond aangevoer word waar die geneeskundige ingryping teen 'n persoon ter wille van die sosiale belang uitgevoer word.¹⁷ 'n Geneesheer mag dus 'n pasiënt behandel wat aan 'n gevaarlike aansteeklike siekte

13. Neethling 1979:199.

14. Van der Merwe en Olivier 1985:81; kyk ook De Wet en Swanepoel 1985:81 ev; Snyman 1986:118 ev.

15. Strauss en Strydom 1967:238; Stoffberg v Elliot:148.

16. Van der Merwe en Olivier 1985:83 vn 9. Die outeurs wys egter daarop dat nie in elke geval waar die benadeelde en beskermde dieselfde persoon is, met saakwaarneming te doen gekry word nie.

17. Strauss en Strydom 1967:238.

ly, sonder om laasgenoemde se toestemming daartoe te verkry, ten einde die verspreiding daarvan in die gemeenskap te voorkom.¹⁸ Die inenting van gesondes ten einde die ontstaan of verspreiding van 'n gevaarlike epidemie te voorkom is uit hoofde van onderhawige regverdigingsgrond derhalwe ook reëlmatig.¹⁹ Volgens Strauss en Strydom²⁰ is die verkryging van die persone se toestemming teen wie in sodanige geval opgetree word, irrelevant en kan daar selfs teen hul uitdruklike wil opgetree word.

1.2. Saakwaarneming (negotium gestio)²⁰

Treë 'n persoon op ten einde 'n ander se belange in laasgenoemde se afwesigheid en sonder sy toestemming te beskerm, word sy optrede nie deur die reg as onregmatig beskou nie. Skade wat derhalwe in die loop van sy optrede berokken word, kan nie van hom deur die *dominus* verhaal word nie.²¹ Hierdie bevoegdheid is vanselfsprekend onderhewig aan 'n aantal beperkings waaraan daar nie verder in hierdie bespreking aandag geskenk word nie.²²

Hoewel dit volgens Strauss en Strydom²³ by saakwaarneming in sy gemeenregtelike vorm eerder om die beskerming van 'n persoon

18. Strauss 1984:71.

19. Bo en behalwe die feit dat 'n geneesheer in so 'n geval op die gemeenregtelike regverdigingsgrond van noodtoestand kan staat maak, word daar in Suid-Afrika ook statutêr voorsiening gemaak vir verpligte inenting, en wel in artikel 33 van die Wet op Gesondheid 63/1977. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:par 191; Strauss 1983:19.

20. Kyk in die algemeen De Wet en Swanepoel 1985:97; Snyman 1986:146; Van der Merwe en Olivier 1985:107; Joubert en Van Zyl 17 LAWSA 1983:20.

21. Bosman en Hosten 1979:502.

22. Die skade wat berokken word moet byvoorbeeld nie buite verhouding tot die beskermde belang wees nie; Kyk Van der Merwe en Olivier 1985:107.

23. Strauss en Strydom 1967:238.

se vermoënsregtelike belange in sy afwesigheid gaan, bestaan daar geen rede waarom dié regsfiguur nie ook uitgebrei kan word na die geval waar die dominus fisies wel teenwoordig is, maar as gevolg van sy bewustelose toestand "afwesig" is.²⁴ Gemelde outeurs wys daarop dat 'n bewustelose persoon net so min sy belange kan behartig as 'n man wat duisend kilometer ver is.²⁵

1.2.1 Vereistes waaraan die regsfiguur saakwaarneming moet voldoen

Die vereistes waaraan die regsfiguur *negotium gestio* moet voldoen, spesifiek met betrekking tot mediese behandeling, is die volgende:

1.2.1.1 Die bestaan van 'n werklike noodsituasie wat die ingryping gebiedend maak²⁶

Wanneer die pasiënt in lewensgevaar verkeer of die moontlikheid van ernstige liggaamlike krenking of ernstige gesondheidsbenadeling in die gesig staar, is so 'n noodsituasie aanwesig.²⁷ Die bestaande gevaar moet van so 'n aard wees dat onmiddellike optrede vereis word om die lewe of gesondheid van die pasiënt te red.²⁸ Indien daar egter voldoende tyd bestaan, en die pasiënt se toestand nie as gevolg daarvan benadeel sou word nie, moet laasgenoemde se toestemming tot die ingreep eers verkry word.

24. Byvoorbeeld 'n bewustelose ongelukslagoffer wat deur 'n geneesheer behandel word sonder dat eersgenoemde vooraf daartoe toestemming verleen het.

25. Strauss en Strydom 1967:238.

26. Strauss en Strydom 1967:239; Strauss 1984:72.

27. Strauss en Strydom 1967:239; Strauss 1984:72; Stoffberg v Elliot:150.

28. Strauss en Strydom 1967:239; Strauss 1984:73.

In Esterhuizen v Administrator, Transvaal²⁹ is die pasiënt onderwerp aan diep-terapie X-straalbehandeling sonder dat die vereiste toestemming daartoe verkry is. Namens die verweerder is *inter alia* aangevoer dat aangesien die pasiënt se lewensverwachting slegs een jaar was, dit 'n kwessie van lewe en dood was. Dit hof het egter bevind dat daar voldoende tyd was om die toestemming van die pasiënt se voog te verkry.

1.2.1.2 Die pasiënt moet onbewus wees van die ingryping

Dit sal die geval wees waar die pasiënt bewusteloos is, in 'n koma of delirium verkeer of onder narkose is.³⁰ Indien daar tydens 'n operasie waartoe die betrokke pasiënt toegestem het, 'n toestand ontdek word wat 'n onmiddellike gevaar vir sy gesondheid of lewe inhou, kan die operasie uitgebrei word in 'n poging om sodanige toestand uit die weg te ruim.³¹

1.2.1.3 Die ingryping moet nie teen die wil van die pasiënt uitgevoer word nie

Waar die *dominus* 'n uitdruklike verbod op die ingryping in sy belang geplaas het, kan die *gestor* hom nie op saakwaarneming beroep nie.³² In die saak van Phillips v De Klerk³³ was die feite kortliks die volgende: Mnr. P is ernstig in 'n motorongeluk naby Pietersburg beseer. Nadat hy uit sy motor bevry is, is hy na die hospitaal in die dorp geneem.

29. Esterhuizen v Administrator, Transvaal:710.

30. Strauss en Strydom 1967:240; Strauss 1984:73 en in besonder die saak van Luka v Lowrie 136 NW 1106, Mich 1912 waarna die outeur verwys.

31. Strauss en Strydom 1967:240; Stoffberg v Elliot:150.

32. Strauss en Strydom 1967:241; Strauss 1984:74.

33. Phillips v De Klerk TPA Maart 1983 (ongerapporteerde); vir 'n volledige bespreking van hierdie saak, kyk Strauss 1984:25 ev.

Tien dae later, terwyl P nog in die hospitaal was, het Dr. D, wat na eersgenoemde omgesien het, 'n dringende *ex parte* aansoek by die Hooggeregshof in Pretoria ingedien waarin magtiging versoek word om P 'n bloedoortapping toe te dien. In die stukke voor die hof is onder andere gemeld dat die pasiënt se vrou op grond van geloofsoortuigings³⁴ geweier het om haar toestemming te verleen tot die bloedoortapping. Verder is ook beweer dat die pasiënt se toestand in so 'n mate versleg het dat hy binne ses ure sou sterf indien die bloedoortapping nie toegedien is nie. Op dieselfde dag wat onderhawige aansoek by die hof ingedien is, is dit dan ook toegestaan.

Sowat sewe maande later het die pasiënt 'n aansoek by die Hooggeregshof ingedien ten einde bogemelde bevel tersyde te stel. Pasiënt het in sy aansoek beweer dat hy onmiddellik na die ongeluk, en ten tye van sy aankoms by die hospitaal en toelating daartoe, ten volle by sy bewussyn was. Hy het uitdruklik aan die hospitaalpersoneel gesê dat 'n bloedoortapping onder geen omstandighede aan hom toegedien moet word nie. Hy was verder bereid om 'n geskrewe vrywaring aan die hospitaal en die geneesheer wat hom sou behandel te verskaf teen enige moontlike eis teen hulle voortspruitende uit sy weiering om 'n bloedoortapping toe te laat.

Regter Esselen, wat die saak aangehoor het, het bevind dat uit hoofde van die stukke voor hom, hy tevrede was dat mnr. P op die relevante tydstip *compos mentis* was en dat hy geregtig was om 'n bloedoortapping te weier. Vervolgens bevind die regter dat die vorige bevel foutiewelik uitgevaardig is en word dit dienooreenkomstig tersyde gestel.

Strauss³⁵ argumenteer dat die bevinding in die Phillips-saak

34. Die pasiënt en sy vrou was lede van die Jehovasgetuies.

35. Strauss 1983:18; kyk ook Smit 1983:282 contra Grobler en Verschoor 1982:141.

in ooreenstemming is met die algemene beginsels van ons reg, en dat dit die reg van die individu in 'n vrye samelewing beklemtoon om oor sy liggaam te beskik insoverre hierdie reg nie in stryd is met die oorheersende gemeenskapsbelange nie.

Die blote feit dat die pasiënt in 'n kritieke toestand verkeer regverdig nie opsigself mediese behandeling teen sy wil nie waar hy uitdruklik, en terwyl hy ten volle **compos mentis** is, behandeling of 'n spesifieke vorm van behandeling verbied het.³⁶ Die verbod van die pasiënt moet duidelik weergegee word en 'n vae, algemene verbod kan nie as 'n verbod beskou word nie.³⁷ Verder kan 'n pasiënt sy toestemming aan sekere voorwaardes onderhewig maak, waaraan die geneesheer dan gehoor moet gee.³⁸

'n Geneesheer hoef nie in 'n noodgeval ag te slaan op 'n verbod deur die verwante van 'n pasiënt nie waar laasgenoemde selfstandig in staat sou gewees het om toestemming te verleen indien hy by sy bewussyn was.³⁹ In die geval van 'n geestesversteurde pasiënt kan 'n verbod deur sy kurator, en in die geval van 'n minderjarige pasiënt dié van sy ouer of voog, deurslaggewend wees.⁴⁰

1.2.1.4 Die geneesheer moet die operasie of behandeling onderneem met die oogmerk om die belange van die pasiënt te dien. Hierdie vereiste hou bloot in dat die geneesheer se optrede daarop gemik moet wees om die betrokke pasiënt te genees.

36. Strauss en Strydom 1967:241; Strauss 1984:74.

37. Strauss en Strydom 1967:242.

38. Strauss en Strydom 1967:243 wys egter daarop dat hierdie voorwaardes nie strydig moet wees met goeie geneeskunde nie.

39. Strauss 1984:74; Strauss en Strydom 1967:242.

40. Strauss 1984:74 waar die outeur daarop wys dat hierdie verbod, objektief beskou, in belang van die pasiënt opgelê moet word.

Laastens kan daarop gewys word dat daar vir die gestor sekere verpligtinge voortvloei uit sy ingryping in die belange van 'n ander. Hy is byvoorbeeld verplig om die behartiging van die dominus se belange te voltooi indien hy eenmaal daarmee begin het.⁴¹ Die gestor kan deliktueel aanspreeklik gehou word indien skade vir die dominus sou voortvloei uit sy versuim om die ingryping te volvoer. Verder is die gestor verplig om redelike sorg aan die dag te lê tydens sy ingryping.⁴² 'n Geneesheer wat hom op saakwaarneming beroep se optrede sal derhalwe gemeet word aan dié van 'n redelike geneesheer in soortgelyke omstandighede.

1.3 Terapeutiese privilegie

'n Geneesheer mag ook inligting betreffende die diagnose of die potensiele effek van behandeling van sy pasiënt weerhou indien hy na deeglike oorweging die mening toegedaan is dat die openbaarmaking van sodanige inligting 'n nadelige effek sou hê op die herstelproses van die pasiënt.⁴³ Verskeie Suid-Afrikaanse sowel as buitelandse juriste onderskryf hierdie standpunt wat bekend staan as die leerstuk van terapeutiese privilegie.⁴⁴

Indien dit dus nie was vir die werking van hierdie leerstuk nie, sou enige toestemming verleen deur 'n pasiënt volgend op die weerhouding van wesenlike inligting deur die geneesheer, regstegnies nie geldig wees nie aangesien daar in sodanige geval nie sprake is van "ingeligte" toestemming ("informed consent") nie. Strauss en Strydom⁴⁵ wys dan ook daarop dat

41. Strauss en Strydom 1967:245.

42. Strauss en Strydom 1967:245.

43. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:149.

44. Strauss en Strydom 1967:221; Strauss 1984:15; Burchell, J.M. 1986b:300; Holder 1978:229; Jackson en Powell 1982:237; Grubb 1984:243; Giesen 1981:179 wys daarop dat hierdie leerstuk ook deur die Duitse Federale Hooggeregshof aanvaar is; Martin 1979:374.

45. Strauss en Strydom 1967:221.

hoewel daar in dergelike gevalle nie regsgeldige toestemming teenwoordig is nie, hierdie gevalle tog onderskei kan word van situasies waar hoegenaamd geen toestemming deur die pasiënt verleen is nie. In eersgenoemde geval is daar minstens 'n algemene toestemming tot die feit dat die geneesheer die pasiënt in behandeling neem.

Wat Suid-Afrikaanse gewysdes betref het terapeutiese privilegie tot dusver slegs in South African Medical and Dental Council v McLoughlin⁴⁶ ter sprake gekom. Hoofregter Watermeyer het hom soos volg hieroor uitgelaat:

"... it may sometimes be advisable for a medical man to keep secret from his patient the form of treatment which he is giving him."⁴⁷

2. Bydraende nalatigheid

Hoewel bydraende nalatigheid nie as 'n regverdigingsgrond in ons straf- of deliktereg beskou word nie, kan dit nietemin dien om 'n opgelegde vonnis te versag of aanleiding gee tot die verdeling van skadevergoeding.⁴⁸ Bydraende nalatigheid word soos volg deur van der Merwe en Olivier⁴⁹ omskryf:

"Medewerkende nalatigheid is die verwyte wat 'n toerekeningsvatbare eiser wat nie medewerkend opsetlik gehandel het nie, tref, omdat sy optrede nie voldoen het aan die gedragsnorm wat van regsweë geverg word

46. South African Medical and Dental Council v McLoughlin: 355.

47. Op 366.

48. Snyman 1986:147-148; Van Oosten 1986:22.

49. Van der Merwe en Olivier 1985:148-149; Wat die Amerikaanse reg betref, word bydraende nalatigheid in die American Law Institute, Restatement of the Law of Torts, Artikel 463 soos volg omskryf: "... conduct on the part of a plaintiff, contributing as a legal cause to the harm he has suffered, which falls below the standard to which he is required to conform for his own protection." - soos aangehaal deur Holder 1978:301.

nie en hy aldus tesame met die verweerder wat van nalatigheid verwyt word, aandadig was aan die nadeel wat eersgenoemde gely het."⁵⁰

Soortgelyk aan toestemming tot benadeling of toestemming tot risiko van benadeling is bydraende nalatigheid 'n uitvloeisel van die gedagte dat die reg die mens nie beskerming bied teen sy eie dwaashede nie.⁵¹ Tans word die aangeleentheid betreffende bydraende nalatigheid in Suid-Afrika deur wetgewing beheers en wel deur die Wet op Verdeling van Skadevergoeding.⁵² Met inwerkingtreding van hierdie wet op 1 Junie 1956 is weggedoen met die gemeenregtelike "alles of niks"-beginsel deur voorsiening te maak vir die verdeling van skadevergoeding in gevalle van medewerkende skuld.⁵³ Hierdeur is 'n billikheidsreël van verdeling ingevoer waarvolgens 'n eiser se eis om skadevergoeding verminder kan word met 'n bedrag in verhouding tot sy eie graad van nalatigheid.⁵⁴

Die belangrikste materieelregtelike bepalings in Hoofstuk I van die gemelde wet word aangetref in die volgende subartikels: "1(1)(a). Waar iemand skade ly wat deels aan sy eie skuld en deels aan die skuld van 'n ander persoon te wyte is, word 'n vordering ten opsigte van bedoelde skade nie ten gevolge van die skuld van die eiser verydel nie, maar word die skadevergoeding wat ten opsigte daarvan verhaalbaar is, in so 'n mate deur die hof verminder as wat die hof, met inagneming van die mate van die eiser se skuld met betrekking tot die skade, regverdig en billik ag."

-
50. Neethling, Potgieter en Visser 1989:137 argumenteer dat dit terminologies onjuis is om van bydraende nalatigheid te praat aangesien 'n handeling streng gesproke net nalatig kan wees indien die betrokke handeling ook onregmatig is en dit duidelik is dat 'n persoon tog nie onregmatig teen homself kan optree nie; kyk ook Van der Walt 1979:88.
51. Strauss en Strydom 1967:321.
52. Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34/1956.
53. Van der Merwe en Olivier 1985:154.
54. Bosman en Hosten 1979:510.

en in subartikel 1(3):

"By die toepassing van hierdie artikel beteken 'n skuld' ook 'n handeling of versuim waaruit, as dit nie vir die bepalings van hierdie artikel was nie, die verweer van bydraende nalatigheid sou ontstaan het."

Indien die nalatige optrede van die eiser die mede-oorsaak van sy skade is, word die skadevergoeding wat ten opsigte daarvan verhaal kan word, dienooreenkomstig deur die hof verminder.⁵⁵ Hierdie vermindering geskied deur die vasstelling en afweging van die mate waarin die partye afgewyk het van die voorgeskrewe gedragsnorm. In die praktyk kom dit daarop neer dat die hof die onderskeie grade van nalatigheid van die partye in persentasies uitdruk en die gelede skade dan aan die hand van hierdie persentasies tussen hulle verdeel. Uit die aard van die saak kan daar natuurlik hier nie sprake van matematiese eksaktheid wees nie.⁵⁶

Gevalle waar die pasiënt, tegelyk met die nalatigheid van die geneesheer, medewerkend nalatig optree, is uiters skaars op die gebied van mediese wanpraktyk aangesien die pasiënt ten tyde van die behandeling gewoonlik passief is en homself geheel en al in die hande van die geneesheer oorlaat.⁵⁷ Meer algemeen in voorkoms is die geval waar die aanvanklike beseering deur die nalatige optrede van die verweerder-geneesheer, sonder die gelyktydige nalatigheid van die pasiënt, veroorsaak is, maar dit blyk dat daaropvolgende nalatige optrede aan die

55. Strauss en Strydom 1967:322; Van der Merwe en Olivier 1985:158 wys daarop dat vir aanwending van artikel 1(1)(a) in nalatigheidsgevalle derhalwe vereis moet word dat die eiser sowel as die verweerder eersgenoemde se skade op medewerkend nalatige en nalatige wyse respektiewelik veroorsaak het.

56. Van der Merwe en Olivier 1985:158.

57. Shartel en Plant 1959:153; Holder 1978:302.

kant van die pasiënt die besering vererger het.⁵⁸ In sodanige geval is die eiser geregtig om skadevergoeding te eis vir die oorspronklike besering, maar nie vir die verergering daarvan nie.⁵⁹

Pasiënte tree bydraend nalatig op in byvoorbeeld die volgende gevalle: (a) Indien versuim word om instruksies deur die geneesheer gegee, na te kom;⁶⁰ (b) Weiering om voorgeskrewe medikasie te gebruik;⁶¹ (c) Waar die pasiënt die hospitaal verlaat in stryd met die aanbeveling van sy geneesheer of (d) Versuim om aan te meld vir opvolgbehandeling;⁶² (e) Waar die geneesheer se voorgenome behandeling so ooglopend gevaarlik gaan wees as gevolg van moontlike nalatigheid, mag die pasiënt bydraend nalatig optree indien hy toelaat dat daar met die behandeling voortgegaan word.⁶³ (f) Waar die pasiënt valse, onvolledige of misleidende inligting betreffende die simptome wat hy ervaar aan die geneesheer verskaf.⁶⁴

By oorweging van die onderskeie partye se nalatigheid moet die feit dat die geneesheer oor deskundige kennis beskik en die pasiënt 'n leek is, beslissend in die guns van laasgenoemde in aanmerking geneem word.⁶⁵ Indien die pasiënt aan die ander kant self 'n geneesheer is of oor deskundige kennis beskik, verhoog dit uit die aard van die saak die graad van nalatigheid aan sy kant.⁶⁶

58. Shartel en Plant 1959:153; King 1986:285-286.

59. Holder 1978:310.

60. Guido 1988:64; Harney 1973:240; Hirsh 1985:229.

61. Wasmuth 1966:161.

62. King 1986:285.

63. Harney 1973:242 wys op die saak van Champs v Stone, 74 Ohio App 344, 58 NE 2d 803 (1944) waarin bevind is dat 'n pasiënt bydraend nalatig was omdat hy toegelaat het dat 'n geneesheer wat onder die invloed van alkohol was, hom inspuit.

64. Hirsh 1985:230; King 1986:285.

65. Strauss en Strydom 1967:323.

66. Strauss en Strydom 1967:324; Byrne v East London Hospital Board:128.

Shartel en Plant⁶⁷ argumenteer dat 'n pasiënt wat as gevolg van 'n geneesheer se nalatigheid beserings opgedoen het, verplig is om redelike sorg aan die dag te lê ten einde die resulterende skade te temper/beperk. Dit mag onder andere vir die pasiënt nodig wees om hom aan 'n operasie te onderwerp; ten minste indien die operasie eenvoudig en nie gevaarlik is nie.⁶⁸ Wanneer aangevoer word dat die eiser verplig was om verdere behandeling te ondergaan ten einde die skadevergoeding voort-spruitende uit die wanpraktyk te beperk, word die volgende faktore onder andere in oorweging geneem tydens evaluering van die redelikheid van sy optrede: risiko's inherent aan die behandeling; waarskynlikheid dat dit suksesvol sal wees; onkoste daaraan verbonde en die ongerief en pyn wat as gevolg van die voorgestelde behandeling voorsien word.⁶⁹

In Dube v Administrator Transvaal,⁷⁰ waar die pasiënt Volkmann se iskemiese kontraktuur opgedoen het nadat hy behandeling ontvang het vir 'n gebreekte arm wat te styf in gips geset was, het die hof geweier om die pasiënt se versuim om na die hospitaal terug te keer vir voortgesette behandeling as bydraende nalatigheid aan sy kant te beskou. Die hof het beslis dat die

67. Shartel en Plant 1959:153.

68. Shartel en Plant 1959:153; Holder 1978:305 wys daarop dat 'n pasiënt nie verplig is om hom vir sodanige korrektiewe operasie te onderwerp aan die sorg van die geneesheer wie se nalatigheid vir die aanvanklike skade verantwoordelik was nie; die pasiënt sal derhalwe nie bydraend nalatig optree indien hy homself onttrek van enige verdere kontak met gemelde geneesheer nie.

69. King 1986:286.

70. Dube v Administrator, Transvaal:270; kyk ook Johnson v United States 271 F Supp 205, DC Ark 1967 waar 'n pasiënt geglo het dat die pyn volgende op sy operasie deur die verweerder die natuurlike gevolg van 'n normale operasie was. Gedurende 'n daaropvolgende konsultasie met 'n ander geneesheer het laasgenoemde geen aanbevelings gemaak dat die pasiënt verdere behandeling moet ondergaan nie. Die hof bevind dat die eiser nie bydraend nalatig was om tien jaar na die aanvanklike behandeling te wag voordat hy hom aan 'n verdere operasie onderwerp het nie.

eiser se versuim om na die hospitaal terug te keer te wyte was aan die verweerder se versuim om eersgenoemde duidelik en on-dubbelsinnig in te lig en te waarsku om onmiddellik terug te keer sodra enige abnormale simptoom sou voorkom. Onder hierdie omstandighede het die pasiënt redelikerwys geglo of aange-neem dat die voortdoring van die pyn en swelsel wat hy waarge-neem het voorgekom het as deel van die normale herstelproses, en dat dit nie gevaartekens was dat hy die gebruik van sy arm kon verloor indien nie onmiddellik daarna omgesien word nie.⁷¹

In die VSA word die verweer van bydraende nalatigheid ook erken in verband met aksies gegrond op nalatige wanpraktyk, en kan dit daar, anders as in Suid-Afrika, selfs dien as algehele verweer wat aanspreeklikheid volkome uitsluit.⁷² Guido⁷³ wys daarop dat baie van die state van die VSA eens gebruik gemaak het van 'n "alles-of-niks"-reël waar bydraende nalatigheid ter sprake gekom het. Indien die pasiënt hiervolgens enige deel gehad het in die nadelige gevolge wat hom getref het, hoe gering ook al, kon hy hoegenaamd geen skadevergoeding van die geneesheer verhaal nie.⁷⁴

Hierdie verweer van bydraende nalatigheid is egter deur ver-skeie regsgeleerdes as onregverdig bestempel juis omdat die nalatigheid van die pasiënt slegs gering hoef te wees in vergelyking met dié van die geneesheer om suksesvol aangevoer te word. Ook in die howe is hierdie tradisionele verweer be-

-
71. Die verweer van bydraende nalatigheid het ook ter sprake gekom in Byrne v East London Hospital Board:135 en St Augustine's Hospital (Pty) Ltd v Le Breton 1975(2) SA 530 (D) 530: 533;536.
72. Strauss en Strydom 1967:324; Shartel en Plant 1959:152; Holder 1978:302; Guido 1988:64; King 1986:283.
73. Guido 1988:64; kyk ook Christoffel 1982:314.
74. Holder 1978:302; Guido 1988:64.

vraagteken en gewysig.⁷⁵ Vervolgens het 'n groot aantal jurisdiksies bogemelde beginsel verwerp ten gunste van 'n leerstuk wat bekend staan as die leerstuk van "comparative negligence", waarvolgens skadevergoeding verdeel word op die basis van die persentasie van nalatige deelname deur beide partye.⁷⁶

Volgens Hirsh⁷⁷ kan wetgewing waardeur "comparative negligence" in die VSA gereël word in drie kategorieë verdeel word, naamlik: "pure", "modified" of "slight-gross". Ingevolge die "pure comparative negligence statute" word die bedrag van die skadevergoeding wat deur die eiser verhaal kan word verminder in verhouding tot die omvang van sy nalatigheid, ongeag of sy nalatigheid groter of kleiner was as dié van die verweerder. Indien die verweerder meer as vyftig persent nalatig opgetree het, kan hy nogtans die restant uit hoofde van hierdie stelsel van die verweerder verhaal.⁷⁸

Ingevolge die "modified comparative negligence statutes" het die eiser slegs 'n verhaalsreg indien sy bydraende nalatigheid gelykstaande aan of minder is as die nalatigheid van die verweerder.⁷⁹ Die derde kategorie, naamlik die "slight-gross comparative negligence statute" word slegs deur Suid-Dakota en Nebraska toegepas. In Nebraska moet die eiser bewys dat sy nalatigheid gering is in vergelyking tot die verweerder, ter-

75. Heller v Medine 377 NYS 2d 100, NY 1975; Ferrara v Leventhal 56 AD 2d 490, 392 NYS 2d 920 (1977) - soos aangehaal deur Hirsh 1985:231-232.

76. Holder 1978:302; King 1986:283; Guido 1988:64; Hemelt en Mackert 1978:42.

77. Hirsh 1985:232.

78. State soos Kalifornië, Florida, Mississippi, New York en Washington maak van "pure comparative negligence" gebruik.

79. In Hawaii, Nevada, Ohio, Oklahoma en Texas kan die eiser byvoorbeeld slegs skadevergoeding verhaal indien hy nie meer as vyftig persent nalatig was nie.

wyl die eiser in Suid-Dakota eerstens moet bewys dat sy nalatigheid gering is in vergelyking met die "redelike man"-standaard en daarna met die verweerder se nalatigheid.

3. Afstanddoening van die reg op verhaal van skadevergoeding

Dit staan 'n persoon oor die algemeen vry om afstand te doen van sy reg om skadevergoeding te verhaal. Strauss en Strydom⁸⁰ maak melding van die volgende twee moontlikhede: (a) afstanddoening van 'n potensiële aanspraak nog voor die totstandkoming daarvan (**Pactum de non petendo in anticipando**); (b) afstanddoening van 'n reg om skadevergoeding na die totstandkoming daarvan.

3.1 Pactum de non petendo in anticipando

'n **Pactum de non petendo in anticipando** is 'n kontraktuele onderneming tussen die benadeelde persoon en die dader waarvolgens eersgenoemde onderneem om nie 'n aksie teen die dader in te stel nie, met ander woorde om die dader nie aanspreeklik te hou nie.⁸¹ Van der Merwe en Olivier⁸² wys daarop dat so 'n **pactum** duidelik onderskei moet word van toestemming tot benadeling as regverdigingsgrond. Hoewel 'n **pactum de non petendo** en toestemming dieselfde uitwerking het, naamlik dat dit die dader aanspreeklikheid laat vryspring, geskied dit om verskillende redes.⁸³

'n **Pactum de non petendo** sluit nie die onregmatigheid van die dader se optrede uit nie, die partye daartoe voorsien intendeel juis die pleging van 'n onregmatige daad en hulle kom oor-

80. Strauss en Strydom 1967:324.

81. Neethling ea 1989:90; Van der Merwe en Olivier 1985:101; Bosman en Hosten 1979:500; Jameson's Minors v CSAR 1908 TS 575.

82. Van der Merwe en Olivier 1985:101.

83. Neethling ea 1989:90.

een dat die benadeelde persoon nie van die aksie wat hy tot sy beskikking sal hê, sal gebruik maak nie.⁸⁴ Die benadeelde verloor dus die remedie waaroor hy andersins sou beskik het aangesien hy afstand van sy aksie gedoen het.⁸⁵

Strauss en Strydom⁸⁶ argumenteer dat sodanige afstanddoening teenoor 'n geneesheer as kragteloos behandel moet word omdat dit *contra bonos mores*⁸⁷ is en dat dit die geneesheer as't ware sal "lisensieër" om sy praktyk nalatiglik te beoefen.

3.2 Afstanddoening van 'n verhaalsreg nadat dit reeds tot stand gekom het

Die regsposisie betreffende die tweede tipe afstanddoening, naamlik afstanddoening van 'n verhaalsreg nadat dit reeds tot stand gekom het, verskil egter van dié soos onder 3.1 hierbo bespreek. Indien 'n pasiënt uit eie, vrye wil besluit om 'n vorderingsreg prys te gee, voortspruitende uit die nalatige optrede van 'n geneesheer, bestaan daar geen rede waarom die reg nie sodanige wilsbesluit moet respekteer nie.⁸⁸

Duidelike bewys van afstanddoening van die vorderingsreg moet natuurlik gelewer word, hetsy dit skriftelik of stilswyend geskied het. Bewyslewering ten opsigte van laasgenoemde geval is natuurlik veel moeiliker en dit moet vasstaan dat die pasiënt nie net bewus was van sy regte nie maar ook die opset gehad het om hulle prys te gee.⁸⁹ Die bewyslas in die geval

84. Van der Merwe en Olivier 1985:101; Bosman en Hosten 1979:500.

85. Neethling ea 1989:90.

86. Strauss en Strydom 1967:324-325.

87. Holder 1978:318 wys daarop dat ook wat die Amerikaanse reg betref, sodanige ooreenkoms van nul en gener waarde sal wees; kyk ook Guido 1988:64.

88. Strauss en Strydom 1967:325.

89. Strauss en Strydom 1967:325.

van sodanige afstanddoening rus op die geneesheer waarvan hy hom op 'n oorwig van waarskynlikhede moet kwyts.

3.3 Posisie in die VSA

In die VSA neem die howe ook die standpunt in dat enige ooreenkoms aangegaan tussen 'n pasiënt en sy geneesheer waarin eersgenoemde afstand doen van sy verhaalsreg indien hy skade sou ly as gevolg van die nalatige behandeling van die geneesheer, ongeldig en teen die openbare beleid is.⁹⁰

Indien 'n pasiënt na 'n geneesheer gebring word vir behandeling as gevolg van 'n ongeluk wat deur 'n ander persoon veroorsaak is en 'n eis later teen laasgenoemde ingestel word, sal kwytskelding van hierdie oorspronklike delikpleger in die meeste state van die VSA ook die geneesheer kwytskeld van enige eis gebaseer op nalatige wanpraktyk.⁹¹ Die standaard voorbeeld hier is die geval van 'n pasiënt wat beserings opdoen in 'n motorongeluk, wat te wyte is aan die nalatigheid van die ander bestuurder, en hy daarna na die ongevalle-afdeling gebring word vir behandeling. Die pasiënt stel later 'n eis teen die ander bestuurder in, die saak word buite die hof geskik en hy onderteken 'n kwytskeldingsooreenkoms ten gunste van die ander bestuurder. Hierna dagvaar die pasiënt die geneesheer vir beeerde wanpraktyk tydens behandeling van die beserings veroorsaak deur die oorspronklike delikpleger.

Oor die algemeen is die oorspronklike delikpleger aanspreeklik vir enige daaropvolgende wanpraktyk tydens behandeling van die oorspronklike besering mits die pasiënt redelike sorg aan

90. Holder 1978:318; King 1986:289; Guido 1988:64.

91. Na hierdie situasie in die Amerikaanse reg word verwys as "release of the tortfeasor"; kyk Harney 1973:243 ev; Wasmuth 1966:162 ev; Holder 1978:313 ev; King 1986:286 ev.

die dag gelê het met sy keuse van 'n geneesheer.⁹² Indien die kwytskelding uitdruklik nie daarop gemik is om die geneesheer se nalatigheid te dek nie, mag dit nie deur hom aangevoer word om aanspreeklikheid vry te spring nie.

Die kwytskelding deur die pasiënt aan die oorspronklike delikpleger verleen word as voldoende geag om 'n eis teen die geneesheer te belet tensy die bewoording daarvan uitdruklik die reg aan die pasiënt voorbehou om 'n verdere aksie teen die geneesheer aanhangig te maak.⁹³ Indien die skikking met die delikpleger uitdruklik vergoeding insluit vir die beserings deur die betrokke geneesheer veroorsaak, word geag dat die pasiënt se eis in sy geheel vergoed is.

Waar die skikking met die oorspronklike delikpleger skadevergoeding insluit vir die beserings veroorsaak deur nalatige behandeling, mag die oorspronklike delikpleger in die meeste state van die VSA die geneesheer dagvaar vir skadeloosstelling vir 'n proporsionele deel van die bedrag wat bestee is.⁹⁴ As die beseerde persoon nalatig is met betrekking tot sy keuse van 'n geneesheer is die oorspronklike delikpleger nie aanspreeklik vir verergering van die besering deur mediese nalatigheid nie en sal 'n kwytskelding van die oorspronklike delikpleger dus nie die geneesheer kwytskeld nie. Die geneesheer word ook nie kwytsgekeld in die geval van growwe nalatigheid aan sy kant nie.⁹⁵

92. Holder 1978:314 wys daarop dat onderliggend aan hierdie reël die teorie is dat slegs een benadeling, naamlik dië veroorsaak deur die oorspronklike delikpleger, plaasgevind het en dat die mediese wanpraktyk wat daarna plaasgevind slegs 'n voortsetting van die ketting van onmiddellike veroorsaking van daardie benadeling is; Harney 1973:244; Christoffel 1982:314.

93. Holder 1978:314.

94. Holder 1978:315.

95. Holder 1978:315.

In die geval waar die geneesheer 'n besering veroorsaak wat nie verwant is aan die besering voortspruitende uit die ongeluk nie, is die oorspronklike delikpleger ook nie aanspreeklik vir die geneesheer se nalatigheid nie en word die geneesheer derhalwe nie bevry deur 'n kwytskelding verleen aan die oorspronklike delikpleger nie.⁹⁶

Die pasiënt mag ten tyde van sy skikking met die oorspronklike delikpleger onbewus wees van die feit dat mediese nalatigheid voorgekom het tydens die behandeling van sy beserings. In so 'n situasie laat die meeste Amerikaanse howe 'n latere aksie teen die geneesheer toe, en word van die standpunt uitgegaan dat kwytskelding van die oorspronklike delikpleger geen invloed op sodanige aksie het nie.⁹⁷ Indien die pasiënt egter daarvan bewus is, ten spyte van die geneesheer se gerusstellings, dat hy permanente skade tydens behandeling opgedoen het, word enige aksie teen die geneesheer deur die kwytskelding belet.⁹⁸

In die meeste state is 'n persoon wat beserings opdoen slegs geregtig om 'n bedrag te verhaal wat hom ten volle vir sy besering as 'n geheel vergoed. In sake waar wanpraktyk voorkom volgende op 'n ongeluk veroorsaak deur 'n ander persoon, moet geld wat in 'n skikking met die oorspronklike delikpleger verhaal is in aanmerking geneem word in 'n daaropvolgende wanpraktyk aksie, en word die bedrag van die skikking afgetrek van die bedrag van die vonnis aan die pasiënt toegestaan.⁹⁹

'n Kwytskelding deur 'n pasipënt verleen sal dus 'n goeie verweer vir 'n geneesheer daarstel indien laasgenoemde kan bewys: (a) dat hy as betrokke party daartoe vermeld is of (b) dat die bewoording van die kwytskelding ten gunste van die oorspronk-

96. Wasmuth 1966:162.

97. Holder 1978:316.

98. Holder 1978:316.

99. King 1986:288; Holder 1978:319.

like delikpleger van so 'n aard is dat ondubbelsinnig daaruit afgelei kan word dat die geneesheer daarby ingesluit word.¹⁰⁰

4. Verjaring

Indien 'n pasiënt 'n eis om skadevergoeding wil instel voort-spruitende uit die onregmatige daad van 'n geneesheer moet in gedagte gehou word dat sodanige eis nie vir 'n onbepaalde tyd-perk afdwingbaar is nie, aangesien dit deur tydsverloop tot niet gaan, dit wil sê deur verjaring van so 'n eis.¹⁰¹ Ingevolge die Verjaringswet¹⁰² verjaar 'n deliktuele skuld, en gaan die betrokke deliksaksie dus ook tot niet, drie jaar na die ontstaan daarvan.¹⁰³

Verjaring begin loop vanaf die oomblik waarop die skuld betaalbaar is.¹⁰⁴ Die vraag ontstaan of 'n deliktuele skuld op-eisbaar word dadelik by pleging van die onregmatige daad of eers wanneer die skade of persoonlikheidsnadeel intree. Van der Merwe en Olivier¹⁰⁵ wys daarop dat die appèlhof in Oslo Land Co Ltd v Union Government¹⁰⁶ beslis het dat die oomblik van pleging van die onregmatige daad beslissend is vir die aanvang van die verjaringstermyn.

Indien die skuldeiser deur die skuldenaar se opsetlike optrede

100. Holder 1978:319 maak melding van die voorbeeld dat die kwytskelding uitdruklik kan konstateer dat alle skadevergoeding "insluitende dié veroorsaak deur wanpraktyk" daardeur gedek word.

101. Strauss en Strydom 1967:326.

102. Verjaringswet 68/1969.

103. Neethling ea 1989:218; Van der Merwe en Olivier 1985:283; Bosman en Hosten 1979:461; Strauss en Strydom 1967:326.

104. Verjaringswet: subart 12(1).

105. Van der Merwe en Olivier 1985:283.

106. Oslo Land Co Ltd v Union Government 1938 AD 584.

verhinder word om van die bestaan van die skuld te wete te kom,¹⁰⁷ of waar hy geen kennis dra van die identiteit van die skulde-
naar of die feite waarop die ontstaan van die skuld berus
nie,¹⁰⁸ begin verjaring slegs loop vanaf die oomblik waarop hy
die nodige kennis bekom.¹⁰⁹ 'n Skuldeiser word geag sodanige
kennis te dra indien hy dit deur die beoefening van redelike
sorg kan bekom het.¹¹⁰ Strauss en Strydom¹¹¹ wys daarop dat
in die afwesigheid van heel besondere omstandighede verjaring
ten aansien van aksies gebaseer op wederregtelike mediese
praktyke vanaf die datum van die operasie of ander ingryping
begin loop.

'n Verjaringstermyn wat begin loop het, kan as gevolg van die
werking van sekere belemmerende faktore opgeskort word.¹¹² Die
omstandighede waaronder skorsing plaasvind, sowel as die effek
daarvan op die loop van bevrydende verjaring, word in artikel
13 van die Verjaringswet¹¹³ gereël en sluit byvoorbeeld die
gevalle in waar die skuldeiser minderjarig, kranksinnig of 'n
persoon onder kuratele is.¹¹⁴ Die beletsel op afdwinging word
as irrelevant beskou indien dit meer as 'n jaar voor die einde
van die verjaringsperiode opgehef word. Indien dit egter na
gemelde datum ophou, dit wil sê 'n jaar of minder voordat die
verjaringsperiode normaalweg tot 'n einde sou loop, word ver-
jaring opgeskort vir 'n jaar nadat die beletsel opgehef is.¹¹⁵

107. Verjaringswet: subart 12(2).

108. Verjaringswet: subart 12(3).

109. Bosman en Hosten 1979:461; Van der Merwe en Olivier
1985:283; Neethling ea 1989:218; Strauss en Strydom
1967:326.

110. Van der Merwe en Olivier 1985:283-284; Verjaringswet
68/1969: subart 12(3) soos gewysig deur artikel 1 van
Wet 11 van 1984.

111. Strauss en Strydom 1967:326.

112. Bosman en Hosten 1979:461; Van der Merwe en Olivier
1985:284.

113. Verjaringswet 68/1969.

114. Van der Merwe en Olivier 1985:284.

115. Bosman en Hosten 1979:461.

Die verjaringstermyn kan verder ook onderbreek word, wat beteken dat verjaring gestuit word; dit hou met ander woorde op om te loop en moet weer van voor af begin.¹¹⁶ Die Verjaringswet onderskei wat stuiting betref tussen stuiting as gevolg van erkenning van aanspreeklikheid deur die skuldenaar en geregtelike stuiting.¹¹⁷ In subartikel 14(1) van gemelde Wet word bepaal dat die loop van verjaring gestuit word deur 'n uitdruklike of stilswyende erkenning van aanspreeklikheid deur die skuldenaar. Verjaring begin dan weer loop vanaf die datum van die skulderkennis, of indien die betrokke partye ooreenkom tot die uitstel van die opeisbaarheidsdatum van die skuld, vanaf die dag waarop die skuld weer opeisbaar word.¹¹⁸

In die geval van geregtelike stuiting word die loop van verjaring gestuit deur die betekening aan die skuldenaar van 'n prosesstuk waarin die skuldeiser betaling van die skuld vorder.¹¹⁹ As die skuldeiser egter na bestelling van die prosesstuk versuim om sy eis tot by die finale vonnis op te volg of die vonnis prysgee of as die vonnis ter syde gestel word, verval die stuiting en is die posisie dan presies asof geen stuiting plaasgevind het nie.¹²⁰

Neweskulde wat uit die hoofskuld voortvloei word uitgewis wanneer die hoofskuld verjaar, selfs al het die verjaringstermyn vir sodanige neweskulde nog nie verstryk nie.¹²¹ Ten slotte

116. Bosman en Hosten 1979:462.

117. Van der Merwe en Olivier 1985:285.

118. Subart 14(2); Van der Merwe en Olivier 1985:286 wys verder daarop dat skuld nie broksgewys kan verjaar nie en dat erkenning van gedeeltelike aanspreeklikheid ten opsigte van 'n skuld, stuiting van verjaring ten aansien van die skuld in sy geheel tot gevolg het.

119. Subart 15(1); Van der Merwe en Olivier 1985:286; Bosman en Hosten 1979:462.

120. Subart 15(2); Bosman en Hosten 1979:462; Van der Merwe en Olivier 1985:286.

121. Subart 10(2); Bosman en Hosten 1979:462; Van der Merwe en Olivier 1985:288.

moet daarop gelet word dat indien 'n geneesheer as gedingvoerende party hom op verjaring wil beroep, hy dit moet doen in die ter sake dienende stuk wat by die stukke in die verrigtinge ingedien word.¹²² Verjaring kan egter met verlof van die hof in enige stadium van die verrigtinge geopper word.¹²³

4.1 Posisie in die VSA

Hoewel al die state van die VSA oor wetgewing beskik waardeur onderskeie verjaringstermyne gereël word, bekend as sogenaamde "statutes of limitations", verskil dié wetgewing geweldig wat inhoud betref.¹²⁴ Die vraag ontstaan of 'n wanpraktyksaksie beheers word deur die "statute of limitation" uitgevaardig vir deliksaksies of dié uitgevaardig vir aksies gebaseer op kontrakbreuk.¹²⁵ Die oorwig van gesag dui daarop dat 'n wanpraktyksaksie gewoonlik beheer word deur die "statute of limitations" vir deliksaksies wat 'n korter verjaringstermyn voorskryf as dié vir kontraktuele aksies.¹²⁶ Waar 'n geneesheer egter byvoorbeeld spesifieke resultate gewaarborg het en dit nie realiseer nie, is kontrakbreuk voorhande en sal verjaring gereël word deur die "statute of limitations" wat vir kontraktuele aksies uitgevaardig is.¹²⁷ Sommige state het selfs wetgewing wat spesifiek daarop gemik is om verjaring in die geval van mediese nalatigheid te reël.¹²⁸ Die verjaringstermyn in

122. Van der Merwe en Olivier 1985:288.

123. Subart 17(2).

124. Holder 1978:321.

125. Wasmuth 1966:166.

126. Wasmuth 1966:166; Dié verjaringstermyn wissel gewoonlik tussen een tot drie jaar; kyk Holder 1978:321; Christoffel 1982:313; Harney 1983:248.

127. Die verjaringstermyn in die geval van kontrakbreuk is gewoonlik ses jaar - kyk Shartel en Plant 1959:155; Holder 1978:321; Christoffel 1982:313.

128. Wasmuth 1966:165; Harney 1983:248; Holder 1978:321; Christoffel 1982:313.

dié wetgewing word gewoonlik beperk tot een of twee jaar.¹²⁹

Na vasstelling van die "statute of limitations" wat op 'n besondere geval van toepassing is, ontstaan die vraag wanneer die spesifieke verjaringstermyn begin loop. (a) Ingevolge die tradisionele standpunt begin verjaring loop vanaf die datum waarop die geneesheer sy beweerde nalatige handeling verrig het.¹³⁰ (b) 'n Tweede groep state volg die benadering dat verjaring begin loop wanneer die geneesheer-pasiënt-verhouding of die bepaalde behandelingsproses (terapeutiese reeks) tot 'n einde gekom het.¹³¹ (c) 'n Toenemende aantal state maak gebruik van die sogenaamde "discovery rule" waarvan die uitwerking voordeliger is vir die pasiënt as in bogemelde twee gevalle. In hierdie state begin verjaring eers loop wanneer die eiser bewus raak van die beweerde nalatige optrede van die verweerder of wanneer hy deur die uitoefening van redelike sorg daarvan bewus behoort te geraak het.¹³²

129. Shartel en Plant 1959:155; Wasmuth 1966:165.

130. Shartel en Plant 1959:155; Wasmuth 1966:167; Harney 1973:258; King 1986:271; Christoffel 1982:313; Holder 1978:321 wys daarop dat die meeste state steeds hierdie benadering volg; Hannig 1984:297.

131. Shartel en Plant 1959:156; Wasmuth 1966:167; Holder 1978:321; Christoffel 1982:313; King 1986:276; Harney 1973:260 maak melding van die feit dat die hofe geweier het om dié benadering toe te pas in die geval van 'n blote voortsetting van die geneesheer-pasiënt-verhouding en daarop aangedring het dat dit slegs van toepassing is waar behandeling vir dieselfde of soortgelyke toestande plaasvind. Harney wys ook verder daarop dat indien die pasiënt bewus is van die nalatige optrede deur die geneesheer vóór beëindiging van die betrokke behandeling, hierdie sogenaamde "continuous treatment rule" nie aanwending sal vind nie; kyk ook Holder 1978:323; Hannig 1984:297.

132. Shartel en Plant 1959:156; Wasmuth 1966:167; Harney 1973:267; Holder 1978:321; Christoffel 1982:313; King 1986:271.

Hoewel baie state nie bogemelde "discovery rule" as 'n algemene standaard aanvaar het nie, pas die meeste dit wel toe in gevalle waar die pasiënt 'n vreemde voorwerp in sy liggaam ontdek nadat hy 'n operasie ondergaan het, selfs indien hierdie ontdekking etlike jare nā die uitvoering van die onderhawige operasie plaasvind.¹³³ Die tydperk waarin hierdie "discovery rule" aanwending kan vind word egter beperk deur die toepassing van 'n dubbele verjaringstermyn soos voorgeskryf in verskeie state se verjaringswetgewing.¹³⁴ Laasgenoemde wetgewing maak daarvoor voorsiening dat die voorgeskrewe verjaringstermyn nie begin loop alvorens die eiser nie bewus is van sy besering of daarvan bewus behoort te gewees het nie, maar nā die verstryking van 'n vasgestelde maksimum tydperk word die pasiënt belet om 'n aksie in te stel ongeag of gemelde besering ontdek is of ontdek behoort te gewees het.¹³⁵

Indien die verweerder sy nalatige optrede op 'n bedrieglike wyse verswyg, word verjaring gestuit tot tyd en wyl die eiser die waarheid te wete kom.¹³⁶ Die vraag ontstaan of positiewe optrede aan die kant van die geneesheer (verweerder) vereis word, en of bewuste nie-openbaarmaking van die tersaaklike nalatige handeling voldoende sou wees om verjaring te skors. Hoewel daar in sommige gewysdes meer as 'n blote nie-openbaarmaking vereis is, is daar in 'n aantal onlangse sake erkenning verleen aan die positiewe plig wat daarop die geneesheer rus om sy nalatige optrede aan die pasiënt te openbaar.¹³⁷ Vol-

133. Voorwerpe wat byvoorbeeld hier ter sprake kom is depers, klampe, skêre, ens.; kyk Christoffel 1982:313; Harney 1973:269; Hemelt en Mackert 1978:42.

134. Christoffel 1982:313.

135. King 1986:272.

136. Shartel en Plant 1959:156; Wasmuth 1966:167; Harney 1973:263; Holder 1978:325; Christoffel 1982:314; King 1986:279; Hemelt en Mackert 1978:42.

137. King 1986:279-280.

gens Harney¹³⁸ spruit hierdie plig voort uit die fidusiêre verhouding wat daar tussen geneesheer en pasiënt bestaan en sal enige versuim om daaraan te voldoen aanleiding gee tot die skorsing van die betrokke verjaringstermyn. In die meeste state sal blote nie-openbaarmaking van nalatige optrede dus neerkom op bedrieglike verberging van tersaaklike inligting wat sal resulteer in die skorsing van verjaring. Daar kan nie sprake van bedrieglike verberging wees nie indien die eiser bewus was van die ware stand van sake of daarvan bewus kon gewees het indien hy behoorlike sorg aan die dag gelê het.¹³⁹

Voorsiening word ook in die verskillende state se "statutes of limitations" gemaak vir die stuiting van verjaring. Indien die skuldoorsaak tot stand kom terwyl die eiser minderjarig is, kranksinnig of in 'n gevangenis aangehou word, word die tydperk waarin 'n eis aanhangig gemaak kan word verleng tot verstryking van 'n voorgeskrewe periode nadat sodanige beletsel verwyder is.¹⁴⁰ Sommige state se "statute of limitations" bevat ook die bepalinge dat indien die verweerder buite die betrokke staat se jurisdiksiegebied is ten tyde van die totstandkoming van die skuldoorsaak, verjaring eers met sy terugkeer begin loop, of indien hy die staat vir meer as 'n voorgeskrewe tydperk verlaat na totstandkoming van die skuldoorsaak, die verjaringstermyn nie in sy afwesigheid loop nie.¹⁴¹

King¹⁴² huldig die mening dat die toepassing van 'n kombinasie van bogemelde "discovery rule" 'n stap in die regte rigting is.

138. Harney 1973:263; Kyk ook Wasmuth 1966:167.

139. Shartel en Plant 1959:157.

140. Shartel en Plant 1959:157; Wasmuth 1966:164; Holder 1978:326; Hemelt en Mackert 1978:42; Christoffel 1982:313; King 1986:281; Guido 1988:65.

141. Shartel en Plant 1959:157; King 1986:281.

142. King 1986:282-283.

Hierdie kombinasie-reël moet onderworpe wees aan 'n voorgeskrewe maksimumtydperk waarbinne 'n aksie teen die verweerder aanhangig gemaak word - bereken vanaf die datum waarop die beweerde wederregtelike handeling plaasgevind het. Hierdie afsnytydperk moet egter lank genoeg wees ten einde die eiser 'n redelike geleentheid te bied om die betrokke besering te ontdek en moet nie van toepassing wees in gevalle waar bedrieglike verswyging van inligting deur die geneesheer ter sprake is nie.¹⁴³

5. "Charitable and governmental immunity"¹⁴⁴

(a) Sommige state van die VSA beskik oor wetgewing waarin immuniteit teen aanspreeklikheid verleen word aan private hospitale wat op 'n liefdadigheidsgrondslag bestuur word: per definisie dus daardie hospitale waar geen wins enige van die aandeelhouders toeval nie.¹⁴⁵ Die teorie waarop hierdie immuniteit gebaseer is, is óf dat fondse wat aan 'n private liefdadigheidsinrigting geskenk is nie aangewend behoort te word om skadevergoedingeise te betaal nie, óf dat aangesien die eienaars van die hospitaal geen finansiële voordele daaruit put nie, hulle nie vir nalatigheid aanspreeklik gehou behoort te word nie.¹⁴⁶

(b) Volgens Holder¹⁴⁷ spruit "Governmental Immunity" voort uit die Engelsregtelike stelling dat "the king can do no wrong." Hiervolgens kon 'n geding nie teen 'n staatsinstelling aanhangig gemaak word sonder die vooraf verkreë toestemming daartoe nie. Die huidige posisie in die VSA is dat tensy by

143. King 1986:283 stel 'n tydperk van sewe jaar voor.

144. Kyk Holder 1978:327-330; King 1986:293-296; Guido 1988:64.

145. Holder 1978:327-328.

146. Holder 1978:328; Kyk egter die kritiek van King 1986:295 hierop.

147. Holder 1978:328.

wyse van wetgewing van hierdie immuniteit afstand gedoen is, staatshospitale steeds immuun is teen enige aanspreeklikheid vir nalatigheid.¹⁴⁸

Ingevolge die wetgewing van verskeie state is die verweer van immuniteit slegs beskikbaar waar gewone nalatigheid ter sprake is en nie in die geval van byvoorbeeld growwe nalatigheid of waar aanranding van pasiënte plaasgevind het nie. Selfs waar "charitable or governmental immunity" bestaan, is hospitale aanspreeklik indien hulle werknemers op 'n nalatige wyse aanstel.¹⁴⁹

Hoewel bogemelde leerstuk steeds aanwending vind in sekere Amerikaanse state, is daar 'n besliste neiging om die afskaffing van beide "charitable and governmental immunity" te bewerkstellig.¹⁵⁰ Dit is klaarblyklik onregverdig om 'n pasiënt aan agtelosige behandeling in 'n hospitaal te onderwerp en hom dan die reg tot die verhaal van skadevergoeding te ontsê bloot omdat die hospitaal behoort aan 'n staats- of liefdadigheidsinstelling.¹⁵¹ Selfs waar onderhawige leerstuk behoue gebly het, is die toepassing daarvan dikwels deurspek met uitsonderings.¹⁵²

148. Holder 1978:328.

149. Holder 1978:329 wys op die saak van Hipp v Hospital Authority of the City of Marietta 121 SE 2d 273, Ga 1961 waar 'n meisie van nege jaar wat 'n pasiënt in 'n hospitaal was, deur 'n ordonnans gemolesteer is. Laasgenoemde is aan verskeie misdrywe waarin onsedelikheid 'n rol gespeel het, skuldig bevind voordat hy deur die hospitaal aangestel is. Die hospitaal het egter nie die ordonnans se agtergrond ondersoek voor sy aanstelling nie. Die hof het bevind dat die hospitaal nalatig opgetree het deur die ordonnans aan te stel, en was derhalwe ten spyte van die beskikbaarheid van die verweer van immuniteit in die betrokke staat, vatbaar vir aanspreeklikheid.

150. Holder 1978:330; King 1986:296.

151. Holder 1978:330.

152. King 1986:296.

In 'n aantal Amerikaanse state het wetgewers sogenaamde "Good Samaritan laws" uitgevaardig ten einde geneeshere van blaam te onthef in gevalle waar hulle ter goeder trou bystand aan beseerde persone by 'n ongelukstoneel verleen en laasgenoemde as gevolg van die beweerde nalatige optrede van die geneesheer benadeel word.¹⁵³ Tydens behandeling van sodanige beseerdes by 'n ongelukstoneel moet die geneesheer redelik sorg en vaardigheid aan die dag lê en sal sy optrede gemeet word aan dié van 'n redelike geneesheer onder soortgelyke omstandighede. Die geneesheer sal nie deur hierdie wetgewing beskerm word indien sy optrede as grof nalatig beskou word nie.¹⁵⁴

6. Res judicata

Volgens Holder¹⁵⁵ kan die verweer van *res judicata* ook deur die geneesheer aangevoer word indien 'n saak reeds by 'n vorige geleentheid in so 'n mate afgehandel is dat geen verdere dispuut daarin moontlik is nie. *Res judicata* is egter nie van toepassing indien die gedingvoerende partye en vraagstukke van die eerste geding nie identies is aan dié in die tweede nie.¹⁵⁶

153. Guido 1988:64; King 1986:296; Strauss 1984:70; Holder 1978:8 argumenteer dat 'n geneesheer se optrede waar hy as toeskouer by 'n sportbyeenkoms 'n beseerde atleet of mede-toeskouer behandel, ook deur hierdie wetgewing gedek word; Harney 1973:19 ev; Strauss 1987:6-7.

154. Holder 1978:8.

155. Holder 1978:319.

156. Holder 1978:320; kyk ook Burt 1982:46-48 waar die outeur melding maak van 'n paar interessante verwerre wat op die gebied van mediese nalatigheid ontstaan het.

HOOFSTUK 8

MIDDELLIKE AANSPREEKLIKHEID VAN HOSPITAALOWERHEDE
EN GENEESHERE

A.1 Inleiding

Die beginsel van middellike aanspreeklikheid is in ons reg vanuit die Engelse reg oorgeneem en dit vorm onteenseglik deel van ons positiewe reg.¹ Van der Merwe en Olivier² doen aan die hand dat dié beginsel daarop neerkom dat indien 'n werknemer in die uitvoering van sy pligte 'n onregmatige daad teen 'n derde pleeg, die derde 'n aksie om skadevergoeding en/of genoegdoening teen die werkgewer aanhangig kan maak. Onderhawige aanspreeklikheid van die werkgewer is nie deliktueel van aard nie.³ In die geval van middellike aanspreeklikheid word afgewyk van 'n fundamentele beginsel van deliktuele aanspreeklikheid, naamlik die vereiste dat die element van skuld teenwoordig moet wees aangesien die werkgewer self skuldloos is.⁴

Verskeie verklarings vir hierdie soort aanspreeklikheid is reeds aan die hand gedoen waarvan die bekendste is dat die werkgewer (heer) se aanspreeklikheid op sy eie skuld berus (*culpa in eligendo*).⁵ Ander verklarings sluit byvoorbeeld in

-
1. Van der Merwe en Olivier 1985:505; Bosman en Hosten 1979:532; Lipshitz 1981:117; Strauss 1984:343.
 2. Van der Merwe en Olivier 1985:505; Neethling ea 1989:308 omskryf middellike aanspreeklikheid as die skuldlose aanspreeklikheid van een persoon vir die onregmatige daad van 'n ander en dit kom te pas waar gemelde persone in 'n besondere verhouding teenoor mekaar staan; MacIntosh en Norman-Scoble 1970:99.
 3. Van der Merwe en Olivier 1985:505-506.
 4. Lipshitz 1981:117.
 5. Neethling ea 1989:309 toon egter aan dat hierdie verklaring nie in ons reg aanvaar word nie; Bosman en Hosten 1979:532.

dat iemand wat die voordeel uit sy werknemer (dienaar) se dienste trek, ook die nadele daarvan moet dra;⁶ dat 'n heer deur middel van sy dienare handel en daarom met laasgenoemde vereenselwig word;⁷ of dat die heer finansieel in 'n beter posisie verkeer om die toegediende skade te vergoed.⁸ Scott⁹ argumenteer egter dat die risiko- of gevaarteorie die ware regverdiging vir die heer se aanspreeklikheid verskaf. Hiervolgens skeep die werk wat aan 'n werknemer toevertrou word bepaalde risiko's van benadeling waarvoor die werkgewer op grond van billikheid teenoor benadeelde buitestaanders aanspreeklik gehou behoort te word.¹⁰ Van der Merwe en Olivier¹¹ is egter die mening toegedaan dat pogings om 'n bevredigende juridiese grondslag vir middellike aanspreeklikheid te vind tot dusver onsuksesvol was.

2. Vereistes vir middellike aanspreeklikheid

Alvorens die werkgewer (heer) middellik vir 'n delik van sy werknemer (dienaar) aanspreeklik gehou kan word, moet aan die volgende drie vereistes voldoen word:

2.1 Daar moet 'n werkgewer-werknemerverhouding bestaan ten tyde van die pleging van die onregmatige daad deur die werknemer teenoor die derde. Sodanige verhouding bestaan wanneer een persoon deur ooreenkoms sy arbeidskragte of werkvermoë teen vergoeding tot beskikking van 'n ander stel op so 'n wyse

-
6. Die sogenaamde profyetteorie - Neethling ea 1989:309; Bosman en Hosten 1979:532.
 7. Die sogenaamde identifikasieteorie - Neethling ea 1989:309; Bosman en Hosten 1979:532.
 8. Die sogenaamde solvensieteorie - Neethling ea 1989:309; Bosman en Hosten 1979:532.
 9. Scott 1978:18; kyk ook Lipshitz 1981:118 wat van mening is dat die oortuigendste grondslag vir middellike aanspreeklikheid in die solvensieteorie gevind kan word.
 10. Neethling ea 1989:309.
 11. Van der Merwe en Olivier 1985:506.

dat laasgenoemde beheer oor eersgenoemde kan uitoefen.¹² Die bestaan van 'n dienskontrak (*locatio conductio operarum*) is dus 'n vereiste.¹³ Dit is belangrik om die dienskontrak te onderskei van die lasgewingskontrak (*locatio conductio operis*) waar mens met 'n ooreenkoms te doen het ingevolge waarvan een persoon (die lashebbër) ook onderneem om teen vergoeding dienste vir 'n ander (die lasgewer) te lewer, maar waar hy nie by dienslewering onder die beheer van die ander staan nie.¹⁴ Die lasgewingsooreenkoms fundeer nie middellike aanspreeklikheid nie en derhalwe kan die lasgewer nie aanspreeklikheid opdoen vir die onregmatige dade van die lashebbër nie.¹⁵

Die kwessie van beheer of kontrole kan beskou word as die belangrikste faktor by die vraag of 'n mens met 'n lasgewing - dan wel 'n dienskontrak te doen het.¹⁶ Met die begrip "beheer" word nie daadwerklike feitelike beheer bedoel nie, maar wel die bevoegdheid of reg om te beheer.¹⁷ Beheer of kontrole is egter net een van die faktore wat in ag geneem moet word ten einde vas te stel of die een dan wel die ander soort verhouding voor hande is. Dit is belangrik om die verhouding tussen

-
12. Van der Merwe en Olivier 1985:507; Neethling ea 1989:309 wys daarop dat bogemelde "beheer" die begrippe van gesag en kontrole insluit; Bosman en Hosten 1979:532; Lipshitz 1981:118.
 13. Neethling ea 1989:309; Bosman en Hosten 1979:532.
 14. Neethling ea 1989:309; Van der Merwe en Olivier 1985:507; Bosman en Hosten 1979:532; Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd v MacDonald 1931 AD 412.
 15. Neethling ea 1989:309; Van der Merwe en Olivier 1985:507; Bosman en Hosten 1979:532; Strauss 1984:343 wys daarop dat in die mediese konteks, die narkotiseur wat met die geneesheer saamwerk tydens uitvoering van 'n operasie deur laasgenoemde, so 'n onafhanklike kontrakteur is, so ook die spesialis na wie 'n pasiënt deur die algemene praktisyn verwys is.
 16. Van der Merwe en Olivier 1985:507-508; Neethling ea 1989:309-310.
 17. Neethling ea 1989:309; Burchell en Schaffer 1977:110; Rodrigues and Others v Alves and Others 1978(4) SA 834 (A).

die partye in die lig van al die omstandighede van die besondere geval te beoordeel.¹⁸

"Notwithstanding its importance the fact remains that the presence of such a right of supervision and control is not the sole indicium but merely one of the indicia albeit an important one, and that there may also be other important indicia to be considered depending upon the provisions of the contract in question as a whole."¹⁹

Faktore wat byvoorbeeld 'n rol kan speel tydens bepaling van die aard van die verhouding wat tussen twee persone bestaan, is:

"... the nature of the work, the measure of discretion and freedom of action accorded to the employee, the right of dismissal, the matter of payment and the circumstances in which payment may be withheld."²⁰

18. Neethling ea 1989:310.

19. Per appêlregter Joubert in Smit v Workmen's Compensation Commissioner 1979(1) SA 51(A): 62; Volgens Van der Walt 1976:401 is die volgende faktore relevant by bepaling van die status van 'n werknemer: ten bate van wie die werk verrig word; wie die risiko van verliese dra; wie die reg het om beheer uit te oefen oor die wyse van dienslewering; wie die werker aanstel; wie hom vergoed en op welke wyse; wie die werker kan ontslaan; wie die plek aanwys waar die werk gedoen moet word en die tyd wanneer dit gedoen moet word; kyk ook Stadsraad van Pretoria v Pretoria Pools 1990(1) SA 1005 (T).

20. McKerron 1971:91; kyk ook Lipshitz 1981:123-124 waar die outeur alternatiewe vir die "kontrole-toets" en die kritiek daarop bespreek. Hierdie alternatiewe sluit byvoorbeeld in die "organisation test", die "dominant impression test" en die "composite test"; Van der Merwe en Olivier 1985:511 wys verder daarop dat dit nie 'n vereiste is dat die dienskontrak langdurig van aard moet wees om werkgewersaanspreeklikheid te skep nie.

2.2 Die onregmatige daad moes deur die werknemer in die uitvoering van sy pligte gepleeg gewees het

Die werknemer tree binne die perke van sy diensbetrekking op nie alleen wanneer hy sy direkte verpligtinge uitvoer nie, maar ook word alle insidentele handeling wat deel vorm van sy prestasieverpligting en handeling wat hy in die algemene loop van sy pliguitvoering verrig, hierby ingesluit.²¹ Ten einde vas te stel of 'n sekere handeling binne die omvang van die werknemer se prestasieverpligtinge val, moet ag geslaan word op die terme en aard van die tersaaklike dienskontrak, die aard van die opdragte en die besondere omstandighede van die geval.²²

Die werknemer tree buite die bedoelde perk van sy diensbetrekking op indien hy op die relevante oomblik hom besig hou met die behartiging van sy eie belange of sy eie doelstellings nastreef en hom heeltemal van die vervulling van die dienskontrak losmaak.²³

Waar die werknemer 'n onregmatige daad pleeg terwyl hy buite die perke van die dienskontrak maar tog ten behoeve van die werkgewer optree, sal laasgenoemde nie middellik aanspreeklik gehou word nie.²⁴

21. Van der Merwe en Olivier 1985:572; Neethling ea 1989:311.

22. Van der Merwe en Olivier 1985:512; Lipshitz 1981:125.

23. Van der Merwe en Olivier 1985:513; Neethling ea 1989:311 wys daarop dat die werkgewer alleenlik middellike aanspreeklikheid kan vryspring indien die werknemer, subjektief gesien, uitsluitlik sy eie belange nagestreef het, en, objektief beskou, hom geheel en al van die verpligtinge voortspruitende uit sy dienskontrak losgemaak het; kyk Minister of Police v Rabie 1986(1) SA 117 (A) 134 vir 'n bespreking van die toetse wat in onderhawige aangeleentheid ter sprake is; Bosman en Hosten 1979:533 vn 349.

24. Van der Merwe en Olivier 1985:516.

Interessantheidshalwe kan daarop gelet word dat daar reeds aanduidings in ons reg bestaan dat die vraag of die werknemer binne die perke van sy diensbetrekking opgetree het, aan die hand van risiko-skepping deur die werkgever beoordeel kan word.²⁵

2.3 Die werknemer moes 'n onregmatige daad gepleeg het

Slegs indien die handeling van die werknemer aan al die vereistes van die onregmatige daad voldoen sodat hy self deliktueel aanspreeklik gehou kan word, sal die middellike aanspreeklikheid van die werkgever ontstaan.²⁶ Die werkgever sal vanselfsprekend enige verweer kan aanvoer wat die werknemer tot sy beskikking het.²⁷

Aangesien die werknemer ook deliktueel aanspreeklik is, word die werkgever en werknemer in beginsel as mededaders beskou.²⁸ Indien die werkgever aangespreek word en hy skadevergoeding moet betaal vir 'n onregmatige daad deur die werknemer gepleeg, het hy 'n verhaalsreg teen sodanige werknemer.²⁹

B.1 Middellike aanspreeklikheid van hospitale

Die verouderde Engelse leerstuk dat 'n hospitaalowerheid nie aanspreeklik is vir die nalatige optrede van sy werknemers

-
25. Neethling ea 1989:312 waar outeurs die saak van Minister of Police v Rabie:134 onder andere as gesag aanvoer.
 26. Van der Merwe en Olivier 1985:516; Bosman en Hosten 1979:535.
 27. Van der Merwe en Olivier 1985:516; Neethling ea 1989:310.
 28. Neethling ea 1989:310; Die beginsels van hoofstuk II van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34/1956 is dus op die werkgever en werknemer as mededaders van toepassing - kyk Van der Merwe en Olivier 1985:517.
 29. Strauss en Strydom 1967:284; Van der Merwe en Olivier 1977:517; Neethling ea 1989:310; Burchell en Schaffer 1987:110; Botes v Van Deventer 1966(3) SA 182 (A):205-206;

tydens die uitvoering van hul professionele take nie het ook in vroeëre Suid-Afrikaanse regspraak aanwending gevind.³⁰ In Lower Umfolosi District War Memorial Hospital v Lowe³¹ is beslis dat die plasing van 'n warmwaterbottel in die bed van 'n pasiënt wat besig was om te herstel van die toediening van narkose nadat 'n operasie op hom uitgevoer is, deel van die betrokke verpleegster se professionele take was. Die pasiënt het in casu skadevergoeding geëis vir ernstige brandwonde wat hy in die voorval opgedoen het, maar op appël word beslis dat die hospitaalowerheid slegs aanspreeklik is vir die onregmatige dae gepleeg deur verpleegsters in sy diens tydens uitvoering van hul diens- of administratiewe take en nie professionele take nie.

"... in respect of work done in the discharge of professional duties the nurses are not the servants of the hospital, they are servants of the hospital in respect of their ministerial or administrative duties, and that, therefore, while the hospital authority is not liable for the negligence of nurses in the performance of duties of the former class, it is liable for their negligence in the performance of duties of the latter class."³²

Hierdie standpunt wat deur die hof ingeneem is, was in ooreenstemming met die heersende regsposisie in daardie stadium in

-
30. Hartl v Pretoria Hospital Committee 1915 TPD 336; Byrne v East London Hospital Board 1926 EDL 128; Strauss 1984:344; Van Oosten 1986:27; McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:153.
31. Lower Umfolosi District War Memorial Hospital v Lowe 1937 NPD 31.
32. Op 38; kritiek teen hierdie beslissing het egter nie uitgebrei nie - kyk byvoorbeeld McKerron 1971:92 en Van der Walt 1976:403; Van Oosten 1986:27 wys daarop dat hoewel dié Engelsregtelike leerstuk inhou dat 'n hospitaalowerheid nie aanspreeklik is vir onregmatige dae deur sy personeel gepleeg in die uitvoering van hul professionele take nie, moes die hospitaal deur die uitoefening van redelike sorg hom vergewis het van die betrokke werknemer se professionele bevoegdheid alvorens hy aangestel kon word.

Engeland.³³

In St. Augustine's Hospital (Pty) Ltd v Le Breton³⁴ was die feite kortliks die volgende: Die pasiënt was 'n ou dame wat met 'n gebreekte arm in die hospitaal opgeneem is. Sy het gedurende die nag van haar bed afgeval omdat die verpleegpersoneel die betrokke aand versuim het om die kantrelings van haar bed op te slaan. Met die val het sy 'n been gebreek, wat haar verblyf in die hospitaal noodwendig verleng het. Die hospitaal het betaling van die pasiënt se hospitaalrekening vir die volle tydperk van haar hospitalisasie geëis en die pasiënt se seun het 'n teeneis om skadevergoeding, gebaseer op die hospitaalpersoneel se nalatigheid, ingestel.

Regter Fannin het in sy uitspraak daarop gewys dat die Engelse gesag wat in die Lower Umfolosi-saak aangehaal is, in latere Engelse beslissings omvergewerp is,³⁵ en 'n hospitaalowerheid gevolglik in sekere omstandighede aanspreeklik gehou kan word vir die nalatige optrede van sy personeel tydens die uitvoering van hul professionele pligte. Hoewel daar in die St. Augustine's-saak bevind is dat die hospitaalpersoneel nalatig was, was die hof op grond van die presedenteleer aan die Lower Umfolosi-saak gebonde en kon die hospitaalowerheid derhalwe nie vir die pasiënt se skade aanspreeklik gehou word nie.³⁶

33. Daar is onder andere verwys na twee Engelse beslissings, naamlik Hillyer v The Governors of St Batholomew's Hospital [1909] 2 KB 820 en Strangways-Lesmere v Clayton [1936] 2 KB 11.

34. St. Augustine's Hospital (Pty) Ltd v Le Breton:530.

35. Gold v Essex County Council [1942] 2 KB 293; Cassidy v Ministry of Health [1951] 2 KB 343.

36. Op 504 F; Op 538 D-E laat regter Fannin egter **obiter** blyk dat "... had I been free to do so, I would have been disposed to accept as more in accordance with our law the later English decisions, and to have applied the law as there applied and as applied in Esterhuizen v Administrator, Transvaal, 1957(3) SA 710 (T), and Dube v Administrator, Transvaal, 1963(4) 260 (T) ..."; kyk ook Strauss 1984:345; Van Oosten 1986:27.

Die regsposisie in die Transvaal het egter van dié in Natal verskil. In Esterhuizen v Administrator, Transvaal³⁷ is beslis dat 'n hospitaalowerheid aanspreeklik is vir die onbekwame professionele handeling van 'n geneesheer wat in diens van die hospitaal is. In Dube v Administrator, Transvaal³⁸ is die hospitaalowerheid aanspreeklik gehou vir die nalatigheid van 'n geneesheer en twee gipswerkers wat by die hospitaal werksaam was, ten opsigte van die behandeling van 'n pasiënt se gebreekte voorarm, wat gelei het tot die ontwikkeling van 'n toestand bekend as Volkmann se kontraktuur.

Verskeie skrywers het hulle sterk uitgespreek teen die toepassing van die verouderde Engelsregtelike reël van nie-aanspreeklikheid vir professionele personeel wat intussen in onguns verval het, en bepleit die toepassing van die standpunt, soos deur die Transvaalse hof ingeneem, dat middellike aanspreeklikheid deur hospitale opgedoen kan word vir die nalatige gedrag van hul personeel.³⁹

In Mtewa v Minister of Health⁴⁰ was die feite kortliks die volgende: Die eiseres het behandeling ontvang in die King George Hospital te Durban vir moontlike tuberkulose. Die betrokke hospitaal ressorteer onder die regsbevoegdheid van die eksipiënt, die minister van gesondheid. Die eiseres het beweerd dat die geneesheer wat haar behandel het, 'n werknemer

-
37. Esterhuizen v Administrator, Transvaal:710; Hier het die betrokke geneesheer die pasiënt onderwerp aan oormatige X-straalbehandeling wat uiteindelik daartoe gelei het dat laasgenoemde se bene en haar linkerhand geamputeer moes word.
38. Dube v Administrator, Transvaal:260; Nalatigheid was hier geleë in die feit dat die gips te styf aangesit is, en die daaropvolgende versuim om dit waar te neem; uiteindelik moes die pasiënt se arm geamputeer word. Kyk ook Magware v Minister of Health 1981(4) SA 472 (Z).
39. Strauss en Strydom 1967:282 vn 110; Strauss 1984:345-346.
40. Mtewa v Minister of Health 1989(3) SA 600 (D); vir 'n volledige bespreking van hierdie saak, kyk De Klerk 1990:148.

van die minister was en dat hy onverskillig opgetree het met die voorskryf en toediening van 'n sekere geneesmiddel as gevolg waarvan sy onaangename en skadelike na- en bygevolge ondervind het. Vervolgens eis sy van die minister skadevergoeding vir pyn, lyding, ongemak en ongerief en verlies aan lewensgenietinge. Die minister het eksepsie teen die eis aangeteken, welke eksepsie volgens die hof onmiskenbaar op die bogemelde Lower Umfolosi-saak gebaseer was.⁴¹ Die verweerder het sy eksepsie onder andere soos volg geformuleer:

"The plaintiff's particulars of claim as amplified by further particulars do not disclose a cause of action in law, because the liability of a hospital with regard to the professional work of employees/servants is limited to the hospital taking reasonable care to assure itself of the professional competence of the servants/employees whom it employs."⁴²

As gevolg van die verskil in benaderings in Transvaal en Natal ten opsigte van die middellike aanspreeklikheid van 'n hospitaalowerheid vir die nalatige uitvoering van professionele take deur hospitaalpersoneel en om 'n soortgelyke situasie te vermy as waarmee regter Fannin in die St. Augustine's-saak, soos hierbo bespreek, gekonfronteer is, is onderhawige eksepsie kragtens artikel 13(1) (6) van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959 aangehoor.⁴³

Volgens die hof was die beginsel waarop die bevinding in die Lower Umfolosi-saak gebaseer was, die feit dat 'n hospitaalowerheid se professionele personeel nie as dienaars van die

41. Op 602 D.

42. Op 602 B.

43. De Klerk 1990:150-151.

betrokke owerheid beskou kan word nie; ten minste ten aansien van die uitoefening van hul professionele take.⁴⁴ Die regter wys egter daarop dat die kontroletoeets wat in bogemelde saak aanwending gevind het, sedertdien 'n klemverskuiwing ondergaan het. Waar dit vroeër 'n rigiede regsbeginself was, is dit nou 'n suiwere feitevraag.⁴⁵

"The degree of supervision and control which is exercised by the person in authority over him is no longer regarded as the sole criterion to determine whether someone is a servant or something else. The deciding factor is the intention of the parties to the contract, which is to be gathered from a variety of facts and factors."⁴⁶

Om te bepaal of 'n betrokke persoon 'n dienaar of 'n onafhanklike werker is, is die element van beheer oor daardie persoon slegs een van die *indicia* wat tydens die oorwegingsproses in ag geneem moet word.⁴⁷

Die hof bevind dat aangesien die onderhawige toets 'n feitevraag is, kan die aangeleentheid nie by wyse van 'n eksepsie afgehandel word nie, en is die eksepsie derhalwe van die hand gewys.⁴⁸ Die hof wys ook daarop dat die Lower Umfolosi-saak verouderd is aangesien die Engelse beslissings waarop dit gebaseer is, intussen deur latere beslissings afgewater is.⁴⁹ Die minister van gesondheid bevind hom in die vervolg in dieselfde posisie as die minister van wet en orde en hy kan as werkgewer aanspreeklikheid opdoen indien 'n personeellid van 'n hospitaal wat onder sy jurisdiksie ressorteer, nalatig is in

-
44. Op 605 E; In navolging van Engelse beslissings soos Hillyer v The Governors of St. Bartholomew's Hospital [1909] 2 KB en Strangways-Lesmere v Clayton [1936] 2 KB 11.
45. Op 605 E; kyk De Klerk 1990:151.
46. Op 605F.
47. Op 605 G.
48. De Klerk 1990:151.
49. Op 606 C.

die uitvoering van sy take, ongeag of dit professionele- of administratiewe take is.⁵⁰

Volgens De Klerk⁵¹ kan die uitspraak van die hof in die Mtetwa-saak verwelkom word, en komplimenter hy regter Nie-naber vir sy bereidwilligheid om die twispunt betreffende die middellike aanspreeklikheid van 'n hospitaalowerheid vir die nalatige daade gepleeg deur professionele hospitaalpersoneel aan te spreek en op dieselfde grondslag as die vroeëre Transvaalse beslissings⁵² te plaas.

Interessantheidshalwe kan op die volgende gewys word wat betref die middellike aanspreeklikheid van 'n hospitaalowerheid:

1. 'n Geneesheer wat op versoek van 'n hospitaalowerheid gratis dienste aan die owerheid lewer, word nie as 'n dienaar/werknemer van die owerheid beskou nie en die hospitaal sal derhalwe nie vir sy nalatige daade aanspreeklik gehou kan word nie.⁵³
2. Verpleegsters en geneesheer wat werknemers van 'n hospitaalowerheid is en wat bystand verleen aan 'n onafhanklike praktisyn wat van die hospitaal se geriewe gebruik maak, is nie dienare van die praktisyn nie en laasgenoemde is nie aanspreeklik vir die nalatigheid van sulke persone nie.⁵⁴
3. Die vraag ontstaan wat is die posisie van die nie-betalende pasiënt of die pasiënt wat behandeling in 'n staats-hospitaal ontvang. Word die hospitaalowerheid middellik aanspreeklik gehou vir die nalatigheid van 'n werknemer tydens

50. Op 606C; kyk De Klerk 1990:151.

51. De Klerk 1990:151.

52. Esterhuizen v Administrator, Transvaal:710 en Dube v Administrator, Transvaal:260.

53. Volgens Hartl v Pretoria Hospital Committee:340-342; Strauss en Strydom 1967:282; Van Oosten 1986:27.

54. Strauss en Strydom 1967:283.

behandeling van sodanige pasiënte? In Dube v Administrator, Transvaal⁵⁵ is beslis dat die feit dat 'n pasiënt gratis behandeling ontvang geen invloed het op sy verhaalsreg teen 'n hospitaalowerheid vir die nalatige optrede van laasgenoemde se werknemers nie.

4. In die VSA het die posisie ten opsigte van die aanspreeklikheid van hospitaalowerhede ietwat gekompliseerd geraak deurdat sommige hospitale se ongevalle-afdelings nie deur sy werknemers bestuur word nie, maar wel op 'n kontraktuele basis deur geneeshere behorende aan 'n "buite"-vennootskap.⁵⁶ Hoewel die meeste Amerikaanse hofe aanvanklik van die standpunt uitgegaan het dat die nalatigheid van sodanige "kontrak"-geneeshere nie aanleiding sal gee tot die middellike aanspreeklikheid van die betrokke hospitaal nie, is hierdie beslissings in latere gewysdes bevestig. Al hoe meer state het begin besef dat hierdie geneeshere wat die ongevalle-afdeling van 'n spesifieke hospitaal op 'n kontraktuele basis bestuur, in die oë van die gemeenskap werknemers van daardie hospitaal is, en dit het aanleiding gegee tot beslissings in sommige state waarin die hospitaalowerheid aanspreeklik gehou is vir die nalatige optrede van hierdie "kontrak"-geneeshere.⁵⁷ Strauss⁵⁸ wys daarop dat nog geen Suid-Afrikaanse hof met bogemelde probleem gekonfronteer is nie en dat mediese dienste vir noodgevalle bykans uitsluitlik deur staats- en nie private hospitale verskaf word nie. Gemelde outeur is egter die mening toegedaan dat indien die situasie in Suid-Afrika sou ontwikkel dat 'n private hospitaal 'n ongevalle diens verskaf, sal 'n hof waarskynlik beslis dat aangesien die hospitaalowerheid nōg werklike fisiese beheer oor die dade van die "kontrak"-geneesheer het, nōg die reg het om beheer oor sodanige geneesheer uit te oefen, die hospitaal nie

55. Duybe v Administrator, Transvaal:266 H.

56. Strauss 1984:346.

57. Holder 1978:213; Strauss 1984:346.

58. Strauss 1984:346.

aanspreeklik gehou kan word nie.⁵⁹

5. Dit is belangrik om daarop te let dat aanspreeklikheid aan die kant van die werkgewer (hospitaalowerheid) nie die werknemer (geneesheer) se eie aanspreeklikheid vanweë sy nalatigheid uitsluit nie.⁶⁰

6. Daar bestaan geen werknemer/werkgewer-verhouding tussen 'n private hospitaal en geneesheer, chirurg, narkotiseurs en radioloog wat van die inrigting se geriewe gebruik maak nie. Sodanige geneesheer of spesialis word as 'n onafhanklike kontrakteur beskou en die hospitaalowerheid sal nie middellik aanspreeklik gehou word vir hul nalatige optrede nie.⁶¹

7. Sommige private hospitale maak gebruik van 'n vrywaringsvorm wat deur die pasiënt onderteken moet word alvorens hy tot die hospitaal toegelaat word.⁶² Sodanige vrywaringsvorm maak onder andere daarvoor voorsiening dat die hospitaal nie aanspreeklik sal wees vir enige besering, verlies of skade van welke aard ookal deur die pasiënt gely, voortspruitend uit enige behandeling of aandag ontvang of gebrek in die perseel of instrumente van die hospitaal, hetsy dit te wyte is aan die nalatigheid van die hospitaal, sy personeel of dienaars al dan nie.⁶³ Verskeie jurisdiksies in die VSA het al verklaar dat ooreenkomste van hierdie aard ongeldig is.⁶⁴ Dit staan Suid-Afrikaanse howe egter nie vry om dienooreenkomstig op te tree nie en sal uiting gegee word aan 'n vrywaringsklousule indien dit in ondubbelsinnige terme uitgedruk word.⁶⁵ Burchell en Schaffer⁶⁶ is die mening toegedaan dat die meeste wat ons howe kan doen is om so 'n ooreenkoms so eng as moontlik te interpreteer.

59. Strauss 1984:347.

60. Strauss en Strydom 1967:284; Van Oosten 1986:27.

61. Burchell en Schaffer 1977:110.

62. Burchell en Schaffer 1977:109; Strauss 1984:348.

63. Burchell en Schaffer 1977:109.

64. Burchell en Schaffer 1977:109.

65. Burchell en Schaffer 1977:109; Strauss 1984:348.

66. Burchell en Schaffer 1977:109.

Ten spyte van die bestaan van sodanige vrywaringsklousule mag die pasiënt steeds die hospitaalowerheid aanspreek vir skade veroorsaak deur die opsetlike wangedrag of grof nalatige optrede aan die kant van die hospitaalspersoneel.⁶⁷ Volgens Strauss⁶⁸ verkeer die pasiënt egter in 'n ongunstige posisie en argumenteer hy dat beskou vanuit die oogpunt van openbare beleid die geldigheid van vrywaringsklousules 'n ongewenste verskynsel is wat die aandag van die Suid-Afrikaanse wetgewer regverdig.⁶⁹

2. Posisie in Engeland en die VSA

2.1 Engeland

Howe in Engeland het in die verlede die standpunt ingeneem dat 'n hospitaalowerheid nie aanspreeklik gehou kan word vir die dae van sy personeel wat tydens die uitoefening van hul professionele, in teenstelling met hul administratiewe, pligte verrig is nie.⁷⁰ Met die instelling van genasionaliseerde hospitale het 'n nuwe benadering gevolg. Die onderskeid tussen administratiewe en professionele pligte is in latere sake afgekeur en hospitaalowerhede is aanspreeklik gehou vir die nalatigheid van verpleegsters,⁷¹ 'n radiografis,⁷² inwonende

67. Strauss 1984:348.

68. Strauss 1984:348.

69. Strauss en Strydom 1967:324 is van mening dat waar sodanige ooreenkoms tussen 'n geneesheer en sy pasiënt aangegaan word, dit van nul en gener waarde is aangesien dit *contra bonos mores* is. Volgens Strauss 1984:349 vn 43 behoort dieselfde oorwegings van toepassing te wees in die geval van hospitale ten opsigte van persoonlike beserings wat die pasiënt aangedoen is.

70. Evans v Liverpool Corporation [1906] 1 KB 160; Hillyer v Governors of St. Bartholomew's Hospital [1909] 2 KB 820; Fricke 1982:65; Percy 1983:550; Jackson en Powell 1987:319; Martin 1979:388 wys daarop dat hierdie onderskeid hoofsaaklik gebaseer was op die idee dat hospitale liefdadigheidsinrigtings was en dat mediese personeel pasiënte besoek en behandel het sonder enige vergoeding en dus deel was van die liefdadigheidsopvatting.

71. Wardell v Kent C.C. [1938] 2 KB 768; kyk in die algemeen Samuels 1982:140 ev.

72. Gold v Essex County Council [1942] 2 KB 293.

geneesheer,⁷³ deeltydse ortopedis⁷⁴ en inwonende mediese be-
ampes.⁷⁵

2.2 Die Verenigde State van Amerika

Ontwikkelings in die VSA op die gebied van hospitaalaanspreek-
likheid is vergelykbaar met dié in Engeland.⁷⁶ Howe in die
staat van New York, asook in ander jurisdiksies, het in
vroeëre sake die standpunt ingeneem dat 'n hospitaal aanspreek-
lik is vir die "administratiewe" take deur sy geneeshere ver-
rig, maar nie vir hul "professionele" take nie.⁷⁷ Toepassing
van hierdie onderskeid het egter slegs tot verwarring aanlei-
ding gegee en in 1957 is dit deur die appèlhof van New York in
Bing Thunig⁷⁸ verwerp:

"Hospitals should, in short, shoulder the responsibi-
lities borne by everyone else. There is no reason to
continue their exemption from the universal rule of
respondeat superior. The test should be, for these
institutions, whether charitable or profit-making, as
it is for every other employer, was the person who
committed the negligent injury-producing act one of
its employees, and if he was, was he acting within
the scope of his employment?"

Die algemene reël in die VSA blyk tans te wees dat 'n hospitaal
aanspreeklik gehou kan word vir die nalatigheid van 'n werk-
nemer selfs indien die betrokke handeling medies van aard
is.⁷⁹ Uit hoofde van die leerstuk van **respondeat superior**

73. Percy 1983:552 en die sake daar deur hom aangehaal.

74. Razzel v Snowball [1954] 3 All ER 429.

75. Cassidy v Ministry of Health [1951] 2 KB 343.

76. Strauss 1984:344.

77. Hierdie onderskeid het ontstaan in Schloendorff v Society
of New York Hospital, 211 NY 125, 105 NE 92 NY 1914;
Shartel en Plant 1959:185; Werthmann 1984:9; Candelora
1974:845.

78. Bing v Thunig 143 NE 2d 3, NY 1957:8.

79. Strauss 1984:344; Harney 1973:226; Werthmann 1984:2 wys
daarop dat van die leerstukke van "charitable or govern-
mental immunity, waarkragtens liefdadigheidsinrigtings en
hospitale onder beheer van staatsorgane immuniteit teen
deliktuele aanspreeklikheid geniet het, vandag nog slegs
enkele oorblyfsels bestaan; Candelora 1974:844; Cohen en
Mariano 1982:330; Vogel 1985:180.

word die hospitaalowerheid middellik aanspreeklik gehou vir dae gepleeg deur werknemers "within the course and scope of his or her employment"⁸⁰ Die deurslaggewende toets om te bepaal wie inderdaad werknemers is, is dié van kontrole;⁸¹ met ander woorde wie het beheer uitgeoefen oor die dae van die betrokke persoon of die reg gehad om sodanige beheer uit te oefen.

2.2.1 Leerstuk van "apparent authority"

Hoewel hospitale nie aanspreeklik is vir die nalatige optrede van onafhanklike kontrakteurs nie,⁸² bestaan daar nie eenstemmigheid betreffende die vraag of onafhanklike geneeshere wat sekere afdelings van die hospitaal op 'n kontraktuele basis bestuur,⁸³ werknemers daarvan dan wel onafhanklike kontrakteurs is nie.⁸⁴ Sommige howe het op grond van die relatiewe onafhanklikheid waarmee hierdie geneeshere optree en die bestaande kontraktuele reëlins wat laasgenoemde skynbaar in die rol van 'n onafhanklike kontrakteur plaas, geweier om die hospitaal middellik aanspreeklik te hou. In 'n toenemende aantal sake is egter bevind dat geneeshere wat sodanige hulpdienste verskaf, veral wat betref dienste in die ongevalle-afdeling, as werknemers van die hospitaal beskou moet word vir wie se optrede die hospitaal middellike aanspreeklikheid kan opdoen.⁸⁵ Hierdie bevindings is gebaseer op die leerstuk van

-
80. Shartel en Plant 1959:187; Harney 1973:225; Hemelt en Mackert 1978:24; Christoffel 1982:319; Werthmann 1984:8; Galatz 1984:65; King 1986:300; Guido 1988:162.
81. Harney 1983:227; Hemelt en Mackert 1978:24; Breen 1982:442; Galatz 1984:65.
82. Breen 1982:442; Werthmann 1984:9.
83. Byvoorbeeld die ongevalle- of X-straalafdeling; Werthmann 1984:10
84. Hemelt en Mackert 1978:27; King 1986:301.
85. King 1986:301; Strauss 1984:346; Galatz 1984:66 wys daarop dat sodanige geneeshere bekend staan as "apparent employees"; dit is iemand wat nie in werklikheid 'n werknemer van die betrokke inrigting is nie, maar die indruk is in die gemoed van die pasiënt geskep dat hulle in diens van die hospitaal is.

"apparent authority" waarvolgens die hospitaalowerheid aanspreeklik mag wees vir die optrede van geneeshere wat hul dienste uitsluitlik deur die hospitaal lewer, hoewel hulle nie 'n salaris van die hospitaal ontvang nie.⁸⁶ Volgens Werthmann⁸⁷ spruit die aanspreeklikheid van die hospitaal in dergelyke gevalle nie voort uit enige ooreenkoms wat met sodanige geneesheer gesluit is nie, maar wel uit die feit dat die partye die skyn verwek het dat 'n werkgewer-werknemer-verhouding tussen hulle bestaan. Hierdie leerstuk is egter nie tot beskikking van die pasiënt indien hy geweet het of behoort te geweet het dat die geneesheer wat hom behandel, nie 'n werknemer van die hospitaal is nie.⁸⁸

2.2.2 "Corporate liability"

"Corporate liability", met betrekking tot hospitaalowerhede, spruit voort uit die "neglect of the officers or managing directors who [constitute] the governing board of the corporation, as distinguished from the negligence of its ordinary employees, such as its superintendent, supervisors, physicians and nurses."⁸⁹ Hierdie leerstuk is gebaseer op die teorie dat die hospitaal, as 'n instelling sekere direkte pligte teenoor sy pasiënte verskuldig is wat nie gedelegeer kan word nie.⁹⁰ Hierdie pligte sluit onder andere in die uitoefening van behoorlike sorg tydens die aanstelling van, behoud van en toesighouding oor geneeshere; die onderhoud van die perseel en die verskaffing van voorrade.⁹¹ "Corporate liability" moet onderskei word van middellike aanspreeklikheid omdat dit nie

-
86. Strauss 1984:344; Christoffel 1982:320; Candelora 1974:846; Harney 1973:223.
 87. Werthmann 1984:11; Galatz 1984:66; King 1986:302.
 88. King 1986:302.
 89. Edwards v Grace Hospital Society 130 Conn 568, 571-72, 36 A 2d 273, 274 (1944); King 1986:304.
 90. Candelora 1974:847; Swan 1984:318 wys daarop dat hierdie vorm van aanspreeklikheid sy ontstaan het in die feit dat hospitale in die verlede aanspreeklikheid kon vryspring indien bewys kon word dat die geneesheer wat na bewering nalatig was, 'n onafhanklike kontrakteur is wat net van die hospitaal se fasiliteite gebruik gemaak het.
 91. Werthmann 1984:19; Swan 1984:318.

ontstaan uit die werkgewer/werknemer-verhouding tussen hospitaal en werknemer nie maar wel uit die hospitaal/pasiëntverhouding. Dit spruit dus voort uit die verbreking van die onafhanklike sorgsaamheidsplig wat deur die hospitaal aan die pasiënt verskuldig is.⁹²

King⁹³ maak melding van vyf basiese verpligtinge waarop 'n eis gegrond op "corporate liability" gewoonlik gebaseer word:

2.2.2.1 Hospitaaltoerusting, voorrade, medikasie en voedsel

'n Hospitaal moet redelike stappe doen ten einde voldoende en veilige toerusting, voorrade, medikasie en voedsel aan sy pasiënte te verskaf.⁹⁴ Daar word nie van hospitale verwag om oor die nuutste modelle of tipes toerusting te beskik nie, dit is slegs nodig om toerusting te verskaf wat redelik geskik is vir die doel waarvoor dit aangeskaf is.⁹⁵ 'n Hospitaallowerheid moet ook toepaslike stappe neem om behoorlike onderhoud en keuse van voorraad te verseker.⁹⁶ Die verskaffing van ongeskikte voeding aan die pasiënt kan tot aanspreeklikheid van die hospitaallowerheid aanleiding gee indien eersgenoemde skade as gevolg daarvan opdoen.⁹⁷ In weinig jurisdiksies was die houe bereid om hospitaallowerhede absoluut aanspreeklik te hou vir defekte in hospitaaltoerusting, materiale of geneesmiddels gebruik tydens behandeling van 'n pasiënt.⁹⁸

92. Werthmann 1984:19.

93. King 1986:307.

94. Candelora 1974:847 wys daarop dat anders as 'n besering veroorsaak deur die nalatige gebruik van toerusting, gee 'n besering veroorsaak deur defekte toerusting aanleiding tot direkte hospitaalaanspreeklikheid; kyk ook Vogel 1985:180.

95. Starnes v Charlotte-Mecklenberg Hospital Authority 221 SE 2d 733, NC 1976; Galatz 1984:68; Werthmann 1984:19.

96. King 1986:308.

97. King 1986:308-309 wys daarop dat aan 'n pasiënt byvoorbeeld 'n ongeskikte dieët of nalatig voorbereide kos verskaf kan word, of mag hy te gou voor of na 'n spesifieke mediese prosedure, voedsel ontvang.

98. Galatz 1984:68; King 1986:307-308.

2.2.2.2 Hospitaalperseel

Die hospitaalowerheid moet redelike sorg aan die dag lê ten einde 'n veilige perseel in stand te hou. Nie alleen moet redelike stappe gedoen word om die pasiënt teen bekende gevare te beskerm nie, die hospitaalowerheid moet ook die perseel inspekteer ten einde ander risiko's te ontdek, en na behore daarmee te handel.⁹⁹

2.2.2.3 Veiligheidsmaatreëls

Die hospitaalowerheid moet maatreëls in werking stel en volg wat redelikerwys daarop gemik is om pasiënte en ander persone te beskerm. Toepaslike stappe moet byvoorbeeld gedoen word om pasiënte te beskerm teen blootstelling aan aansteeklike siektes.¹⁰⁰ Redelike stappe moet ook gedoen word om ongemagtigde toegang tot en openbaarmaking van 'n pasiënt se mediese rekords te verhoed.¹⁰¹ Geskikte maatreëls moet ook in werking gestel word om te verhoed dat pasiënte deur ander persone aangeval of andersins beseer word.¹⁰² In 'n aantal beslissings is bevind dat hospitale redelike sorg aan die dag moet lê om te verhoed dat 'n pasiënt selfmoord pleeg of homself beserings toedien.¹⁰³

2.2.2.4 Keuring en indiensneming van werknemers en verlening van personeelvoorregte

Bykomend tot middellike aanspreeklikheid kan 'n hospitaalowerheid direk aanspreeklik gehou word vir die versuim om redelike

99. King 1986:309.

100. King 1986:310; Wat die Engelse reg betref kyk Percy 1983:554. In Lindsey C.C. v Marshall [1937] AC 97:119 is beslis dat 'n hospitaalowerheid moet "take by themselves or by their officers all proper steps to keep the premises safe for the admission of the public, or if they have not done so either to exclude the public altogether, or at least to warn them of the danger."

101. King 1986:310.

102. King 1986:310.

103. Pisel v Stamford Hospital 180 Conn 314,430 A 2d 1 (1980).

sorg aan die dag te lê tydens die keuring en indienseneming van werknemers.¹⁰⁴ Behoorlike sorg word ook van die hospitaal vereis tydens die verlening en voortsetting van personeelvoorregte aan geneeshere wat nie werknemers daarvan is nie.¹⁰⁵ Alvorens 'n hospitaalowerheid op grond van die teorie van nalatige verlening of voortsetting van personeelvoorregte aanspreeklik gehou kan word, word vereis dat: die eiser moet bewys dat die betrokke geneesheer nalatig die besering veroorsaak het; dat die besering die resultaat was van sy onvermoë om sodanige mediese prosedure uit te voer; dat die hospitaal versuim het om redelike sorg aan die dag te lê om hierdie onvermoë (gebrek aan vaardigheid) te ontdek; en dat indien 'n ondersoek uitgevoer is, personeelvoorregte geweier, herroep of beperk sou gewees het sodat die mediese prosedure nie deur die geneesheer uitgevoer kon word nie.¹⁰⁶ Indien 'n hospitaalowerheid weet of behoort te weet dat 'n geneesheer professioneel onbevoeg is, sal hy in alle gevalle vir sy nalatigheid aanspreeklik gehou word.¹⁰⁷

2.2.2.5 Toesighouding oor pasiëntsorg

Een van die ingewikkeldste vrae betreffende 'n hospitaal se potensieële "corporate liability" is of, en indien wel in welke mate, die hospitaal toesig moet hou oor die behandeling toegedien deur geneeshere wat nie werknemers is nie, maar aan wie personeelvoorregte toegeken is. In die bekende saak van Darling v Charleston Community Memorial Hospital¹⁰⁸ is beslis dat daar inderdaad 'n plig op 'n hospitaalowerheid rus om toesig te hou oor die behandeling verskaf deur 'n onafhanklike genees-

-
104. Harney 1973:225; Candelora 1974:848; Holder 1978:211; Guido 1988:164; King 1986:311.
 105. Purcell v Zimbelman 500 P 2d 335 Ariz 1972; Johnson v Misericordia Community Hospital 294 NW 2d 501 Wisc 1980.
 106. King 1986:313-314; Candelora 1974:850; Christoffel 1982:320.
 107. Holder 1978:216.
 108. Darling v Charleston Community Memorial Hospital 200 NE 2d 149, 211 NE 2d 253, Ill 1965. Vir 'n bespreking van hierdie saak kyk Galatz 1984:68-70.

heer aan pasiënte op die perseel van die betrokke hospitaal.¹⁰⁹ Hierdie standpunt is dan ook onderskryf in 'n aantal latere beslissings waarin die howe bereid was om dié uitgebreide opvatting van 'n hospitaal se verantwoordelikheid teenoor sy pasiënte te aanvaar.¹¹⁰

As die plig om toesig te hou oor die behandeling verskaf deur onafhanklike geneeshere eers erken is, ontstaan die vraag wat die aard van hierdie plig is. Volgens King¹¹¹ stel die meeste howe wat sodanige plig erken voor dat die hospitaalowerheid nie aanspreeklik gehou sal word nie tensy dit geweet het of behoort te geweet het dat ingryping deur gemelde owerheid noodsaaklik was om die gesondheid van die pasiënt te beskerm. Hierdie formulering vereis waarskynlik dat alvorens 'n hospitaalowerheid verplig sou wees om in te gryp, die toepaslike personeel ten minste kennis moes gedra het van feite wat redelikerwys die afleiding sou regverdig dat 'n gevaar vir die pasiënt bestaan uit hoofde van die behandeling wat deur die onafhanklike geneesheer verleen word.¹¹² Indien aangeneem word dat die hospitaalowerheid daarvan bewus was dat die handeling van 'n onafhanklike geneesheer 'n onredelike risiko van benadeling inhou, ontstaan die vraag welke optrede redelikerwys van die hospitaal verwag kan word ten einde die pasiënt daarteen te beskerm. King¹¹³ doen aan die hand dat nadat die pasiënt omtrent die stand van sake ingelig is, daar met die betrokke onafhanklike geneesheer saamgewerk moet word in 'n poging om die situasie reg te stel. Indien dit egter onmoontlik blyk te wees, behoort die pasiënt omtrent die gevaar ingelig te word en die keuse gebied te word om 'n nuwe

109. Harney 1973:237.

110. Kitto v Gilbert 570 P 2d 544 Colo 1977; Gridley v Johnson 476 SW 2d 475 Mo 1972; Bost v Riley 262 SE 2d 391 NC 1980; Christoffel 1982:320.

111. King 1986:317.

112. King 1986:318.

113. King 1986:318.

geneesheer aan te wys. Volgens Swan¹¹⁴ behoort sodanige geneesheer se hospitaalvoorregte beperk te word tot gebiede waarvoor hy bevoeg is. As die pasiënt desnieteenstaande daarop aandring om 'n rigting met sy geneesheer in te slaan wat vir hom gevaar inhou, doen King¹¹⁵ aan die hand dat ingryping vanaf regsweë oorweeg behoort te word.

Waar 'n hospitaalowerheid bewus is van 'n onafhanklike geneesheer se professionele onbevoegdheid, en desnieteenstaande in gebreke bly om sy voortgesette behandeling van pasiënte in die hospitaal aan bande te lê, kan sodanige owerheid direkte aanspreeklikheid opdoen indien 'n pasiënt as gevolg van gemelde geneesheer se nalatige optrede beserings opdoen.¹¹⁶

2.2.3 Direkte aanspreeklikheid van die hospitaalowerheid

Galatz¹¹⁷ maak melding van die volgende gevalle op grond waarvan die hospitaalowerheid direkte aanspreeklikheid kan opdoen: (a) Weiering deur hospitaal om pasiënt op te neem. Die algemene reël is dat daar geen regsplig op 'n hospitaal rus om oor 'n ongevalle-afdeling te beskik nie. Indien die hospitaal egter wel oor so 'n afdeling beskik, moet pasiënte tot die fasiliteite daarvan toegelaat word indien die behoefte bestaan. Die howe gaan van die standpunt uit dat die hospitaal, deur instandhouding van 'n ongevalle-afdeling, vrywillig die verpligting aangeneem het om pasiënte te ontvang wat die dienste

114. Swan 1984:325 huldig egter die mening dat die geneesheer se opgeskorte hospitaalvoorregte hernu behoort te word indien hy kan bewys dat hy sy professionele bevoegdheid herwin het. Gemelde outeur stel ook voor dat hospitaalowerhede 'n stelsel van verordeninge en reëls moet ontwikkel waarin basiese riglyne vir mediese sorg in die hospitaal uiteengesit word.

115. King 1986:318.

116. Holder 1978:216; Galatz 1984:70 en 72.

117. Galatz 1984:66.

daarvan benodig.¹¹⁸ Hoewel in Staturf v Sipes¹¹⁹ beslis is dat 'n private hospitaal geregtig is om pasiënte toegang daartoe te weier, is daarop gewys dat indien dit die enigste hospitaal in die omgewing is wat oor 'n ongevalle-afdeling beskik, dit verplig is om pasiënte wat noodbehandeling benodig daarin op te neem.

(b) Na opname in die hospitaal word spoedige en toepaslike behandeling van die pasiënt vereis.¹²⁰ In New Biloxi Hospital v Frazier¹²¹ is die standpunt ingeneem dat hoewel die hospitaal aanvanklik kon geweier het om die pasiënt op te neem, laasgenoemde na die verstryking van 'n tydperk van twee ure vandat hy die hospitaalperseel binnegegaan het, in effek as 'n opgeneemde pasiënt beskou moes gewees het en die versuim om hom te behandel het op nalatigheid neergekom.

(c) Die hospitaal kan ook aanspreeklikheid opdoen indien dit 'n pasiënt te vroeg ontslaan.¹²² In Le June Road Hospital v Watson¹²³ is 'n seun van elf jaar in die hospitaal opgeneem met blindedermontsteking. Hy is in 'n bed geplaas, laboratoriumtoetse is uitgevoer en voorbereidings vir 'n operasie is getref. Twee ure na sy opname is die pasiënt se moeder egter meegedeel dat aangesien sy nie die vereiste deposito kon verskaf nie, sy verplig was om hom uit die hospitaal te verwyder. Die hospitaal het erken dat die kind ernstig siek was. Die hof bevind dat hoewel die hospitaal miskien aanvanklik opname kon geweier het, was die uitsetting van die pasiënt op grond van finansiële oorwegings nie geregverdig nie.

118. Galatz 1984:66; Volgens Percy 1983:553 is dit ook die regsposisie in Engeland; Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee [1969] 1 QB 428.

119. Staturf v Sipes 448 SW 2d 558 Mo 1969.

120. Galatz 1984:66.

121. New Biloxi Hospital v Frazier 146 So 2d 882 Miss 1962.

122. Galatz 1984:68.

123. Le June Road Hospital v Watson 171 So 2d 202 Fla 1965.

C. Aanspreeklikheid van geneeshere vir die daade van ander

1. Vir daade van ander geneeshere

1.1 Verwysing van 'n pasiënt na 'n spesialis of ander geneesheer

'n Geneesheer wat 'n pasiënt na 'n bevoegde spesialis of ander geneesheer verwys vir behandeling, is nie aanspreeklik vir die nalatige optrede van die praktisyn na wie die pasiënt verwys is nie.¹²⁴ Die verwysende geneesheer sal slegs aanspreeklikheid opdoen indien bewys kan word dat hy geweet het of behoort te geweet het dat die praktisyn na wie die pasiënt verwys is, onbevoeg was om die betrokke geval te hanteer.¹²⁵

Wanneer 'n geneesheer om een of ander rede vir 'n tydperk van sy praktyk afwesig gaan wees en hy reëlings tref dat sy pasiënte deur 'n onafhanklike plaasvervanger-geneesheer behandel word, sal hy normaalweg nie vir die nalatige optrede van laasgenoemde aanspreeklik gehou word nie tensy daar 'n werknemer/werk-gewer-verhouding tussen hulle bestaan.¹²⁶ Behoorlike sorg moet egter aan die dag gelê word tydens keuse van hierdie plaasvervanger, ook bekend as 'n *locum tenens*.¹²⁷

'n Geneesheer moet egter sy pasiënte in kennis stel dat 'n plaasvervanger hulle gaan behandel ingeval hulle dalk sou ver-

124. Strauss en Strydom 1967:282; Lymbery v Jefferies:241; Harney 1973:224; Cohen en Mariano 1982:323; King 1986:235.

125. Strauss en Strydom 1967:282 vn 197; Holder 1978:203; Cohen en Mariano 1982:323; Christoffel 1982:319 wys daarop dat behoorlike sorg aan die dag gelê moet word wanneer die geneesheer na wie die pasiënt verwys is, gekies word; King 1986:236.

126. Strauss en Strydom 1967:282; Holder 1978:201; Giesen 1981:167; Christoffel 1982:319; King 1986:235.

127. Shartel en Plant 1959:181-182; Holder 1978:201; Giesen 1981:167; Percy 1983:548; Wilson v Martin Memorial Hospital 61 SE 2d 102, NC 1950.

kies om eerder na 'n ander geneesheer oorgeplaas te word. Versuim om sodanige kennis te gee kan op nalatigheid neerkom op grond waarvan die geneesheer aanspreeklik gehou kan word.¹²⁸

1.2 Geneeshere wat met gelyke status saamwerk

Die situasie waar 'n aantal geneeshere met gelyke status saamwerk tydens 'n operasie op een en dieselfde pasiënt, doen hom dikwels voor in die praktyk. In so 'n geval is daar nie sprake van 'n heer-dienaar-verhouding nie en staan die geneeshere ook nie in die verhouding van lasgewer en onafhanklike kontrakteur teenoor mekaar nie, omdat beslissings gesamentlik geneem word. In S v Kramer¹²⁹ is beslis dat geneeshere wat op derglike wyse saamwerk, in die algemeen nie vir mekaar se nalatigheid aanspreeklik is nie.¹³⁰ Hierdie algemene reël is egter onderworpe aan sekere uitsonderings, byvoorbeeld waar die chirurg geweet het dat een van die ander geneeshere onbevoeg was of in sodanige toestand verkeer het dat hy nie sy pligte sou kon uitvoer nie. 'n Geneesheer kan ook aanspreeklik gehou word indien hy weet, of deur die uitoefening van redelike sorg, behoort te geweet het dat een van die ander geneeshere 'n wederregtelike handeling verrig en dit sonder enige beswaar laat voortgaan het.¹³¹

Die feite in laasgemelde saak was kortliks die volgende: Gedurende die uitvoering van 'n mangeloperasie op die oor-

128. Holder 1978:202.

129. Kramer:895 D-E waar die verhouding tussen 'n chirurg en narkotiseur ter sprake was.

130. Strauss en Strydom 1967:285; Lymbery v Jefferies:241; Shartel en Plant 1959:182; Holder 1978:203.

131. Strauss en Strydom 1967:285 wys daarop dat die geneesheer se aanspreeklikheid hier inderdaad op sy eie nalatigheid berus; Shartel en Plant 1959:182; Christoffel 1982:319; King 1986:236.

ledene, 'n kind van tien jaar, het die narkotiseur die pasiënt onder narkose geplaas en daarna 'n endotracheale buis in die tragea van laasgenoemde geplaas. Hierna het die chirurg die narkotiseur se toestemming gevra om met die operasie voort te gaan, wat dan ook deur laasgenoemde verleen is. Tydens die operasie het die pasiënt oormatig begin bloei en tekens van suurstofgebrek getoon. Die chirurg het desnieteenstaande die verwydering van 'n mangel waarmee hy besig was, voltooi en toe die endotracheale buis, wat verkeerd ingevoeg was, terug geplaas. Ten spyte van die chirurg se pogings om die pasiënt te red het laasgenoemde in die teater beswyk. Die hof beslis dat die narkotiseur nalatig opgetree het en derhalwe skuldig is aan strafbare manslag. Die chirurg word egter onskuldig bevind en in sy uitspraak laat regter Van der Merwe hom soos volg uit oor die verhouding tussen die twee beskuldigdes:

"They are not agents of one another. They are not employed and controlled by one another. Each one performs a specific specialised function as part of a team consisting of surgeon, anaesthetist and nursing staff."¹³²

2. Vir eie werknemers

'n Geneesheer kan middellik aanspreeklik gehou word vir die nalatige optrede van sy werknemers uit hoofde van die leerstuk van **respondeat superior**.¹³³ Die bestaan van 'n werkgewer-werknemer-verhouding tussen die geneesheer en byvoorbeeld sy verpleegsters en professionele assistente word derhalwe vereis alvorens hy vir hulle nalatige optrede aanspreeklik gehou sal word.¹³⁴ Die geneesheer sal verder slegs vir die onregmatige dade van sy werknemers aanspreeklik wees indien dit in die

132. Kramer:895 I.

133. Hierdie leerstuk word meer volledig behandel in die gedeelte oor hospitaalaanspreeklikheid hierbo.

134. Strauss en Strydom 1967:281; Van der Merwe en Olivier 1985:507; Neethling ea 1989:309.

loop van hul dienslewering gepleeg is.¹³⁵

3. Vir vennote

Vennote staan nie in 'n werkgewer-werknemer-verhouding teenoor mekaar nie, maar as gelykes, en derhalwe is een vennoot nie deliktueel aanspreeklik vir die daad van die ander nie.¹³⁶ As 'n vennoot egter as verteenwoordiger van die vennootskap of binne die bestek van sy bevoegdheid as vennoot optree en 'n delik pleeg, sal die vennootskap teenoor derdes (pasiënte) aanspreeklik wees vir skade wat aldus veroorsaak is.¹³⁷ Volgens Holder¹³⁸ kan vennote ook aanspreeklik gehou word vir die nalatigheid van werknemers van die vennootskap. Indien 'n pasiënt suksesvol is met sy eis vir skadevergoeding teen die vennootskap moet die vennootskapsbates in die eerste instansie uitgewin word tenuitvoerlegging van die vergoedingsbevel. Eers na die vennootskapsbates uitgeput is, kan beslag gelê word op die private bates van enigeen van die vennote.¹³⁹

Vanweë die nadele verbonde aan 'n vennootskap het die gebruik tussen geneeshere ontstaan om in die vorm van 'n soort vrye assosiasie te praktiseer.¹⁴⁰ Sodanige geneeshere maak dan gebruik van 'n sogenaamde "deelkamerooreenkoms" waarvolgens: (a) elkeen van die geneeshere vir eie wins/verlies praktiseer; (b) dog sekere fasiliteite gesamentlik besit word, byvoorbeeld

-
135. Strauss en Strydom 1967:283; Neethling ea 1989:311; Shartel en Plant 1959:181; Holder 1978:200; Christoffel 1982:319; King 1986:232.
 136. Strauss en Strydom 1967:281.
 137. Bosman en Hosten 1979:560.
 138. Holder 1978:202; Shartel en Plant 1959:181; King 1986:236-237.
 139. De Wet en Van Wyk 1978:405; Dit is ook die posisie in die Amerikaanse reg - kyk Shartel en Plant 1959:181; Holder 1978:202.
 140. Strauss 1984:53.

die spreekkamer en sekere geneeskundige toerusting; (c) gesamentlik verantwoordelikheid aanvaar word vir die indiensneming van personeel, byvoorbeeld verpleegsters en ontvangsdames. Geneeshere behorende tot hierdie vrye assosiasie is gewoonlik nie vir mekaar se nalatige optrede verantwoordelik nie.¹⁴¹

4. Vir persone wat nie werknemers van die geneesheer is nie

Die vraag ontstaan dikwels of 'n geneesheer aanspreeklik gehou kan word vir die optrede van geneeshere, verpleegsters en professionele assistente wat in diens van 'n hospitaalowerheid is maar bystand verleen aan die onafhanklike praktisyn tydens sy behandeling van pasiënte op die hospitaalperseel. Word gemelde personeel in sodanige geval steeds beskou as werknemers van die hospitaal of dan wel dienaars van die onafhanklike praktisyn *pro hac vice*?

4.1 Pre-operatiewe en post-operatiewe sorg

Volgens Holder¹⁴² is die chirurg nie aanspreeklik vir nalatige, roetine-handelinge wat deur die hospitaalpersoneel uitgevoer word ter voorbereiding van die pasiënt vir 'n operasie nie. Hierdie standpunt is ook van toepassing op die optrede van die hospitaalpersoneel na voltooiing van die operasie aangesien die chirurg redelikerwys kan aanneem dat hulle bevoeg is om hul take uit te voer.¹⁴³ 'n Chirurg kan egter direk aanspreeklik gehou word indien hy byvoorbeeld nalatige instruksies betreffende die na-operatiewe sorg van 'n pasiënt aan die

141. Holder 1978:203.

142. Holder 1978:207; Shartel en Plant 1959:182.

143. King 1986:242; Shartel en Plant 1959:182.

hospitaalpersoneel gee.¹⁴⁴

4.2 "Captain of the ship"-leerstuk

In 'n poging om onderhawige vraagstukke op te los het Amerikaanse howe vorendag gekom met die sogenaamde "skeepskaptein-leerstuk". Ingevolge hierdie leerstuk is die chirurg verantwoordelik vir die optrede van almal wat hom bystand tydens die uitvoering van 'n operasie verleen.¹⁴⁵ Daar is van die standpunt uitgegaan dat die chirurg, as "kaptein van die skip", absolute beheer uitoefen oor elke aspek van die betrokke procedure. In McConnel v Williams¹⁴⁶ word die leerstuk soos volg beskryf:

"And indeed it can readily be understood that in the course of the operation in the operating room of a hospital, and until the surgeon leaves that room at the conclusion of the operation, he is in the same complete charge of those who are present and assisting him as is the captain of a ship over all on board, and that such supreme control is indeed essential in view of the high degree of protection to which an anaesthetized, unconscious patient is entitled."¹⁴⁷

Die "captain of the ship"-leerstuk het egter skerp kritiek uitgelok wat onder andere die volgende insluit: (a) die voortdurende modernisering en toename in ingewikkeldheid van toerusting wat in teaters gebruik word, maak dit onmoontlik

144. King 1986:243 wys op die saak van Winchester v Meads 372 Mich 593,127 NW 2d 337 (1964) waar 'n verpleegster 'n verkeerde binnearse-oplossing aan die pasiënt gegee het in navolging van die geneesheer se foutiewe voorskrif vir medikasie; Shartel en Plant 1959:182.

145. Hemelt en Mackert 1978:27; Werthmann 1984:15; Guido 1988:165.

146. McConnel v Williams 361 Pa 355,65 A 2 d 243 (1949); vir 'n volledige bespreking van hierdie saak kyk Pope 1971:118-119; en Breen 1982:445-446.

147. 65 A 2d op 246.

vir chirurgie om voortdurend beheer daarvoor en die personeel wat dit hanteer uit te oefen; (b) dit is belangriker dat die chirurg aangemoedig moet word om op sy eie take te konsentreer as wat hy hom moet kwel oor die doen en late van sy assistente;¹⁴⁸ (c) toepassing van die leerstuk kom neer op miskenning van die grondbeginsels van middellike aanspreeklikheid.¹⁴⁹

In Sparger v Worley Hospital Inc¹⁵⁰ is die "skeepskapteinleerstuk" dan ook finaal gesink en laat die hof hom soos volg daarvoor uit:

"We disapprove the captain of the ship doctrine and hold that it is a false special rule of agency. Operating surgeons and hospitals are subject to the principles of agency law which apply to others."¹⁵¹

Hierdie leerstuk het nie in die Suid-Afrikaanse reg aanklank gevind nie, en volgens Strauss en Strydom¹⁵² is dit onaanvaarbaar en behoort die geneesheer se aanspreeklikheid nie verder te strek as ten opsigte van sy eie werknemers nie.

4.3 "Borrowed servant"-leerstuk

Die "borrowed servant"-leerstuk is volgens Guido¹⁵³ 'n spesiale aanwending van die leerstuk van **respondeat superior**. Ingevolge hierdie leerstuk word erkenning verleen aan die feit dat 'n spesifieke werknemer meer as een werkgever kan hê, byvoorbeeld waar die werknemer van een werkgever aan 'n ander "geleen" word om 'n sekere taak te verrig wat in beide werkgewers se belang

148. Harney 1973:229.

149. Pope 1971:120.

150. Sparger v Worley Hospital Inc 547 SW 2d 582 Tex 1977.

151. Op 585; kyk ook Breen 1982:446; Todaro 1984:35; Werthmann 1984:15; Guido 1988:165.

152. Strauss en Strydom 1967:283 vn 112.

153. Guido 1988:164.

is en hul gemeenskaplike doelstellings beïnvloed.¹⁵⁴ In die Amerikaanse reg word dié leerstuk aangewend om te bepaal wie aanspreeklik is vir die nalatige optrede van personeel wat deur 'n hospitaal aan 'n onafhanklike praktisyn "uitgeleen" is om laasgenoemde met die uitvoering van 'n operasie by te staan. Basies dieselfde beginsels van middellike aanspreeklikheid wat aangewend word om te bepaal of 'n persoon 'n werknemer van 'n sekere werkgewer is, word ook toegepas om vas te stel of die "borrowed servant" tydens uitvoering van 'n spesifieke taak die werknemer van die hospitaal of die onafhanklike geneesheer is.¹⁵⁵

Die element van beheer of kontrole kan beskou word as die belangrikste oorweging by die vraag of die "borrowed servant" as werknemer van die onafhanklike geneesheer beskou moet word, al dan nie.¹⁵⁶ Ook wat die Suid-Afrikaanse reg betref is daar in Stadsraad van Pretoria v Pretoria Pools¹⁵⁷ beslis dat die kwessie van beheer oor die betrokke werknemer die deurslaggewende vraag is. Daar moet dus telkens by so 'n "uitleen" van werknemers bepaal word wie die uiteindelik beheer oor die werknemer uitgeoefen het toe die delik gepleeg is.

Vroeë Amerikaanse beslissings het geneeshere bykans outomaties middellik aanspreeklik gehou vir die nalatigheid van "borrowed servants" indien die geneesheer die reg gehad het om beheer uit te oefen oor die optrede van sodanige werknemers.¹⁵⁸ In later beslissings is hierdie "right to control test" egter verwerp en is van die standpunt uitgegaan dat 'n geneesheer

154. Werthmann 1984:15.

155. Breen 1984:443.

156. Pope 1971:118-119; Harney 1973:227; Breen 1984:443.

157. Stadsraad van Pretoria v Pretoria Pools 1990(1) SA 1005 (T).

158. Shartel en Plant 1959:182; Holder 1978:206; Werthmann 1984:16; King 1986:243.

slegs aanspreeklikheid kan opdoen indien hy inderdaad beheer uitgeoefen het oor 'n werknemer wat deur die hospitaal aan hom "geleen" is.¹⁵⁹

King¹⁶⁰ wys ook daarop dat die howe in verskeie Amerikaanse gewysdes bereid was om die hospitaalowerheid aanspreeklik te hou vir die nalatige optrede van sogenaamde "borrowed servants". In May v Broun¹⁶¹ is geargumenteer dat die hospitaalowerheid belas is met die behoorlike keuse en opleiding van hospitaalpersoneel en die instandhouding van hospitaaltoerusting en dat die onafhanklike praktisyn geen sê oor derglike aangeleenthede het nie. Derhalwe is die hospitaalowerheid in die beste posisie om die voorkoms van nalatige optrede aan die kant van "borrowed servants" te verhoed en behoort die onafhanklike geneesheer nie daarvoor aanspreeklik gehou te word nie.

Verskeie skrywers steun die standpunt dat die hospitaalowerheid aangespreek moet word vir handeling wat op 'n nalatige wyse verrig is deur sy "geleende dienaars".¹⁶² Sommige howe verkies om gebruik te maak van 'n "dual servant"-leerstuk waarvolgens middellike aanspreeklikheid na beide die hospitaalowerheid en onafhanklike geneesheer gekanaliseer word.¹⁶³

Strauss en Strydom wys daarop dat wat die Suid-Afrikaanse regspraak betref die idee van "geleende dienaars" ingang gevind het in Hartl v Pretoria Hospital Committee¹⁶⁴ maar dat

159. King 1986:243.

160. King 1986:246.

161. May v Broun 492 P 2d 776, Ore 1972.

162. Shartel en Plant 1959:183; King 1986:250-252 maak melding van 'n aantal redes waarom die toepassing van die "borrowed servant"-leerstuk in heroorweging geneem behoort te word.

163. Guido 1988:165.

164. Hartl v Pretoria Hospital Committee:336.

dit ondubbelsinnig verwerp is deur die appêlhof in Van Wyk v Lewis¹⁶³ deur die beslissing dat 'n besoekende chirurg nie aanspreeklik is vir die versuim van 'n hospitaalverpleegster om 'n onafhanklike verpligting na te kom nie.¹⁶⁶ Volgens Burchell en Schaffer¹⁶⁷ is die verhouding tussen chirurg en verpleegster nie dié van werkgewer teenoor werknemer nie, en is dit ook nie analoog daaraan nie selfs al mag die verpleegster onder die geneesheer se beheer wees tydens die operasie. Gemelde outeurs huldig die mening dat hoewel die verpleegster onder beheer van die geneesheer mag wees tydens uitvoering van 'n operasie, die hospitaal nooit die volle reg om beheer oor sy werknemers uit te oefen aan 'n onafhanklike praktisyn oorhandig nie. Die verpleegster bly in diens van die hospitaal en enige verlies wat deur 'n pasiënt gely is as gevolg van eersgenoemde se nalatige optrede behoort op die "breër skouers" van die hospitaalowerheid geplaas te word.¹⁶⁸

165. Van Wyk v Lewis:438.

166. In hierdie geval het die verpleegster versuim om die deppers waarvan in die betrokke operasie gebruik gemaak is, behoorlik te tel en na te gaan; Strauss 1984:321 wys daarop dat indien 'n soortgelyke geval hom vandag sou voordoën, die pasiënt in alle waarskynlikheid die hospitaal in wie se diens die betrokke verpleegster is, sal dagvaar; kyk ook Van Oosten 1986:26 en die regspraak daar deur hom aangehaal; volgens Percy 1983:548 word 'n soortgelyke standpunt in die Engelse reg gehandhaaf; kyk verder Giesen 1981:167.

167. Burchell en Schaffer 1977:110.

168. Burchell en Schaffer 1977:111.

HOOFSTUK 9

GRONDSLAG VIR DIE GENEESHEER SE AANSPREEKLIKHEID

1. Inleiding

Benewens die feit dat 'n geneesheer deliktueel aanspreeklik gehou kan word indien hy sy pasiënt op 'n nalatige wyse behandel, bestaan die moontlikheid verder dat daar op grond van kontrakbreuk teen hom opgetree kan word. In onderhawige hoofstuk word ook daarop gewys dat 'n geneesheer strafregtelike aanspreeklikheid kan opdoen vir 'n verskeidenheid van gemeenregtelike sowel as statutêre misdrywe. Ten slotte word kortliks aandag geskenk aan die moontlike toepassing van risiko aanspreeklikheid as deliktuele grondslag op die gebied van geneeskundige behandeling.

2. Kontraktuele aanspreeklikheid

Volgens Strauss en Strydom¹ kan die ooreenkoms tussen geneesheer en pasiënt in die reël tuisgebring word onder die species lasgewingsooreenkoms. Uit hoofde van hierdie ooreenkoms onderneem die geneesheer (lashebbër) om die pasiënt (lasgewer) te ondersoek, 'n diagnose te maak en indien daartoe versoek deur die pasiënt, die nodige behandeling of operasie toe te dien of uit te voer.² Geen formaliteite word vanaf regsweë vereis vir die ooreenkoms tussen geneesheer en pasiënt nie en kom dit tot stand bloot deur wilsooreenstemming van die partye.³ Verder kom dié ooreenkoms meestal by wyse van 'n monde-

-
1. Strauss en Strydom 1967:104 waar die outeurs daarop wys dat die moontlikheid van 'n dienskontrak tussen geneesheer en pasiënt egter nie uitgesluit is nie; Myers v Abramson 1951(3) SA 438 (K) en 1952(3) SA 121 (K); Kyk ook Giesen en Fahrenhorst 1984:81.
 2. Strauss en Strydom 1967:104.
 3. Strauss en Strydom 1967:105; Giesen en Fahrenhorst 1984:81.

linge afspraak tot stand of bloot stilswyend.⁴

Volgens Jackson en Powell⁵ is geneeskunde moontlik die klassieke voorbeeld van 'n professie waarin resultate nie gewaarborg word nie en daar ook nie verwag word dat resultate gewaarborg moet word nie.⁶ Die geneesheer onderneem normaalweg bloot om die pasiënt te behandel met die mate van vaardigheid en kundigheid wat redelikerwys van 'n geneesheer behorende tot sy vertakking van die professie verwag kan word.⁷ Dit staan 'n geneesheer egter vry om die pasiënt uitdruklik te waarborg dat hy hom sal genees, in welke geval die geneesheer hom blootstel aan 'n eis vir skadevergoeding op grond van kontrakbreuk indien hy nie in staat is om sy onderneming te volvoer nie.⁸ Dit is belangrik om daarop te let dat blote woorde van aanmoediging deur die geneesheer betreffende die vooruitsig van die pasiënt se genesing nie as 'n waarborg beskou moet word nie.⁹

-
4. Strauss en Strydom 1967:105; McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:144; Holder 1978:1 en 3; Cohen en Mariano 1982:345; Giesen en Fahrenhorst 1984:81; King 1986:15.
 5. Jackson en Powell 1987:288.
 6. Holder 1978:2 wys daarop dat, behalwe in hoog uitsonderlike omstandighede, die howe nie die bestaan van sodanige waarborg van 'n geneesheer aan sy pasiënt sal veronderstel nie.
 7. Strauss en Strydom 1967:106; McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:144; Strauss 1984:37; Kovalsky v Krige:823; Coppen v Impey:314; Van Wyk v Lewis:456; in Buis v Tsatsarolakis:893 word dit uitdruklik gestel dat 'n geneesheer nie waarborg dat sy pasiënt genees sal word as gevolg van sy behandeling nie, tensy hy dit natuurlik in soveel woorde onderneem; Holder 1978:2; Giesen 1981:158.
 8. Strauss en Strydom 1967:106 vn 12 is die mening toegedaan dat sodanige aksie òf op kontrakbreuk òf op delik berus. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:1703; Shartel en Plant 1959:116; Harney 1973:8; Holder 1978:2; Giesen en Fahrenhorst 1984:81.
 9. Strauss en Strydom 1967:107.

Indien 'n geneesheer afwyk van die pasiënt se uitdruklike instruksies of versuim om die pasiënt te behandel op die wyse waarop stilswyend ooreengekom of uitdruklik gewaarborg is, sal die geneesheer hom skuldig maak aan kontrakbreuk en mag hy die reg ontsê word om enige vergoeding te verhaal vir die dienste wat hy gelewer het.¹⁰ Strauss en Strydom¹¹ wys daarop dat die geneesheer wat 'n ander operasie uitvoer as dié waartoe die pasiënt toegestem het, ook deliktueel aangespreek kan word.

2.1 Regte en verpligtinge van die geneesheer

Die ooreenkoms wat tussen geneesheer en pasiënt tot stand kom het tot inhoud dat die geneesheer die opdrag wat hy onderneem eerlik, getrou en met sorg moet uitvoer.¹² Die geneesheer verkeer in 'n besondere vertrouensverhouding uit hoofde van sy gespesialiseerde deskundige kennis en die hoogs persoonlike aard van sy dienste.¹³ Daar word van hom verwag om redelike sorg en vaardigheid aan die dag te lê tydens sy behandeling van die pasiënt.¹⁴

Indien die geneesheer sy verpligtinge op 'n nalatige wyse uitvoer of versuim om die pasiënt die nodige behandeling te gee,

-
10. Strauss en Strydom 1967:101; McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:144-145; In Recsei's Estate v Meine 1943 EDL 277 is 'n geneesheer se vordering vir betaling van sy fooie van die hand gewys aangesien die pasiënt uitdruklik vereis het dat die operasie waaraan hy hom onderwerp deur twee ander geneesheer uitgevoer moet word; In Hewat v Rendal 1925 TPD 679 is die geneesheer ook sy eis ontsê omdat hy 'n biopsie van 'n pasiënt nalatiglik verloor het nadat hy onderneem het om dit na die Suid-Afrikaanse Instituut vir Mediese navorsing te stuur met die oog op ondersoek en 'n verslag; Harney 1973:9.
 11. Strauss en Strydom 1967:107.
 12. De Wet en Van Wyk 1978:341.
 13. Strauss en Strydom 1967:111.
 14. Mitchell v Dixon:525; Richter and Another v Estate Hammann:232; Blyth v Van den Heever:221; Cohen en Mariano 1982:345; Jackson en Powell 1987:289.

maak hy hom aan kontrakbreuk skuldig en sal die pasiënt 'n eis om skadevergoeding teen hom kan instel.¹⁵ Indien die geneesheer onderneem het om die pasiënt se kwaal te diagnoseer, is hy verplig om die pasiënt op hoogte te bring omtrent die aard daarvan, behalwe indien sodanige mededeling die pasiënt se gesondheid nadelig sal beïnvloed.¹⁶ Bly die geneesheer in gebreke om die pasiënt oor sy toestand in te lig, maak hy hom aan kontrakbreuk skuldig en kan hy daarbenewens ook deliktueel daarvoor aanspreeklik gehou word.¹⁷ Indien die geneesheer kontrakbreuk pleeg, verloor hy enige aanspraak op vergoeding wat hy gehad het vir dienste deur hom gelewer.¹⁸

Sodra die behandeling van die pasiënt 'n aanvang geneem het, kan die geneesheer hom nie eensydiglik aan die verhouding onttrek nie. Indien die pasiënt dit egter vir die geneesheer onmoontlik maak om die behandeling uit te voer of te voltooi, is laasgenoemde wel geregtig om uit die ooreenkoms terug te tree.¹⁹ Uit die onderneming van die geneesheer om die pasiënt te ondersoek en sy kwaal te diagnoseer moet nie sonder meer afgelei word dat die geneesheer daardeur ook onderneem om die pasiënt te behandel nie. Die geneesheer is inderwaarheid

15. Strauss en Strydom 1967:111.

16. Sommige skrywers is die mening toegedaan dat geneeshere in sodanige gevalle op grond van die sogenaamde "terapeutiese priviligie" geregverdig is om die relevante inligting van die pasiënt te weerhou indien die moontlikheid bestaan dat openbaarmaking daarvan laasgenoemde se vooruitsigte om te herstel, sal belemmer.

17. Strauss en Strydom 1967:111.

18. Strauss en Strydom 1967:111-112 wys daarop dat die verweer van **exceptio non a dimpleti contractus** tot beskikking van die pasiënt is indien die geneesheer in sodanige geval op vergoeding van sy dienste aanspraak maak; kyk in die algemeen De Wet en Van Wyk 1983:177-188.

19. Strauss en Strydom 1967:113 maak melding van die volgende voorbeelde: waar die pasiënt versuim om afsprake na te kom, of nie ag slaan op die geneesheer se advies en voorskrifte nie of die geneesheer fisies verhinder om die behandeling toe te dien.

verplig om die pasiënt na 'n spesialis te verwys indien hy van mening is dat hy nie oor die vereiste kennis of vaardigheid beskik om die kwaal waaraan die pasiënt ly, te behandel nie. in so 'n geval kan die geneesheer se versuim om die pasiënt te behandel, hom nie aanspreeklik stel nie.²⁰

Sodra behandeling van die pasiënt voltooi is, word die ooreenkoms beëindig en hoef die geneesheer nie verder na die pasiënt om te sien nie.²¹ In Kovalsky v Krige²² laat die regter hom soos volg uit oor hierdie aspek:

"I cannot see that there was any necessity for him to return; he had been called in to stop the hemorrhage, and he had done so. As a rule, doctors do not pay visits after they have done their work unless they are especially asked to do so on behalf of the patients."²³

Indien die behandeling egter die vorm van 'n "terapeutiese reeks" aanneem kan die geneesheer hom nie voor voltooiing van die hele proses aan die behandeling onttrek nie. Onttrekking in so 'n geval sal die geneesheer blootstel aan kontraktuele eise en kan hy ook deliktueel aangespreek word indien die pasiënt persoonlike beserings opdoen as gevolg van die skuldige onderbreking van die behandeling.²⁴ Ter nakoming van sy deel van die ooreenkoms moet die pasiënt homself natuurlik beskikbaar stel vir behandeling.²⁵ Versuim die pasiënt egter om hom aan die behandeling te onderwerp, kan die geneesheer hom nie verplig om dit te doen nie.²⁶

20. Strauss en Strydom 1967:113.

21. Strauss en Strydom 1967:113; McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:145.

22. Kovalsky v Krige:822.

23. Soos aangehaal deur Strauss en Strydom 1967:113.

24. Strauss en Strydom 1967:114; Gittleman en Belkin 1986:44.

25. Strauss en Strydom 1967:115.

26. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:145.

2.2 Regsmiddele tot beskikking van die pasiënt

Indien die geneesheer hom skuldig maak aan kontrakbreuk word die pasiënt vrygestel van sy verpligting om die geneesheer te vergoed vir dienste deur hom gelewer.²⁷ 'n Eis vir skadevergoeding is ook tot beskikking van die pasiënt waar hy byvoorbeeld as gevolg van die geneesheer se kontrakbreuk uitgawes moes aangaan om die dienste van 'n ander geneesheer te bekom.²⁸ Volgens Strauss en Strydom²⁹ sal die pasiënt waarskynlik nie die geneesheer tot reële eksekusie van sy onderneming kan verplig nie aangesien ons howe onwillig is om reële eksekusie te gelas waar die lewering van persoonlike dienste ter sprake is.³⁰

Indien die geneesheer en pasiënt vooraf ooreengekom het dat die verhouding vrylik opsegbaar is, sal opsegging daarvan deur die geneesheer hom uit die aard van die saak nie aanspreeklik stel vir kontrakbreuk nie.³¹

3. Deliktuele aanspreeklikheid

Van iemand wat hom in 'n professie of beroep begeef waarvoor 'n besondere kennis of vaardigheid vereis word, word die mate van behendigheid geverg wat redelikerwys verwag kan word van 'n beoefenaar van dié professie of beroep.³² Uit hoofde van die besondere vertrouensverhouding wat daar tussen 'n geneesheer en sy pasiënt bestaan, rus daar 'n sorgvuldigheidsplig ("duty of

27. Strauss en Strydom 1967:114; Op 108 wys outeurs daarop dat wanneer die pasiënt 'n geneesheer ontbied, hy stilswyend met die geneesheer ooreenkom om hom te vergoed vir sy dienste.

28. Strauss en Strydom 1967:114.

29. Strauss en Strydom 1967:114.

30. Myers v Abramson:124-127.

31. Strauss en Strydom 1967:114; De Wet en Van Wyk 1978:343.

32. Strauss en Strydom 1967:266; Van Wyk v Lewis:444.

care") op die geneesheer om tydens sy behandeling van die pasiënt redelike sorg en vaardigheid aan die dag te lê.³³ Nie-voldoening aan hierdie standaard van redelike sorg en vaardigheid deur die geneesheer kom op onregmatigheid neer en daardeur stel hy hom aan deliktuele aanspreeklikheid bloot.³⁴

Volgens Neethling, Potgieter en Visser³⁵ is daar geen wesentlike verskil tussen 'n delik en kontrakbreuk nie en kan die benadeelde party kies of hy op grond van die een dan wel die ander wil ageer. Gemelde outeurs wys verder daarop dat een en dieselfde handeling die dader sowel *ex contractu* as *ex delicto* aanspreeklik kan stel.³⁶ 'n Chirurg wat byvoorbeeld 'n operasie op 'n onbehoorlike wyse uitvoer maak hom eerstens skuldig aan kontrakbreuk omdat hy nie behoorlik ingevolge die ooreenkoms presteer het nie. Hierbenewens is die pleging van 'n onregmatige daad ook ter sprake omdat hy, ongeag die kontrak, die pasiënt se persoonlikheidsbelang in sy fisiese integriteit krenk.³⁷ Eise om skadevergoeding vanweë nalatige uitvoering

-
33. Pasiënte met wie die geneesheer self ooreengekom het om mediese dienste aan te verskaf is hier ter sprake; Strauss en Strydom 1967:177 wys daarop dat daar nie 'n algemene regsplig op 'n geneesheer rus om siekes te genees nie. Kyk in die algemeen oor die bestaan van 'n besondere verhouding tussen partye Van der Merwe en Olivier 1985: 45-46; Neethling ea 1989:55-56.
34. Alvorens 'n gewraakte daad as 'n delik aangemerkt kan word, moet al vyf vereistes te wete handeling, onregmatigheid, skuld, nadeel en oorsaaklikheid aanwesig wees; volgens Neethling ea 1989:46 word die vraag of 'n regsplig verbreek is uiteindelik vasgestel met verwysing na die *boni mores* of algemene regsgevoel van die gemeenskap.
35. Neethling ea 1989:4-5.
36. Neethling ea 1989:5; Volgens Jackson en Powell 1987:289-290 is die sorgvuldigheidsplig wat op 'n geneesheer rus bykomend tot enige bestaande kontraktuele verpligtinge tussen hom en sy pasiënt, en is hy hierdie plig aan sy pasiënt verskuldig selfs indien daar geen kontrak tussen hulle bestaan nie.
37. Neethling ea 1989:5 vn 23; Van Wyk v Lewis:438; Correia v Berwind 1986(4) SA 60 (2) 63-66.

van geneeshere se verpligtings word egter feitlik deurgaans ingeklee in die vorm van deliksaksies.³⁸

3.1 Remedies tot beskikking van die pasiënt

Ons reg ken vandag in beginsel net twee onregmatige daade, naamlik *damnum iniuria datum* (skadeberokkening) en *iniuria* (persoonlikheidskrenking).³⁹ Uit die pleging van elke onregmatige daad kom daar 'n verbintenis tussen die dader en die benadeelde tot stand wat 'n vorderingsreg ten gunste van die benadeelde, gerig op uitwissing van die benadeling, tot inhoud het.⁴⁰ Van der Merwe en Olivier⁴¹ wys daarop dat die vordering gewoonlik gemik is op die verhaal van 'n geldbedrag om die vermoënskade uit te wis of om genoegdoening te verskaf vir die krenking van 'n persoonlikheidsreg. Daar is hoofsaaklik drie aksies *ex delicto* in ons reg wat gemik is op die verhaal van skadevergoeding, te wete die *actio legis Aquiliae* vir die verhaal van skadevergoeding, die *actio iniuriarum* vir die verhaal van genoegdoening waar 'n persoonlikheidsreg opsetlik aangetas is en die aksie weens pyn en lyding waarmee genoegdoening gevorder word indien die benadeling voortspruit uit die nalatige aantasting van die fisiese integriteit.⁴² Neethling, Potgieter en Visser⁴³ verwys na hierdie aksies as die drie grondpilare van die Suid-Afrikaanse deliktereg.

3.1.1 Die *actio legis Aquiliae*

Uit hoofde van die *actio legis Aquiliae* kan 'n benadeelde persoon skadevergoeding verhaal vir vermoënskade wat 'n ander deur

-
- 38. Strauss en Strydom 1967:111; Van Wyk v Lewis:443.
 - 39. Van der Merwe en Olivier 1985:222.
 - 40. Van der Merwe en Olivier 1985:222.
 - 41. Van der Merwe en Olivier 1985:222.
 - 42. Van der Merwe en Olivier 1985:222; Boberg 1984:18.
 - 43. Neethling ea 1989:211.

onregmatige optrede veroorsaak het.⁴⁴ Vir die verlening van die **actio legis Aquiliae** word nie vereis dat die skadetoevoeging opsetlik hoef te geskied het nie; nalatigheid is voldoende as skuldvorm.⁴⁵

Hoewel daar nie eensgesindheid bestaan of vergoeding vir suiwer ekonomiese verlies, onafhanklik van saakbeskadiging of persoonlikheidskrenking, **ex lege Aquiliae** verhaalbaar is nie, kom Neethling, Potgieter en Visser⁴⁶ tot die slotsom dat daar minstens 'n baie sterk tendens in die regspraak bestaan om **Aquiliese aanspreeklikheid** aan elke onregmatige en skuldige veroorsaking van vermoënskade te knoop.

Strauss en Strydom⁴⁷ wys daarop dat hierdie vorm van aanspreeklikheid van besondere belang vir die mediese praktisyn is aangesien sy aanspreeklikheid vanweë wanpraktyke waardeur 'n pasiënt se gesondheid benadeel word en laasgenoemde byvoorbeeld verdere mediese onkoste moet aangaan en tydelik nie meer sy beroep kan beoefen nie, uit hoofde van hierdie aksie ontstaan.

44. Strauss en Strydom 1967:161; Van der Merwe en Olivier 1985:223; volgens Neethling ea 1989:177 dui skadevergoeding op 'n proses waardeur 'n aangetaste belang deur geld herstel word.

45. Strauss en Strydom 1967:161; Van der Merwe en Olivier 1985:223.

46. Neethling ea 1989:9-10; In Buls v Tsatsarolakis:891 het die eiser-pasiënt vir die eerste keer in ons regspraak sy eis gebaseer op suiwer ekonomiese verlies wat hy gely het as gevolg van die beweerde nalatigheid van die geneesheer-verweerder. In vorige sake is sodanige eise gewoonlik gebaseer op die persoonlike beserings of nadeel wat deur die eiser gely is.

47. Strauss en Strydom 1967:161; Neethling 1979:111.

3.1.2 Die Actio iniuriarum

Die *actio iniuriarum* is die enigste aksie in ons reg waarmee genoegdoening op grond van opsetlike persoonlikheidskrenking verhaal kan word.⁴⁸ Voorvereistes vir die onregmatige daad *iniuria*,⁴⁹ en derhalwe vir 'n geslaagde beroep op die *actio iniuriarum*, is onregmatige en opsetlike persoonlikheidskrenking deur die verweerder.⁵⁰ Die onderskeidende funksie van die *actio iniuriarum* is geleë in die feit dat dit gerig is op beskerming van die persoonlikheid in sy fisiese en geestelike integriteit.⁵¹ Anders as by aanspreeklikheid vir vermoënskade word vir aanspreeklikheid op grond van persoonlikheidskrenking vereis dat die dader met opset moes gehandel het.⁵²

Die Suid-Afrikaanse burgerlike prosesreg vereis nie van die eiser om die *actio legis Aquiliae* of *actio iniuriarum* by name in sy pleitstukke te noem nie.⁵³ Dit is ook nie vir die eiser nodig om twee gedinge in te stel nie, hy kan in een en dieselfde geding op beide aksies steun.⁵⁴ Word 'n persoonlikheidsreg op opsetlike wyse geskend, kan die benadeelde dus op grond van die onregmatige daad *iniuria* genoegdoening met die *actio iniuriarum* verhaal. As die benadeelde boonop as gevolg van die opsetlike persoonlikheidskrenking vermoënskade gely het, kan hy op grond van die onregmatige daad *damnum iniuria datum*

48. Van der Merwe en Olivier 1985:232.

49. *Iniuria* is die onregmatige opsetlike krenking of minagting van 'n persoon se *corpus, fama* of *dignitas* - Neethling ea 1989:14.

50. Van der Merwe en Olivier 1985:232.

51. Van der Merwe en Olivier 1985:233.

52. Strauss en Strydom 1967:162; Van der Merwe en Olivier 1985:233; Moaki v Reckitt and Colman (Africa) Ltd 1968(3) SA 98 (A).

53. Strauss en Strydom 1967:162; Van der Merwe en Olivier 1985:223.

54. Strauss en Strydom 1967:162.

skadevergoeding met die *actio legis Aquiliae* eis.⁵⁵

3.1.3 Aksie weens nalatige veroorsaking van pyn en lyding

Anders as die Aquiliese aksie en die *actio iniuriarum* het die aksie weens pyn en lyding nie sy ontstaan in die Romeinse reg nie. Dit is uit die Romeins-Hollandse reg na Suid-Afrika oorgedra en word deur die regspraak beskou as 'n besondere aksie wat nōg onder die *actio legis Aquiliae*, nōg onder die *actio iniuriarum* tuisgebring kan word.⁵⁶ As gevolg van die verdere ontwikkeling van diē aksie deur ons howe is die stadium volgens Neethling, Potgieter en Visser⁵⁷ bereik waar gesê kan word dat dit die hele fisies-psigiese integriteit van die mens beskerm.

Vir onderhawige aksie word opset nie as 'n vereiste gestel nie en kan die benadeelde deur middel daarvan "vergoeding" verhaal vir skok, pyn en lyding, ontsiering van die liggaam, verlies van lewensgenot, benadeling van die gesondheid, verkorting van lewensverwagting en verandering van die persoonlikheid watintree as gevolg van die optrede van 'n ander.⁵⁸ Van der Merwe en Olivier⁵⁹ wys daarop dat hierdie aksie van buitengewone en selfs toenemende belang is omdat nalatigheid 'n voldoende skuldvorm daarvoor is en dit nie op die uitwissing van vermoënskade gemik is nie. Hoewel dit volgens gemelde outeurs nie te betwyfel is dat daar 'n behoefte bestaan aan 'n remedie vir die nalatige skending van 'n persoonlikheidsreg nie, ont-

-
55. Van der Merwe en Olivier 1985:234-235; Sambo v Milns 1973(4) SA 312 (T).
56. Neethling ea 1989:16; Van der Merwe en Olivier 1985:240-24; Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk 1973(1) SA 769(A):776.
57. Neethling ea 1989:16.
58. Van der Merwe en Olivier 1985:237-238; Neethling ea 1989:16.
59. Van der Merwe en Olivier 1985:238.

staan die vraag of dit nodig was om 'n verdere selfstandige deliktuele aksie te erken en of die omvangsverbreiding van die *actio iniuriarum* deur van die opsetvereiste af te sien, nie 'n beter oplossing sou gewees het nie.⁶⁰

'n Pasiënt wat dus een of ander vorm van persoonlikheidskrenking ondergaan as gevolg van die nalatige optrede van 'n geneesheer,⁶¹ sal deur middel van onderhawige aksie die gepaste "vergoeding" kan verhaal.

3.2 Omvang van vermoënskade en nie-vermoënskade (persoonlikheidsnadeel)

3.2.1 Vermoënskade

Vermoënskade (*damnum*) word soos volg deur Boberg⁶² omskryf:

"A calculable pecuniary loss or diminution in his [the plaintiff's] patrimony (estate) resulting from the defendant's unlawful and culpable conduct. Mere mental distress, injured feelings, inconvenience or annoyance cannot support an award of Aquilian damages."

Om vas te stel of iemand vermoënskade gely het én om die omvang van sodanige skade te bepaal, word in die algemeen gebruik gemaak van die vergelykingsmetode (sommeskadeleer).⁶³ Hiervolgens word die eiser se vermoënsposisie voor die pleging van die delik vergelyk met die posisie daarna en indien laasgenoemde posisie die nadeligste is, het die eiser 'n vermoënsverlies gely en is hy geregtig om 'n aksie om skadevergoeding

60. Van der Merwe en Olivier 1985:241.

61. As voorbeeld meld Strauss en Strydom 1967:162 die nalatige besmetting van 'n pasiënt deur die gebruik van vuil instrumente.

62. Boberg 1984:475; kyk egter die kommentaar van Neethling ea 1989:183 op hierdie omskrywing.

63. Neethling ea 1989:183.

in te stel.⁶⁴ Die omvang van die vermoënsverlies word deur die kwantitatiewe verskil, wat in geld uitgedruk word, tussen die twee vermoënsposisies aangedui.⁶⁵ Aangesien die kwessie betreffende die teenwoordigheid van toekomstige skade nie duidelik uit bogemelde beskrywing blyk nie, is Neethling, Potgieter en Visser⁶⁶ die mening toegedaan dat 'n beter omskrywing vir vermoënskade sou wees die verskil tussen die posisie waarin die eiser hom inderdaad bevind (na pleging van die delik teenoor hom) en die posisie waarin hy sou gewees het indien die delik nie gepleeg is nie. Hiervolgens kan vermoënskade dus bestaan uit reeds gelede skade (*damnum emergens*) sowel as skade wat in die toekoms gely sal word (*lucrum cessans*).

Die algemene reël by die berekening van skadevergoeding is dat die omvang van die skade bereken moet word met verwysing na die datum van delikspleging, ook vir die bepaling van toekomstige skade.⁶⁷ Dit is verder ook 'n bekende beginsel van die deliktereg dat die eiser in 'n skadevergoedingsgeding self alle redelike maatreëls moet tref ten einde te verseker dat sy skade nie oploop nie, en is die dader derhalwe nie aanspreeklik vir skade wat aldus vermy kon gewees het nie.⁶⁸ Volgens Neethling, Potgieter en Visser⁶⁹ is daar drie basiese reëls in hierdie verband wat die omvang van onderhawige beginsel aandui: (a) Die eiser is verplig om alle redelike stappe te neem ten einde die verlies wat hy as gevolg van die verweerder se

-
64. Van der Merwe en Olivier 1985:178; Neethling ea 1989:183; Dippenaar v Shield Insurance Co Ltd 1979(2) SA 904(A) 917; De Vos v SA Eagle Versekeringsmaatskappy Bpk 1985(3) SA 447(A) 457.
65. Neethling ea 1989:183.
66. Neethling ea 1989:183; Volgens Van der Walt, C.F.C. 1980:4 hou hierdie omskrywing in dat "n huidige werklike vermoënsom vergelyk word met 'n hipotetiese huidige vermoënsom"; kyk ook die kritiek van Van der Merwe en Olivier 1985:178 vn 88 op hierdie standpunt.
67. Van der Merwe en Olivier 1985:185-186; Neethling ea 1989:184; Philip Robinson Motors (Pty) Ltd v NM Dada (Pty) Ltd 1975(2) SA 420(A):428 ev.

onregmatige en skuldige gedrag gely het, te beperk; (b) Die eiser wat redelike stappe neem om die verlies te beperk is geregtig om vergoeding van die verweerder te verhaal vir sy uitgawes of skade in hierdie verband; (c) Waar die omvang van die eiser se verlies beperk word, is die verweerder net aanspreeklik vir die vermoënsverlies wat inderdaad gely is.⁷⁰ - In die geval waar 'n pasiënt se gesondheid benadeel word as gevolg van 'n operasie wat 'n geneesheer op 'n nalatige wyse op hom uitgevoer het, en die pasiënt se toestand verwyder of verhelp kan word indien hy hom aan 'n verdere operasie of behandeling onderwerp, moet die pasiënt aldus handel.⁷¹ Dit sal egter van die geneesheer verwag word om aan te toon dat die pasiënt se skade daardeur verminder kan word en dat dit verder redelik is vir die pasiënt om sodanige operasie of behandeling te ondergaan.⁷²

Dit gebeur soms in ons positiewe reg, dat 'n persoon na die afloop van 'n aksie om skadevergoeding in 'n beter posisie verkeer as dié waarin hy was voor die pleging van die onregmatige daad. Die eerste voorbeeld hiervan is toekenning van sogenaamde nominale skadevergoeding.⁷³ Indien die eiser wel daarin slaag om regskenking te bewys, maar nie daarin slaag om werklike skade te bewys nie, kan die hof by wyse van erkenning van die eiser se regte nominale skadevergoeding aan hom toeken. Aangesien hier wesenlik nie 'n geval van skadevergoeding voorhande is nie, is die bedrag wat onder hierdie hoof toegeken word altyd van 'n geringe omvang.⁷⁴

70. Erasmus en Gauntlett 7 LAWSA 1979:18-19.

71. Strauss en Strydom 1967:328.

72. Strauss en Strydom 1967:328.

73. Van der Merwe en Olivier 1985:178.

74. Van der Merwe en Olivier 1985:179. Na oorweging van die huidige posisie in ons reg is Boberg 1984:480 egter die mening toegedaan dat nominale skadevergoeding nie in ons reg verhaal kan word nie.

Volgens Strauss en Strydom⁷⁵ kan hierdie vorm van skadevergoeding van 'n belang wees waar 'n geringe operasie, byvoorbeeld die trek van 'n tand sonder toestemming van die pasiënt en in afwesigheide van enige ander regverdigingsgrond, suksesvol tot voordeel van die pasiënt uitgevoer is.

Tweedens kan 'n verweerder in 'n eis om skadevergoeding hom nie daarop beroep dat die eiser se skade in geheel of gedeeltelik deur 'n derde uitgewis is nie.⁷⁶ Sodanige uitwissing word as **res inter alios acta** beskou en buite rekening gelaat by die berekening van die kwantum skadevergoeding waarop die eiser geregtig is.⁷⁷ Die feit dat 'n eiser se skade in geheel of gedeeltelik deur 'n mediese skema gedek word, word derhalwe buite rekening gelaat by die bepaling van die omvang van die eiser se skade.⁷⁸ Neethling, Potgieter en Visser⁷⁹ wys daarop dat die beginsel van **res inter alios acta** nie absolute werking het nie en dat daar tans heelwat onsekerheid heers oor die aantal uitsonderings daarop.

3.2.2 Nie-vermoënskade of persoonlikheidsnadeel

Nie-vermoënskade word omskryf as "die nadelige verandering of feitelike versteuring van die deur die reg beskermde persoonlikheidsbelange van 'n persoon, welke verandering nie sy ekonomiese posisie raak nie."⁸⁰

75. Strauss en Strydom 1967:330.

76. Boberg 1984:489-493; Van der Merwe en Olivier 1985:179-180; Neethling ea 1989:187.

77. Van der Merwe en Olivier 1985:179; Neethling ea 1989:187.

78. Van der Merwe en Olivier 1985:179; Gehring v Unie Nasionaal Suid-Britse Versekeringsmaatskappy Bpk 1983(2) SA 266(K).

79. Neethling ea 1989:188-189 waar die outeurs 'n aantal voorbeelde uitlig van voordele wat die eiser weens sy skade ontvang het, wat as **res inter alios acta** beskou is.

80. Neethling ea 1989:194.

Gesien in die lig van die probleme wat deur regsprekende amp-tenare ondervind word tydens berekening van die omvang van vermoënskade, kan goed begryp word hoe moeilik dit moet wees om 'n geldbedrag vas te stel wat as genoegdoening vir 'n persoonlikheidsnadeel moet dien. Wat ons howe wel volgens Vand er Merwe en Olivier⁸¹ doen, is om, met inagneming van die feite van die betrokke geval en met verwysing na vorige beslissings, waar gelyksoortige feitekomplekse voorhande was, die bedrag wat as genoegdoening toegeken moet word, *ex bono et aequo* vas te stel.

In gevalle waar die persoonlikheidsnadeel bestaan uit 'n aantasting van die fisies-psigiese integriteit, is die volgende vier aspekte volgens Neethling, Potgieter en Visser⁸² relevant tydens vasstelling van die kwantum van vergoeding wat ingevolge die aksie weens pyn en leed toegeken behoort te word:

(i) In die algemeen behoort die omvang van die geldbedrag wat toegeken word direk eweredig te wees tot die omvang van die nadeel wat gelyk is. Volgens gemelde outeurs wil dit voorkom of die omvang van 'n fisies-psigiese nadeel gewoonlik voorgestel kan word as "die produk van die intensiteit van die fisiese of affektiewe gevoelskrenking, en die aard en tydsduur daarvan."⁸³

Volgens Strauss en Strydom⁸⁴ is die benadeelde nie slegs geregtig op vergoeding vanweë pyn en lyding regstreeks veroorsaak deur die onregmatige daad nie, maar ook vir pyn en lyding

81. Van der Merwe en Olivier 1985:187; Neethling 1979:110.

82. Neethling ea 1989:204-207.

83. Neethling ea 1989:204 en 205 waar melding gemaak word van sekere objektief vasstelbare faktore soos die ouderdom en geslag van die benadeelde wat bepalend kan wees by die oorweging van 'n gevoelskrenking deur die hof ten einde die omvang van 'n persoonlikheidsnadeel te bepaal.

84. Strauss en Strydom 1967:328-329.

wat gepaard gaan met geneeskundige operasies of behandeling wat hy redelikerwys ondergaan het ten aansien van die oorspronklike besering. So ook kan ten aansien van pyn wat in die toekoms te wagte is, vergoeding geëis word.

(ii) Die doel wat in 'n spesifieke geval deur middel van die vergoedingsbedrag nagestreef word, is ook van belang. Die doel van die vergoeding kan byvoorbeeld wees om die eiser in staat te stel om die nadeel wat hy gely het, te bowe te kom.

(iii) Billikheid en konserwatisme is belangrike riglyne wat deur 'n hof in ag geneem in die kwantifiseringsproses. Dit kom daarop neer dat 'n hof nie op grond van simpatieke oorwegings buitensporige bedrae ten koste van die verweerder aan 'n benadeelde moet toeken nie.

(iv) Dit is verder ook belangrik om ag te slaan op toekennings wat gemaak is in vorige sake wat vergelykbaar is met die geval onder oorweging.⁸⁵

Die aantasting van 'n persoon se fisies-psigiese integriteit kan verskillende vorme aanneem en vir elk van hierdie besondere vorme van persoonlikheidsnadeel bestaan daar sekere beginsels wat in ag geneem word by die toekenning van 'n gepaste vergoeding.⁸⁶ Hierdie nadele is byvoorbeeld verlies van lewensgenietinge;⁸⁷ verlies aan lewensverwagting,⁸⁸ mis-

85. Protea Assurance Co Ltd v Lamb 1971(1) SA 530(A).

86. Neethling ea 1989:297.

87. Erasmus en Gauntlett 7 LAWSA 1979:45; Van der Merwe en Olivier 1985:238-239 waar die outeurs 'n aantal faktore meld wat aanleiding kan gee tot die verlies van lewensgenietinge; Marine and Trade Insurance Co Ltd v Goliath 1968(4) SA 329(A); Administrator-General SWA v Kriel 1988(3) SA 275(A).

88. Goldie v City Council of Johannesburg 1948(2) SA 913 (W); Lockhat's Estate v North British and Mercantile Insurance Co Ltd 1959(3) SA 295(A).

vorming⁸⁹, skok⁹⁰ en pyn en lyding.⁹¹

Genoegdoening vir persoonlikheidsnadeel kan ook met die *actio iniuriarum* verhaal word in die geval van die opsetlike aantasting van persoonlikheidsregte. Die *actio iniuriarum* is primêr ingestel op die psigiese bevrediging van die eiser in die sin dat die verweerder 'n bepaalde geldbedrag as *solatium* (troosgeld) aan hom moet betaal.⁹² Geen vaste formule bestaan vir die toekenning van vergoeding in hierdie verband nie.⁹³ Volgens Neethling, Potgieter en Visser⁹⁴ kan by die vasstelling van vergoeding sekere faktore, wat uiteenlopend van aard is, in ag geneem word en van hierdie en ander faktore word gewoonlik van "verswarende" en "versagtende" omstandighede gepraat. Laasgenoemde terminologie dui daarop dat die *actio iniuriarum* sy strafkarakter nie geheel en al verloor het nie en kan die hof die toekenning van 'n bedrag *solatium* verhoog ten einde 'n verweerder te straf vir sy bepaalde kwaadwillige optrede.⁹⁵ So sal die geneesheer se goeie trou dan ook van besondere belang wees. Die feit dat hy daarvan bewus was dat hy sonder die pasiënt se toestemming opgetree het of dat die operasie ongeoorloof is, kan as verswarende faktore in aanmerking ge-

-
89. Dit sluit byvoorbeeld in skending van die liggaam of gesig, letsels, verlies van ledemate en mankheid; Van der Merwe en Olivier 1985:238; Eggeling and Another v Law Union and Rock Insurance Co Ltd 1958(3) SA 592 (D).
90. Na die beslissing van Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk 1973(1) SA 709(A) is dit nou duidelik dat ook genoegdoening met onderhawige aksie verhaal kan word vir die wederregtelike en nalatige veroorsaking van 'n persoonlikheidsnadeel in die vorm van emosionele skok; Pauw 1976:297-208.
91. Alle pyn en lyding, fisiek sowel as psigies word hierby ingesluit; Gillbanks v Sigournay 1959(2) SA 11 (N); Pillai v New India Assurance Co Ltd 1961(2) SA 70 (N).
92. Neethling ea 1989:208 wys daarop dat kompenasie hier op die agtergrond staan.
93. Erasmus en Gauntlett 7 LAWSA 1979:32; Neethling ea 1989:208.
94. Neethling ea 1989:208.
95. Buthelezi v Poorter 1974(4) SA 831 (W).

neem word by bepaling van die bedrag solatium wat toegeken moet word.

Vasstelling van genoegdoening geskied egter steeds *ex bono et aequo* met inagneming van faktore wat dui op die omvang van die nadeel en onreg wat die eiser gely het.⁹⁷

3.3 "General" en "special damage"

Die uitdrukkings *general* en *special damage*, waarna dikwels in ons regs literatuur verwys word, is afkomstig uit die Engelse reg en gee volgens Boberg⁹⁸ net aanleiding tot verwarring in ons reg. Neethling, Potgieter en Visser⁹⁹ pas die standpunt van Corbett en Buchanan, dat die verskil tussen die twee vorme van skade hoofsaaklik prosesregtelik van belang is, op gevalle van liggaamlike beserings toe en bereik dan die volgende resultate: Alle mediese uitgawes tot en met die datum van verhoor asook reeds gelede verlies van inkomste ressorteer onder *special damage*.¹⁰⁰ Alle persoonlikheidsnadeel asook verlies van toekomstige inkomste en toekomstige mediese uitgawes kan dan tuisgebring word onder *general damage*, hoewel eersgenoemde nadeel in wese nie-vermoënskade is en laasgenoemde uitgawes vermoënskade.¹⁰¹

Volgens Buchanan¹⁰² bestaan die neiging egter in ons moderne beslissings om weg te beweeg van die tegniese onderskeid tussen *special* en *general damages* en eerder te onderskei tussen vermoënskade en nie-vermoënskade. *General damage* word dan

96. Strauss en Strydom 1967:330.

97. Neethling ea 1989:209.

98. Boberg 1984:476.

99. Kyk ook Visser 1982:35-38 en 52-53; Boberg 1984:480.

101. Neethling ea 1989:181.

102. Buchanan 1965:458.

gebruik om uitsluitlik te verwys na nie-vermoënskade.¹⁰³

4. Sameloop van remedies

Een en dieselfde handeling kan lei tot verskillende eise waarvoor daar verskillende remedies beskikbaar is. Hierdie remedies kan gelyksoortig (byvoorbeeld net delikaksies) of ongeliksoortig (byvoorbeeld delik- en kontrakaksies) wees.¹⁰⁴ 'n Handeling kan daarenteen aanleiding gee tot slegs een eis, maar die eis kan op verskillende regsgronde gebaseer word. Daar is derhalwe in sodanige geval alternatiewe remedies tot beskikking van die benadeelde waaruit hy 'n keuse kan maak, byvoorbeeld 'n keuse tussen 'n kontrak- en delik-aksie).¹⁰⁵ Vervolgens word kortliks aandag geskenk aan die sameloop van die drie belangrikste delikaksies onderling en daarna aan die sameloop van die kontrakaksies met gemelde delikaksies onderskeidelik.

4.1 Sameloop van gelyksoortige aksies: Sameloop van delikaksies

Die *actio legis Aquiliae* en die *actio iniuriarum* val saam in omstandighede waar 'n *iniuria* ook vermoënskade te weeg bring, soos 'n geneesheer wat weens lasterlike aantygings pasiënte verloor.¹⁰⁶ Aangesien 'n skending van die betrokke persoonlikheidsreg ook vermoënsregtelik gevolge gehad het, kan die geneesheer met die *actio iniuriarum* vir genoegdoening aageer en

-
103. Boberg 1984:481; Neethling ea 1989:181 is die mening toegedaan dat vermelde terminologie laat vaar moet word aangesien die aanwending daarvan net tot verwarring lei.
104. Van der Merwe en Olivier 1985:463 ev en 467 ev; Neethling 1989:213-214; Hosten 1960:251 wys daarop dat 'n mens hier te doen het met 'n sameloop van remedies.
105. Van der Merwe en Olivier 1985:462; Neethling ea 1989:214.
106. Neethling ea 1989:214.

met die *actio legis Aquiliae* vir skadevergoeding.¹⁰⁷

Die *actio legis Aquiliae* en die aksie weens pyn en lyding kan ook as gevolg van een handeling ontstaan en saamval. Dit sal die geval wees waar die skuldige aantasting van die fisies-psigiese integriteit vermoënskade tot gevolg het, soos liggaamlike beserings wat mediese onkoste meebring.¹⁰⁸ 'n Pasiënt kan byvoorbeeld as gevolg van die nalatige behandeling van 'n geneesheer beserings opdoen wat die aangaan van verdere mediese uitgawes noodsaak. In sodanige geval moet die pasiënt dan skadevergoeding met die *actio legis Aquiliae* en genoegdoening met die aksie weens pyn en lyding verhaal.

Van der Merwe en Olivier¹⁰⁹ is die mening toegedaan dat die *actio iniuriarum* en die aksie weens pyn en lyding nie kan saamval nie. Volgens gemelde outeurs verloor die aksie weens pyn en lyding sy sin in die geval waar die eiser se liggaamlike integriteit opsetlik geskend is en word dit in so 'n geval deur die *actio iniuriarum* vervang waarmee volle genoegdoening verhaal kan word.¹¹⁰

4.2 Sameloop van ongelyksoortige aksies

4.2.1 *Actio iniuriarum* en kontrakaksie: Kontrakbreuk kan met die skending van die medekontraktant se persoonlikheidsreg gepaard gaan. Die verbreking van 'n verlowingskontrak (troubreuk) is hier die bekendste voorbeeld. In die geval van troubreuk kan die onskuldige party skadevergoeding weens verbreking van die verlowingskontrak sowel as genoegdoening weens persoonlikheidskrenking verhaal. In Guggenheim v Rosenbaum(2)¹¹¹ is egter beslis dat troubreuk nie per se 'n *iniuria*

107. Van der Merwe en Olivier 1985:463.

108. Neethling ea 1989:214.

109. Van der Merwe en Olivier 1985:464-465.

110. Van der Merwe en Olivier 1985:464; Neethling ea 1989:215 stem egter nie saam met hierdie siening nie.

111. Guggenheim v Rosenbaum 1961(4) SA 21 (W):36.

is nie en dat genoegdoening slegs verhaal kan word indien die onskuldige party inderdaad 'n persoonlikheidskrenking as gevolg daarvan ondergaan het.¹¹²

4.2.2 Aksie weens pyn en lyding en kontrakaksie

Die aksie weens pyn en lyding en die kontrakaksie val saam in omstandighede waar kontrakbreuk tegelykertyd 'n onregmatige en skuldige aantasting van die fisies-psigiese integriteit van die onskuldige kontraksparty tot gevolg het.¹¹³ Die geneesheer wat onderneem om 'n operasie op sy pasiënt uit te voer en deur sy nalatigheid sy pasiënt se gesondheid benadeel, maak hom nie alleen skuldig aan kontrakbreuk nie, maar skend ook die liggaamlike integriteit van die pasiënt.¹¹⁴ Die pasiënt het dan die kontrakaksie vir skadevergoeding asook die aksie weens pyn en lyding vir genoegdoening tot sy beskikking.¹¹⁵

In hul kritiese bespreking van Van Wyk v Lewis¹¹⁶ wys Van der Merwe en Olivier¹¹⁷ daarop dat onderhawige aksies elk 'n verskillende doel dien en langs mekaar kan bestaan. Dit is derhalwe onnodig om die twee aksies een te probeer maak, of om een van hulle uit te kies en dan aan die hand daarvan skadevergoeding sowel as genoegdoening toe te staan.

-
112. Vir 'n volledige bespreking kyk Van der Merwe en Olivier 1985:467-475.
 113. Neethling ea 1989:216.
 114. Van der Merwe en Olivier 1985:475.
 115. Neethling ea 1989:216.
 116. Van Wyk v Lewis:438.
 117. Van der Merwe en Olivier 1985:475-477; kyk ook Boberg 1984:348-353.

4.2.3 Actio legis Aquiliae en kontrakaksie

Hierdie twee aksies val saam in die geval waar kontrakbreuk tegelykertyd ook 'n onregmatige skuldige vermoënsbenadeling van die onskuldige kontraksparty daarstel.¹¹⁸ Neethling, Potgieter en Visser¹¹⁹ wys daarop dat die actio legis Aquiliae slegs naas die kontrakaksie beskikbaar is indien die tersaaklike optrede, afgesien van kontrakbreuk, "ook 'n regserkende belang wat onafhanklik van die kontrak bestaan, op onregmatige en skuldige wyse aantast."¹²⁰

Ook hier kom die voorbeeld van die geneesheer wat 'n operasie op 'n nalatige wyse uitvoer en derhalwe nie behoorlik ingevolge die ooreenkoms met sy pasiënt presteer nie, ter sprake. Indien die nalatige optrede van die geneesheer vir die pasiënt vermoënsverliese meebring, het laasgenoemde ook die actio legis Aquiliae tot sy beskikking omdat die geneesheer, benevens die bestaande kontrak, "ook die pasiënt se persoonlikheidsbelang in sy fisies-psigiese integriteit op 'n onregmatige en skuldige wyse gekrenk het."¹²¹ In so 'n geval sal die pasiënt dan kan kies of hy van die actio legis Aquiliae gebruik wil maak en of hy ex contractu wil ageer.¹²² Hy kan ook die twee remedies in die alternatief stel.¹²³

5. Verskille tussen eise gebaseer op kontrakbreuk en onregmatige daad respektiewelik

Soos reeds hierbo gemeld is dit 'n aanvaarde beginsel in die Suid-Afrikaanse reg dat dieselfde optrede sowel kontrakbreuk

118. Neethling ea 1989:216-217.

119. Neethling ea 1989:217.

120. Neethling ea 1989:217.

121. Neethling ea 1989:217.

122. Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers (SA)(Pty) Ltd 1985(12) SA 475(A):496 en 499; Correira v Berwind 1986(4) SA 60(2):63-66.

123. Neethling ea 1989:217; kyk ook Van der Walt 1979:7.

as 'n delik kan uitmaak.¹²⁴ Die keuse tussen 'n kontraktuele en 'n deliktuele aksie kan volgens Potgieter¹²⁵ om die volgende redes van belang wees: (a) Die verjaringstermyne van die twee aksies kan verskil. (b) Die wyse waarop die skadevergoedingsbedrag bereken word, verskil. (c) Indien 'n nalatige eiser sy eis op delik baseer, kan sy vergoeding ingevolge artikel 4(1) (b) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding¹²⁶ ooreenkomstig sy mate van skuld deur die hof verminder word. Hierdie verdelingsbeginsel is nie in die geval van kontrakbreuk ter sprake nie.¹²⁷

(d) Die hof wat jurisdiksie het om 'n deliktuele aksie aan te hoor en die hof wat 'n aksie weens kontrakbreuk mag bereg, kan verskil. (e) Wat betref middellike aanspreeklikheid is 'n heer deliktueel aanspreeklik vir al die onregmatige daade wat sy dienaars binne hul diensbetrekking gepleeg het. In die geval van kontrakbreuk is die heer net aanspreeklik indien sy dienaar opgetree het in die uitvoering van sy verpligtinge onder die kontrak. (f) Ook die internasionale privaatrek bevat verskillende voorskrifte vir die twee aksies. Die *lex loci contractus* geld gewoonlik by 'n aksie weens kontrakbreuk terwyl die *lex loci delicti commissi* by 'n deliktuele aksie geld. Hierdie twee plekke kan verskil.¹²⁸

6. Strafregtelike aanspreeklikheid

Indien 'n geneesheer 'n pasiënt behandel sonder die vooraf verkryging van laasgenoemde se toestemming, en in die afwesigheid van 'n regserkende regverdigingsgrond, maak hy hom skuldig aan

124. Van Wyk v Lewis 1924 AD 438; Van der Walt 1979:7.

125. Potgieter 1985:6-8

126. Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34/1956.

127. Van der Merwe en Olivier 1985:479 vn 75 en die gesag daar deur die outeurs aangehaal.

128. Potgieter 1985:8

aanranding.¹²⁹ Die geneesheer maak hom egter nie aan aanranding skuldig indien die pasiënt as gevolg van sy nalatige optrede beseer word nie, aangesien die vereiste skuldvorm vir aanranding opset is.¹³⁰ Selfs indien toestemming deur die pasiënt verleen is, sal die geneesheer hom skuldig maak aan die oortreding van 'n statutêre voorskrif¹³¹ of aanranding¹³² as sy optrede in stryd met die reg is.

'n Geneesheer kan ook aan moord skuldig bevind word indien sy pasiënt beswyk as gevolg van 'n opsetlike, wederregtelike handeling deur hom verrig.¹³³ Van Oosten¹³⁴ wys daarop dat aangesien strafbare manslag die enigste gemeenregtelike misdryf is waarvoor die bewys van nalatigheid as skuldvorm voldoende is, dit die enigste misdryf is waarvoor 'n professioneel nalatige geneesheer in ons reg aanspreeklik gehou is.

Strauss en Strydom¹³⁵ wys op die volgende voorbeelde op grond waarvan 'n geneesheer vervolg kan word vanweë *crimen iniuria* "... waar 'n geneesheer onder die dekmantel van beweerde geneeskundige behandeling homself geslagtelike vryhede teenoor die pasiënt veroorloof; waar 'n geneesheer 'n pasiënt se liggaam sonder laasgenoemde se toestemming sou blootstel aan nuuskie-

129. Strauss en Strydom 1967:349; McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:153; Esterhuizen v Administrator, Transvaal:710.

130. Snyman 1986:485.

131. Byvoorbeeld in die geval waar hy 'n onwettige aborsie uitvoer wat in stryd is met die bepalings van die Wet op Vrugaafdrywing en Sterilisasie 2/1975.

132. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:153 vn 3 wys op die voorbeeld van 'n pasiënt wat toestem tot die uitvoering van 'n roekelose eksperiment op hom.

133. Byvoorbeeld in die geval van eutanاسie - kyk S v Hartmann 1975(3) SA 532(K).

134. Van Oosten 1986:22; Van Schoor:349; Mkwetshana:493; R v Van der Merwe 1953(2) PH HT24 (W).

135. Strauss en Strydom 1967:350.

riges wat geen wetenskaplike belang daarby het nie; waar 'n geneesheer persoonlike besonderhede oor 'n pasiënt se kwaal - byvoorbeeld dat hy aan veneriese siekte ly - aan vreemdes gaan uitblaker;...¹³⁶ Die aanwesigheid van opset word egter as absolute vereiste gestel vir iniuria en geen persoonlikheidskrenking wat op nalatige wyse geskied het, kan tot skuldige bevinding van iniuria lei nie.¹³⁷

'n Geneesheer wat 'n kollega bystaan tydens die uitvoering van 'n onwettige operasie of behandeling kan ook as 'n medepligtige aanspreeklik gehou word indien hy sodanige hulp bewustelik verleen het.¹³⁸

6. Risiko-aanspreeklikheid

Risiko-aanspreeklikheid het in essensie betrekking op aanspreeklikheid sonder skuld vir vergoeding van nadeel.¹³⁹ Hoewel daar al verskeie teorieë aangebied is as grondslag van risiko-aanspreeklikheid is daar tot op hede nog nie 'n bevredigende een gevind nie.¹⁴⁰ Risiko-aanspreeklikheid berus in beginsel op die onregmatige veroorsaking van skade deur 'n juridies relevante riskante aktiwiteit.¹⁴¹

Daar bestaan egter geen twyfel daaroor dat skuld die basis van deliktuele aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg is.¹⁴² Volgens Van der Walt¹⁴³ bied ons gemene reg geen aanknopings-

136. Die geneesheer kan in sodanige gevalle ook deliktueel aanspreeklik gehou word vir die persoonlikheidskrenking deur die pasiënt ervaar.

137. Strauss en Strydom 1967:350.

138. McQuoid-Mason en Strauss 17 LAWSA 1983:153; kyk ook Strauss en Strydom 1967:343.

139. Van der Merwe en Olivier 1985:554.

140. Byvoorbeeld die belange- of profytteorie en die gevaarteorie. Kyk Van der Merwe en Olivier 1985:556.

141. Projek 23 van die Suid-Afrikaanse Regskommissie 1986:21.

142. Boberg 1984:268; Van der Merwe en Olivier 1985:16.

punt vir die erkenning en ontwikkeling van risiko-aanspreeklikheid as deliktuele aanspreeklikheidsgrond nie. Die Suid-Afrikaanse regs kommissie het dan ook in 1986 bevind dat daar geen behoefte aan die skepping of daarstel van 'n algemene leerstuk van risiko-aanspreeklikheid in ons reg bestaan nie en het verder aanbeveel dat risiko-aanspreeklikheid nie as 'n algemene aanspreeklikheidsgrond by wyse van wetgewing in ons reg ingevoer word nie.¹⁴⁴

Hoewel dit nie te betwyfel is dat 'n pasiënt tydens die uitvoer van een of ander vorm van behandeling of operasie op hom aan 'n verskeidenheid van risiko's blootgestel word nie, is daar geen sprake dat die leerstuk van risiko-aanspreeklikheid ten aansien van medici in ons reg toegepas sal word nie.¹⁴⁵

-
144. Projek 23 van die Suid-Afrikaanse Regskommissie 1986:41-42.
145. Strauss 1987:3-4 wys daarop dat die leer van risiko-aanspreeklikheid selfs nie in die VSA op medici van toepassing gemaak word nie.

HOOFSTUK 10

SLOT

In hoofstuk 1 hierbo is reeds daarop gewys dat siviele gedingvoering teen geneeshere in die VSA teen die middel van die sewentigerjare in so 'n mate toegeneem het dat die tradisionele beginsels waarvolgens pasiënte vergoeding vir beserings ontvang het, naamlik die deliktereg gekombineer met die versekeringstelsel, eenvoudig nie meer in staat was om die geweldige las wat daardeur op dié stelsel geplaas is, te hanteer nie.¹ Benewens die reeds bespreekte faktore wat tot dié "wanpraktyk krisis" aanleiding gegee het, het sekere aspekte van die Amerikaanse regstelsel daartoe bygedra dat die probleem vererger is: (a) Die stelsel van sogenaamde "contingency fees" (voorwaardelike fooie) waarvolgens die regspraktisyn vooraf met die eiser-pasiënt ooreenkom dat hy 'n sekere persentasie van die bedrag skadevergoeding wat toegeken word, sal ontvang ter vergoeding van sy dienste; (b) Die toekenning van sogenaamde "punitive damages" (punitiewe skadevergoeding) aan die eiser wat in verskeie Amerikaanse state aanwending vind; (c) Die geneigdheid van juries om 'n simpatieke houding in te neem teenoor 'n pasiënt wanneer hy te staan kom teen 'n geneesheer wat gewoonlik 'n welgestelde beroepsman is.²

In 'n poging om die vloedgolf van litigasie teen die mediese professie aan bande te lê, is 'n verskeidenheid voorstelle aan die hand gedoen. (a) Die instelling van "Claims Review Panels" deur 'n aantal state. Die funksie van hierdie "review panels" is om adviserende aanbevelings betreffende die meriete van 'n betrokke eis te maak. Deur die werking van hierdie liggame word daar gepoog om beuselagtige eise te ontmoedig terwyl

1. Potgieter 1985:32.
2. Strauss 1987:5.

die spoedige skikking van geregverdigde eise aangemoedig word. Geen finale bepaling van siviele aanspreeklikheid of presiese toekenning van skadevergoeding vind plaas nie; die mikpunt is 'n onderhandelde skikking buite die geregshowe.³

(b) Wetgewers het ingegryp en beperkings geplaas op die skadevergoeding wat howe mag toeken in die geval van eise vir mediese nalatigheid. (c) In 'n verdere poging om toekennings te verlaag word sogenaamde "itemized verdicts" van die howe geverg. Dit behels dat 'n bepaalde geldbedrag afsonderlik vir elke item, byvoorbeeld huidige en toekomstige skade, mediese behandeling, onderhoud, pyn en lyding toegeken moet word.⁴

Ten einde die onrealistiese hoë versekeringspremies te stabiliseer en die onbeheerste verhoging daarvan te probeer voorkom, is ook die volgende veranderings voorgestel: (a) Die aansienlike verkorting van verjaringstermyne van gedinge teen geneeshere; (b) 'n statutêre definisie van mediese wanpraktyk; (c) beperkings op jurieverhore en (d) Die afskaffing van punitiewe skadevergoeding. - Dit wil egter voorkom of daar tot dusver nog nie veel sukses met bogemelde pogings behaal is nie.⁵

Volgens Potgieter⁶ is een van die belangrikste struikelblokke van die bestaande Amerikaanse regstelsel geleë in die skuldvereiste vir aanspreeklikheid. Die ingewikkeldhede verbonde aan die bewys van nalatigheid maak van elke betwiste saak 'n stryd met gevolglike hoë kostes. Etlike voorstelle is dan ook gerig op vervanging van die skuldgebaseerde delik met 'n ander grondslag. 'n Voorbeeld hiervan is om 'n betrokke geskilpunt te

3. Giesen 1981:1990.

4. Potgieter 1985:34-35.

5. Strauss 1987:7; Giesen 1981:190; Giesen en Fahrenhorst 1984:81.

6. Potgieter 1985:35.

onderwerp aan verpligte arbitrasie, "sonder om op die tradisionele skuldvraag in te gaan, maar deur die toepassing van 'n duidelike, eng-omskrewe definisie van mediese wanpraktyk."⁷

Gemelde arbitrasie vervang dan enige deliktereregverhoor teen 'n betrokke geneesheer in die geheel en het ten doel om vertraging te verminder, regsonkoste te verlaag en premies vir wanpraktykversekering weer op 'n realistiese standaard te bring.⁸

Die vraag wat ontstaan is of Suid-Afrika in Amerika se voetstap sal volg wat betref die geweldige toename in eise teen geneesheer wat op nalatige wanpraktyk gebaseer is. Hoewel daar volgens Strauss⁹ verskeie teoretiese raakpunte tussen ons reg en die Amerikaanse reg bestaan, is daar wesensverskille op die gebied van die praktiese regspleging wat sal verhoed dat 'n soortgelyke situasie as in die VSA ontwikkel. (a) Die beginsel *res ipsa loquitur* vind nie aanwending in ons reg insoverre die nalatigheid van medici ter sprake is nie. Dit is dus steeds vir die eiser-pasiënt om te bewys dat die geneesheer nie behoorlike sorg en vaardigheid aan die dag gelê het tydens sy behandeling van eersgenoemde nie. (b) Die *pactum de quota litis* word ten strengste in ons reg verbied. (c) Die gevaar wat 'n eiser in die gesig staar dat 'n ongunstige kostebevel teen hom gemaak kan word, dien egter as een van die belangrikste dempers op siviele gedingvoering teen geneesheer.¹⁰

Hoewel daar gedurende die afgelope twee dekades 'n definitiewe toename in gedingvoering teen medici in Suid-Afrika waarneem-

-
7. Potgieter 1985:35.
 8. Giesen 1981:190.
 9. Strauss 1987:9.
 10. Strauss 1987:10.

neembaar was, wys Strauss¹¹ daarop dat die persentasie eise in verhouding tot die totale getal siviele eise byna onbeduidend klein gebly het. Skrywer soos Simons,¹² Louw¹³ en Strauss¹⁴ is dit eens dat ten spyte van gemelde toename in eise, Suid-Afrika nooit 'n "wanpraktykkrisis" sal beleef soos wat in die VSA ervaar is nie. Tot op hede het ons howe 'n betreklik konserwatiewe houding ingeneem wat betref die toekenning van skadevergoeding in siviele eise waar geneeshere aangespreek is vir nalatige optrede.¹⁵ Opsommenderwys kan daar met Strauss¹⁶ saamgestem word dat die huidige posisie in die Suid-Afrikaanse reg betreffende geneeskundige aanspreeklikheid as gebalanseerd beskryf kan word.

Ten slotte word daar vlugtig aandag geskenk aan die stelsels van buiteregtelike pasiënte-vergoeding wat in Nieu-Seeland en Swede aanwending vind en waarin die bewys van skuld nie vereis word nie. In Swede is die sogenaamde "Patient Insurance Scheme" in Januarie 1975 in werking gestel en hierdie skema het ten doel om vergoeding aan pasiënte te voorsien wat tydens

11. Strauss 1987:7.

12. Simons 1978:133.

13. Louw, P.F. 1987b:202.

14. Strauss 1987:9.

15. In Blyth v Van den Heever 1980(1) SA 191 (A) is die grootste bedrag skadevergoeding tot dusver in 'n gerapporteerde saak teen 'n geneesheer toegestaan, naamlik R34 543,30. In Pringle v Administrator, Transvaal 1990(2) SA 379 (W) is 'n bedrag van R93 482 plus kostes teen die Administrateur van die Transvaal toegestaan ten gevolge van die nalatige optrede van een van die geneeshere in sy diens. In hierdie saak het 'n bejaarde dame 'n operasie in die J.G. Strijdom Hospitaal ondergaan om 'n klein gewas van haar long te verwyder. Gedurende die operasie is haar **superior vena cava** geskeur omdat die betrokke geneesheer te hard daaraan getrek het, wat inwendige bloeding veroorsaak het en uiteindelik tot breinskade aanleiding gegee het. As gevolg hiervan is die eiseres se sig permanent beskadig en was sy ook nie meer in staat om te werk of 'n motor te bestuur nie.

16. Strauss 1987:11.

behandeling beserings opgedoen het, sonder dat die bewys van skuld as 'n vereiste gestel word. Hierdie skema verskaf vergoeding aan pasiënte in gevalle van onvoorsiene beserings wat uit mediese behandeling voortspruit. Betaling van vergoeding is nie onderworpe aan die bewys van nalatigheid aan die kant van die geneesheer of enige ander mediese personeel nie. Die pasiënt moet slegs bewys dat sy besering veroorsaak is deur een of ander vorm van gesondheidsorg.

Betwiste eise, sowel as eise waarin beginselvraagstukke ter sprake is, word aan 'n paneel voorgelê wat bestaan uit 'n voorsitter, 'n lid deur die regering aangewys, twee lede deur die betrokke distriksrade¹⁷ aangewys en twee verteenwoordigers van versekeringsmaatskappye. Dit staan die paneel vry om die hulp van mediese spesialiste in te roep indien sodanige hulp benodig sou word. 'n Beperking word egter geplaas op die maksimum bedrag vergoeding wat toegestaan kan word.¹⁸

Ook in Nieu-Seeland is 'n buite-geregtelike stelsel van vergoeding van ongelukslagoffers ingestel waarin skuld geen rol speel nie. Met die instelling van die "Accident Compensation Corporation Scheme" is heeltemal weggedoen met die tradisionele delikaksie, en ook benadeelde pasiënte is by die werking daarvan ingesluit. 'n Eis vir vergoeding moet binne twaalf maande na die plaasvind van die betrokke ongeluk aan die "Accident Compensation Commission" gerig word. Enige appël teen die beslissings van hierdie kommissie word deur 'n enkele regter aangehoor. Laasgenoemde kan egter 'n assessor wat oor deskundige kennis beskik, aanstel om hom by te staan.¹⁹

17. Distriksrade in samewerking met die regering is verantwoordelik vir die instandhouding van hierdie skema.

18. Giesen 1981:193-194; Harland en Jandoo 1984:127.

19. Giesen 1981:192-193; kyk egter die kritiek uitgespreek deur Harland en Jandoo 1984:128 teen hierdie stelsels.

Hoewel daar dus tans nog nie sprake is van 'n wanpraktykkrisis in Suid-Afrika nie, kan daar met vrug na bogemelde stelsels van buiteregterlike vergoeding gekyk word as 'n moontlike oplossing vir die probleme wat deur pasiënte ondervind word om skadevergoeding te verhaal vir beserings opgedoen tydens die toediening van nalatige mediese behandeling. Ook in gevalle waar daar nie sprake van nalatigheid is nie, byvoorbeeld by die intrede van 'n uiters geringe risiko tydens die uitvoering van 'n hoogs riskante ingreep, sal die benadeelde pasiënt as gevolg van die werking van sodanige skema vergoed kan word vir beserings deur hom opgedoen.

BIBLIOGRAFIE

A.

Appelbaum PS, Lidz CW and Meisel A

1987. Informed consent. Legal theory and clinical practice. New York: Oxford University Press.

B.

Badenhorst CHJ

1981. S v Chretien 1981(1) SA 1097(A). Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg (2):185-189

1982. Die inhoud van die misdaadbegrip in die Suid-Afrikaanse reg. Ongepubl LLD-proefskrif. Johannesburg: Randse Afrikaanse Universiteit.

Barlow TB

1948. Medical negligence resulting in death. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 11:173-190.

Bergenthuin JG

1985a. Die algemene toerekeningsvatbaarheidsmaatstaf. De Jure 18(2):273-282.

1985b. Provokasie as verweer in die Suid-Afrikaanse strafreg. Ongepubl LLD-proefskrif. Pretoria: Universiteit van Pretoria.

1986. Provokasie in die Suid-Afrikaanse strafreg. De Jure 19(1):98-109.

Bertelsman W

1975. What happened to luxuria? Some observations on criminal negligence, recklessness and dolus eventualis. The South African Law Journal 92(1):59-77.

1980. Farewell recklessness, welcome the real dolus eventualis. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreë en Kriminologie 4(1):30-35.

Birchfield JL

1987. AIDS: The legal aspects of a disease. Medicine and Law 6(5):407-426.

Boberg PQR

1965. Law of delict. Hahlo 1966:174-221.

1968. The little reasonable man. The South African Law Journal 85(1):127-131.

1984. The law of delict. Vol. I. Cape Town: Juta.

Bosman F en Hosten WJ

1979. Inleiding tot die Suid-Afrikaanse reg en regsleer. Durban: Butterworth.

Botha CR en Nel SS

1986. Die kindernalatigheidstoets: Het die wiel gedraai? Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreë en Kriminologie 10(3):210-225.

Botha DA

1977. Culpa - A form of mens rea or a mode of conduct? The South African Law Journal 94(1):29-39.

Botkin JR

1988. The legal concept of wrongful life. *Journal of the American Medical Association* 259(10):1541-1545.

Breen JA

1982. Surgeons and anesthesiologists, vicarious liability and the continued trend toward specialization and decentralization in the operating room. *Ohio North Law Review* 9: 437-464.

Brooke H

1990. Consent to treatment. *Powers and Harris* 1990:193-209.

Brownlie S

1985. Wrongful life: Is it a viable cause of action in South Africa? *Responsa Meridiana* 5(1):18-35.

Buchanan JL

1965. Damages for future loss of earnings or earning capacity - Deductions. *The South African Law Journal* 82(4): 451-459.

Burchell EM

1955. The meaning of criminal intent. *The South African Law Journal* 72(3):240-244.

1958. Provocation: Subjective or objective? *The South African Law Journal* 75(3):246-248.

1969. The defence of voluntary intoxication. *The South African Law Journal* 86(2):127-131.

1973. Criminal intent. *Speculum Juris* 8:23-35.

Burchell EM, Milton JRL and Burchell JM

1983. South African criminal law and procedure. Vol I. 2nd ed. Cape Town: Juta.

Burchell JM

1986a. Boekbespreking: Law, ethics and medicine. Studies in medical Law. Skegg PDG. The South African Law Journal 103(2):318-321.

1986b. 'Informed consent' - Variations on a familiar theme. Medicine and Law 5(4):293-302.

Burchell JM and Schaffer RP

1977. Liability of hospitals for negligence. Businessman's Law 6(4):109-111.

Burt CD

1982. Recognizing and meeting medical malpractice defenses. Trial 18:46-48.

C.

Candelora R

1974. Hospital liability for the negligence of physicians: Some needed legal sutures. University of Florida Law Review 26:844-857.

Cantrell C

1984. A physician's liability for experimental procedures. Medicine and Law 3(4):339-344.

Capron AM

1979. Tort liability in genetic counselling. Columbia Law Review 79(4):618-684.

Carstens PA

1990. The locality rule in cases of medical malpractice. De Rebus (270):421-423.

Chapman S

1982. Debating the question of "wrongful life". Medicine and Law 1(1):105-107.

Christoffel T

1982. Health and the law. New York: The Free Press.

Claasen JY

1984. Toets vir toerekeningsvatbaarheid en nalatigheid van kinders in die deliktereg. Tydskrif vir Regswetenskap 9(1): 90-94.

1986. S v T 1986(2) SA 112 (0). Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 49(4):483-488.

Coertze LI

1937. Wat beteken culpa in die Suid-Afrikaanse strafreg? Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 1(2):85-91.

Cohen J and Mariano WE

1982. Legal guidebook in mental health. New York: The Free Press.

D.

De Bruin CR de W

1979. Kinders en die toets vir nalatigheid in die privaatreg Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 42(2): 178-196.

De Klerk A

1990. Middellike aanspreeklikheid van 'n hospitaalowerheid. Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg (1):148-151.

Deutsch E

1989. The right not to be treated or to refuse treatment. Medicine and Law 7(5):433-438.

De Waal MJ

1990. Oorsig van die regspraak. Administrator, Natal v Edouard. 1990 (3) SA 581 (A). De Rebus (274):711-714.

De Wet JC

1970. Boekbespreking: Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg. Van der Merwe NJ en Olivier PJJ. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 33(1):68-82.

De Wet JC en Swanepoel HL

1985. Strafreë. 4de uitg. Durban: Butterworth.

De Wet JC en Van Wyk AH

1978. Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg. 4de uitg. Durban: Butterworth.

Dlamini CRM

1987. Ignorance or mistake of law as a defence in criminal law. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 50(1):43-59.

Dornette WHL

1972. Legal aspects of anaesthesia. Philadelphia: FA Davis Company.

Dugard CJR

1966. Provocation: No more rides on the Sea Point bus. The South African Law Journal 83(3):261-266.

Du Plessis JR

1982. Chretien: Guest uninvited, geographer extraordinary, witness first class. The South African Law Journal 99(2): 189-203.

1983. Has it become necessary to consider the negligent actio libera in causa seriously? Speculum Juris 12:84-88.

1984. Hans Welzel's final-conduct doctrine - An importation we could well do without. The South African Law Journal 101(2):301-323.

1986. Wavering fortunes on the strafregwetenskaplike front - some recent decisions. The South African Law Journal 103 (1):1-8.

E.

Ellis AG

1981. Vrywillige dronkenskap - 'n Nuwe dag. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 44(2):175-182.

1985. S v Van Vuuren 1983(1) SA 12(A). De Jure 18(1): 180-185.

Erasmus HJ and Gauntlett JJ

1978. Damages. Joubert 1978:1-111.

Erasmus ISA

1989. Toerekeningsvatbaarheid: Artikels 1 en 2 van die strafregwysigingswet 1 van 1988. Die Landdros 24(4):143-145.

F.

Fahrenhorst IC

1986a. Sterilisation, abortion and the unwanted child. Developments in English, West German and American law. Part I: The healthy, unwanted baby. *International Legal Practitioner* 11(2):33-37.

1986b. Sterilisation, abortion and the unwanted child. Developments in English, West German and American law. Part II: The defective child. *International Legal Practitioner* 11(3):62-68.

Fricke GL

1982. Medical negligence. *The Australian Law Journal*. 56(2):61-67.

G.

Galatz NG

1984. Hospital liability: The institution, the physician, the staff. *Trial* 20:64-76.

Gamble AJ

1981. Professional liability. *McLean* 1981:82-95.

Geldenhuys T

1987. Oorsig van beslissings ten opsigte van die strafreg: S v Waglines (Pty) Ltd and Another 1986(4) SA 1135 (N). *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrege en Kriminologie* 11(2): 85-94.

Gerugthy RM and Wilkinson AP

1984. Negligence in the diagnosis of cancer. *Trial* 20:69-80.

Giesen D

1981. *Arzthaftungsrecht: Medical malpractice law*. Bielefeld: Giesecking.

Giesen D and Fahrenhorst I

1984. Civil liability arising from medical care - Principles and trends. *International Legal Practitioner* 9(3):80-85.

Gilmore RN

1977. Major current problems as seen by the insurer. *Wood* 1977:56-75.

Gittleman R and Belkin H

1986. Dental negligence. *Trial* 22(7):40-44.

Golan J and Ben Hur N

1983. Informed consent in plastic surgery. *Medicine and law* 2(2):113-115.

Green Koopersmith ER

1984. Informed consent: The problem of causation. *Medicine and Law* 3(3):231-236.

Grobler NJ en Verschoor T

1982. Bloedoortapping op Jehova-getuies. *Geneeskunde* 24(3): 141-145.

Grubb A

1984. Medical law - Doctor's advice and the reasonable man: Do we need a second opinion? *The Cambridge Law Journal* 43(2):240-243.

Guido GW

1988. *Legal issues in nursing*. East Norwalk (Connecticut): Appleton and Lange.

H.

Hahlo HR (ed)

1966. Annual survey of South African law. Kaapstad: Juta.

Hanig JP

1984. Limitation of actions - Ignorance of cause of action - Medical malpractice claim accrues when plaintiff discovers defendant's possible negligence. North Dakota Law Review 60:295-304.

Harland WA and Jandoo RS

1984. The medical negligence crisis. Medicine, Science and the Law 24(2):123-129.

Harney DM

1973. Medical malpractice. Indianapolis (Indiana): The Allen Smith Company.

Hemelt MD and Mackert ME

1978. Dynamics of law in nursing and health care. Reston (Virginia): Reston Publishing Company Inc.

Hiemstra VH (red)

1981. Suid-Afrikaanse strafproses. 3de uitg. Durban: Butterworth.

1981. Dronkenskap nā Chretien of: Die losgemaakte remkabel. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 44(4): 349-357.

Hirsh HL

1985. Comparative negligence. Medicine and law 4(3):229-237.

1986. The physician's duty to stop, look, listen and communicate. Medicine and Law 5(6):449-461.

Holder AR

1978. Medical malpractice law. 2nd ed. New York: John Wiley and Sons Inc.

Hosten WJ

1960. Concursus actionum of keuse van aksies. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 23(4):251-272.

1969. Imperitia culpa adnumeratur. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 32(4):394-396.

Hunt PMA

1970. South African criminal law and procedure. Vol II. 1st ed. Cape Town: Juta.

J.

Jackson RM and Powell JL

1982. Professional negligence. 1st ed. London: Sweet and Maxwell

1987. Professional negligence. 2nd ed. London: Sweet and Maxwell.

Jonker J

1986. 'n Bewysregtelike oplossing vir die 'bedenklike gaping'. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrege en Kriminologie 10(2):103-110.

Joubert DJ and Van Zyl DH

1983 Mandate and Negotiorum Gestio. Joubert 1983:3-36.

Joubert WA (ed)

1979. The Law of South Africa. Vol 7. Durban: Butterworths.

Joubert WA (ed)

1983. The Law of South Africa. Vol 17. Durban: Butterworths.

K.

Kahn E (ed)

1984. The sanctity of human life. Johannesburg: University of the Witwatersrand.

King, JR JH

1986. The law of medical malpractice in a nutshell. 2nd ed. St. Paul (Minnesota): West Publishing Company.

Kjongstad A

1986. Informed of consent in medical research. Medicine and Law 5(1):11-15.

Kok L

1981. Pogingsmisdade - 'n Bewys van "de minimis curat lex"? Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 44(1):66-73.

Kruger A

1981. 'n Belangwekkende nuwe beslissing met betrekking tot dronkenskap in die strafreg: Chretien 1981(1) SA 1097(A). Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie 5(1):84-85.

L.

Labuschagne JMT

1978. Straftelike aanspreeklikheid van kinders. Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg (3):250-267.

1981. Dadersbewussyn en strafsinnolheid. De Jure 14(1): 164-166.

1983. Strafregtelike aanspreeklikheid van kinders weens nalatigheid. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 46(2):222-228.

1985a. Dekriminalisasie van nalatigheid. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrege en Kriminologie 9(3):213-222.

1985b. Die normatiewe skuldbegrip. De Jure 18(2):381-384.

1987. Strafregtelike aanspreeklikheid van die beskonkene. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrege en Kriminologie 11 (1):21-38.

1989. Wederregtelikheidsbewussyn en dolus eventualis. Tydskrif vir Regswetenskap 14(2):81-87.

Lehr GM and Hirsh HL

1983. Wrongful conception, birth and life. A question of viability. Medicine and Law 2(3):199-208.

Levine M

1980. Surgical malpractice. Washinton: Trial Lawyers Service Company.

Lipshitz IM

1981. "Control" as an essential element for determining whether a vicarious liability exists or not. Responsa Meridiana 4(3):117-125.

Louw PF

1987a. Die algemene toerekeningsvatbaarheidsmaatstaf. S v Campher 1987(1) SA 940(A). Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg (3):362-370.

1987b. "Wrongful life": 'n Aksie gebaseer op die onregmatige veroorsaking lewe. Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg (2):199-213.

Louw WJ

1969. Some aspects of defamation. *Speculum Juris* 5:61-68.

M.

MacIntosh JC and Norman-Scoble

1970. *Negligence in delict*. 5th ed. Cape Town: Juta.

Martin CRA

1979. *Law relating to medical practice*. 2nd ed. Tunbridge Wells (Kent): Pitman Medical Publishing Co Ltd.

Matzukis NA

1987. Provocation. *Businessman's Law* 16(8):245-248.

McKerron RG

1950. Transmission of syphilis by blood transfusion. *The South African Law Journal*. 67(1):65.

1971. *The law of delict*. 7th ed. Cape Town: Juta.

McLean SAM (ed)

1981. *Legal issues in medicine*. Aldershot: Gower Publishing Co Ltd.

McLean SAM and McKay AJ

1981. Consent in medical practice. *McLean* 1981:96-113.

McQuoid-Mason DJ and Strauss SA

1983. *Medicine, dentistry, pharmacy, veterinary practice and other health professions*. Joubert 1983:135-260.

Middleton AJ

1981. 'n Belangwekkende nuwe beslissing met betrekking tot dronkenskap in die strafreg. Chretien 1981(1) SA 1097 (A). Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie. 5(1):83-84.

Millner MA

1956. Professional orthodoxy. The South African Law Journal. 73(2):208.

1957. The doctor's dilemma. The South African Law Journal. 74(4):384-390.

Mogridge GL

1980. The reasonable man: Negligence and criminal capacity. The South African Law Journal 97(2):267-276.

Morkel DW

1977. Nalatigheid as grondslag vir strafregtelike aanspreeklikheid. Ongepubl LLD-proefskrif. Bloemfontein: Universiteit van die Oranje-Vrystaat.

1981a. The distinction between dolus eventualis and advertent negligence. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie 5(2):162-173.

1981b. Towards a rational policy of criminal fault. Ongepubl. LLM-verhandeling. Pretoria: Universiteit van Pretoria.

Morton WJ

1987. The doctrine of informed consent. Medicine and Law 6(2):117-125.

N.

Neethling J

1979. Persoonlikheidsreg. Durban: Butterworths.

Neethling J, Potgieter JM en Visser PJ

1989. Deliktereg. Durban: Butterworths.

O.

Oosthuizen MM

1985. Dronkenskap in perspektief - 'n strafregtelike bespreking. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 48(4): 407-423.

Ott H

1989. The right to know: Informed consent. Medicine and Law 7(5):439-441.

P.

Pauw PC

1976. Persoonlikheidskrenking en skuld in die Suid-Afrikaanse privaatreë - 'n Regshistoriese en regsvergelykende ondersoek. Ongepubl LLD-proefskrif. Leiden: Rijksuniversiteit.

Percy RA

1983. Charlesworth and Percy on negligence. 7th ed. London: Sweet and Maxwell.

Pope LS

1971. Malpractice - Vicarious liability of an operating surgeon. Duquesne Law Review 10:117-122.

Powers M and Harris N (eds)

1990. Medical negligence. London: Butterworths.

R.

Rabie A

1978. Actiones liberae in causa. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 41(1):60-66.

1981. Vrywillige dronkenskap as verweer in die strafreg: die Chretien-saak. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie 5(1):111-121.

1985. Aspects of the distinction between ignorance or mistake of fact and ignorance or mistake of law in criminal law. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 48(3): 332-343.

Rabie MA

1977. Wederregtelikheidsbewussyn en die reël ignorantia iuris neminem excusat in die strafreg. De Jure 10(1):4-19.

Rider MJ

1982. Informed refusal: Physical liability for failure to inform of the risks associated with refusing diagnostic tests. San Diego Law Review 19:823-838.

Robertson G

1981. Whitehouse v Jordan - Medical negligence retried. The Modern Law Review 44(4):457-461.

S.

Samuels A

1982. The basis of the legal liability of the hospital. *Medicine, Science and the Law* 22(2):140-142.

Schäfer ID

1978. The swing towards the subjective test for negligence in criminal law. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 41(2):201-206.

Scott WE

1978. Risiko-aanspreeklikheid as die grondslag vir middellike aanspreeklikheid. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* (1):18-29.

Shartel B and Plant ML

1959. *The law of medical practice*. Springfield (Illinois): Charles C Thomas.

Simons KL

1978. The legal pitfalls of medical practice and how to avoid them. *De Jure* 11(1):123-133.

Skegg PDG

1988. *Law, ethics and medicine*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press.

Skolnick M

1985. Expanding physician duties and patient's rights in wrongful life: *Harbeson v Parke-Davis, Inc.* *Medicine and Law* 4(3):383-298.

Smit PC

1983. 'n Beroepsreg om te genees? *Suid-Afrikaanse Mediese Tydskrif* 63(8):282-284.

Snyman CR

1979a. The "finalistic" theory of an act in criminal law (Part one). Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrege en Kriminologie 3(1):3-11.

1979b. The "finalistic" theory of an act in criminal law (Part two). Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrege en Kriminologie 3(2):136-144.

1985a. Is there such a defence in our criminal law as 'emotional stress'. The South African Law Journal 102(2): 240-251.

1985b. The attack on German legal theory - A retort. The South African Law Journal 102(1):120-132.

1986. Strafrege. 4de uitg. Durban: Butterworth.

Snyman JL

1977. Dronkenskap as verweer in die strafreg. Ongepubl. LLM-verhandeling. Bloemfontein: Universiteit van die Oranje-Vrystaat.

1978. Die actio libera in causa: Die benadering in die Duitse en Suid-Afrikaanse reg. De Jure 11(2):227-238.

1982. Die deliktuele aanspreeklikheid van die psigiater vanweë nalatige behandeling van die geestesongestelde pasiënt. Tydskrif vir Regswetenskap 7(1):1-19.

1989. Die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid in die strafreg. Tydskrif vir Regswetenskap 14(1): 1-15.

Sommer W

1986. Comparison of informed consent in English and German law. *Medicine and Law* 5(5):353-364.

Steyn JvZ

1959. The basis of provocation re-examined. *The South African Law Journal* 75(4):383-387.

Strauss SA

1959. Opmerkings oor toorn as faktor by die vasstelling van strafregtelike aanspreeklikheid. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 22(1):14-26.

1963. Aspekte van die begrip 'toestemming' in die strafreg en die deliktereg. Pretoria: Mededelings van die Universiteit van Suid-Afrika.

1974. Geestesongesteldheid en die strafreg: Die voorgestelde nuwe reëling in die Strafproseswetsontwerp. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 37(3):219-244.

1981. Vermoë van beskuldigde om verrigtinge te begryp, geestesongesteldheid en strafregtelike toerekeningsvatbaarheid. *Hiemstra* 1981:164-189.

1983. Who is to live? The right of the patient to refuse medical treatment. *Kahn* 1983:18-20.

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.

Strauss SA en Strydom MJ

1967. Die Suid-Afrikaanse geneeskundige reg. Pretoria: JL van Schaik Beperk.

Swan EJ

1982. Hospital liability for corporate negligence. Medical Trial Technique Quarterly 30:317-327.

T.

Taylor JL

1970. The doctor and the law. London: Pitman Medical and Scientific Publishing Co Ltd.

1971. The doctor and negligence. London: Pitman Medical Publishing Co Ltd.

Taylor NL

1976. Doctors and the law. London: Oyez Publishing Limited.

Todaro GJ

1986. Anesthesia malpractice. Trial 22(5):32-36.

Trengrove JW

1981. Provocation. Die Landdros 16(1):27-29.

V.

Van Aswegen A

1982. Bester v Calitz 1982(3) SA 865 (0). De Jure 15 (2):368-371.

Van der Merwe DP

1981. Toerekeningsvatbaarheid v "specific intent" - Die Chretien-beslissings. Obiter 142-152.

1982. Informele strafvermindering by moord. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 45(2):140-147.

1983. Die "psigologiese" v die "normatiewe" skuldbegrip in die lig van Bailey 1982(3) SA 773 (A). Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrege en Kriminologie 7(1):33-43.

Van der Merwe NJ

1972. S v Mokonto 1971(2) SA 319 (A). Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 35(2):193-196.

1983. Moord en strafbare manslag - laat Barābbas aan die pen ry. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 46(1):82-87.

Van der Merwe NJ en Olivier PJJ

1985. Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse Reg. 5de uitg. Pretoria: JP van der Walt en Seun (Edms) Bpk.

Van der Vyver JD

1967. Wederregtelikheidsbewussyn by strafregtelike aanspreeklikheid. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 30(3):271-278.

1968. Neuhaus NO v Bastion Insurance Co Ltd 1968(1) SA 398 (A). Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 31(4):393-394.

1983. Subjectivity or objectivity of fault - The problem of accountability and negligence in delictual liability. The South African Law Journal 100(4):575-593.

Van der Walt CFC

1980. Die voordeeltoekenningsreël - knooppunt van uiteenlopende teorieë oor die oogmerk met skadevergoeding. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 43(1):1-26.

Van der Walt JC

1974. Risiko-aanspreeklikheid uit onregmatige daad. Ongepubl LLD-proefskrif. Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika.

1976. St Augustine's Hospital Pty Ltd v Le Breton 1975(2) SA 530(N). Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 39(4):399-404.

1979. Delict: Principles and cases. Durban: Butterworths.

Van Niekerk B

1972. A witch's brew from Natal - Some thoughts on provocation. The South African Law Journal 89(2):169-174.

Van Niekerk BD

1969. Two notes on dolus eventualis and extenuating circumstances. The South African Law Journal 86(2):136-142.

Van Oosten FFW

1982. Dolus eventualis en luxuria - Nog 'n stuiwer in die armbeurs. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 45(2):183-193.

1986. Professional medical negligence in Southern African legal practice. Medicine and Law 5(2):17-28.

1989. Informed consent: Patient rights and the doctor's duty of disclosure in South Africa. Medicine and Law 7(5):443-456.

1990. The insanity defence: Its place and role in the criminal law. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging 3(1):1-9.

Van Rensburg ADJ

1971. Juridiese kousaliteit en aspekte van aanspreeklikheidsbeperking by die onregmatige daad. Ongepub LLD-proefskrif. Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika.

Van Rooyen JCW

1974. Regsdwaling en dolus in die strafreg. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 37(1):18-37.

Van Rooyen K

1983. S v Lesch 1983(1) SA 814(0). De Jure 16(2):376-377.

Van Zyl E.

1989. Ontoerekeningsvatbaarheid sonder 'n geestesongesteldheid of geestesgebrek. Die Landdros 24(2):56-58.

Van Zyl PHS

1974. Provocation: a lawyer's dilemma. Die Landdros 8(2):64-73.

Van Zyl PR

1983. S v Zoko (AR 72/82 van 30 September 1982 NPA). Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 47(1):100-104.

1985. Weber v Santamversekeringsmaatskappy 1983(1) SA 381(A); S v Pietersen 1983(4) SA 904(OK). Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 48(1):103-109.

Verschoor T

1979 Verminderde toerekeningsvatbaarheid by geestesongesteldes. Tydskrif vir Regswetenskap 4(2):32-38.

1981. Die strafregtelike toerekeningsvatbaarheid van psigopate. Tydskrif vir Regswetenskap 6(1):12-23.

1983. Die billike beregting van epileptici, vrywillige dronkes en ander geestesongesteldes in die Suid-Afrikaanse strafhowe. Tydskrif vir Regswetenskap 8(1):20-30

Verschoor T en Morke1 DW

1981. n Nuwe koers vir drinkeboers. Tydskrif vir Regswetenskap 6(1):49-51.

Visser PJ

1981. Vrywillige dronkenskap en deliktuele aanspreeklikheid in die lig van S v Chretien 1981(1) SA 1097(A). Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 44(4):423-425.

1982. Skade en nie-vermoënskade. Obiter 32-57.

Vogel LL

1985. University teaching hospital liability. Medicine and Law 4(2):177-187.

W.

Waltz JR and Inbau FE

1971. Medical jurisprudence. New York: The MacMillan Company.

Wasmuth CE

1966. Law for the physician. London: Henry Kimpton

Weintraub A

1985 Physician's duty to stay abreast of current medical developments. Medical Trial Technique Quarterly 31:329-341.

Weir T.

1982. Wrongful life - Nipped in the bud. *The Cambridge Law Journal* 41(2):225-228.

Werthmann B

1984. *Medical malpractice law*. Lexington (Massachusetts): DC Heath and Company.

Whiting RC

1978. Changing the face of mens rea. *The South African Law Journal* 95(1):1-8.

Wood C (ed)

1977. *The influence of litigation on medical practice*. London: Academic Press.

Z.

Zaslow J

1981. What is malpractice in general surgery? *Medical Trial Technique Quarterly* 27:272-287.

ALFABETIESE LYS VAN HOFSAKE

SUID-AFRIKA

A.

Administrator-General SWA v Kriel 1988(3) SA 275(A)
Administrator, Natal v Edouard 1990(3) SA 581 (A)
Attorney-General, Transvaal v Additional Magistrate for Johannesburg 1924 AD 421.

B.

Bester v Calitz 1982(3) SA 864 (O)
Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk 1973(1) SA 769 (A)
Blyth v Van den Heever 1980(1) SA 191 (A)
Botes v Van Deventer 1966(3) SA 182 (A)
Buls v Tsatsarolakis 1976(2) SA 891 (T)
Buthelezi v Poorter 1974(4) SA 831 (W)
Byrne v East London Hospital Board 1926 EDL 128

C.

Cape Town Municipality v Paine 1923 AD 207
Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd v MacDonald 1931 AD 412
Coppen v Impey 1916 CPD 309
Correira v Berwind 1986(4) SA 60 (Z)

D.

Dale v Hamilton 1924 WLD 184

De Vos v SA Eagle Versekeringsmaatskappy Bpk 1985(3) SA 447
(A)

Dippenaar v Shield Insurance Co Ltd 1979(2) SA 904 (A)

Dube v Administrator, Transvaal 1963(4) SA 260 (W)

E.

Edouard v Administrator, Natal 1989(2) SA 368 (D)

Eggeling and Another v Law Union and Rock Insurance Co Ltd
1958(3) SA 592 (D)

Esterhuizen v Administrator, Transvaal 1957(3) SA 710 (T)

Ex Parte Dixie 1950 (4) SA 748 (W)

Ex Parte Rautenbach 1938 SR 150

G.

Gehring v Unie Nasionaal Suid-Britse Versekeringsmaatskappy
Bpk 1983(2) SA 266 (K)

Gillbanks v Sigourney 1959(2) SA 11 (N)

Goldie v City Council of Johannesburg 1948(2) SA 913 (W)

Gordon v Da Mata 1969(3) SA 285 (A)

Guggenheim v Rosenbaum 1961(4) SA 21 (W)

H.

Hartl v Pretoria Hospital Committee 1915 TPD 336

Herschel v Mrupe 1954(3) SA 464 (A)

Hewat v Rendaal 1925 TPD 679

J.

Jameson's Minors v CSAR 1908 TS 575
 Joffe and Co Ltd v Hoskins 1941 AD 431
 Jones NO v SANTAM BPK 1965(2) SA 542 (A)

K.

Kovalsky v Krige (1910) 20 CTR 822
 Krugell v Shield Versekeringsmaatskappy Bpk 1982(4) SA 95 (T)
 Kruger v Coetzee 1966(2) SA 428 (A)
 Kruger v Van der Merwe 1966(2) SA 266 (A)

L.

Lampert v Hefer 1955(2) SA 507 (A)
 Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers (SA)
 (Pty) Ltd 1985 (1) SA 475 (A)
 Lockhat's Estate v North British and Mercantile Insurance Co
 Ltd 1959(3) SA 295 (A)
 Lomagundi Sheetmetal and Engineering (Pty) Ltd v Basson
 1973(4) SA 523 (RA)
 Lower Umfolosi District War Memorial Hospital v Lowe 1937 NPD
 31
 Lymbery v Jefferies 1925 AD 236

M.

Magware v Minister of Health 1981(4) SA 472 (Z)
 Marine and Trade Insurance Co Ltd v Goliath 1968(4) SA 329 (A)
 Minister of Police v Rabie 1986(1) SA 117 (A)
 Minister van Vervoer v Bekker 1975(3) SA 128 (O)
 Mitchell v Dixon 1914 AD 519

Moaki v Reckitt and Colman (Africa) Ltd 1968(3) SA 98 (A)
Mouton v Die Mynwerkersunie 1977(1) SA 119 (A)
Mtetwa v Minister of Health 1989(3) SA 600 (D)
Myers v Abramson 1951(3) SA 438 (K); 1952(3) SA 121 (A)

N.

Nedfin Bank Ltd v Muller 1981(4) SA 229 (D)
Neuhaus v Bastion Insurance Co Ltd 1968(1) SA 398 (A)
Niewenhuizen NO v Union and National Insurance Co Ltd 1962(1)
SA 760 (W)

O.

Oslo Land Co Ltd v Union Government 1938 AD 584

P.

Philip Robinson Motors (Pty) Ltd v NM Dada (Pty) Ltd 1975(2)
SA 420 (A)
Phillips v De Klerk TPA Maart 1983 (Ongerapporteerde)
Pillai v New India Assurance Co Ltd 1961(2) SA 70 (N)
Pringle v Administrator, Transvaal 1990 (2) SA 379 (W)
Protea Assurance Co Ltd v Lamb 1971(1) SA 530 (A)

R.

Recsei's Estate v Meine 1943 EDL 277
Richter and Another v Estate Hammann 1976(3) SA 226 (K)
Robertson v Durban Turf Club 1970(4) SA 649 (N)
Rodrigues and Others v Alves and Others 1978(4) SA 384 (A)
Rompel v Botha 1953 TPD (Ongerapporteerde)

Roxa v Mtshayi 1975(3) SA 761 (A)
R v Anderson 1956(4) SA 756 (A)
R v Biyana 1930 EDL 310
R v Burger 1959(2) SA 110 (T)
R v Dikant 1948(1) SA 693 (O)
R v Fortuin 1934 GWL 16
R v Hay 16 SC 290
R v Horn 1958(3) SA 457 (A)
R v Hugo 1940 WLD 285
R v Innes Grant 1949(1) SA 753 (A)
R v John 1969(2) SA 560 (RA)
R v Jolly 1923 AD 176
R v Kaffir 1923 CPD 261
R v Kaukani 1947(2) SA 807 (A)
R v Kennedy 1951(4) SA 431 (A)
R v Koortz 1953(1) SA 371 (A)
R v Koza 1949(4) SA 555 (A)
R v Kuzwayo 1949(3) SA 761 (A)
R v Leeuw 1934 OPD 19
R v Lourie 9 SC 432
R v Mara 1966(1) SA 82 (SR)
R v Mbombela 1933 AD 269
R v Meiring 1927 AD 41
R v Mhlongo 1948(1) SA 1109 (T)
R v Mkize 1951(3) SA 28 (A)
R v Ndenza 1919 EDL 199
R v Nkomo (1) 1964(3) SA 128 (SR)
R v Swanepoel 1945 AD 444
R v Thibani 1949(4) SA 720 (A)
R v Van der Merwe 1953(2) PH H 124 (W)
R v Van Schoor 1948(48) SA 349 (K)
R v Victor 1943 TPD 77
R v Von Zell 1953(3) SA 303 (A)
R v Wells 1949(3) SA 83 (A)
R v Wemyss 1960(1) PH H76 (SR)

S.

- Sambo v Milns 1973(4) SA 312 (T)
SAR en H v Symington 1935 AD 37
Smit v Workmen's Compensation Commissioner 1979(1) SA 51 (A)
South African Medical and Dental Council v McLoughlin 1948(2)
SA 355 (A)
South British Insurance Co Ltd v Smit 1962(3) SA 826 (A)
Stadsraad van Pretoria v Pretoria Pools 1990(1) SA 1005 (T)
St Augustine's Hospital (Pty) Ltd v Le Breton 1975(2) SA 530
(D)
Stoffberg v Elliot 1923 CPD 148
S v Abrahams 1983(1) SA 137 (A)
S v Alexander 1982(4) 701 (T)
S v Arenstein 1964(1) SA 361 (A)
S v Arnold 1985(3) SA 256 (K)
S v Bailey 1982(3) SA 772 (A)
S v Barnard 1985(4) SA 431 (W)
S v Berman 1966 (W) (Ongerapporteerde)
S v Bernardus 1965(3) SA 287 (A)
S v Burger 1975(4) SA 877 (A)
S v Campher 1987(1) SA 940 (A)
S v Chimbamba 1977(4) SA 803 (RA)
S v Chretien 1981(1) SA 1097 (A)
S v Crockart 1971(2) SA 496 (RAD)
S v De Blom 1977(3) SA 513 (A)
S v De Bruyn 1968(4) 498 (A)
S v Dladla 1980(1) SA 1 (A)
S v Dube 1972(4) SA 515 (W)
S v Fernandez 1966(2) SA 259 (A)
S v Fick 1970(4) SA 510 (N)
S v Goliath 1972(3) SA 1 (A)
S v Grobler 1974(2) SA 663 (T)
S v Harris 1965(2) SA 340 (A)
S v Hartmann 1975(3) SA 532 (K)
S v Hartyani 1980(3) SA 613 (T)

- S v J 1975(3) SA 146 (O)
S v Jassat 1965(3) SA 423 (A)
S v Johnson 1969(1) SA 201 (A)
S v Kavin 1978(2) SA 731 (W)
S v Kramer 1987(1) SA 887 (W)
S v Laubscher 1988(1) SA 163 (A)
S v Lehnberg 1975(4) SA 553 (A)
S v Lesch 1983(1) SA 814 (O)
S v Lombaard and Another 1979 (Pretoria se Landdroshof -
Ongerapporteerde)
S v Loubser 1979(3) SA 47(A)
S v M 1979(3) SA 564 (B)
S v Mahlalela 1966(1) SA 226 (A)
S v Mahlinza 1967(1) SA 408 (A)
S v McBride 1979(4) SA 313 (W)
S v Mini 1963(3) SA 188 (A)
S v Mkwanazi 1967(2) SA 593 (N)
S v Mkwetshana 1965(2) SA 493 (N)
S v Mnyanda 1976(2) SA 751 (A)
S v Modise 1966(4) SA 680 (GW)
S v Mokonto 1971(2) SA 319 (A)
S v Motau 1968(4) SA 670 (A)
S v Mtshiza 1970(3) SA 747 (A)
S v Naik 1969(2) SA 231 (N)
S v Nduneni 1972(3) SA 799 (K)
S v Nell 1968(2) SA 576 (A)
S v Ngubane 1985(3) SA 677 (A)
S v Ngwenya 1979(2) SA 96 (A)
S v Nkwenya 1985(2) SA 560 (A)
S v Ntuli 1975(1) SA 429 (A)
S v Olivier 1969(4) SA 78 (N)
S v Ostilly (1) 1977(4) SA 699 (D)
S v Phillips and Another 1985(2) SA 727 (N)
S v Pieterse 1982(3) SA 678 (A)
S v Potwane 1983(1) SA 868 (A)
S v Qumbella 1966(4) SA 356 (A)

S v Raisa 1979(4) SA 541 (O)
 S v Shimbarta 1966(1) SA 771 (N)
 S v Sibiya 1984(1) SA 91 (A)
 S v Sigwahla 1967(4) SA 566 (A)
 S v Smith 1981(4) SA 140 (K)
 S v Southern 1965(1) SA 860 (N)
 S v T 1986(s) SA 112 (O)
 S v Theron 1984(2) SA 868 (A)
 S v Tissen 1979(4) SA 293 (T)
 S v Tsochlas 1974(1) SA 565 (A)
 S v Van As 1976(2) SA 921 (A)
 S v Van der Mescht 1962(1) SA 521 (A)
 S v Van der Vyver 1978(3) SA 366 (OK)
 S v Van Deventer 1963(2) SA 475 (A)
 S v Van Vuuren 1983(1) SA 12 (A)
 S v Van Zyl 1969(1) SA 553 (A)
 S v Waglines (Pty) Ltd and Another 1986(4) SA 1135 (N)

V.

Van Wyk v Lewis 1924 AD 438

W.

Wapnick v Durban City Garage 1984(2) SA 414 (D)
 Waring and Gillow Ltd v Sherborne 1904 TS 340
 Webb v Isaac 1915 EDL 273
 Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk 1983(1) SA 381 (A)

VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

A.

Adkins v Ropp 14 NE 2d 727, Ind 1938.

B.

Barham v Widing 210 Cal 206,291 Pac 173 (1930)
Barton v Owen 1939 Cal Rptr 494
Becker v Schwartz 46 NY 2d 401,413 NYS 2d 895 NY 1978
Berman v Allen 80 NJ 421,404 A 2d 8 (1979)
Bing v Thunig 143 NE 2d 3, NY 1957
Boone v Mullendore 416 So 2d 718 Ala 1982
Bost v Riley 262 SE 2d 391 NC 1980

C.

Canterbury v Spence 464 F 2d 772, CA DC 1972
Champs v Stone 74 Ohio App 344, 58 NE 2d 803 (1944)
Clark v United States 402 F 2d 950, CCA 4, 1968
Curlender v Bio-Science Laboratories 106 Cal App 3d 811,165
Cal Rptr 477 (Cal Dist Ct App 1980)
Custodio v Bauer 59 Cal Rptr 463, Cal 1967

D.

Darling v Charleston Community Memorial Hospital 200 NE 3d
149, 211 NE 2d 253, Ill 1965
Derr v Bonney 231 P 2d 637, Wash 1951

E.

Edwards v Grace Hospital Society 130 Conn 569, 581-72, 36 A 2d
273,274 (1944)
Ellis v Sherman 515 A 2d 1327 Pa 1986

F.

Facer v Lewis 40 NW 2d 692, Ohio 1951
Ferrara v Leventhal 56 AD 2d 490, 392 NYS 2d 920(1977)
Fortner v Koch 261 NW 762, Mich 1935

G.

Gleitman v Cosgrove 227 A 2d 689, NJ 1967
Goldberg v Ruskin 113 Ill 2d 482, 499 NE 2d 406 Ill 1986
Gridley v Johnson 476 SW 2d 475 Mo 1972
Grodin v Grodin 301 NW 2d 869 (Mich App 1981)

H.

Harbeson v Parke-Davis Incorporated 98 Wash 2d 460, 656 p 2d
483 (1983)
Heller v Medine 377 NYS 2d 100, NY 1975
Helling v Carey 83 Wash 2d 514, 519 P 2d 981 (1974)
Hipp v Hospital Authority of the City of Marietta 121 SE 2d
273, Ga 1961
Holtzman v Hoy 118 Ill 534, 8 NE 832, 59 Am Rep 390 (1886)
Hood v Phillips 554 SW 2d 160 (1977)

J.

Jacobs v Thiemer 510 SW 2d 846 Tex 1975

Johnson v Misericordia Community Hospital 294 NW 2d 501 Wisc
1980

Johnson v United States 271 F Supp 205, DC Ark 1967

K.

Kitto v Gilbert 570 P 2d 544 Colo 1977

L.

Landau v Werner (1961) 105 SJ 257

LeJune Road Hospital v Watson 171 So 2d 202 Fla 1965

Luka v Lowrie 136 NW 1106, Mich 1912

M.

Marchlewski v Casella 106 A 2d 466, Conn 1954

Mason v Western Pennsylvania Hospital 286 Pa Super 354,
372-373, 428 A 2d 1366, 1375 (1981)

May v Broun 492 P 2d 776, Ore 1972

McConnel v Williams 361 Pa 355, 65 A 2d 243 (1949)

Moore v Lucas 405 So 2d 1022 Fla App 1981

N.

Natanson v Kline 186 Kan 393, 350 P 2d 1093 (1960)

New Biloxi Hospital v Frazier 146 So 2d 882 Miss 1962

P.

Park v Chessin 387 NYS 2d 204, NY 1976; 60 AD 2d 80, 400 NYS
2d 110 (NY App Div 1977)
Parker v Port Huron Hospital 105 NW 2d Mich 1960
Pike v Honsinger 49 NE 760, NY 1898
Pisel v Stamford Hospital 180 Conn 314, 430 A 2d 1 (1980)
Procanik v Cillo 97 NJ 339, 479 A 2d 755 (1984)
Purcell v Zimbelman 500 P 2d 335 Ariz 1972

R.

Ray v Wagner 176 NW 2d 101, Minn 1970
Roe v Wade 410 US 113, 1973

S.

Schloendorff v Society of New York Hospital 211 NY 125,
129-130, 105 NE 92 (1914)
Shaheen v Knight 11 Pa D and C 2d 41, 45-46 (1957)
Sherlock v Stillwater Clinic 260 NW 2d 160 Minn 1977
Sparger v Worley Hospital Inc 547 SW 2d 582 Tex 1977
Speck v Finegold 439 A 2d 110 Pa 1981
Starnes v Charlotte-Mecklenburg Hospital Authority 221 SE 2d
733, NC 1976
Stauturf v Sipes 448 SW 2d 558 Mo 1969
Stewart v Long Island College Hospital 58 Misc 2d 432, 296 NYS
2d 41 (NY Sup Ct 1968)
Trogun v Fruchtman 207 NW 2d 297, Wisc 1973
Troppi v Scarf 187 NW 2d 511, Mich 1971
Turpin v Sortini 174 Cal Rptr 128 Ct App 1981; 182 Cal Rptr
337, 643 P 2d 954 Cal 1982; 31 Cal 3d 220, 643 P 2d 954 (1982)

U.

US v Rutherford 611 F 2d (1979)

W.

Wall v Stout 310 NC 184, 311 SE 2d 571 (1984)

Wilkinson v Vesey 295 A 2d 676 RI 1972

Williams v State of New York 276 NYS 2d 885, 223 NE 2d 343 NY
1966

Wilson v Martin Memorial Hospital 61 SE 2d 102, NC 1950

Winchester v Meads 372 Mich 593, 127 NW 2d 337 (1964)

Z.

Zepeda v Zepeda (1963) 41 Ill App 2d 240, 190 NE 2d 849

ENGELAND

B.

Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 582;
[1957] 2 All ER 118

Burnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee
[1969] 1 QB 428.

C.

Cassidy v Ministry of Health [1951] 2 KB 343

Chatterton v Gerson [1981] 1 QB 432

Crawford v Board of Governors of Charing Cross Hospital (1953)
TLR 1

E.

Emeh v Kensington and Chelsea and Westminster Area Health
Authority [1984] 3 All ER 1044
Evans v Liverpool Corporation [1906] 1 KB 160

G.

Gold v Essex County Council [1942] 2 KB 293

H.

Hancke v Hooper (1835) 7 C & P 81
Hatcher v Black - The Times, July 2, 1954
Hills v Potter [1984] 1 WLR 641
Hillyer v The Governors of St Bartholomew's Hospital [1909] 2
KB 820
Hunter v Hanley 1955 SC 200

L.

Lamphier v Phipos (1838) 8 C & P 475
Lindsey CC v Marshall [1937] AC 97

M.

Mahon v Osborne [1939] 1 All AR 535; [1939] 2 KB 14
McKay v Essex Area Health Authority [1982] 2 All Er

R.

Razzel v Snowball [1954] 3 All ER 429

R v Bateman (1925) 94 LJKB 791

Rich v Pierpont (1982) 3 F & F 35

Roe v Ministry of Health [1954] 2 QB 66; [1954] 2 All ER 131
(CA)

S.

Scott v London and St Katherine Docks (1865) 3 H & C 596

Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and
the Maudsley Hospital [1984] 1 All ER 1018; [1985] 1 All ER
643

Strangways-Lesmere v Clayton [1936] 2 KB 11

T.

Thake v Maurice [1986] 1 All ER 497

U.

Udale v Bloomsbury Area Health Authority [1983] 1 WLR 1098

Urry v Bierer, The Times, July 15, 1955, CA

W.

Wardell v Kent CC [1938] 2 KB 768

Whitehouse v Jordan [1981] 1 All ER 267

KANADA

Hopp v Lepp (1980) 112 DLR 3d 67

Male v Hopmans (1965) 54 DLR (2d) 592 (1967) 64 DLR (2d) 105

Reibl v Hughes (1977) 78 DLR (3d) 35; (1981) 114 DLR (3d) 1

White v Turner (1981) 120 DLR 3rd 269.

NAVORSINGSVERSLAE

Verslag van die kommissie van ondersoek na die toerekeningsvatbaarheid van geestelik versteurde persone en aanverwante aangeleenthede, RP 69/1967 (Die "Rumpff-verslag")

Verslag oor die ondersoek na misdade gepleeg onder die invloed van drank en dwelms, projek 49 van die Suid-Afrikaanse Regskommissie, 1986 (Navorsers: Ellis P)

Verslag oor die ondersoek na risiko as aanspreeklikheidsgrond by die onregmatige daad, Projek 23 van die Suid-Afrikaanse Regskommissie, 1986 (Voorsitter: AR Viljoen G)

Potgieter JM

1983. Professionele aanspreeklikheid. Navorsingsverslag.
Departement Privaatreg, Universiteit van Pretoria.

WETGEWING

Transkeise strafkode 24/1886 (K)
Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34/1956
Verjaringswet 68/1969
Wet op Geestesongesteldheid 18/1973
Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasië 2/1975
Strafproseswet 51/1977
Wet op Gesondheid 63/1977
Wet op Kindersorg 74/1983
Strafregwysigingswet 1/1988

OPSOMMING

Daar is gedurende die afgelope paar dekades geweldige vooruitgang gemaak op die gebied van die geneeskunde. Hierdie vooruitgang hou egter nie net voordele in vir pasiënte nie, dit plaas ook bykomende verantwoordelikhede op die mediese professie. Die moderne gemeenskap stel veel hoër verwagtinge aan geneeshere as vroeër en 'n onrusbarende toename in siviele gedingvoering teen medici is dan ook inderdaad wêreldwyd te bespeur. Hierdie verskynsel kan nie aan die hand van 'n enkele faktor verklaar word nie, maar is eerder te wyte aan 'n aantal uiteenlopende redes. Veral in 'n land soos die Verenigde State van Amerika het die toename in eise teen geneeshere krisisaftmetings begin aanneem, wat 'n geweldige spanning geplaas het op die bestaande reg- en versekeringstelsels. Op kort kennisgewing moes daar na alternatiewe metodes gesoek word om die probleem te help oplos.

Skuld is 'n onontbeerlike vereiste vir sowel die strafregtelike as deliktuele aanspreeklikheid van 'n geneesheer. Daar word in ons reg onderskei tussen twee "skuldvorme", naamlik opset en nalatigheid. Ten einde vas te stel of nalatigheid aanwesig is, word van 'n objektiewe redelike man-toets gebruik gemaak. Hierdie tradisionele standaard word verhoog tot die standaard van die "redelike deskundige" wanneer getoets word of 'n geneesheer nalatig opgetree het. 'n Geneesheer moet tydens die behandeling van sy pasiënt redelike sorg en vaardigheid aan die dag lê. Wanpraktyk kom neer op behandeling wat verleen is sonder die behoorlike sorg, vaardigheid en bevoegdheid wat van die mediese professie verwag word. Wanpraktyk kan omskryf word as 'n vorm van nalatigheid wat op professionele persone van toepassing is.

Alvorens 'n pasiënt aan behandeling onderwerp word, hetsy van terapeutiese of diagnostiese aard, moet sy toestemming daartoe verkry word. Toestemming sal alleenlik geldig wees indien

daar voldoen word aan 'n verskeidenheid vereistes wat van regs-
weë gestel word. 'n Geneesheer wat 'n pasiënt behandel sonder
dat laasgenoemde daartoe toegestem het, kan strafregtelik op 'n
aanklag van aanranding vervolg word.

In die VSA is daar onlangs met 'n nuwe gedingoorsaak teen ge-
neeshere vorendag gekom wat gebaseer is op die geneeskunde se
voorgeboortelike diagnostiese vermoëns, naamlik die sogenaamde
"wrongful life"-aksie. Hierdie eis word deur 'n gestremde kind
teen 'n geneesheer of ander genetiese raadgewer ingestel en het
tot inhoud dat die verweerder op 'n nalatige wyse versuim het
om die genetiese defek wat die kind se gebrek veroorsaak het,
voor sy geboorte te diagnoseer en as gevolg daarvan is sy
ouers die geleentheid ontnem om sy geboorte te voorkom.

'n Aantal verweere is tot beskikking van die geneesheer indien
hy vir nalatige wanpraktyk aangespreek word, byvoorbeeld toe-
stemming tot benadeling en verjaring. Na die beslissing in
Mtetwa v Minister of Health¹ wil dit voorkom of 'n hospitaal-
owerheid middellik aanspreeklik gehou kan word vir die nala-
tige handeling van sy werknemers wat in die uitvoering van
hul administratiewe sowel as professionele pligte uitgevoer
is.

Hoewel die verhouding tussen geneesheer en pasiënt tradisio-
neel as kontraktueel beskryf word, maak 'n geneesheer wat sy
pasiënt deur nalatige behandeling benadeel hom skuldig aan
kontrakbreuk of delik. Die pasiënt het in so 'n geval 'n eis om
skadevergoeding op grond van of kontrakbreuk of delik: hy het
die keuse van 'n aksie. Die benadeelde kan die twee eise ook
as alternatiewe instel.

1. Mtetwa v Minister of Health 1989(3) SA 600 (D).

Daar bestaan tans geen gevaar dat Suid-Afrika 'n "wanpraktyk-krisis" sal beleef soos wat in die VSA voorgekom het nie. Ons reg in soverre dit geneeskundige aanspreeklikheid aangaan, kan as gebalanseerd beskryf word. Gesien in die lig van die probleme wat deur benadeelde pasiënte ondervind word om die nalatigheid van geneeshere in 'n geding te bewys, kan met vrug gekyk word na lande soos Swede en Nieu-Seeland se stelsels van buiteregtelike pasiënte-vergoeding waarin skuld geen rol speel nie.

---oo0oo---