

CARSTENS, PIETER ALBERT

DIE STRAFREGTELIKE EN DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID  
VAN DIE GENEESHEER OP GROND VAN NALATIGHEID

LLD

UP

1996

DIE STRAFREGTELIKE EN DELIKTUELE  
AANSPREEKLIKHEID VAN  
DIE GENEESHEER  
OP GROND VAN NALATIGHEID

deur

PIETER ALBERT CARSTENS

Voorgeleë ter vervulling van 'n deel van die vereistes  
vir die Graad

DOCTOR LEGUM

in die

FAKULTEIT REGSGELEERDHEID  
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA  
PRETORIA

PROMOTOR: PROF DR DR FFW VAN OOSTEN

NOVEMBER 1996



Hierdie proefskrif word opgedra aan my ouers

VOORWOORD

Hiermee betuig ek graag my dank en waardering aan die volgende persone en instansies:

Prof FFW Van Oosten, my promotor, vir sy besondere akademiese inslag, sy bekwame en inspirerende leiding, spoedige en deeglike hantering van sake, asook sy geduld en begrip in die "moeilike tye", vriendelikheid, volgehoue persoonlike belangstelling en aanmoediging.

My ouers, sonder wie se liefde en onderskraging hierdie proefskrif nie moontlik sou gewees het nie; veral vir my pa, wat nie meer met ons is nie, vir sy voorbeeld.

Linette en Johann, vir hul aanmoediging.

My vriende en kollegas van die Pretoria Balie en Vista-universiteit, vir hul belangstelling.

Die biblioteekpersoneel van die Universiteit van Pretoria, UNISA en die Pretoria Balie vir hul vriendelike hulp.

SOLI DEO GLORIA

Pieter Carstens

Pretoria  
November 1996

-1-  
OPSOMMING

Die Strafregtelike en Deliktuele Aanspreeklikheid van die Geneesheer op grond van Nalatigheid

deur Pieter Albert Carstens, voorgelê ter vervulling van 'n deel van die vereistes vir die Graad DOCTOR LEGUM in die DEPARTEMENT STRAFREG, FAKULTEIT REGSGELEERDHEID, UNIVERSITEIT VAN PRETORIA, onder promotorskap van PROF FFW VAN OOSTEN

Die doel van hierdie proefskrif was 'n ondersoek na die strafregtelike en deliktuele aanspreeklikheid van die geneesheer op grond van nalatigheid. Sodanige ondersoek is binne die raamwerk van die Suid-Afrikaanse, Engelse en Duitse regstelsels onderneem.

In die besonder was die doel van hierdie proefskrif die bespreking en evaluasie van die omskrywing, inhoud en toepassing van, asook die toets vir mediese nalatigheid in die strafreg en die deliktereg. Dit was ook nodig om die bewys van mediese nalatigheid indringend te ondersoek. Ter illustrasie van die toepassing van die nalatigheidskriterium in die mediese praktyk was dit nodig om geykte gevalle van mediese nalatigheid te bespreek en te evalueer. Die vraag is ook ondersoek of die opkoms van menseregtebewegings, toenemende erkenning van pasiënte se outonomie, vooruitgang van mediese tegnologie, groter mediese spesialisasie en 'n meer verbruikers-georiënteerde samelewing 'n klemverskuiwing weg van die ouer paternalistiese geneeskunde na pasiënte-outonomie tot gevolg gehad het.

Die belangrikste bevindings van die ondersoek is, onder meer, dat die toepassing in die regspraktyk van die inhoud, omskrywing en toets vir mediese nalatigheid effektief en bevredigend is. Die klemverskuiwing wat met betrekking tot die tradisionele rol van die geneesheer plaasgevind het, is in ooreenstemming met die heersende uitgangspunt waarvolgens die mens "vry" geword het en aanspraak kan maak op fundamentele regte wat ingevolge menseregte-aktes en grondwette afdwingbaar is. Beginsels van

-2-

billikheid, gelykheid en prosedurele regverdigheid vereis dat pasiënte se bewyslas by die bewys van mediese nalatigheid "vergemaklik" word deur die aanwending van die stelreël *res ipsa loquitur* waar die omstandighede en die feite van die saak sodanige toepassing regverdig. Die toepassing en beoordeling van mediese nalatigheid in die regspraktyk is afhanklik van wedersydse vertrouwe tussen die howe en die mediese professie met inagneming van die belange van die pasiënt.

- 1 -

SUMMARY

The Criminal and Delictual Liability of the Medical Practitioner for Negligence

by Pieter Albert Carstens, submitted in partial fulfilment for the requirements for the Degree DOCTOR LEGUM in the DEPARTMENT OF CRIMINAL LAW, FACULTY OF LAW, UNIVERSITY OF PRETORIA, under the supervision of PROF FFW VAN OOSTEN.

The aim of this thesis was an examination of the criminal and delictual liability of the medical practitioner for negligence. The examination was conducted within the framework of the South African, English, American and German legal systems.

In particular the aim of this thesis was to analyze and evaluate the definition, content, application and test for medical negligence in criminal law and the law of delict. This analysis and discussion necessitated an extensive discussion of the proof of medical negligence. Illustrations of the application of the negligence criterium in medical practice further necessitated a discussion and an evaluation of well-established examples/cases of medical negligence. The question whether the advent of human rights movements, the increasing legal acknowledgement of the autonomy of patients, advancements in medical technology, greater medical specialization and a more consumer-oriented society have resulted in a shift away from the older paternalistic medicine to patient autonomy, was also examined.

The most important findings of the examination are, *inter alia*, that the application in legal practice of the content, definition and test for medical negligence is effective and satisfactory. The shift that has taken place with regard to the traditional role of the medical doctor is in accordance with the present premise in terms of which the human being has become "liberated" with legitimate claims to fundamental rights which are enforceable in terms of bills of rights and constitutions. Principles of fairness, equality and procedural justice demand

-2-

that the patient's onus of proving medical negligence be facilitated by the application of the maxim *res ipsa loquitur* when the circumstances and facts justify the application thereof. The application and evaluation of medical negligence is dependent upon the mutual trust that should be maintained between the courts and the medical profession while taking cognizance of the interests of the patient.

"DOCTORS, IF NOT BETTER THAN OTHER MEN,  
ARE CERTAINLY NO WORSE"

(SHAW THE DOCTOR'S DILEMMA (1911) 62)

INHOUDSOPGAWE

Bladsy

VOORWOORD .....	3
OPSOMMING .....	4
SUMMARY .....	7
ALGEMENE INLEIDING .....	19
I     DIE BEGRIP "NALATIGHEID"	
1            Inleiding .....	28
2            Die begrip "nalatigheid".....	29
2 1 <u>Suid-Afrika</u>	
2 1 1        Algemene onderskeid tussen die deliktereg en die strafreg.....	29
2 1 2        Algemene omskrywing van "nalatigheid" .....	31
2 1 3        Nalatigheid in die deliktereg .....	32
2 1 3 1      Die omskrywing van nalatigheid .....	32
2 1 3 2      Die toets vir nalatigheid .....	34
2 1 3 2 1    Voorsienbaarheidstoets .....	34
2 1 3 2 2    Die "redelike man".....	37
2 1 3 2 3    Deskundiges .....	38
2 1 3 3      Die "redelike man"-toets teenoor die "objektiewe redelikheids"-toets .....	39
2 1 3 4      Grade van nalatigheid .....	41
2 1 4        Nalatigheid in die strafreg .....	41
2 1 4 1      Die bestrawwing van nalatigheid .....	41
2 1 4 2      Die omskrywing van nalatigheid .....	42
2 1 4 2 1    Nalatigheid - gedragsvorm of skuldvorm? .....	42
2 1 4 3      Die toets vir nalatigheid .....	44
2 1 4 4      Grade van nalatigheid .....	45
2 1 4 5      Misdade waarvoor nalatigheid vereis word .....	46
2 1 4 6      Nalatigheid en opset .....	46
2 1 4 7      Bewuste en onbewuste nalatigheid .....	48
2 1 4 8      Nalatigheid en die spesifieke omstandighede .....	50
2 2 <u>Engeland</u>	
2 2 1        Die begrip "tort law" .....	50
2 2 2        Die onderskeid tussen en oorvleueling van "tort" en "crime".....	51
2 2 3        Nalatigheid as 'n onafhanklike "tort".....	53



2 2 3 1	Nalatigheid as die verbreking van 'n regsplig .....	53
2 2 3 2	Kategorieë en begrensing van nalatigheid .....	56
2 2 3 3	Die toets vir nalatigheid .....	57
2 2 3 4	Nalatigheid en deskundiges .....	59
2 2 4	Nalatigheid in die strafreg .....	60
2 2 4 1	Strafregtelike nalatigheid as 'n vorm van skuld .....	60
2 2 4 2	Die begrippe "intention, recklessness" en "negligence" - 'n basiese onderskeid .....	61
2 2 4 3	"Recklessness" en nalatigheid - die <u>Caldwell</u> -en <u>Lawrence</u> -beslissings.....	63
2 2 4 4	Die omskrywing van strafregtelike nalatigheid.....	66
2 2 4 5	Deskundiges .....	66
2 2 4 6	Grade van nalatigheid .....	67
2 2 4 7	Gemeenregtelike misdrywe waarvoor nalatigheid vereis word .....	68
2 3	<u>Die Verenigde State van Amerika</u>	
2 3 1	Algemeen .....	70
2 3 2	Nalatigheid as 'n "tort" .....	71
2 3 2 1	Die "redelike man"-toets .....	72
2 3 2 2	Deskundiges .....	74
2 3 2 3	Grade van nalatigheid .....	75
2 3 3	Nalatigheid in die strafreg .....	77
2 3 3 1	Algemene omskrywing .....	77
2 3 3 2	Die begrip "recklessness" .....	79
2 3 3 3	Nalatigheid as 'n vorm van skuld .....	80
2 3 3 4	Gemeenregtelike misdrywe waarvoor nalatigheid vereis word .....	82
2 4	<u>Duitsland</u>	
2 4 1	Algemeen .....	85
2 4 2	Nalatigheid in die privaatreë .....	86
2 4 2 1	Nalatigheid as 'n vorm van skuld .....	87
2 4 2 2	Die toets vir nalatigheid .....	88
2 4 2 3	Die belang van paragraaf 823 <u>BGB</u> .....	89
2 4 3	Nalatigheid in die strafreg .....	91
2 4 3 1	Algemeen .....	91
2 4 3 2	Die omskrywing van nalatigheid .....	92
2 4 3 3	Die toets vir nalatigheid .....	93

2 4 3 4	Die belang van paragrawe 222 en 230 van die <u>StGB</u> .....	95
2 4 3 5	Grade van nalatigheid .....	96
2 5	Samevatting .....	97
II	DIE BEGRIP "PROFESSIONELE MEDIESE NALATIGHEID"	
1	Inleiding.....	101
2	Die begrip "professionele mediese nalatigheid".....	102
3	<u>Historiese oorsig van die oorsprong en ontwikkeling van mediese nalatigheid</u>	
3 1	Algemeen .....	106
3 2	Die antieke tydperk .....	107
3 3	Die Romeinse reg .....	111
3 4	Die na-Romeinse tydperk .....	120
3 5	Die Romeins-Hollandse reg .....	122
3 6	Ander gevalle .....	125
4	<u>Suid-Afrika</u>	
4 1	Die geneesheer as deskundige .....	128
4 2	<u>Imperitia culpa adnumeratur</u> .....	132
4 3	Algemene praktisyn teenoor spesialis .....	137
4 4	Die omgewingsreël .....	138
4 5	Die toets vir mediese nalatigheid .....	144
4 6	Grade van nalatigheid .....	146
4 7	Nalatigheid en die spesifieke omstandighede .....	146
4 8	Strafbare manslag .....	147
4 9	Nalatigheid en verskillende gedagterigtings binne die mediese praktyk .....	147
4 10	'n Verpligting om te genees? .....	153
4 11	Middellike aanspreeklikheid .....	155
4 11 1	Deliktereg.....	155
4 11 2	Strafreg .....	157
4 11 3	Mediese praktyk .....	159
4 11 3 1	Aanspreeklikheid van die geneesheer vir die nalatigheid van verpleegpersoneel en ander professionele personeel .....	159
4 11 3 2	Hospitaalaanspreeklikheid vir nalatigheid van geneeshere in sy diens .....	160
4 12	Verwete teen mediese nalatigheid .....	166
4 12 1	Noodsituasies .....	167
4 12 2	Toestemming .....	170

4 12 3	Bydraende nalatigheid .....	173
4 12 4	Afstanddoening van die reg op die verhaal van skadevergoeding .....	175
4 12 5	Verjaring .....	176
5	<u>Engeland</u>	
5 1	Die " <u>Bolam</u> "-toets .....	177
5 2	<u>Imperitia culpa adnumeratur</u> .....	184
5 3	Algemene praktisyn teenoor spesialis.....	185
5 4	Die inhoud van die begrip "reasonable care and skill".....	186
5 5	Verskillende denkkrigtings binne die mediese praktyk .....	187
5 6	"Misadventure" en "mere error of judgment".....	192
5 7	Misdade waarvoor nalatigheid vereis word .....	195
5 8	Middellike aanspreeklikheid .....	197
5 8 1	Hospitale.....	197
5 8 2	Geneeshere .....	199
5 9	Verwere teen mediese nalatigheid .....	201
5 9 1	Bydraende nalatigheid .....	201
5 9 2	Toestemming tot mediese behandeling .....	202
5 9 3	Verjaring .....	206
6	<u>Die Verenigde State van Amerika</u>	
6 1	Geneeshere as deskundiges .....	207
6 2	Algemene praktisyn teenoor spesialis ....	212
6 3	Mediese nalatigheid in die privaatreg en die strafreg .....	215
6 4	Die toets vir mediese nalatigheid .....	217
6 5	Die sogenaamde "locality rule" .....	219
6 6	Verskillende denkkrigtings binne die mediese praktyk .....	225
6 7	Etiese oorwegings en nalatigheid .....	228
6 8	Middellike aanspreeklikheid .....	229
6 8 1	Hospitaalowerhede.....	229
6 8 1 1	<u>Respondeat superior</u> .....	229
6 8 1 2	Korporatiewe aanspreeklikheid .....	231
6 8 1 3	"Captain of the ship" en "borrowed servant" .....	233
6 8 1 4	Besoekende geneeshere .....	235
6 8 2	Geneeshere .....	237
6 9	Verwere teen mediese nalatigheid .....	238
6 9 1	Bydraende nalatigheid .....	238

6 9 2	Vrywillige aanvaarding van risiko .....	240
6 9 3	Noodgevalle .....	242
6 9 4	Verjaring .....	243

## 7 Duitsland

7 1	Die begrip "Ärztliche Kunstfehler" .....	244
7 2	Die onderskeid tussen mediese beroeps- foute en mediese nalatigheid .....	248
7 3	Privaatregtelike mediese nalatigheid ingevolge die <u>BGB</u> .....	250
7 4	Strafregtelike mediese nalatigheid ingevolge die <u>StGB</u> .....	252
7 5	Die inhoud en betekenis van die begrip "erforderliche Sorgfalt" .....	254
7 6	Objektiewe en subjektiewe elemente by die toets vir mediese nalatigheid ....	258
7 7	Algemene praktisyn teenoor spesialis ....	261
7 8	Bewuste en onbewuste mediese nalatigheid .....	262
7 9	Grade van mediese nalatigheid .....	263
7 10	Verskillende denkrigtings binne die mediese praktyk .....	266
7 11	Mediese aanspreeklikheid op grond van kontrak en bepalinge van professionele gedragskodes .....	268
7 12	Middellike aanspreeklikheid .....	269
7 12 1	Algemene beginsels .....	269
7 12 2	Korporatiewe aanspreeklikheid .....	275
7 13	Verwering teen mediese nalatigheid .....	278
7 13 1	Toestemming .....	278
7 13 2	Medewerkende skuld/bydraende nalatigheid .....	286
7 13 3	Verjaring .....	288
8	Samevatting .....	290

## III DIE BEWYS VAN MEDIESE NALATIGHEID

1	Inleiding.....	306
2	<u>Suid-Afrika</u>	
2 1	Algemene bewysmaatstawwe .....	309
2 1 1	Siviele verrigtinge .....	309
2 1 2	Strafregtelike verrigtinge .....	311
2 1 3	Geregtelike doodsondersoeke ..	313

2 1 4	Tugverhore van die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad .....	318
2 2	Deskundige mediese getuienis .....	325
2 3	<u>Res ipsa loquitur</u> .....	331
2 3 1	Algemene toepassing .....	331
2 3 2	Toepassing in die mediese praktyk .....	335
2 3 3	Eie beskouing .....	342
3	<u>Engeland</u>	
3 1	Algemene bewysmaatstawwe .....	349
3 1 1	Siviele verrigtinge .....	349
3 1 2	Strafregtelike verrigtinge .....	351
3 2	Deskundige mediese getuienis .....	352
3 3	<u>Res ipsa loquitur</u> .....	357
4	<u>Die Verenigde State van Amerika</u>	
4 1	Algemene bewysmaatstawwe .....	363
4 1 1	Siviele verrigtinge .....	363
4 1 2	Strafregtelike verrigtinge .....	365
4 2	Deskundige mediese getuienis .....	366
4 2 1	Aard en omvang .....	366
4 2 2	"Conspiracy of silence" .....	373
4 3	<u>Res ipsa loquitur</u> .....	376
5	<u>Duitsland</u>	
5 1	Algemene bewysmaatstawwe .....	381
5 1 1	Siviele verrigtinge .....	381
5 1 1 1	Algemeen .....	381
5 1 1 2	Aanvanklike <u>prima facie</u> -bewys en die <u>Anscheinsbeweis</u> .....	383
5 1 1 3	Plig tot dokumentasie ("Dokumentationspflicht") .....	388
5 1 1 4	Growwe nalatigheid ("grober Behandlungsfehler") .....	389
5 1 2	Strafregtelike verrigtinge .....	391
6	Samevatting .....	393
IV	BESONDERE GEVALLE VAN MEDIESE NALATIGHEID	
1	Inleiding .....	389

2	Besondere gevalle .....	401
2 1	Diagnose .....	401
2 1 1	Verkeerde diagnose .....	401
2 1 2	Blote oordeelsfoute .....	415
2 1 3	Volkman-gevalle .....	420
2 1 4	Versuim om diagnose en behandeling aan die pasiënt mee te deel .....	430
2 1 4 1	Algemeen .....	430
2 1 4 2	Selfbeskikkingsreg van die pasiënt .....	434
2 1 4 3	Regsgevolge van mediese behandeling sonder toestemming .....	437
2 1 4 4	Versuim om die pasiënt in te lig - geneesheer aanspreeklik op grond van nalatigheid .....	439
2 1 4 5	Versuim om die pasiënt in te lig - eerder aanranding as nalatigheid; erkenning van pasiënt se outonomie .....	452
2 1 5	Versuim om die pasiënt na 'n ander geneesheer, spesialis of hospitaal te verwys .....	456
2 1 5 1	Algemeen .....	456
2 1 5 2	Gebrekkige kennis en ervaring .....	457
2 1 5 3	Kommunikasie .....	465
2 2	Mediese nalatigheid by spesialisgebiede .....	469
2 2 1	Chirurgie .....	469
2 2 1 1	Aard en omvang .....	469
2 2 1 2	Algemene chirurgie .....	472
2 2 1 3	Gespesialiseerde chirurgie: Plastiese chirurgie .....	478
2 2 2	Obstetrie en ginekologie .....	489
2 2 2 1	Aard en omvang .....	489
2 2 2 2	Algemene gevalle .....	491
2 2 2 3	"Wrongful birth", "wrongful pregnancy" en "wrongful life".....	497
2 2 2 3 1	Omskrywing van die begrippe .....	499
2 2 2 3 2	Eise gebaseer op "wrongful conception/ pregnancy/birth" .....	500
2 2 2 3 3	Eise gebaseer op "wrongful life".....	514
2 2 3	Psigiatrie .....	522
2 2 3 1	Aard en omvang .....	522
2 2 3 2	Sertifisering .....	525
2 2 3 3	Elektriese skokbehandeling .....	526

2 2 3 4	Psigoterapie .....	529
2 2 3 5	Aanwending van beteuelingsmeganismes ....	533
2 2 2 6	Aanspreeklikheid vir pasiënt se selfmoord en gewelddade teenoor derdes .....	535
2 4	Dood of beserings veroorsaak deur terapeutiese hulpmiddele .....	544
2 4 1	Narkose .....	544
2 4 1 1	Aard en omvang .....	544
2 4 1 1 1	Narkosedood .....	544
2 4 1 1 2	Algemene verantwoordelikhede .....	548
2 4 1 1 3	Gevalle .....	550
2 4 2	Die toediening van geneesmiddels en verdowingsmiddels .....	565
2 4 3	Instrumente breek en vreemde voorwerpe bly in pasiënt agter .....	571
2 4 3 1	Instrumente breek .....	571
2 4 3 2	Vreemde voorwerpe bly in pasiënt agter .....	573
2 4 4	Radioterapie en verbranding .....	577
2 4 5	Bloedoortappings .....	581
2 5	Versuim om pasiënt op te volg en na-operatief te versorg .....	587
3	Samevatting .....	590
V SLOTSOM		
1	Probleemstelling .....	605
2	Kritiese ontledings .....	607
3	Voorstelle .....	629
LYS VAN AFKORTINGS .....		634
BRONNELYS .....		638
VONNISREGISTER .....		669
REGISTER VAN WETTE EN KODES .....		697

## ALGEMENE INLEIDING

### Algemeen

Die mediese professie is bykans net so oud soos die mensdom self. Reeds sedert die vroegste tye was daar individue wat hulself geroepe gevoel het tot die genesing van menslike kwale. Gedagtig aan die eeue-oue skeppingsbeginsel dat die mens en die inhoud van die menslike lewe voorrang in die skeppingsleer behoort te geniet, is die mediese professie dan ook allerweë beskou as die edelste professie wat deur die mens beoefen kan word. Die bekende geskiedenis van die mediese wetenskap het sy oorsprong in en kan gegrond word op bevindinge uit die studie van paleopatologie, wat 'n studie is van siektetoestande in antieke bevolkings en beskawings soos blootgelê en vasgestel deur oorblyfsels en reste van skelette en mummies(1). Siektetoestande by die mens het deur die eeue heen in beginsel dieselfde gebly. Siektetoestande in die antieke wêreld met sy primitiewe persepsie van die geneeskunde is veroorsaak, so is geglo, deur bonatuurlike entiteite of magte. Gevolglik was die behandeling van sodanige siektetoestande ook bonatuurlik van aard. Trouens, dit sou seker gesê kon word dat dit juis hierdie bonatuurlike oriëntasie is wat die fundamentele eienskap is wat die primitiewe geneeskunde van die moderne geneeskunde onderskei (2).

---

(1) Steinbock Paleopathological Diagnosis and Interpretation (1976) 9 ev.

(2) Ackernecht A Short History of Medicine (1968) 3;



Veranderinge in sosiale strukture, tegnologie en ideologie onderliggend aan die ontwikkeling van antieke ryke en dinastieë het belangrike veranderinge in die mediese wetenskap teweeggebring. Sekere beperkings is gestel op die professionele aktiwiteite van geneesheren en medici is gestraf waar daar afgewyk is van "goedgekeurde" geneeskundige praktyke.

Volgehoue mediese navorsing het gelei tot nuwe ontdekkings en uitvindings op die mediese gebied, terwyl die industriële rewolusie en ander tegnologiese ontwikkelinge ingrypende verbeterings in terapeutiese en diagnostiese prosedures, teweeggebring het. Deur die ontdekking van die narkotiese effek van geneesmiddels soos chloroform, morfien ensovoorts kon operasies pynloos uitgevoer word en het die terapeutiese effek van operatiewe ingrepe tot gevolg gehad dat die mediese wetenskap ongekende en wonderbaarlike hoogtes bereik het. Hoewel die vooruitgang op die gebied van die mediese wetenskap en tegnologie tot onmeetbare voordeel van die mensdom gestrek het, was sodanige vooruitgang nie sonder risiko's nie, en is pasiënte in dié proses beseer of gedood vanweë die toepassing van sekere terapeutiese of diagnostiese prosedures. Tesame met die ontwikkeling van die geneeskunde was daar in die westerse wêreld die opkoms van politieke denkrigtings, soos die nasionalisme

---

Smit "Die Geneeskunde en die Reg" 1976 De Jure 107;  
Wecht "The Interfaces of Law and Medicine" 1975 AJLM 89.

en die liberalisme, waarvolgens daar 'n hoër premie geplaas is op die regte, soewereiniteit en beskerming van die individu. Die samelewing het meer verbruikers-georiënteerd geword en die geneesheer se tradisionele rol, as huisvriend en raadgewer, het begin verander na 'n rol waarin daar groter klem geleë is op sy verantwoordelikhede teenoor die gemeenskap. Tegnologiese vooruitgang het gelei tot spesialisasie en die geneesheer-pasiëntverhouding het onpersoonlik geraak(3). Van regsweë is medici vir gevalle van nalatigheid tot verantwoording geroep en die klemverskuiwing wat plaasgevind het ten aansien van die tradisionele rol van die geneesheer, het daartoe aanleiding gegee dat die geneesheer al hoe meer deur die pasiënt gekonfronteer is; 'n konfrontasie wat sigself in 'n toename in siviele litigasie en strafregtelike vervolgings gemanifesteer het. In die lig hiervan het die omskrywing, aanwending en toets vir mediese nalatigheid vir beide die regs- en geneeskundige praktyk van besondere belang geword(3).

Die strafregtelike en deliktuele aanspreeklikheid van die geneesheer, op grond van nalatigheid, sal teen die voorgaande agtergrond ondersoek en geëvalueer word.

---

(3) Beauchamp & Childress Principles of Biomedical Ethics (1994) 260-272; Giesen International Medical Malpractice Law (1988) 669 ev; Strauss "Geneesheer Pasiënt en die Reg: 'n Delikate Driehoek" 1987 TSAR 1 ev.

## Benadering

Die doel van hierdie proefskrif is 'n ondersoek na die strafregtelike en deliktuele aanspreeklikheid van die geneesheer, op grond van nalatigheid. In dié ondersoek word daar veral gefokus op die omskrywing, aanwending en toets van mediese nalatigheid. Dié verskillende fasette van mediese nalatigheid word ondersoek binne die raamwerk van die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse (VSA) en Duitse regstelsels. Alhoewel mediese nalatigheid ook binne verskeie ander regstelsels ondersoek sou kon word, is daar besluit om 'n regsvergelijkende studie binne die gemelde regstelsels te onderneem, aangesien sodanige regstelsels nie net verteenwoordigend is van die belangrikste regsfamilies in die wêreld nie (Engeland en die VSA wat as "common law"-stelsels tipeer kan word, Duitsland as 'n voorbeeld van 'n gekodifiseerde vastelandse stelsel en Suid-Afrika as 'n hibriede stelsel)(4), maar ook vanweë die geweldige ontwikkeling op die gebied van die geneeskundige reg met spesifieke verwysing na mediese nalatigheid (waar veral die VSA en ook Duitsland die toonaangewende pas in hierdie verband aangee). Die Engelse reg is spesifiek bespreek vanweë die noue historiese band daarvan met die Suid-Afrikaanse reg, soos veral blyk uit die positiewe reg met betrekking tot mediese nalatigheid en die feit dat die Engelse en Suid-Afrikaanse howe in gevalle van mediese nalatigheid oor en weer met goedkeuring na

mekaar se regspraak in dié verband verwys (5).

In hierdie proefskrif word mediese nalatigheid ondersoek in die strafreg en die deliktereg. Uiteraard kan medici ook aanspreeklik gehou word op grond van nalatigheid voortspruitend uit 'n kontraktuele verhouding tussen die geneesheer en die pasiënt. Die fokuspunt hier is egter mediese nalatigheid wat die dood van 'n pasiënt tot gevolg het, of waar 'n pasiënt beserings as gevolg daarvan opgedoen het of persoonlikheidsnadeel as gevolg daarvan gely het. In dié sin is die doel en funksie van deliktuele aanspreeklikheid, onder meer, die vergoeding van die eiser se skade of persoonlikheidsnadeel wat hy gely het, terwyl die doel en funksie van strafregtelike aanspreeklikheid, onder meer, die bestraffing van die beskuldigde ter vergelding vir of voorkoming van die pleging van die misdaad is. Dit is in hierdie konteks dat mediese nalatigheid ondersoek sal word.

#### Metodiek van navorsing

Die omskrywing, aanwending en toets van mediese nalatigheid is nagevors binne die raamwerk van die strafreg en die privaatreë in die Suid-Afrikaanse,

---

(4) David & Brierly Major Legal Systems in the World Today (1978) 21-73; Van Zyl Beginnels van Regsvergelyking (1981) 131 ev 170-196 284 ev.

(5) Sien byvoorbeeld die Engelse saak van Chatterton v Gerson [1981] 1 QB 432 waarin daar met goedkeuring na die Suid-Afrikaanse saak van Stoffberg v Elliot 1923 KPA 148 verwys is.

Engelse, Amerikaanse en Duitse regstelsels. Die studie wat hiervoor onderneem is, was dus deurgaans regsvergelijkend van aard. Dit is seker nouliks nodig om te sê dat sodanige studie 'n ambisieuse onderneming is, aangesien die begrip "nalatigheid" asook alle fasette van mediese nalatigheid, insluitende professionele nalatigheid, middellike aanpreeklikheid, verwerre teen mediese nalatigheid, die bewys daarvan, en besondere gevalle van mediese nalatigheid, telkens in die strafreg, privaatreë en die geneeskundige reg van vier verskillende regstelsels ondersoek moes word. Verder was dit nodig om, waar toepaslik, 'n kliniese bespreking te gee van mediese terme, prosedures en siektetoestande, ten einde die toepassing van die nalatigheidskriterium enigins in perspektief te plaas. Sodanige kliniese besprekings het meegebring dat 'n studie noodwendig gemaak moes word van die geregtelike geneeskunde, wat die hele navorsingsproses verder uitgebrei het.

Die omskrywing, aanwending en toets van mediese nalatigheid is ondersoek binne die raamwerk van die gemelde regstelsels, aan die hand van hofuitsprake en regsmediese literatuur, vir sover sodanige regspraak en literatuur die algemene beginsels met betrekking tot mediese nalatigheid neerlê en illustreer. Die metode van navorsing is dus in wese positivisties. Alhoewel mediese nalatigheid in sy historiese konteks oorsigtelik ondersoek is met verwysing na veral die

die Romeinse reg en die ou bronne, noop die realiteite van die voortdurende ontwikkeling van die mediese wetenskap en tegnologie en die interafhanklike verhouding daarvan met die regs wetenskap, die navorser tot 'n positivistiese aanslag.

### Indeling van navorsingsmateriaal

In hoofstuk een word die begrip "nalatigheid" in die algemeen binne die raamwerk van die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse regstelsels, ondersoek. Hierdie hoofstuk dien as grondslag en vertrekpunt vir die bespreking van professionele nalatigheid.

In hoofstuk twee word die begrip "professionele nalatigheid" ondersoek. Die omskrywing en toepassing van die begrip "professionele nalatigheid" in die praktyk is van besondere belang, aangesien die ondersoek juis ten doel het om dié aspekte, vir soverdit van toepassing gemaak kan word op die nalatige optrede van medici, in al sy fasette, indringend te bespreek en te evalueer. Die beginsel van middellike aanspreeklikheid word ook bespreek. Relevant hier vir die bespreking is die aanspreeklikheid van die geneesheer vir die nalatige optrede deur professionele assistente en verpleegsters in sy diens, of onder sy beheer, en die moontlike aanspreeklikheid van hospitale vir die nalatigheid van medici binne hospitaalverband. Verder word daar aandag gegee aan die algemene verwerpe teen

mediese nalatigheid.

In hoofstuk drie kom die spesifieke probleme rondom die bewys van mediese nalatigheid onder die soeklig. Die aantyging dat daar 'n sogenaamde "conspiracy of silence" by medici te bespeur is wanneer mediese nalatigheid bewys moet word, word ondersoek. Die aard, omvang en rol van deskundige mediese getuienis by die bewys van mediese nalatigheid, word geëvalueer. Verskeie tegnieke wat aangewend word om probleme ten aansien van die bewyslas van mediese nalatigheid in die praktyk te oorbrug, word ondersoek.

In hoofstuk vier word die aandag bepaal by 'n aantal individuele gevalle van mediese nalatigheid. Dit sou nie alleen 'n onbegonne taak wees om alle moontlike gevalle van mediese nalatigheid te behandel nie, maar ook geen doel dien nie; gevolglik word hoofsaaklik gevalle behandel wat algemeen in die mediese praktyk voorkom. Regspraak waarna verwys word, lewer slegs nuttige illustrasies van die praktiese aanwending van die nalatigheidskriterium en moet dus nie as alomvattend beskou word nie. Waar toepaslik, sal 'n kliniese bespreking gegee word van mediese terme, prosedures en siektetoestande, ten einde die toepassing van die mediese nalatigheidskriterium in perspektief te plaas. Die bespreking van mediese nalatigheid in hoofstuk twee dien as die basis en algemene vertrekpunt vir die bespreking van besondere gevalle van mediese

nalatigheid.

In hoofstuk vyf volg die slotsom, kritiese ontleding en moontlike oplossings vir die strafregtelike en deliktuele aanspreeklikheid van die geneesheer op grond van nalatigheid.



## HOOFSTUK I

### DIE BEGRIP "NALATIGHEID"

#### 1 Inleiding

Die fokuspunt van hierdie hoofstuk is die begrip "nalatigheid" in die strafreg en die deliktereg. In die geheel gesien is die fokuspunt van hierdie proefskrif die professionele nalatigheid van medici in die strafreg en die deliktereg. Dit spreek vanself dat dié twee begrippe onlosmaaklik aan mekaar verbind is en dit sou seker gesê kon word dat dié twee begrippe, weliswaar onderhewig aan belangrike verskille, byvoorbeeld die "redelike man" teenoor die "redelike geneesheer", tot op sekere hoogte ooreenstem. Om dus die begrip "professionele nalatigheid" sinvol en indringend te bespreek, is dit van kardinale belang om eers die begrip "nalatigheid" in die algemeen te bespreek. Die bespreking van die begrip "nalatigheid" kan op sigself die onderwerp wees van 'n doktorsale proefskrif en daarom is dit nie die idee om dié begrip binne die bestek van hierdie proefskrif volledig te bespreek nie - 'n ambisieuse taak in die lig van soveel regs-literatuur oor dié begrip! Die bespreking van die begrip "nalatigheid" ter aanvang moet nie as enigiets meer beskou word as 'n aanloop tot die bespreking van die begrip "professionele" "nalatigheid" nie. Die aanslag by die bestudering van

die begrip "nalatigheid" sal in hoofsaak regsvergelykend van aard wees. Daar sal gepoog word om binne die raanwerk van die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse regstelsels die begrip "nalatigheid" in die privaatreë en die strafreg te ondersoek.

2 Die begrip "nalatigheid"

2 1 Suid-Afrika

2 1 1 Algemene onderskeid tussen die deliktereg en die strafreg

Vanweë die feit dat die begrip "nalatigheid" in sowel die deliktereg as die strafreg ondersoek word, is dit nodig om 'n eenvoudige en basiese onderskeid te tref tussen die deliktereg en die strafreg; 'n onderskeid wat vir doeleindes van die bespreking hier altyd in gedagte gehou moet word.

Wanneer die deliktereg en die strafreg met mekaar vergelyk word, is die belangrikste formele verskil daarin geleë dat die sanksie vir 'n delik gewoonlik skadevergoeding en/of genoegdoening is, terwyl die sanksie vir 'n misdadig gewoonlik straf is. Die doel en funksie van deliktuele aanspreeklikheid is die vergoeding van die eiser vir die skade of persoonlikheidsnadeel wat hy gely het, terwyl die doel en funksie van strafregtelike aanspreeklikheid die bestraffing van die

beskuldigde ter vergelding vir of voorkoming van die pleging van die misdaad is. Verder is daar die materiële verskil dat deliktuele aanspreeklikheid altyd gevolgaanspreeklikheid behels, terwyl strafregtelike aanspreeklikheid oorwegend handelingsaanspreeklikheid, in 'n minderheid gevalle gevolgaanspreeklikheid en in 'n aantal gevalle sowel handelings- as gevolgaanspreeklikheid behels(1). Vervolgens is daar die materiële verskil dat die deliktereg slegs daderskap in sy verskillende vorme uit hoofde waarvan aanspreeklikheid opgedoen kan word, ken, terwyl die strafreg benewens daderskap in sy verskillende vorme, ook medepligtigheid en selfs begunstiging uit hoofde waarvan daar aanspreeklikheid opgedoen kan word, ken. Dit bring mee dat 'n persoon wat nie aan die vereistes vir daderskap voldoen nie, geen deliktuele aanspreeklikheid kan opdoen nie, maar wel strafregtelike aanspreeklikheid. Dan is daar ook die materiële verskil dat daar 'n hele aantal sogenaamde skuldlose delikte, waarvoor skuld in die sin van nalatigheid geen vereiste is nie, bestaan, terwyl alle gemeenregtelike misdade en die oorgrote meerderheid wetteregtelike misdade skuld in die sin van opset of nalatigheid vereis (2).

---

(1) Van Oosten Oorsaaklikheid by Moord en Strafbare Manslag (ongepubliseerde LLD-proefskrif UP 1981) 3; sien ook Boberg The Law of Delict (1984) 16 ev; Burchell & Hunt South African Criminal Law and Procedure (1983) 192-214; De Wet & Swanepoel Strafreg (1985) 21 ev; Hunt South African Criminal Law and Procedure 11 (1982) 20 ev; Macintosh & Norman-Scoble Negligence in Delict (1970) 8-30; Morkel Nalatigheid as Grondslag vir Strafregtelike Aanspreeklikheid (ongepubliseerde LLD-proefskrif UOVS 1977) 111-183; Strauss & Strydom Die Suid-Afrikaanse Geneeskundige Reg (1967) 171-173; Van der Merwe &

## 2 1 2 Algemene omskrywing van die begrip "nalatigheid"

Om die begrip "nalatigheid" in die delikterereg en die strafreg konkreet te omskryf sodat sodanige omskrywing kan dien as alomvattende maatstaf waaraan alle gevalle van nalatigheid getoets kan word, is myns insiens nie moontlik nie. In die vroeë gewysde van R v Meiring(3) het Innes HR, na bestudering van die ou skrywers, tot die volgende slotsom gekom:

"A consideration of those and other authorities does not, I think, justify us in drawing a hard and fast distinction between the negligence necessary to establish liability in civil and criminal cases, respectively. 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 difficulty of defining culpable negligence apart from such a test is very great. Even so accurate and precise writer as Sir Fitzjames Stephen does not attempt it. What amount of negligence can be called culpable he says is a question of degree for the jury, depending on the circumstances of each case. An unsatisfactory position indeed".(4)

"Nalatigheid", of soos dit ook bekend staan, culpa, was nie 'n onbekende begrip in vroeëre regstelsels nie, maar tog is die idee van veral strafregtelike aanspreeklikheid gebaseer op nalatigheid 'n betreklik onlangse

---

• Olivier Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg (1989) 1-148; Van der Walt Delict: Principles and Cases (1979) 2 ev.

(2) Van Oosten Proefskrif 4; sien ook Neethling Potgieter en Visser Delikterereg (1996) 7; Ferreira "Verskil tussen Privaatreg en Publiekreg" 1990 SA Public Law 53.

(3) 1927 AD 41.

(4) R v Meiring supra 42.

ontwikkeling in die strafreg, wat eers die afgelope paar eeue ingang gevind het (5).

### 2 1 3 Nalatigheid in die deliktereg

#### 2 1 3 1 Die omskrywing van nalatigheid

Alhoewel dit moeilik is om die begrip "nalatigheid" konkreet te omskryf, word nalatigheid, wat die Suid-Afrikaanse deliktereg betref, deur Van der Merwe en Olivier beskou as die verwyt wat 'n toerekeningsvatbare dader, wat nie opsetlik gehandel het nie, tref omdat sy optrede nie voldoen het aan die gedragsnorm wat van regsweë vir verwythbaarheid geverg word nie en hy aldus 'n gevolg onregmatig veroorsaak het (6). Hiervolgens kan die verwyt van opset en nalatigheid 'n persoon nooit tegelyk ten opsigte van dieselfde gevolg tref nie (7), en is nalatigheid nie 'n handeling of 'n gesindheid nie, maar net soos opset, 'n verwyt.

---

(5) Bodenstein "Phases in the Development of Criminal Mens Rea" 1919 SALJ 323; sien ook Boberg 270: "Primitive legal systems did not require fault for the composition of liability: it sufficed that damage had been caused unlawfully. The notion that a man should be held accountable for his conduct only if it was culpable (blameworthy) emerged during the classical period of Roman law, gained ground during the Middle Ages and was firmly entrenched as the basis of delictual responsibility by the nineteenth century with its philosophy of liberalistic individualism"; sien verder Scott "Oor die Aard van ons Fundamentele Deliksaksies" 1976 De Jure 179; Van der Walt "A Few Thoughts on the Basis of Delictual Liability" 1970 CILSA 1.

(6) Van der Merwe & Olivier 125; sien ook Minister van Vervoer v Bekker 1975 (3) SA 128 (O) 132.

(7) Die vraag of opset en nalatigheid kan oorvleuel; die verskillende standpunte en kritiek deur skrywers en die howe in dié verband, word later in die hoofstuk meer

Boberg is weer van mening dat nalatigheid dui op die versuim aan die kant van 'n dader om aan 'n bepaalde gedragsnorm ("attribute of conduct") wat van regsweë vereis word, te voldoen (8). Van der Walt beskou 'n handeling as nalatig waar die dader versuim om die bepaalde graad van sorgsaamheid wat van regsweë vereis word, aan die dag te lê(9). Neethling Potgieter en Visser voer aan dat in die geval van nalatigheid, 'n persoon verwyte word vir 'n gesindheid of gedrag van onagsaamheid, onorgvuldigheid of onversigtigheid omdat hy, deur onvoldoende ag te gee aan wat hy doen, nie voldoen aan die standaard van versigtigheid wat regtens van hom verlang word nie (9a).

Volgens die gemelde omskrywings van die begrip "nalatigheid" in die deliktereg, wil dit voorkom of nalatigheid óf 'n gedrags- óf 'n skuldvorm kan wees. Alhoewel daar klaarblyklik nie altyd eenstemmigheid onder die skrywers is oor die omskrywing en plek van nalatigheid in die regsistiem nie(10), huldig

---

volledig bespreek.

(8) Boberg 269: "Negligence is therefore an attribute of conduct: when the actor's conduct falls short of the standard of care the law demands of him, we describe that conduct as negligent and say that the actor is guilty of negligence".

(9) Van der Walt 65: "Conduct is negligent if the actor does not observe the degree of care which the law of delict requires"; sien ook Macintosh & Scoble Negligence in Delict (1958) 8 wat nalatigheid omskryf as "the failure to exercise towards another in given circumstances that degree of care which the law considers that a reasonable man should exercise in those circumstances"; sien ook McKerron The Law of Delict (1971) 13 ev.

(9a) 126.

die howe die standpunt dat nalatigheid slegs 'n skuldvorm is (naas opset) en dat die toets vir nalatigheid in beginsel objektief is (11).

2 1 3 2 Die toets vir nalatigheid

2 1 3 2 1 Die voorsienbaarheidstoets

Om vas te stel of 'n bepaalde handeling nalatig was al dan nie, word die voorsienbaarheidstoets gewoonlik toegepas. Hierdie toets bestaan uit drie basiese elemente: die redelike voorsienbaarheid van skade/nadeel; redelike voorsorg/waaksaamheid ten einde die intrede van die voorsienbare skade/nadeel te voorkom; en die versuim om sodanige voorsorg/waaksaamheid aan die dag te lê (12). 'n Handeling is dus nalatig indien die redelike man in dieselfde posisie as die verweerder die moontlikheid van skade/nadeel sou voorsien het en stappe sou geneem het om die intrede van sodanige skade/nadeel te voorkom, en dat die verweerder versuim het om sodanige stappe te neem (13). Die vereiste van redelike voorsienbaarheid ten aansien van die nalatigheidstoets dui nie op sekerheidsbewussyn aan die

---

(10) Vgl hier Van der Merwe & Olivier 113: "Nalatigheid is nie die versuim om aan 'n bepaalde gedragsnorm te voldoen nie"; sien ook Boberg 269 ev; Macintosh & Scoble 8; Neethling Potgieter & Visser 126; Van der Walt 65 ev.

(11) Vgl Cape Town Municipality v Paine 1923 AD 207 216-217 225; Gordon v Da Mata 1969(3) SA 285 (A) 289; Kruger v Coetzee 1966 (2) SA 428 (A) 430; sien ook Boberg 268 ev; Van der Merwe & Olivier 109 ev; Van der Walt 60 ev.

kant van die redelike man nie, maar slegs op moontlikheidsbewussyn (14). Ook slaan die voorsienbaarheidsvereiste nie op 'n kousale ketting nie, maar slegs op die relevante gevolge in die sin van vermoënsverlies of op geld-gekwantifiseerde persoonlikheidsnadeel van die eiser(15).

Die voorsienbaarheidsvereiste is gerig op die redelike moontlikheid van skade/nadeel wat mag intree, en nie op die waarskynlikheid daarvan nie (16). Vergesogte moontlikhede moet dus buite rekening gelaat word. Strauss en Strydom (17) noem 'n voorbeeld in die mediese praktyk waar die kwessie van voorsienbaarheid hom prakties voordoens: dit is gevalle waar 'n hoogs ongewone komplikasie by behandeling van 'n pasiënt intree (die sogenaamde idiosinkrasie of oorgevoeligheid). Dit mag wees dat 'n geneesmiddel in die oorgrote meerderheid van gevalle doeltreffend is, maar vir een uit 'n honderdduisend pasiënte noodlottig is. As daar geen metode is om vooraf vas te stel of 'n pasiënt moontlik ongunstig kan reageer

---

(12) Van der Walt 68; sien ook Boberg 279 ev; McKerron 28; Neethling Potgieter & Visser 134 ev.

(13) Kruger v Coetzee supra 430 ; sien ook Boberg 274 ev.

(14) Van der Merwe & Olivier 127; sien ook Boberg 274; Van der Walt 68; sien verder Botes v Van Deventer 1966 (3) SA 182 (A) 190; Herschel v Mrupe 1954 (3) SA 464 (A) 477; Robinson v Roseman 1964 (1) SA 710 (T) 715; Minister van Polisie en Binnelandse Sake v Van Aswegen 1974 (2) SA 101 (A) 108.

(15) Van der Merwe & Olivier 127; sien ook S v Bernardus 1965 (3) SA 287 (A) 302: "In ons deliktereg word 'n persoon aanspreeklik gehou vir skade indien hy kon voorsien dat skade uit die daad kon ontstaan. Dis nie nodig dat hy inderdaad moet voorsien presies watter soort skade die daad kan veroorsaak of wat die omvang van die skade sal wees nie".



nie, of as die geneesheer na so 'n grondige ondersoek as wat dienlik was tot die gevolgtrekking gekom het dat die pasiënt waarskynlik nie ongunstig sal reageer nie, kan die medikus nie as nalatig beskou word indien die reaksie ongunstig is nie. In Coppen v Impey (18) het die hof by die beslissing in die guns van die geneesheer verwys na die moontlikheid dat die pasiënt "may also have a predisposition to the X-ray burn owing to some idiosyncrasy or individual susceptibility".

Verder kan 'n persoon nalatig wees wat een gevolg betref, maar nie noodwendig met betrekking tot 'n ander nie. By die veroorsaking van elke relevante gevolg moet selfstandig vir nalatigheid getoets word. Alleen vir daardie gevolge van sy handeling waarvoor 'n persoon van regsweë tot verantwoording geroep kan word, moet hy deliktueel aanspreeklik gehou word (19). Van der Merwe en Olivier merk tereg op dat om 'n persoon aanspreeklik te hou vir meer nadeel as wat redelikerwys voorsienbaar was, slegs omdat die redelike man skade in die algemeen sou voorsien het, 'n negering is van die voorsienbaarheidsmaatstaf en wat die omvang van die skade betref, neerkom op aanspreeklikheid sonder skuld. Die korrekte aanwending van die voorsienbaarheidstoets impliseer dat die verhaalbare nadeel in volle omvang

---

(16) Boberg 274 ev; McKerron 28; Van der Merwe & Olivier 127 ev; Van der Walt 76 ev; sien ook Dean "Culpability or Remoteness" 1974 SALJ 47 ev.

(17) Strauss & Strydom 262 ev; sien Neethling Potgieter en Visser 135-136.

(18) 1916 KPA 237.

redelikerwys voorsienbaar moes gewees het(20).

## 2 1 3 2 2 Die "redelike man"

Die tradisionele benadering van ons regspraak en skrywers is dat nalatigheid aan die objektiewe kriterium van die "redelike man" (diligens paterfamilias) getoets moet word (21). Die "redelike man", wie se gedrag as toets gestel word, is dus nie 'n buitengewoon begaafde, versigtige of ontwikkelde mens nie, maar beklee hoedanighede wat iewers tussen hierdie twee uiterstes val (22). As kern van die toets vir nalatigheid, word die vraag gestel of die redelike man in die omstandighede waarin die dader hom bevind het, sou voorsien het dat 'n bepaalde gevolg kon intree. Hierdie vraag moet bevestigend beantwoord kan word alvorens daar nalatigheid kan wees. Hoe die redelike man in dié bepaalde omstandighede sou opgetree het, is 'n feitelike vraag wat afhang van 'n verskeidenheid faktore (23).

---

(19) Boberg 274; Van der Merwe & Olivier 204; Van der Walt 68; sien ook Botes v Van Deventer supra 182; Kruger v Coetzee supra 428; Kruger v Van der Merwe 1966 (2) SA 266 (A); Minister van Polisie v Skosana 1977 (1) SA 31 (A); Ocean Accident and Guarantee Corporation v Koch 1963 (4) SA 147 (A).

(20) Van der Merwe & Olivier 205; sien ook Boberg 281 ev; Neethling Potgieter & Visser 135.

(21) Boberg 274 ev; Van der Merwe & Olivier 126; Van der Walt 69; sien ook Kruger v Coetzee supra 428; Minister van Vervoer v Bekker supra 128.

(22) Van der Merwe & Olivier 127; sien ook Boberg 269; Van der Walt 69; R v Mbombela 1933 AD 269 272; S v Burger 1975 (4) SA 877 (A) 879: "In short, a diligens paterfamilias treads life's pathway with moderation and prudent common sense".

(23) Van der Walt 69: "Whether the reasonable man would foresee the possibility of harm to another and would take steps to prevent its occurrence depends in particular on

Die toets vir nalatigheid is in beginsel objektief. Dit blyk egter uit die regspraak dat nalatigheid beide 'n objektiewe en subjektiewe element het; alhoewel die howe klaarblyklik wél subjektiewe faktore (soos die dader se persoonlike en liggaamlike eienskappe) in ag neem by die vasstelling van nalatigheid, bly die toets vir nalatigheid objektief. In die beslissing van S v Van As (24) merk Rumpff HR soos volg op:

"In die deliktereg gaan dit in die algemeen wat culpa betref oor 'n versuim om te voorsien en om versigtig te wees. In ons reg gebruik ons sedert die gryse verlede die diligens paterfamilias as iemand wat in bepaalde omstandighede op 'n sekere manier sou optree. Ons gebruik nie die diligentissimus paterfamilias nie en wat die diligens paterfamilias in 'n bepaalde geval sou gedoen het, moet die regterlike amptenaar na die beste van sy vermoë beslis. Hierdie diligens paterfamilias is natuurlik 'n fiksie en is maar ook te dikwels nie 'n pater nie. Hy word 'objektief' beskou by die toepassing van die reg maar skyn wesenlik sowel 'objektief' as 'subjektief' beoordeel te word omdat hy 'n bepaalde groep of soort persone verteenwoordig wat in dieselfde omstandighede as hy verkeer met dieselfde kennisvermoë. Indien 'n persoon dus nie voorsien wat die ander persone in die groep wel kon en moes voorsien het nie, dan is daardie element van culpa, naamlik versuim om te voorsien, aanwesig. Dat voorsienbaarheid en versigtigheid aan mekaar gelyk gestel is en dat gebrek aan versigtigheid gewoonlik spruit uit die versuim om te voorsien, kan, dink ek, beswaarlik ontken word".

2 1 3 2 3 Deskundiges

---

the external circumstances of the case, the nature of the defendant's conduct and the particular attributes or qualities of this mystical figure himself".  
(24) 1976 (2) SA 921 (A) 928C-D; sien ook Boberg 272; Van der Walt 65 ev.

By deskundiges word weer gevra of die redelike deskundige wat 'n bepaalde handeling onderneem, die moontlikheid van skade/nadeel sou voorsien het en voorsorg/waaksaamheid aan die dag gelê het ten einde die moontlike intrede van die nadelige gevolg te voorkom. Indien 'n persoon hom begewe op 'n gebied wat gespesialiseerde kennis en ervaring verg, maar hy nie oor sodanige kennis beskik nie en sy aktiwiteit op 'n nadelige gevolg vir 'n ander persoon uitloop, was hy nalatig ten opsigte van die intrede van die nadelige gevolg, nie vanweë sy onkunde nie, maar omdat hy besluit het om 'n aktiwiteit te onderneem wel wetende dat hy nie oor die nodige kennis of bekwaamheid beskik nie (25). By die vraag of 'n geneesheer nalatig was tydens 'n operasie waartydens 'n pasiënt beseer is, sal en kan die geneesheer se optrede tog nie gemeet word aan dié van die redelike man wat 'n leek op die mediese gebied is nie. By die vasstelling van nalatigheid aan die kant van deskundiges word die toetsnorm van die "redelike man" opgegradeer tot dié van die "redelike deskundige"(26).

2 1 3 3 Die "redelike man"-toets en die  
"objektiewe redelikheids"-toets

---

(25) Hier is die beginsel Imperitia culpa adnumeratur (Inst 4 3 7 - "onkunde word ook aan nalatigheid gelykgestel") van toepassing. Hierdie beginsel word volledig in Hoofstuk 2 bespreek. Om onkunde per se aan nalatigheid gelyk te stel, is misleidend - sien veral Scott "Die Reël Imperitia Culpa Adnumeratur as Grondslag vir die Nalatigheidstoets vir Deskundiges in die Delikterereg" Petere Fontes LC-Steyn Gedenkbundel (red Joubert) (1981) 124 ev.

(26) Boberg 367 ev; Neethling Potgieter & Visser 133; Van der Merwe & Olivier 140; Van der Walt 70 ev.

Waar gewerk word met die "redelike man"-toets vir nalatigheid, is die gevaar van verwarring tussen onregmatigheid en skuld (in die vorm van nalatigheid) groot, omdat die "objektiewe redelikeheids"-toets wat aangewend word vir die vasstelling van onregmatigheid, maklik met die optrede van "redelike man"-toets gelykgestel kan word. Die verskil tussen dié twee toetse is geleë in die vrae wat deur die aanwending van die redelikeheidsmaatstaf beantwoord moet word en die oorweging wat daarby na vore tree. Deur die aanwending van die redelikeheidstoets vir onregmatigheid is die vraag of die betrokke gevolgsoorsake, ex post facto, as juridies afkeurenswaardig aan te merk is en daarom tot deliktuele aanspreeklikheid lei. Eers, indien daarop bevestigend geantwoord word, ontstaan 'n heeltemal ander vraag, naamlik, of die dader vir die afkeurenswaardige gevolgsveroorsaking verwytd moet word en dus aanspreeklik gehou moet word. Waar die eerste van hierdie twee ondersoeke sentreer om die afkeurenswaardige van die gevolgsveroorsaking, gaan dit by die tweede om die dader se verwytdbaarheid. By die eerste ondersoek staan die gevolgsveroorsaking voorop, by die tweede die dader. Waar onregmatigheid dus die afkeurenswaardigheid is, waarmee 'n gevolgsveroorsaking redelikerwys betrag word, juis vanweë die onredelikheid van die gevolgsveroor-saking, is daar nalatigheid aan te merk as 'n verwytd wat die dader toegeslinger word, juis vanweë die onredelikheid van die dader se aandeel (27).

## 2 1 3 4 Grade van nalatigheid

Die deliktereg onderskei nie tussen verskillende grade van nalatigheid nie (28). Die enigste standaard van sorgsaamheid wat van regsweë vereis word, is dié van die redelike man met verwysing na die besondere omstandighede van elke geval. Optrede wat selfs net in 'n geringe mate afwyk van die standaard van die redelike man, word as nalatig beskou (29). Nalatigheid, indien dit vasgestel is, kan egter uitgedruk word in terme van 'n persentasie vir doeleindes van die verdeling van skadevergoeding in die geval van medewerkende nalatigheid (30). Hiervolgens word die "graad" tot welke mate die een party nalatig was ten aansien van die nadelige gevolg, beoordeel. Die "graad" van nalatigheid word vasgestel in ooreenstemming met mate waartoe die een party se gedrag afgewyk het van die standaard van die redelike man (31).

## 2 1 4 Nalatigheid in die strafreg

### 2 1 4 1 Die bestrawing van nalatigheid

---

(27) Van der Merwe & Olivier 132; sien ook Boberg 273; Van der Merwe "Die Aard en Rol van Redelikheid by Aanspreeklikheid ex Delicto" 1975 SALJ 181.

(28) Cape Town Municipality v Paine supra 230; sien ook Van der Walt 65.

(29) Van der Walt 65; sien ook Cape Town Municipality v Paine supra 230.

(30) Van der Walt 65; sien die Wet op die Verdeling van Skadevergoeding 58 van 1971; vir 'n bespreking van medewerkende nalatigheid sien Boberg 652 ev; Neethling Potgieter & Visser 151 ev; Van der Merwe & Olivier 148 ev.

(31) Jones v SANTAM Bpk 1965(2) SA (A) 554-556.

Ten aansien van die vraag of nalatigheid hoegenaamd bestraf behoort te word, is daar nie eenstemmigheid onder juriste nie. Sommige juriste (32) huldig die standpunt dat nalatige gedrag bestraf moet word, terwyl ander (33) weer van mening is dat nalatige gedrag, gesien in die lig van verskillende strafteorieë en ander metodes wat aangewend kan word om nalatigheid te voorkom en te beheer, nie gestraf behoort te word nie. Alhoewel die standpunte teen die bestrawwing van nalatigheid meriete mag hê, kan daar saamgestem word met die standpunt dat die bestrawwing van onnadenkendheid wel die meeste mense op hul hoede plaas en noodsaaklik is in die tegnologiese tydsgewrig waarin ons leef (34).

#### 2 1 4 2 Die omskrywing van nalatigheid

#### 2 1 4 2 1 Nalatigheid - gedragvorm of skuldvorm?

In die Suid-Afrikaanse strafreg is daar ook nie eenstemmigheid oor die omskrywing en plek van nalatigheid in die regsisteem nie. Skrywers soos De Wet en Swanepoel huldig die standpunt dat nalatigheid 'n skuldvorm

---

(32) Hunt 413 ev; Snyman Strafreg (1992) 217.

(33) Rabie & Strauss Punishment: An Introduction to Principles (1994) 110; Morkel Towards a Rational Policy of Criminal Fault (LLM-verhandeling UP 1981) 111; Labuschagne "Dekriminalisasie van Nalatigheid" 1985 SASK 213; Van Rooyen "Negligent Injury with a Fire-arm: Punish or Prevent?" 1978 SACJ 121.

(34) Volgens die standpunt gehuldig deur Snyman 217.

is (naas opset) en dat dié begrip derhalwe niks te doen het met die verbodsbeskrywing of wederregtelikheid van die handeling nie (35). Ander juriste, soos Burchell en Hunt (36), Bertelsmann (37), Hunt (38) en Botha (39), is weer van mening dat die begrip "nalatigheid" verwys na sowel die verbodsinhoud as die skuldvereiste.

Snyman(40) is van mening dat nalatigheid nie slegs 'n skuldvorm is nie, maar ook 'n beskrywing van die dader se gedrag. Wanneer 'n mens dus sê dat 'n dader nalatig was, beteken dit eerstens dat jy beweer dat die dader se handeling (doen of late) op 'n sekere manier plaasgevind het, en tweedens dat hy met skuld opgetree het en dus vir sy handeling verwyte moet word.

In weerwil van die verskillende standpunte wat deur die juriste gehuldig word ten aansien van die vraag of nalatigheid sowel 'n gedragsvorm as 'n skuldvorm kan wees, word nalatigheid volgens die howe slegs as 'n skuldvorm (naas opset) beskou en is die toets vir die vasstelling van nalatigheid in beginsel objektief(41).

---

(35) De Wet & Swanepoel 156 ev; sien die bespreking van die verskillende standpunte asook die kritiek daarop deur Snyman 217 ev; vgl ook Du Plessis The Law of Culpable Homicide in South-Africa (ongepubliseerde LLD-proefskrif Rhodes-universiteit 1986) 72 ev.

(36) Burchell & Hunt 192 ev; die standpunt deur De Wet & Swanepoel asook Burchell & Hunt dat culpa 'n gesindheid is word oortuigend verwerp deur Van der Merwe "Die Verband tussen Mens Rea en Skuld" 1976 SALJ 280.

(37) Bertelsmann "What Happened to Luxuria" 1975 SALJ 59 60-62; sien ook Burchell & Milton Criminal Law (1991) 297.

(38) Hunt 401 ev; sien ook Burchell & Milton 305.

(39) Botha "Culpa - A Form of Mens Rea or a Mode of Conduct" 1977 SALJ 280; sien ook Burchell & Milton 289.

(40) Snyman 218.



### 2 1 4 3 Die toets vir nalatigheid

Die toets vir nalatigheid in die strafreg is dieselfde as in die privaatreë (42). Dit is egter juis ten aansien van die tradisionele benadering van ons regspraak en teorie, (naamlik dat nalatigheid getoets moet word aan die objektiewe kriterium van die "redelike man") dat daar nie eenstemmigheid is onder die juriste in die strafreg nie.

In teenstelling met gemelde tradisionele benadering van die regspraak en die teorie, is daar skrywers in die strafreg wat 'n subjektiewe toets (wat inhou dat daar rekening gehou moet word met die dader se persoonlike en liggaamlike eienskappe) vir nalatigheid voorstaan en is daar aanduidings in die positiewe reg dat 'n subjektiewe benadering wel aanklank vind; die trefwydte van sodanige benadering is egter nog onseker(43). Die subjektiewe toets vir nalatigheid word egter uitdruklik verwerp deur skrywers soos Hunt (44) en Morkel (45). Snyman is van mening dat die vasstelling van nalatigheid sowel 'n objektiewe as 'n subjektiewe toets behels. Hy voer aan dat eers indien dit vasstaan dat daar 'n

---

(41) S v De Bruyn 1968(4) SA 498 (A) 506-507; S v Burger supra 878H-879A; S v Ngubane 1985(3) SA 677 (A) 686F-687E; S v Ntuli 1975(1) SA 429 (A) 436-437; S v Qumbella 1966(4) SA 356 (A) 366; S v Sigwahla 1967(4) SA 566 (A) 570D-E;

(42) R v Meiring supra 45; R v Swanepoel 1945 AD 444; R v Van Schoor 1948 (4) SA 349 (K); sien ook Snyman 223; die bespreking ten aansien van die toets vir nalatigheid in die privaatreë hierbo is derhalwe ook hier van toepassing.

wederregtelike verbodsrealisering is, dit nodig is om vas te stel of daar skuld in die vorm van nalatigheid is, en dan moet daar van 'n subjektiewe toets gebruik gemaak word. Hy voer verder aan dat sodanige beskouing sal meebring dat baie van die probleme wat so fel gedebatteer word rondom die vraag of die toets vir nalatigheid objektief of subjektief is, sal verdwyn(46). Die standpunt is ook al gehuldig dat die konflik tussen die objektiewe en subjektiewe toets vir nalatigheid misplaas is en dat die ware konflik eerder geleë is in die aanwending van 'n absolute gedragsnorm vir die vasstelling van aanspreeklikheid enersyds, en individuele skuld andersyds (47).

#### 2 1 4 4 Grade van nalatigheid

'n Bepaalde graad van nalatigheid word nie vereis vir strafregtelike aanspreeklikheid nie en die geringste graad van nalatigheid is voldoende(48). Die graad van nalatigheid het egter wel 'n invloed op die strafmaat(49).

---

(43) Burchell & Hunt 148-150 192-214; De Wet & Swanepoel 156 ev; Bertelsmann 1975 SALJ 59 ev; Botha 1977 SALJ 19 ev; sien ook Schäfer "The Swing towards the Subjective Test for Negligence in Criminal Law" 1978 THRHR 201-206.

(44) Hunt 413-420 423-424.

(45) Morkel Proefskrif 111-183.

(46) Snyman 221 ev; sien ook die bespreking deur Du Plessis Proefskrif 74; Goosen "The Objective Test for Criminal Negligence - A Re-evaluation" 1979 Obiter 60-85.

(47) Mogridge "The Reasonable Man: Negligence and Criminal Capacity" 1980 SALJ 267 ev.

(48) R v Meiring supra 45; R v Van Schoor supra 350: "A man is either negligent or he is not".

(49) S v Hosiosky 1961 (1) SA 84 (W); S v Mhlongo 1948 (1) SA 1109 (T); sien ook S v Melk 1988 (4) SA 561 (A).

## 2 1 4 5 Misdade waarvoor nalatigheid vereis word

Nalatigheid kan 'n skuldvorm wees by sowel formeel as materieel-omskrewe misdade. By formeel-omskrewe misdade is die toets vir nalatigheid die vraag of die redelike man in dié omstandighede sou voorsien het dat die gewraakte omstandigheid kan bestaan. By materieel-omskrewe misdade is die vraag weer of die redelike man in dié omstandighede sou voorsien het dat 'n bepaalde gevolg kan intree(50). Strafbare manslag, wat 'n gevolgs- of materieel-omskrewe misdaad is, is die enigste gemeenregtelike misdaad waarvoor nalatigheid genoegsaam is. Nalatigheid moet betrekking hê op al die vereistes van die misdaad. In die geval van strafbare manslag is dit die dood, en nie maar slegs liggaamlike beserings nie, van 'n medemens ten opsigte waarvan daar nalatigheid moet wees (51). Die misdaad strafbare manslag is van besondere belang vir hierdie proefskrif, aangesien 'n geneesheer wat deur sy nalatigheid die dood van 'n pasiënt wederregtelik veroorsaak, aan strafbare manslag skuldig bevind kan word.

## 2 1 4 6 Nalatigheid en opset

---

(50) Burchell & Hunt 149; Snyman 226.

(51) S v Bernardus 1965(3) SA 287 (A) 296; S v Burger supra 879; S v Van As supra 927-928; sien ook Snyman 226 ev; vir 'n omvattende bespreking van die misdaad strafbare manslag, sien Du Plessis Proefskrif 8 ev; vgl Labuschagne "Nalatigheid en Voorsienbaarheid by Strafbare Manslag" 1994 SASK 221.

Nalatigheid en opset is twee verskillende begrippe en kan gevolglik nie oorvleuel nie (52). Hierdie aspek van die nalatigheidsbegrip is belangrik, omdat dit impliseer dat indien 'n persoon van strafbare manslag aangekla word en die getuienis bewys dat hy 'n ander persoon inderdaad opsetlik gedood het, hy nie aan strafbare manslag skuldig bevind kan word nie (53). In die praktyk is die teenoorgestelde standpunt soms gehuldig, en is daar ten aansien van die vraag of opset en nalatigheid kan oorvleuel, en of 'n persoon skuldig bevind kan word aan strafbare manslag waar die getuienis bewys dat die beskuldigde inderdaad die opset gehad het om te moor, in die regspraak en die literatuur nie altyd eenstemmigheid nie (54). Die appèlhof het egter in die saak van S v Ngubane (55) beslis dat dit verkeerd is om aan te neem dat indien bewys is dat 'n persoon opsetlik opgetree het, dit onmoontlik is om te bevind dat hy ook nalatig was. Snyman toon oortuigend aan dat daar nie met hierdie standpunt saamgestem kan word nie en dat die probleme van die prosesreg nie opgelos kan word deur die logies-gefundeerde algemene beginsels van die materiële strafreg te verdraai of te verwring nie (56).

---

(52) De Wet & Swanepoel 231; Hunt 413-420; Snyman 229.

(53) Snyman 229.

(54) Vgl R v Meyers 1948 (1) SA 375 (A) 383; R v Nkosi 1928 AD 488 489; S v Nsele 1955(2) SA 145 (A) S v Sigwahla supra 570D-E; in sommige sake is daar egter beslis dat nalatigheid wel by opset inbegrepe is: S v September 1972(3) SA 398 (K); S v Smith 1981(4) SA 140 (K); S v Zoko 1983(1) SA 871 (N); sien in hierdie verband vir kritiek ten opsigte van dié standpunt, Van der Merwe "S v Louis September AR 397/71" 1972 THRHR 299; Hugo "Can Murder and Culpable Homicide Overlap?" 1973 SALJ 334; Van Oosten "Poging tot Strafbare Manslag" 1981 De Jure 343; sien ook De Wet & Swanepoel 231-233; Hunt 417-420; Snyman

## 2 1 4 7 Bewuste en onbewuste nalatigheid

In aansluiting by die vraag of nalatigheid en opset kan oorvleuel, moet daar voorts onderskei word tussen bewuste en onbewuste nalatigheid(57). In die geval van onbewuste nalatigheid voorsien 'n persoon nie die gewraakte gevolg nie. In die geval van bewuste nalatigheid (luxuria) voorsien 'n persoon die gevolg wel, maar besluit hy dan onredelikerwys dat dit nie sal intree nie. Bewuste nalatigheid is egter steeds 'n vorm van nalatigheid en moet duidelik onderskei word van dolus eventualis. Waar 'n persoon die moontlikheid voorsien dat die gewraakte gevolg kan intree en hom inderdaad daarmee versoen, dan is dit 'n geval van dolus eventualis en nie bewuste nalatigheid nie(58). Sommige skrywers(59) is van mening dat 'n mens met bewuste nalatigheid te doen het as 'n persoon die moontlikheid van die gevolg voorsien, maar onredelik besluit dat daardie moontlikheid 'n vergesogte moontlikheid is en dan voortgaan met die handeling. Volgens hierdie benadering word daar by die vasstelling van nalatigheid net met 'n kognitiewe toets gewerk, in teenstelling met die benadering waarvolgens met 'n voluntatiewe element gewerk word wat inhou dat dit die "wilsvereiste" en nie die "bewussynsvereiste" is nie, wat die skeidslyn tussen dolus eventualis en luxuria

---

229; sien ook S v Breakfast 1984 (3) SA 302 (OK).

(55) 1985 (3) SA 677(A).

(56) Snyman 229 ev; sien ook Du Plessis Proefskrif 110-149 164-177.

daarstel(60). Dit is egter te betwyfel of die benadering, waarvolgens met 'n kognitiewe element gewerk word, in die praktyk aanleiding sal gee tot 'n resultaat wat verskil van die benadering waarvolgens met 'n voluntatiewe element gewerk word. In albei gevalle ontbreek dolus eventualis en is daar slegs bewuste nalatigheid (61).

Die appêlhof het in die saak van Sv Ngubane (62) beslis dat die verskil tussen dolus eventualis en bewuste nalatigheid nie geleë is in die aan/afwesigheid van die voorsiening van die moontlikheid (kognitiewe element) nie, maar in die aan/afwesigheid van die versoening deur die persoon van die voorsiene moontlikheid (voluntatiewe element).

Die meeste gevalle van nalatigheid, wat in die praktyk voorkom, is onbewuste nalatigheid en hierdie vorm van

---

(57) Sien in dié verband Burchell & Hunt 148 ev; Snyman 231 ev; Du Plessis Proefskrif 150-180; Bertelsmann 1975 SALJ 59; Middleton "S v Dube 1975(4) SA 515" 1973 THRHR 181; Morkel "Die Onderskeid tussen Dolus Eventualis en Bewuste Nalatigheid: 'n Repliek" 1982 THRHR 321; Morkel "Weer eens Dolus Eventualis en Luxuria" 1983 THRHR 98; Van Oosten "Dolus Eventualis en Luxuria - Nog 'n Stuiwer in die Armbeurs" 1982 THRHR 183; Van Oosten "Weer eens Dolus Eventualis en Luxuria - 'n Verduideliking Weens 'n Repliek" 1982 THRHR 423; sien ook S v Van Zyl 1969(1) SA 553 (A) 557.

(58) Snyman 231; sien ook S v Beukes 1988 (1) SA 511 (A) 521-522.

(59) Burchell & Hunt 148-150; Morkel 1982 THRHR 321.

(60) Bertelsman 1975 SALJ 59; Van Oosten 1982 THRHR 192; sien ook Labuschagne "Dolus Eventualis: Die Filosofiese Onderbou" 1988 SASK 436; Loubser & Rabie "Defining Dolus Eventualis: A Voluntary Element?" 1988 SASK 415; Paizes "Dolus Eventualis Reconsidered" 1988 SALJ 636.

(61) Snyman 189 ev.

(62) supra 685D-F; sien ook die bespreking deur Snyman 189 ev; Du Plessis Proefskrif 153 ev.

nalatigheid het altyd 'n negatiewe karakter: Die persoon het nie voorsien nie, terwyl hy moes voorsien het(63).

#### 2 1 4 8 Nalatigheid en die spesifieke omstandighede

Alhoewel daar sekere riglyne in die positiewe reg vasgestel is en uitgekristalliseer het aan die hand waarvan nalatigheid in die strafreg bepaal word, sal die besondere omstandighede en feite van elke geval deurslaggewend wees vir die aanwesigheid of afwesigheid van nalatigheid. Nalatigheid moet dus nie "in die lug" bepaal word nie (64).

#### 2 2 Engeland

##### 2 2 1 Die begrip "tort law"

Alvorens daar oorgegaan kan word tot 'n bespreking van die begrip "nalatigheid" in die Engelse reg, is dit eers nodig om kortliks na die begrip "tort law" te verwys waaronder die begrip "nalatigheid" (in die Engelse privaatregtelike sin) resorteer. Trouens, nalatigheid is 'n sogenaamde "major tort". Dié begrip is, soos hieronder aangetoon word, ook stewig in die Engelse

---

(63) Snyman 231.

(64) R v Meiring supra 41: "Negligence can never be disentangled from the facts, but its existence is best ascertained by applying to the facts of each case the standard of conduct which the law requires. And that is the degree of care and skill which a reasonable man would exercise under the circumstances"; hierdie beginsel geld natuurlik ook vir die deliktereg.

strafreg ("criminal negligence"), gevestig. Wat is dan 'n "tort"? Glanville Williams antwoord soos volg:

"The word comes to us from the Norman-French; etymologically, it signifies any wrong, and springs from the Latin tortus, meaning 'twisted' or 'wrung'. And the word 'wrung' is merely another form of the word 'wrong'. In loose and untechnical sense of 'wrong', the word 'tort' was in quite general use; in that sense it is found in literature as late as the eighteenth century and, of course, it is still so used in the French language. In England, however, it is now purely technical. A tort is a wrong recognised by law"(65).

## 2 2 2 Die onderskeid tussen en oorvleueling van "tort" en "crime"

Ter aanvang van hierdie hoofstuk is daarop gewys dat daar in hierdie proefskrif deurgaans 'n onderskeid getref moet word tussen die privaatreë en die strafreg, en dit is dan ook geen uitsondering wat die Engelse reg betref met betrekking tot die onderskeid tussen "tort" en "crime" nie.

Dit sou seker gesê kon word dat die Engelse "tort law" tot dié mate ooreenstem met Suid-Afrikaanse deliktereg dat dit ook deel uitmaak van die privaatreë ("civil law") en, in hoofsaak, die beskerming van die private belang (individue) en die vergoeding van skade

---

(65) Glanville Williams & Hepple Foundations of the Law of Tort (1976) 1 ev; sien ook Charlesworth-Percy On Negligence (1977) 12; Hepple & Matthews Tort: Cases and Materials (1985) 1 ev; Millner Negligence in Modern Law (1967) 1-93; Salmond-Heuston On the Law of Torts (1987) 214 ev; Street The Law of Torts (1976) 103 ev; Winfield & Jolowicz On Tort (1994) 1 ev.



aan verontregtes ten doel het (66). Hierteenoor staan die Engelse strafreg, wat net soos die Suid-Afrikaanse strafreg, die beskerming van die gemeenskapsbelang en die toemeting van straf aan oortreders beoog (67).

Dat die begrippe "tort" en "crime" in die Engelse reg kan oorvleuel, val nie te betwyfel nie. Só verklaar Glanville Williams:

"The distinction between torts and crime is rendered slightly difficult by an area of overlap. We generally think of murder as a crime, because the punishment is dramatic; but murder is at the same time a tort to the person killed and to his dependants. So also is manslaughter... It is broadly true to say that all crimes are torts if they amount to a physical interference with the plaintiff or his property, at least if they cause actual damage to him. But a crime is not generally a tort if, although potentially dangerous it has not yet caused damage (like attempted murder where the victim fortunately remains unaffected by the abortive attempt)... Just as there are crimes that are not torts, so there are torts that are not crimes. When an act is a crime as well as a tort, both the criminal and the civil remedy may be pursued"(68).

---

(66) Glanville Williams & Hepple 3; sien veral Catala & Weir "Delicts and Torts: A Study Parallel" 1963 Tulane Law Review 573 ev.

(67) Smith & Hogan Criminal Law (1992) 47 ev.

(68) Glanville Williams & Hepple 2; sien ook Winfield & Jolowicz 3 ev.

Daar moet 'n duidelike onderskeid getref word tussen nalatigheid in die Engelse strafreg ("criminal negligence") en nalatigheid as 'n onafhanklike "tort". Wat die strafreg betref, is nalatigheid, naas sogenaamde "intention" en "recklessness", 'n vorm van skuld (mens rea). Strafregtelike aanspreeklikheid op grond van nalatigheid berus op skuld ("legal fault")(69). Aan die ander kant berus privaatregtelike aanspreeklikheid op grond van nalatigheid as 'n onafhanklike "tort" op die verbreking van 'n regsplig ('n sogenaamde "duty of care")(70).

Om doelmatigheidsredes, ten einde verwarring te voorkom, word beide konsepte (nalatigheid as 'n onafhanklike "tort" en "criminal negligence") afsonderlik bespreek.

### 2 2 3 Nalatigheid as 'n onafhanklike "tort"

#### 2 2 3 1 Nalatigheid as die verbreking van 'n regsplig

Soos reeds gemeld, berus privaatregtelike aanspreeklikheid op grond van nalatigheid op die verbreking van 'n sogenaamde "duty of care". Winfield en Jolowicz omskryf

---

(69) Clarkson & Keating Criminal Law: Text and Materials (1984) 120 ev; Cross & Jones Introduction to Criminal Law (1992) 28 ev; Glanville Williams Textbook of Criminal Law (1983) 88 ev; Smith & Hogan 47 ev.

(70) Winfield & Jolowicz 3: "Tortious liability arises from the breach of a duty primary fixed by law; this duty is towards persons generally and its breach is redressible by an action for unliquidated damages".

nalatigheid as 'n onafhanklike "tort" soos volg:

"Negligence as a tort is the breach of a legal duty to take care which results in damage, undesired to the defendant, to the plaintiff. Thus the ingredients are:

- (a) A legal duty on the part of A towards B to exercise care in such conduct of A as falls within the scope of the duty;
  - (b) breach of that duty;
  - (c) consequential damage to B...
- These ingredients cannot always be kept apart... They are simply three different ways of looking at one and the same problem"(71).

Volgens hierdie omskrywing van nalatigheid sal 'n eiser hom slegs suksesvol op nalatigheid aan die kant van die verweerder kan beroep indien daar aangetoon kan word dat die verweerder 'n "duty of care" teenoor die eiser verskuldig was, dat die verweerder die "duty" geskend het en dat die eiser inderdaad nadeel of skade gely het, welke skade/nadeel kousaal verbind kan word aan die skending van die "duty".

Aanspreeklikheid op grond van nalatigheid in die Engelse reg word dus afhanklik gestel aan die bestaan, al dan nie, van 'n bepaalde regsplig. Die blote feit dat 'n persoon skade of nadeel gely het ten gevolge van die handeling van 'n ander persoon, lei nie noodwendig tot aanspreeklikheid aan die kant van laasgenoemde nie. In

---

(71) Winfield & Jolowicz 66; sien ook Charlesworth-Percy 20: "Negligence is a tort, which is the breach of a duty to take care imposed by common or statute law, resulting in damage to the complainant"; Glanville Williams & Hepple 89; Hepple & Matthews 29; Salmond-Heusten 214; Street 104; Weir Negligence for 'A' Level (1981) 1.

die beslissing van Grant v Australian Knitting

Mills (72), laat Lord Wright hom soos volg uit:

"It is, however, essential in English law that a duty be established: the mere fact that a man is injured by another's act gives in itself no cause of action: if the act is deliberate, the party injured will have no claim in law even though the injury is intentional, so long as the other party is merely exercising a legal right: if the act involves lack of due care, again no case of actionable negligence will arise unless the duty to be careful exists".

Tereg kan gevra word onder watter omstandighede daar dan 'n "duty of care" sal wees? Dit blyk 'n feitelike vraag te wees wat sal afhang van die besondere omstandighede van elke geval. Só sê Lord Atkin in die toonaangewende beslissing van Donoghue v Stevenson (73):

"It is remarkable how difficult it is to find in the English authorities statements of general application defining the relations between the parties that give rise to the duty... At present I content myself with pointing out that there must be, and is, some general conception of the relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are instances".

Die algemene beginsel ten opsigte van die vasstelling van die omvang van die "duty of care" is dan ook in die bogenoemde saak soos volg geformuleer:

"The rule that you are to love your neighbour becomes law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who

---

(72) [1936] AC 85; sien ook Hepple & Matthews 30 ev; Symons "The Duty of Care in Negligence" 1971 MLR 394.

(73) [1932] 1 All ER 575 (HL).

then in law is my neighbour? The answer seems to be - persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or the omissions which are called in question"(74).

Teen hierdie agtergrond kan dus gekonkludeer word dat die woord "duty" aanduidend is van 'n besondere verhouding tussen die twee persone, waardeur daar 'n verpligting op die een persoon geplaas word om tot die voordeel van die ander persoon onder alle omstandighede redelike sorg aan die dag te lê.

#### 2 2 3 2 Kategorieë en begrensing van nalatigheid

Dit val nie te betwyfel nie dat daar verskeie kategorieë van nalatigheid bestaan wat deur die jare uitgekristalliseer het; kategorieë van nalatigheid waarin daar 'n definitiewe "duty to take care" bestaan (75). Ten opsigte van die begrensing en die trefwydte van die "duty"-begrip, asook die faktore wat deur die howe in ag geneem moet word, ten einde vas te stel of daar inderdaad 'n "duty of care" in 'n spesifieke geval bestaan al dan nie, is daar nie eenstemmigheid nie (76). Dit wil

---

(74) Donoghue v Stevenson supra 580; sien ook Anns v London Borough of Merton [1977] 2 All ER 492 (CA); Heaven v Pender [1883] QBD 503; Home Office v Dorset [1970] AC 1004 1026: "In later years there has been a steady trend towards regarding the law of negligence as depending on the principle so that, when a new point emerges, one should ask not whether it is covered by authority but whether recognised principles apply to it"; McLoughlin v O'Brien [1982] 2 All ER 298 (HL); sien ook Charlesworth-Percy 137; Glanville Williams & Hepple 91; Hepple & Matthews 31; Street 105 ev; Weir 15; Winfield & Jolowicz 67.

egter voorkom dat die "neighbour"-beginsel soos geformuleer deur Lord Atkin in die Donoghue-beslissing(77) in beginsel as die algemene riglyn aanvaar kan word en dat die bestaande/tradisionele kategorie<sup>8</sup> van nalatigheid (ten opsigte van die bestaan van 'n "duty of care" al dan nie) wel in die lig van sosiale oorwegings uitgebrei kan word ten einde tred te hou met die eise van die tyd (78). So sê Lord Asquith onder andere in die beslissing van Candler v Crane Christmas & Co (79):

"In accordance with changing social needs and the standards, new classes of people legally bound or entitled to the exercise of care may from time to time emerge".

### 2 2 3 3 Die toets vir nalatigheid

As dit eenmaal vasstaan dat daar 'n "duty of care" is, is die volgende vraag tot welke mate dié "duty" uitgeoefen moet word. Die maatstaf wat hier gestel word, is dié van die redelike man "which is taken to mean the ordinary man

---

(75) Charlesworth-Percy 137 ev; sien ook Dias & Markesinis The English Law of Torts: A Comparative Introduction (1976) 61 ev.

(76) Charlesworth-Percy 137; Hepple & Matthews 40; Street 106; Weir 21; Winfield & Jolowicz 69 ev; sien ook Deyong v Shenburn [1946] 1 All ER 226 (HL); Anns v London Borough of Merton supra 492.

(77) supra 580.

(78) Winfield & Jolowicz 70: "In the words of Lord Reid, in Donoghue v Stevenson... may be regarded as a milestone, and the well-known passage in Lord Atkin's speech should, I think, be regarded as a statement of the principle. It will require qualification in new circumstances. But I think the time has come when we can and should say that it ought to apply unless there is some justification or valid explanation for its exclusion".

(79) [1951] 2 KB 164 188.

on the Clapham omnibus"(80). Die toets om vas te stel of daar 'n skending van 'n "duty" was, is neergeleë in die beslissing van Blyth v Birmingham Waterworks Co (81).

"Negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do".

Die maatstaf/toets vir nalatigheid is dus objektief en die bestaan daarvan aldan nie is afhanklik van die omstandighede van elke besondere geval. Dit is voorts in die diskresie van die voorsittende beampete om met inagneming van die besondere omstandighede van die geval te bepaal wat die redelike man in dié bepaalde omstandighede sou of moes voorsien het (82). Die aksent vir die skending van die "duty" lê dus op die redelike voorsienbaarheid van die nadelige gevolge wat die verweerder se optrede of late vir die eiser sal inhou en hierin lê die verweerder se nalatigheid. Die redelike man sou die moontlikheid van 'n gevolg vir die eiser redelikerwys voorsien het en hom dienooreenkomstig weerhou het van enige optrede wat sy "neighbour" dan kan benadeel(83).

---

(80) Winfield & Jolowicz 46: "He is a reasonable man but he is neither a perfect citizen nor a paragon of circumspection"; sien ook Charlesworth-Percy 144 191: Hepple & Matthews 198.

(81) [1856] 11 Ex 781 784; sien ook Salmond-Heuston 221 ev; Winfield & Jolowicz 87 ev.

(82) Sien Glasgow v Muir [1943] 2 All ER 44 (HL): "It is left to the judge to decide what, in the circumstances of the particular case, the reasonable man would have in contemplation, and what, accordingly, the party sought to be made liable ought to have foreseen"(per Lord MacMillan); sien ook Bolton v Stone [1951] All ER 1078 (CA); The

"Redelikheid" is natuurlik 'n relatiewe begrip en die vraag of 'n redelike man met "redelikheid" opgetree het, sal afhang van die omstandighede van elke geval. So sê Lord MacMillan in Glasgow v Muir (84):

"In determining whether conduct is reasonable or not, regard must be had

- (i) to the magnitude of the risk to which the defendant exposes the other person, and
- (ii) to the importance of the object to be attained by the form of the activity".

#### 2 2 3 4 Nalatigheid en deskundiges

By deskundiges is die toets vir nalatigheid of die "redelike deskundige" in dieselfde omstandighede as die verweerder die ingetrede gevolg redelikerwys sou voorsien het en daarteen sou gewaak het. Tereg merk Winfield en Jolowicz op:

"Nobody can expect the man on the Clapham omnibus to have any skill as a surgeon, a lawyer, a docker or a chimney-sweep, unless he is one, then the law requires him to show such skill as any ordinary member of the

---

Wagon Mound (No 2) Overseas Tankship (UK) v The Miller Steamship Co [1961] 1 All ER 404 (HL); The Wagon Mound (No 1) [1966] 2 All ER 709 (HL); sien ook Hepple & Matthews 245; Salmond-Heusten 218; Winfield & Jolowicz 110.

(83) Treffend sê Winfield & Jolowicz 84: "It is not the existence of some special relationship between the parties which makes the plaintiff the defendant's neighbour, but the fact that the defendant ought reasonably to have the plaintiff in contemplation when directing his mind to the acts or omissions in question, ie the alleged acts of negligence themselves. It follows that the test can only be applied ex post facto"; Engelse reg ken ook nie "negligence in the air" nie - sien in dié verband Bourhill v Young [1943] AC 92; sien ook Street 110 ev.

(84) Supra 44.



profession or calling to which he belongs or claims to belong, would display"(85).

Die reël imperitia culpa adnumeratur vind ook in die Engelse reg toepassing ten aansien van deskundiges. Hier is die maatstaf, of die toets vir die skending van die "duty of care", in beginsel objektief (86).

#### 2 2 4 Nalatigheid in die strafreg

##### 2 2 4 1 Strafregtelike nalatigheid as 'n vorm van skuld

Strafregtelike nalatigheid ("criminal negligence") in die Engelse reg is 'n vorm van skuld ("legal fault"). Skuld staan dan in die algemeen bekend as mens rea. Daar is dan ook sekere "grade" van mens rea, naamlik "intention", "recklessness" en nalatigheid(87). Mens rea dui in beginsel op 'n sogenaamde "guilty mind" en as gevolg hiervan is daar nie eenstemmigheid onder die Engelse juriste dat nalatigheid as 'n vorm van mens rea daarstel nie(88). In die algemeen word na mens rea verwys as 'n bepaalde geestesgesindheid ("mental element"). Hoe dit ook sy, kan daar in beginsel aanvaar word dat nalatigheid, naas sogenaamde "intention" en

---

(85) Winfield & Jolowicz 46; sien ook Charlesworth-Percy 206 veral 960 ev; Hepple & Matthews 208; Salmond-Heusten 233; Street 126; Weir 119; sien verder Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] 1 All ER 118 (QB); Wells v Cooper [1958] 2 All ER 527 (CA); Philips v William Whiteley Ltd [1938] 1 All ER 566 (KB).

(86) Winfield & Jolowicz 88: "The rule imperitia culpa adnumeratur is just as true in English law as in Roman Law". Hierdie aspek word in Hoofstuk 2 meer volledig bespreek.

"recklessness", 'n vorm van skuld is.

2 2 4 2 Die begrippe "intention", "recklessness" en  
"negligence" - 'n basiese onderskeid

Breedweg kan gesê word dat "intention" en "recklessness" twee spesies van mens rea of skuld is wat 'n positiewe geestesgesindheid aandui; in die geval van "intention" wil en voorsien 'n persoon die intrede van 'n bepaalde gevolg; in die geval van "recklessness" voorsien 'n persoon die moontlikheid van die intrede van 'n bepaalde gevolg; die persoon wil nie soseer hê dat 'n bepaalde gevolg moet intree nie, maar staan onverskillig teenoor die moontlikheid dat dit wel kan intree(89). In die geval van nalatigheid is daar 'n afwesigheid van 'n bepaalde geestesgesindheid. Met nalatigheid kan óf bewuste

---

(87) Clarkson & Keating 124: "Mens rea does not represent any single standard. There are degrees of mens rea, but what are these degrees? There are three candidates for inclusion: (a) intention (b) recklessness, (c) negligence"; sien ook Cross & Jones 20; Glanville Williams Textbook 71 ev; Glanville Williams & Hepple 85; Smith & Hogan 47 is van mening dat sogenaamde "blameless inadvertence" 'n vierde graad van mens rea is.

(88) Sien veral Clarkson & Keating 166-168; Cross & Jones 28: "Despite occasional judicial utterances to the contrary, it is clear from the application of mens rea in the courts that it has nothing necessarily to do with notions of an evil mind or knowledge of the wroughtfulness of the act... the expression mens rea refers to the state of mind expressly or impliedly required by the definition of the offence charged"; Glanville Williams Textbook 71: "In Latin it (mens rea) means a guilty mind, but in legal usage it denotes the mental state or (subjective element) required for the particular crime in question"; Smith & Hogan 47: "Mens rea is a technical term. It is often loosely translated as a "guilty mind" but this translation is frequently misleading. A man may have mens rea, as it is generally understood today, without a feeling of guilt on his part".

nalatigheid (sogenaamde "advertent negligence") of onbewuste nalatigheid (sogenaamde "inadvertent negligence") bedoel word. Bewuste nalatigheid (wat maar grens aan "recklessness") is aanwesig wanneer 'n bepaalde gevolg voorsien word, maar die intrede daarvan nie gewil of begeer word nie. Onbewuste nalatigheid is weer aanwesig wanneer die intrede van 'n bepaalde gevolg nie voorsien of gewil is nie, maar die moontlikheid daarvan moes voorsien gewees het en daarteen moes gewaak gewees het(90).

Dit wil dus voorkom of daar veral ten opsigte van "recklessness" en bewuste nalatigheid ("advertent negligence") 'n groot mate van oorvleueling en selfs verwarring bestaan. "Recklessness" word as't ware as 'n tipe van growwe nalatigheid beskou. Growwe nalatigheid vir doeleindes van die Engelse reg, kan beskou word as "a major deviation from the standard of the reasonable man"(91). Tog is dit van besondere belang om sorgvuldig te onderskei tussen "recklessness" en nalatigheid, aangesien nalatigheid in die reël as minder blaamwaardig beskou word as "recklessness" en verwarring tussen dié twee begrippe ernstige gevolge vir oortreders kan inhou(92).

---

(89) Sien Clarkson & Keating 124 ev; Cross & Jones 29 ev; Glanville Williams & Hepple 88; Glanville Williams Textbook 70 ev.

(90) Smith & Hogan 50 ev; Cross & Jones 29 ev.

(91) Sien Clarkson & Keating 140.

(92) Vgl in dié verband Glanville Williams Textbook 97: "The main answer is that even when inadvertent negligence is punishable, the law often treats it as a less serious offence than offences of recklessness."

Clarkson en Keating merk soos volg ten aansien van dié begrippe op:

"The concept of 'recklessness' has had a chequered and uncertain history with judges vacillating as to whether it should be limited to the cases where the defendant subjectively realised that there was the possibility of the consequence occurring but carried on regardless. By the late 1970's it appeared that the law had at last settled down and had clearly approved this latter subjective meaning of recklessness that it was the conscious running of an unjustifiable risk"(93).

2 2 4 3 "Recklessness" en nalatigheid - die Caldwell-  
en Lawrence-beslissings

Ten einde te toets vir die aanwesigheid van "recklessness", word eerstens gevra of die verweerder die moontlikheid van die intrede van 'n gevolg of omstandighede voorsien het, en tweedens of dit onredelik van hom was om sodanige risiko te aanvaar. Sô gesien is die toets vir "recklessness" dus subjektief. Hierdie subjektiewe benadering is egter 'n gevoelige nekslag toegedien in 1981 toe dié begrip in R v Caldwell(94) en R v Lawrence (95) deur die House of Lords (by monde van Lord Diplock en Lord Hailsham), in herooring geneem is. Voor die beslissings van Caldwell en Lawrence was dit

---

Moreover, whereas recklessness is now recognised as a mode of committing most crimes, many cases of inadvertent negligence are left outside the criminal law as a matter of policy. So we need to have suitable terms to distinguish between (1) recklessness and (2) negligence not necessarily amounting to recklessness".  
(93) Clarkson & Keating 140; sien ook Cross & Jones 36 ev; R v Stephenson [1979] 2 All ER 1198 (CA); R v Briggs [1977] 1 All ER 475 (QB).

moontlik om 'n duidelike onderskeid te tref tussen "recklessness" en nalatigheid. "Recklessness" was aanwesig waar 'n onredelike risiko bewustelik geneem is en nalatigheid, waar 'n onredelike risiko onbewustelik geneem is (96).

Na die beslissing van veral Caldwell kan daar nou met reg gepraat word van twee tipes "recklessness", naamlik:

- (i) subjektiewe "recklessness" wat reeds bespreek is, en
- (ii) sogenaamde "Caldwell-recklessness"(97).

Volgens die Caldwell-beslissing is 'n persoon roekeloos

"as to a particular risk which attends that conduct of risk is obvious and either

- (a) he has recognised that there is some risk involved and has, nevertheless, persisted in his conduct, or
- (b) he has not given any thought to the possibility of there being such risk"(98).

Die (a)-gedeelte van die bovermelde dui sonder twyfel op 'n subjektiewe "recklessness", terwyl die (b)-gedeelte

---

(94) [1981] 1 All ER 961 (HL).

(95) [1981] 1 All ER 974 (HL).

(96) Smith & Hogan 56 ev.

(97) Vir 'n volledige bespreking en kommentaar oor die Caldwell-en die Lawrence-beslissings, sien Cross & Jones 37 ev; Glanville Williams Textbook 96 ev; Smith & Hogan 56 ev.

(98) Vgl Cross & Jones 40 ev; sien ook R v Caldwell supra 967: "A person is 'reckless' as to whether or not any property would be destroyed or damaged if: (i) he does an act which creates an obvious risk that property will be destroyed or damaged, and (ii) when he does the act he either has not given any thought to the possibility of there being any such risk or has recognised that there was some risk involved and has none the less gone on to do it" (per Lord Diplock).

weer suiwer objektief geformuleer is.

Glanville Williams is weer van mening dat:

"despite the rule formulated in Caldwell, a person is not to be accounted reckless although he did not think if he would not have perceived the risk even if he had thought"(99).

Die Caldwell-en Lawrence-beslissings het egter daarin geslaag om die begrippe nalatigheid en roekeloosheid aan mekaar gelyk te stel en enige pogings om roekeloosheid, nalatigheid en growwe nalatigheid, te onderskei, grensloos te verwar(100). Hewige kritiek teen hierdie beslissings het dan ook nie uitgebly nie(101).

---

(99) Textbook 114; sien ook Duff "Recklessness" 1980 Criminal Law Review 282; Glanville Williams "Recklessness Redefined" 1982 Cambridge Law Journal 252.

(100) Vgl Glanville Williams Textbook 113: "The model instruction in Caldwell, taken in isolation, is capable of being read as meaning that any negligence is equivalent to recklessness"; sien ook Clarkson & Keating 151: "Lord Diplock has in reality equated recklessness with gross negligence... This terminology in terms of recklessness, gross negligence and negligence, was already clearly developed in law, and widely approved. It has now been savagely jettisoned"; Glanville Williams bly nog steeds 'n voorstander van die subjektiewe benadering vir "recklessness" in sy Textbook 114: "I now have no solution, other than a legislative one. It seems to me that the subjective definition of recklessness remains the most acceptable".

(101) Cross & Jones 38; sien ook Clarkson & Keating 156: "These two decisions and Lord Diplock's reasoning have been described as pathetically inadequate, slap-happy and profoundly regrettable"; vgl ook Glanville Williams Textbook 112 ev: Smith & Hogan 53.

## 2 2 4 4 Die omskrywing van strafregtelike nalatigheid

Teen die agtergrond van die bespreking hierbo, kan daar nou meer indringend na die omskrywing van strafregtelike nalatigheid gekyk word. Kortweg kan nalatigheid omskryf word deur te sê:

"A person is negligent if he fails to exercise such care, skill or foresight as a reasonable man in his situation would exercise"(102).

Nalatigheid is dus die versuim om aan 'n spesifieke standaard, naamlik dié van die redelike of "prudent" man, te voldoen; 'n standaard of toets wat in beginsel objektief is. Wie die redelike man nou eintlik is, is ook nie altyd te duidelik nie. So verklaar Glanville Williams:

"The 'prudent' or the 'reasonable' man of the lawyer's imagining is the exemplary man: the cautious, circumspect, anxiously calculating paragon who is held up by the judges as a model of behaviour. Sometimes it is true, he is described as the ordinary man, or the average man, But little effort is made at trials to find how ordinary men behave"(103).

## 2 2 4 5 Deskundiges

In die geval van deskundiges word die standaard van die "redelike man" natuurlik verhoog tot die standaard van die "redelike deskundige" in dieselfde omstandighede. Soms word die vraag gestel of dit nie meer dienlik sou wees om die redelike man as maatstaf te elimineer en net te vra of

---

(102) Clarkson & Keating 157; Cross & Jones 47; Glanville Williams Textbook 88; Smith & Hogan 81.

(103) Textbook 89.

die nadeel wat veroorsaak is, waarskynlik was nie. "Waarskynlikheid" is natuurlik ook 'n relatiewe begrip. Nalatigheid bestaan daaruit om 'n risiko tot benadeling te neem met so 'n graad van waarskynlikheid dat dit sosiaal onaanbvaarbaar is. 'n Chirurg mag, indien daar geen ander uitweg is om pyn by die pasiënt te verlig nie, of om sy lewe moontlik te verleng, 'n operasie uitvoer met 'n wesenlike risiko dat dit die dood van die pasiënt kan veroorsaak, sonder dat sy optrede as nalatig beskou kan word (104).

#### 2 2 4 6 Grade van nalatigheid

Die Engelse strafreg ken ook grade van nalatigheid, en dit wil voorkom of nalatigheid slegs strafbaar sal wees waar daar 'n baie "growwe" graad van nalatigheid aanwesig is. So sê Lord Atkon in Andrews v DPP:

"Simple lack of care such as will constitute civil liability is not enough. For the purposes of the criminal law there are degrees of negligence, and a very high degree of negligence is required to be proved before the felony is established. Probably of all the epitaphs that can be applied "reckless" most nearly covers the case"(105).

Weer eens word "reckless" in die gemelde saak as't ware gelykgestel met "growwe" nalatigheid wat weer die indruk skep dat dié twee begrippe maar net nie in die Engelse reg van mekaar onderskei word nie. Cross en Jones is tereg van mening dat nalatigheid, in teenstelling met

---

(104) Glanville Williams Textbook 89.

(105) [1937] AC 583; sien ook Smith & Hogan 83.



"recklessness" (hier in die subjektiewe sin), 'n suiwer vorm van skuld is (106). Alhoewel die sogenaamde "Caldwell-recklessness" en growwe nalatigheid tot 'n groot mate oorvleuel en 'n persoon ten opsigte van dieselfde feitestel skuldig kan wees aan "Caldwell-recklessness" en nalatigheid, is daar ook 'n onderskeid in dié verband aan te merk. Cross en Jones stel dit soos volg:

"Negligence is a wider concept because it includes the case where a person has adverted to the possibility of the risk in question but unreasonably concluded that it does not exist. Such a person will be negligent as to the risk, but will not have acted with Caldwell-type recklessness to it"(107).

2 2 4 7 Gemeenregtelike misdrywe waarvoor nalatigheid vereis word

Die enigste gemeenregtelike misdryf in die Engelse reg waarvoor nalatigheid vereis word, is "manslaughter". Hier het die hofe al die beginsel neergelê dat nalatigheid "gross" moet wees alvorens daar sprake kan wees van strafregtelike aanspreeklikheid. 'n Geringe afwyking van die redelike man-standaard sal dus nie strafbaar wees nie(108).

Die "manslaughter" waarna hier verwys word, is natuurlik die sogenaamde "involuntary manslaughter" wat dan verwys

---

(106) Cross & Jones 48.

(107) supra 49.

(108) Cross & Jones 176 ev; Clarkson & Keating 514; Glanville Williams 90; Smith & Hogan 319 ev.

na die veroorsaking van die dood deur "growwe nalatigheid of "recklessness". Hier moet die Caldwell- en Lawrence-beslissings weer eens ingedagte gehou word ten aansien van die onderskeid tussen growwe nalatigheid en "recklessness". Soos reeds aangetoon, is die verskil, indien enige, tussen die twee begrippe maar onbeduidend en word hulle meesal aan mekaar gelykgestel (109). Opsommerderwys kan gesê word dat aanspreeklikheid vir sogenaamde "reckless manslaughter" berus op "gross negligence" of "recklessness"(110). Die locus classicus in dié verband is R v Bateman (111):

"To support an indictment for manslaughter the prosecution must prove... that the negligence or the incompetence of the accused went beyond mere matter of compensation and showed such disregard for the life and the safety of others as to amount to a crime against the State and conduct deserving punishment".

"Manslaughter" kan ook "gepleeg" word deur 'n omissio of late, maar dan moet dit eers vassstaan dat daar 'n "duty to act" was (112). Nalatigheid bestaan ook nie in die lug nie. Daar moet nalatigheid wees ten aansien van 'n bepaalde gevolg. Vir "manslaughter" moet daar "growwe" nalatigheid wees ten aansien van die dood of (ten minste) ernstige liggaamlike leed. Dieselfde vereiste geld natuurlik ook vir "recklessness"(113).

---

(109) Vgl Cross & Jones 177; sien ook Andrews v DPP supra; R v Seymour [1983] 2 All ER 1058 (HL); R v Stone & Dobinson [1977] 2 All ER 341 (CA).

(110) Glanville Williams 287.

(111) 1925 LJKB 791; sien ook Glanville Williams 259.

(112) Sien in dié verband Glanville Williams 262 ev; vgl ook R v Stone & Dobinson supra 354: "The defendant must be proved to have been indifferent to an obvious risk of injury to health, or actually to have

## 2 3 Die Verenigde State van Amerika

### 2 3 1 Algemeen

Net soos die Engelse reg, ken die Amerikaanse reg ook die begrip "tort" en is daar ook 'n aansienlike ooreenstemming tussen dié twee regstelsels ten aansien van dié begrip. 'n "Tort", wat die Amerikaanse reg betref is al soos volg gekarakteriseer:

"A wrong is called a tort only if the harm which has resulted, or is about to result from it, is capable of being compensated in an action at the law for damages, although other remedies may also be available. Beyond this, it has been said that torts consist of the breach of duties fixed and imposed upon the parties by the law itself"(114).

Nalatigheid is in sy privaatregtelike sin, wat die Amerikaanse reg betref (net soos in die Engelse reg), ook 'n "tort", terwyl dié begrip ook stewig gesetel is in die Amerikaanse strafreg (sogenaamde "criminal negligence")(115). Net soos in die Engelse reg en trouens ook in die Suid-Afrikaanse reg, gaan dit ook in die Amerikaanse privaatreë oor die beskerming van die individuele belang en die vergoeding van skade, terwyl die strafreg weer die beskerming van die gemeenskap en die

---

foreseen the risk but to have determined nevertheless to run it".

(113) Clarkson & Keating 516; Glanville Williams Textbook 266; Smith & Hogan 323.

(114) Prosser Law of Torts (1971) 4; sien ook Gregory Kalven & Epstein Cases and Materials on Torts (1977) 10; White Tort Law in America (1980) 3.

toemeting van straf aan oortreders ten doel het. Nalatigheid kan dus in die Amerikaanse reg, afhange van die omstandighede, 'n "tort" of 'n "crime" of albei wees. Dit val nie te betwyfel nie dat die begrip "nalatigheid" in die "tort law" in beginsel kan oorvleuel met dié begrip in die Amerikaanse strafreg. Volgens Prosser lê die onderskeid tussen "tort" en "crime", soos reeds aangetoon, "in the interests affected and the remedy afforded by law"(116). Teen hierdie agtergrond, word nalatigheid as 'n "tort" en strafregtelike nalatigheid ("criminal negligence") vervolgens afsonderlik bespreek.

### 2 3 2 Nalatigheid as 'n "tort"

Alle eise gebaseer op nalatigheid is spesies van sogenaamde "tort law", wat omskryf kan word as:

"A violation of a duty imposed by the general law or, otherwise upon all persons occupying the relation to each other which is involved in a given transaction" (117).

Nalatigheid, in die Amerikaanse reg, kan weer soos volg omskryf word:

"The omission to do something which a reasonable man guided by those ordinary considerations which ordinarily regulate human affairs, would do, or

---

(115) Prosser 7 ev; sien ook Perkins Criminal Law (1969) 73 ev.

(116) Prosser 7 ev; sien ook Klotter Criminal Law (1983) 12; vgl Catala & Weir 1963 Tulane Law Review 573 ev; Hall "Interrelation of Criminal Law and Torts" 1943 Columbia Law Review 753 ev.

(117) Vgl Coleman v California Friends Church 81 P 2d 469 (Cal 1938).

the doing of something which a reasonable and prudent man would not do" (118).

Eise gebaseer op nalatigheid veronderstel dus dat die verweerder 'n sogenaamde "duty" teenoor die eiser verskuldig was; dat die verweerder die "duty" verbreek het en dat sodanige verbreking van die "duty" skade of nadeel vir die eiser veroorsaak het.

### 2 3 2 1 Die "redelike man"-toets

Die standaard wat van regsweê vereis word om te bepaal of daar 'n verbreking of skending van 'n "duty" was, is dié van die "redelike man" (119). Indien die "redelike man" enige risiko's sou vermy of voorkom het en die verweerder dit nie gedoen het nie, terwyl hy soos die redelike man in dieselfde omstandighede só moes opgetree het, is die verweerder nalatig. Staan dit egter vas dat die redelike man in die omstandighede waarin die verweerder hom bevind het, dieselfde sou opgetree het, kan daar nie sprake wees van nalatigheid aan die kant van die verweerder nie(120). Wie die "redelike man" nou eintlik is, is ook nie altyd

---

(118) Vgl Gregory, Kalven & Epstein 101: "Negligence is a concept which is extremely difficult to define satisfactorily. Of course the term includes carelessness and indifference toward the interests and safety of others. Negligence, then, begins as a commonsense term taken from everyday speech and becomes greatly elaborated in legal application"; Prosser 143: "Negligence ... is simply one kind of conduct; sien ook Terry "Negligence" 1915 Harvard Law Review 40 ev; Osborne v Montgomery 203 Wis 234 NW 376 (1931); Scheider v Little Company 151 NW 587 (Mich 1915).

duidelik nie, maar in die algemeen kan aanvaar word dat dit die "ordinary and prudent man is". Die "redelike man" is ook soos volg beskryf:

"This excellent but odious character stands like a monument in our Courts of Justice vainly appealing to his fellow citizens to order their lives after his own example" (121).

Treffend, indien nie effe oordrewe nie, beskryf die skrywer Herbert die redelike man soos volg:

"He is the ideal, a standard, the embodiment of all those qualities which we demand of the good citizen ... He is the one who invariably looks where he is going, and is careful to examine the immediate foreground before he executes a leap or a bound; who neither star-gazes nor is lost in meditation when approaching trapdoors or the margin of a dock ... who never mounts a moving omnibus and does not alight from any car while the train is in motion ... and will inform himself of the history and habits of a dog before administering a caress ... who never drives the ball until those in front of him have definitely vacated the putting green which is his own objective ... who never from one year's end to another makes an excessive demand upon his wife, his neighbours, his servants, his ox, or his ass ... who never swears, gambles or loses his temper; who never uses nothing except in moderation, and even while he flogs his child is mediating only on the golden mean ... In all that mass of authorities which bears upon this branch of the law, there is no single mention of the reasonable woman" (122).

---

(119) Prosser 143: "A duty, or obligation, recognised by law, requiring the actor to conform to a certain standard of conduct"; vgl ook Boyd v Coca Cola Bottling Works 177 SW 80 (Tenn' 1915): "If a customer in a store buys a soft drink and, after drinking half of it, discovers a worm in the remainder, he will allege when he sues the manufacturer that there was a duty owed to all customers, himself included, to bottle drinks without impurities and that breach injured him by making him sick".

(120) Prosser 149; sien ook Gregory Kalven & Epstein 130: "It is sometimes said that the study of negligence is the study of the mistakes the reasonable man might make".

(121) Herbert Misleading Cases in the Common Law (1930) 12-16.

Volgens voorgaande omskrywing is die redelike man eerder 'n "heilige man" as 'n "redelike man"! Hoe dit ook sy, die standaard van die redelike man is 'n soeke na 'n objektiewe norm waaraan alle gevalle van nalatigheid getoets kan word; 'n norm wat sosiaal en juridies aanvaarbaar is. Die toets of maatstaf van die redelike man is dan ook in beginsel objektief (123). Dit wil voorkom of nalatigheid as 'n "tort" 'n tipe van gedrag of optrede is en nie 'n bepaalde geestesgesindheid is nie(124).

### 2 3 2 2 Deskundiges

By die vraag na die nalatigheid van deskundiges word die maatstaf van die "redelike man" vervang met dié van die "redelike deskundige", of sogenaamde "duly careful member of the profession"(125). Om nalatigheid van deskundiges te toets aan dié van die "redelike man", sal nóg sosiaal nóg juridies aanvaarbaar wees. Juis vanweë sy besondere kennis en ervaring word daar 'n hoër graad van sorgsaamheid van die deskundige verwag wanneer hy hom met 'n aktiwiteit besig hou waarvoor besondere kennis en

---

(122) Herbert 12.

(123) Gregory Kalven & Epstein 132; Prosser 145; sien ook Seavy "Negligence - Subjective or Objective" 1927 Harvard Law Review 8: "To the extent that the actor's conduct is determined with reference to the community valuations we may say that an objective test applies"; Terry 1915 Harvard Law Review 42; Restatement of Torts 291-293.

(124) Sien Prosser 145: "Negligence is conduct and not a state of mind"; vgl Edgerton "Negligence, Inadvertence and Indifference" 1926 Harvard Law Review 849.

ervaring vereis word. Om derhalwe sy gedrag te meet aan dié van die "redelike man", sou as't ware deskundiges "lisensieer" om nalatig te wees sonder dat sodanige nalatigheid ooit gesanksioneer word deur die reg, omdat die deskundige se gedrag amper altyd ten minste aan die "redelike man" se gedrag sal voldoen(126). Dit val nie te betwyfel nie dat ongeag watter maatstaf of standaard daar vir nalatigheid gestel word, die bestaan al dan nie daarvan in die finale instansie nog steeds sal afhang van die besondere omstandighede van elke geval.

### 2 3 2 3 Grade van nalatigheid

Die graad van sorgsaamheid wat vereis word by die toepassing van die standaard van sogenaamde "reasonable conduct" sal, afhangende van die risiko's, proporsioneel vermeerder of verminder. Daar word dus van 'n persoon verwag om 'n groter mate van sorgsaamheid uit te oefen waar die klaarblyklike risiko van gevaar ook groter is (127). Hierdie stelling noep mens noodwendig om te aanvaar dat daar grade van nalatigheid is in die Amerikaanse "tort law". Prosser merk soos volg op:

" A different, and older approach has recognised distinct degrees of negligence itself, which is to say degrees of legal fault, corresponding to required degrees of care. This idea was borrowed

---

(125) Prosser 145; sien ook Harris v Fall 7 Cir 1910 177 F 79.

(126) Dié aspekte van professionele nalatigheid word later volledig bespreek; vir voorbeelde van professionele nalatigheid sien Prosser 161 ev.

(127) Vgl Foy v Friedman 1960 108 US App DC 176: "Greater the hazard, greater the care required".



from the Roman law in 1704 by Chief Justice Holt ... It recognizes three "degrees" of negligence: slight negligence, which is failure to use great care; ordinary negligence which is failure to use ordinary care; and gross negligence which is failure to use even slight care ... Although the idea of degrees of negligence has not been without its advocates, it has been condemned by most writers and except in bailment cases rejected at common law by nearly all the courts, as a distinction vague and impracticable in its nature, unfounded in principle ... The prevailing view is that there are no degrees of care or negligence, as a matter of law; there are only different amounts of care as a matter of fact; and gross negligence is merely the same thing as ordinary negligence" (128).

Ten spyte van hierdie onwilligheid om grade van nalatigheid of sorgsaamheid te erken, wil dit tog voorkom of die bestaan daarvan nie in totaal negeer kan word nie, veral waar grade van nalatigheid vir doeleindes van aanspreeklikheid wel in die sogenaamde "guest statutes" van sekere state in die VSA erken word (129). So verklaar Gregory Kalven en Epstein:

"But whatever the conceptual difficulties, there probably are occasions where the average person would understand the difference between one who was "negligent" and one who was 'damned negligent'" (130).

Hier kan dus as't ware van "verswarende" nalatigheid gepraat word.

---

(128) Prosser 182; sien ook Gregory Kalven & Epstein 134: "Scholars have been critical of the notion that there can be degrees of negligence or degrees of care".

(129) Prosser 182 ev; vgl ook Elliot "Degrees of Negligence" 1932 Southern California Review 127; sien ook Conway v O'Brien 111 F 2d 611 (2nd Cir 1940) ten opsigte van die "guest statutes" in die staat Vermont waar 'n passasier slegs sy "host" aanspreeklik kan hou as gevolg van "gross negligence".

(130) Gregory Kalven & Epstein 134.

Waar daar wel dan grade van nalatigheid erken word, kan daar in beginsel onderskei word tussen sogemaande "slight negligence", "gross negligence" en "wilful wanton and recklessness". Geringe nalatigheid dui op die versuim om voldoende sorgsaamheid aan die dag te lê ("absence of that degree of care and vigilance which persons of extraordinary prudence and foresight are accustomed to use")(131). Growwe nalatigheid dui weer op 'n onverskilligheid of roekeloosheid ten opsigte van die moontlike intrede van 'n bepaalde gevolg ("the failure to exercise even that care which a careless person would use")(132). Growwe nalatigheid is in beginsel 'n drastiese afwyking van die standaard van sorgsaamheid wat van regsweê vereis word. Die begrip "wilful wanton and reckless" word weer gebruik as 'n verswarende vorm van nalatigheid "differing in quality rather than a degree from ordinary lack of care"(133). Dat dié begrip tot 'n groot mate met growwe nalatigheid ooreenstem en meermale daaraan gelykgestel word, kan nie ontken word nie.

### 2 3 3 Nalatigheid in die strafreg

#### 2 3 3 1 Algemene omskrywing

Strafregtelike nalatigheid in die Amerikaanse reg kan in die algemeen soos volg omskryf word:

---

(131) Prosser 183.

(132) Prosser 183; sien ook Desrosiers v Cloutier 1942 92 NH 100A 2d: "Reckless conduct will satisfy a requirement of gross negligence".

(133) Prosser 184.

"In criminal law, negligence is failure to perform a duty owed by the person charged where such conduct is reckless and indifferent to the consequences. It must be more, or of greater degree, than 'ordinary negligence'. Criminal negligence is not established simply by the fact that the defendant failed to exercise due 'care'; the negligence must involve a higher probability of harm than is necessary for purposes of imposing civil liability" (134).

Die "Model Penal Code" omskryf nalatigheid soos volg:

"A person acts negligently with respect to a material element of an offence when he should be unaware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists, or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that would be exercised by the reasonable man in his situation"(135).

Ten spyte van hierdie omskrywings van strafregtelike nalatigheid, heers daar nogtans groot verwarring en selfs onsekerheid oor die aard en wese van dié begrip. Getrou aan die Anglo-Amerikaanse tradisie, kan daar opgemerk word dat die begrip "roekeloosheid" (soos weldra aangetoon sal word), net soos in die Engelse reg, baie met hierdie onsekerheid te make het. Strafregtelike nalatigheid is wel omskryf, maar nóg die Amerikaanse wetgewer nóg die howe het al eensgesindheid bereik oor die eienskappe van en die vereistes vir nalatigheid. Wat die strafreg betref, word die nalatigheidsbegrip in die algemeen gekarakteriseer met woorde soos "criminal

---

(134) Klotter 30; sien ook Hall General Principles of (1960) 114 ev; La Fave & Scott Handbook on Criminal Law (1986) 71; Perkins 71 ev.

(135) Proposed Official Draft (Philadelphia: American Law Institute 1962) Artikel 2.02.

negligence", "gross negligence", "culpable negligence" "recklessness", "without due care or circumspection" en derglyke terme wat oor en weer deurmekaar gebruik word, sonder 'n behoorlike aanduiding van die betekenis daarvan (136). Dat daar nie 'n duidelike onderskeid tussen nalatigheid en roekeloosheid gemaak word nie en dat dié begrippe trouens soms aan mekaar gelykgestel word, val nie te betwyfel nie. Tog is dit nodig om duidelik te onderskei tussen nalatigheid en roekeloosheid. Roekeloosheid word soms beskou as 'n hoër graad van nalatigheid of dan "verswarende" nalatigheid, maar dit is ook al beweer dat roekeloosheid eerder 'n ligte graad van opset as 'n hoër graad van nalatigheid is (137).

### 2 3 3 2 Die begrip "recklessness"

Die "Model Penal Code" omskryf roekeloosheid soos volg:

"A person acts recklessly with respect to a material element of an offence when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation" (138).

---

(136) Vgl Hall 121 ev; La Fave & Scott 211 ev; Perkins 73: "There is a tendency to speak of behaviour amounting to criminal negligence in terms of reckless conduct or recklessness".

(137) Hall 128.

(138) Proposed Official Draft supra.

Suiwer volgens definisie kan, wat die verskil tussen roekeloosheid en nalatigheid betref, opgemerk word dat roekeloosheid dui op 'n verwytbare gesindheid aan die kant van die oortreder wat inhou dat hy subjektief sekere gevare of risiko's, wat in sy optrede geskuil het, voorsien het. Nalatigheid, daarenteen, dui daarop dat die oortreder heeltemal onbewus was van die gevare of risiko's wat in sy optrede geskuil het, hoewel dit onredelik die risiko van benadeling van ander vergroot het. Die verskil tussen dié twee begrippe lê dus in "the awareness of increasing the danger" (139).

Voorts kan gesê word, dat in die geval van nalatigheid die norm of standaard 'n objektiewe toets is vir sover bepaal moet word of die optrede van die dader redelik was, aldan nie, gemeet aan die standaard van die redelike man in dieselfde omstandighede. In die geval van roekeloosheid word 'n subjektiewe element vereis wat dan tot inhoud het dat die dader inderdaad die risiko van benadeling van ander moes voorsien het ten einde aanspreeklik of verwytbaar te wees (140).

### 2 3 3 3 Nalatigheid as 'n vorm van skuld

Volgens artikel 2.02 van die "Model Penal Code" word die minimum vereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid ("culpability") soos volg gestel:

---

(139) Vgl Hall 128.

(140) Hall 128.

"A person is not guilty of an offence unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently as the law may require, with respect to each material element of the defence" (141).

Hiervolgens wil dit voorkom of nalatigheid 'n vorm van skuld (mens rea) is. Hall (142) merk soos volg op:

"It is essential to take account of the defendant's state of mind in describing negligence: since it means ... that it was not intentional or reckless".

Daar kan aanvaar word dat strafregtelike nalatigheid 'n vorm van skuld is wat naas opset en roekeloosheid bestaan, of behoort te bestaan. Alhoewel daar verskillende omskrywings van nalatigheid in die Amerikaanse strafreg is, is daar twee wesenlike aspekte wat dié omskrywings gemeen het, naamlik:

- (i) die bepaling van 'n voorgeskrewe graad van risiko wat deur die beskuldigde se gedrag daargestel word; en
- (ii) 'n verklaring dat die optrede van die beskuldigde beoordeel moet word aan die hand van 'n objektiewe standaard van die redelike man"(143).

Die graad van risiko wat vir nalatigheid vereis word, is 'n "onredelike risiko" wat andere moontlik kan benadeel. Morkel (144) voer aan dat dit duidelik is uit die gebruik van die uitdrukking "onredelike risiko" dat daar kennis geneem moet word dat alle lede van die gemeenskap in hulle alledaagse optrede risiko's skep sonder om hulle

---

(141) Proposed Official Draft supra; sien ook Klotter 28.

(142) Hall 114.

(143) Sien die bespreking van La Fave & Scott 210 ev.

bloot te stel aan vervolging op grond van nalatigheid. Dit moet egter beklemtoon word dat die bestaan van nalatigheid al dan nie sal afhang van die besondere omstandighede van elke geval.

Die Amerikaanse strafreg ken ook verskillende grade van nalatigheid. Vir strafregtelike aanspreeklikheid word 'n hoër graad van nalatigheid vereis as in die geval van die onregmatige daad (145).

2 3 3 4 Gemeenregtelike misdrywe waarvoor nalatigheid vereis word

Waar 'n dader die dood van 'n persoon nalatig veroorsaak, sal so 'n dader na alle waarskynlikheid van "manslaughter", meer bepaald sogenaamde "involuntary manslaughter", aangekla word. Dit wil voorkom of "manslaughter" die enigste gemeenregtelike misdaad is waarvoor onbewuste nalatigheid as genoegsaam vir aanspreeklikheid beskou word (146). Tradisioneel word "involuntary manslaughter" beskryf as:

"A homicide unintentionally caused and without malice, resulting from the commission of an unlawful act not amounting to a felony, or for negligence, or lack of caution, or absence of skill in the commission of a lawful act, or failure to perform a legal duty. Involuntary manslaughter differs from voluntary manslaughter in that it is

---

(144) Morkel 116.

(145) La Fave & Scott 211; sien ook Chandler 146 P 2d 598 603 (Okt 1944): "A higher degree of negligence is required to establish criminal liability".

(146) Sien die volledige besprekings van La Fave & Scott 605 ev; Perkins 111 ev.

done without intent and from murder in that there is no malice aforethought" (147).

Alhoewel daar nie altyd eenstemmigheid in die verskillende state in Amerika bestaan oor watter graad van nalatigheid vereis word ten einde 'n beskuldigde suksesvol op 'n aanklag van "involuntary manslaughter" te vervolg nie, word algemeen aanvaar dat 'n beskuldigde skuldig is aan "involuntary manslaughter" as die dood as gevolg van "gross, wanton or culpable negligence" ingetree het. 'n Definitiewe onderskeid word getref tussen gewone nalatigheid en sogenaamde "culpable negligence" (148). Daar is dan ook al beslis dat die optrede van die beskuldigde moet neerkom op "wanton or reckless disregard for human life"(149). 'n Verdere element wat vir "involuntary manslaughter" vereis word, is dat die vervolging sal moet bewys dat daar 'n kousale verband tussen die handeling van die dader en die ingetrede gevolg (die dood) was (150).

Interessant is die feit dat die "Model Penal Code" nie voorsiening maak vir "involuntary manslaughter" nie, maar wel vir sogenaamde "negligent homicide"(151). Volgens artikel 210 (4) word "negligent homicide" soos volg omskryf:

- (i) Criminal homicide constitutes negligent homicide when it is committed negligently.
- (ii) Negligent homicide is a felony of

---

(147) Klotter 57.

(148) State v Baublits 324 Mo 1199 27 SW 2d (1930).

(149) Maryland v Chapman 101 F Supp 335 (Md 1951); sien ook Klotter 59.

(150) People v Mulcahy 318 Ill 332 149 NE (1925).

(151) Proposed Official Draft supra.



the third degree".

Artikel 210 (4) stel "negligent homicide" strafbaar as 'n misdad, maar dan in 'n "ligter" graad as "manslaughter". Die graad van nalatigheid wat vereis word vir aanspreeklikheid is 'n growwe afwyking ("gross deviation") van die gewone standaard wat van regswee vereis word (152). Sommige state in die VSA het bestaande statute en kodes in navolging van die "Model Penal Code" hersien of aangepas om "negligent homicide" in te sluit, terwyl ander weer die begrip "involuntary manslaughter" onder die gemenereg behou het (153).

Daar kan aanvaar word dat vir strafregtelike aanspreeklikheid en 'n suksesvolle vervolging op 'n aanklag van "involuntary manslaughter" of "negligent homicide", dit in beginsel sal moet vasstaan dat die beskuldigde se optrede ver afgewyk het van die standaard van die redelike man in dieselfde omstandighede. In dié verband word die begrippe "gross" of "culpable" dikwels gebruik. By die vraag of die beskuldigde se optrede grof afgewyk het van die standaard van die redelike man, mag die hof 'n subjektiewe element vereis in dié sin dat die beskuldigde die gevare van sy handeling voorsien het en daarmee sluip die begrip "roekeloosheid" natuurlik weer by die agterdeur in. Die toets vir nalatigheid bly egter in

---

(152) Klotter 59 ev.

(153) Klotter 59 ev; state wat die "Model Penal Code" navolg tav "negligent homicide" is, onder andere, Alaska, Kalifornië, Massachusetts, Michigan, Nevada, Ohio en Missouri.

beginsel objektief. Waar nalatigheid aan roekeloosheid gelykgestel word, moet die hof tevrede wees dat die beskuldigde, subjektief beoordeel, bewus was van die gevare en risiko's wat sy optrede ingehou het (154).

## 2 4 Duitsland

### 2 4 1 Algemeen

Die Duitse reg (meer spesifiek die begrip "nalatigheid"), word bespreek as voorbeeld van 'n Vastelandse (Europese) regstelsel, teenoor die Engelse en Amerikaanse regstelsels wat in beginsel as "common law"-stelsels beskryf kan word, en in vergelyking met die Suid-Afrikaanse reg, wat weer 'n sogenaamde hibriede of gemengde regstelsel is. Die Duitse reg is 'n voorbeeld van 'n "civil law"-stelsel en in hierdie sin word bedoel dat dit 'n regstelsel is wat die Romeinse ius civile as ontstaansbron het(155). Getrou aan die gees van kodifikasie van die reg wat feitlik die hele Wes-Europa deurspoel en beïnvloed het, is die Duitse reg by uitstek 'n voorbeeld van gekodifiseerde reg (156).

Wat die begrip "nalatigheid" ("Fahrlässigkeit") in sy

---

(154) Vgl La Fave & Scott 211; sien ook Hall & Gleuck Problem Cases (1960) 104; Morkel 122-135.

(155) Vgl David & Brierly 21 ev; Van Zyl 131 ev; Zweigert & Kötz An Introduction to Comparative Law (1977) Vol 1 145 ev.

(156) Vir 'n volledige bespreking van die historiese ontwikkeling en inhoud van die Duitse reg, sien David & Brierly 21 ev; Van Zyl 131 ev; Zweigert & Kötz 145 ev; sien ook Baur Bibliographie des Deutschen Rechts (1964) 260 ev; Heubner History of Germanic Private Law (1918) 30 ev.

privaatregtelike sin in die Duitse reg betref, is die gronde vir aanspreeklikheid (spesifiek vir die onregmatige daad) vervat in die Bürgerliches Gezetzbuch (BGB)(157). Aanspreeklikheid op grond van nalatigheid in die Duitse strafreg is vervat in die Strafgesetzbuch (StGB)(158). Net soos die delik in die Suid-Afrikaanse reg en die "tort" in die Engelse en die Amerikaanse reg, beoog die reg insake die onregmatige daad (Deliktsrecht), soos vervat in die BGB (paragrafe 823 tot 853), die beskerming van die individuele belang en die vergoeding van skade (159). Die Duitse strafreg, soos vervat in die StGB, beoog die beskerming van die gemeenskap en die bestrawwing van oortreders(160). Teen hierdie basiese agtergrond word die begrip "nalatigheid" ("Fahrlässigkeit") in die Duitse privaatreë en strafreg ondersoek.

#### 2 4 2 Nalatigheid in die privaatreë

---

(157) Vgl Baur 61: "Es entspricht dem Kodifikationsprinzip, dass die Hauptmasse des Zivilrechts in einem enthalten ist? Dies ist das Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)"; vir 'n bespreking van die samestelling en inhoud van die BGB sien Van Zyl 140 ev; Zweigert & Kötz 145; sien ook Schuster The Principles of German Civil Law (1907) 20 ev; vir 'n regsvergelende studie van die Duitse reg met die Engelse en Amerikaanse reg, sien Catala & Weir 1963 Tulane Law Review 663.

(158) Vgl Baur 117: "Rechtsgrundlage des Strafrechts is das Strafgesetzbuch (StGB); sien ook Jescheck Lehrbuch des Strafrechts AT (1988) 1 ev.

(159) Sien Horn Kötz & Leser German Private and Commercial Law (1982) 146: "The function of these rules (of tort) is to determine the conditions under which, consistently with the prevailing sense of fairness and social justice, the victim may shift to someone else the cost of the harm to which he has been exposed"; sien ook Heubner 578; vgl Cohn Manual of German Law (1968) 155; vgl Paragraaf 823 BGB: "... ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet".

(160) Vgl Paragraaf 222 StGB; sien ook Schönke & Schröder Strafgesetzbuch Kommentar (1991) 1491.

## 2 4 2 1 Nalatigheid as 'n vorm van skuld

Breedweg kan gesê word dat aanspreeklikheid in die Duitse privaatreë op skuld berus (die "Verschuldungsprinzip"). Nalatigheid is dan, naas opset, 'n vorm van skuld (161). Die begrip "nalatigheid", word in die Duitse privaatreë soos volg omskryf:

"Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderlich Sorgfalt ausser acht lässt" (162).

Von Staudinger (163) verwys weer soos volg na die elemente van die begrip "nalatigheid":

"Die Elemente der Fahrlässigkeit sind Pflichtwidrigkeit, Ausserachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfaltspflicht ... Der Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit besteht darin, dass der Täter die nach den Umständen im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht gelassen hat und der daruch verursachte spätere Erfolg für ihn bei Anwendung dieser Sorgfaltvoraussehbar war".

Dit wil dus voorkom of nalatigheid dui op die afwesigheid of versuim van 'n sekere standaard van sorgsaamheid wat van elke lid van die gemeenskap vereis word om aan die dag te lê, ten einde die veroorsaking van nadeel van sy medemens te vermy. Anders gestel, nalatigheid is 'n verwyte

---

(161) Von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1985) 363 ev; sien ook Horn Kötz & Leser 147: "The requirement of fault is satisfied if the harmful conduct is either intentional or negligent"; Heubner 89: "The present Civil Code also has laid the element of fault ("Verschuldungsprinzip") at the basis of its regulation of tort damages".

(162) Paragraaf 276 BGB; sien ook Horn Kötz & Leser 147; Larenz Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Ein Lehrbuch (1972) 32.

(163) Von Staudinger 368.

wat die dader tref omdat hy nie 'n vereiste standaard van sorgsaamheid ("Aufmerksamkeit") aan die dag gele het nie.

#### 2 4 2 2 Die toets vir nalatigheid

Die toets of maatstaf vir nalatigheid in die Duitse privaatreë is in beginsel objektief (163). Uit die omskrywing van nalatigheid, soos blyk uit paragraaf 276 BGB, kan daar nog steeds gevra word wat die gangbare vereiste ("Verkehr erforderlich") of standaard van optrede is wat van regsweë vereis word. Daar word aan die hand gedoen dat die standaard van optrede wat van regsweë vereis word in die praktyk niks anders is nie as die "redelike man"-toets (164). Die graad van sorgsaamheid wat dus van elke lid van die gemeenskap vereis word, is dié van die "redelike man". Waar nadeel of skade veroorsaak is as gevolg van 'n besondere aktiwiteit, soos die bestuur van 'n motor of die uitvoer van 'n operasie, is die graad van sorgsaamheid wat vereis word dié van die "redelike motorbestuurder" of die "redelike chirurg". 'n Groter mate van sorgsaamheid word dus van deskundiges vereis (165).

---

(163) Sien Von Staudinger 368: "Die ihm Verkehr erforderliche Sorgfalt ist nach objektiven Massstäben zu messen"; vgl Horn Kötzt & Leser 148: "Negligence connotes a want of that degree of care which is generally regarded as necessary in social life; for this purpose one must consider how a reasonable man in the same position would have acted as to avoid exposing others to an unreasonable high risk of injury".

(164) Von Staudinger 368.

(165) Cohn 118; Larenz 32<sub>ev</sub>; Von Staudinger 368 ev.

2 4 2 3 Die belang van paragraaf 823 BGB

Die reg insake die onregmatige daad word in heelwat besonderhede behandel in paragrawe 823 tot 853. Interessant is die feit dat die onregmatige daad, in teenstelling met die "common law"-stelsels, nie as 'n afsonderlike afdeling van die reg behandel word nie, maar as 'n deel van die Verbintenisreg ("Schuldverhältnisse")(166). Die grondliggende beginsel van deliktuele aanspreeklikheid blyk uit paragraaf 823:

"(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet" (167).

Dit blyk dus dat die blote skending van enige van die regsbelange vermeld in dié paragraaf voldoende mag wees om die element van onregmatigheid daar te stel. 'n Verdere vereiste vir aanspreeklikheid wat nie spesifiek in dié paragraaf gemeld word nie, maar wat per se aanvaar moet word, is natuurlik dat die dader oor "Deliktsfahigheid" moet beskik, wat basies daarop neerkom dat die dader regtens

---

(166) Cohn 154; Horn Kötz & Leser 147; sien ook Titze Bürgerliches Recht: Recht der Schuldverhältnisse (1948) 1 ev.

(167) Von Staudinger 7 ev; Paragraaf 823(2) en (3) bepaal onderskeidelik dat die oortreding van statutêre voorskrifte strafbaar is en dat waar skade opsetlik veroorsaak is op 'n ander wyse as wat contra bonos mores beskryf kan word, sodanige optrede ook strafbaar is. Hierdie twee subartikels van paragraaf 823 is egter nie relevant hier nie - vir 'n bespreking hiervan vgl Cohn 158 ev.

toerekenbaar moet wees vir sy onregmatige optrede wat skade of nadeel vir 'n ander veroorsaak het (168).

'n Verdere belangrike aspek vir privaatregtelike aanspreeklikheid, kragtens paragraaf 823, is dat die dader deur sy onregmatige en skuldige optrede die eiser se regte of belange inderdaad benadeel of skaad. Waar 'n mediese dokter dus die lewe, liggaam of gesondheid van 'n pasiënt onregmatig en nalatig aantast, sal hy ingevolge paragraaf 823 teenoor die pasiënt vir die vergoeding van skade wat hy aldus veroorsaak het, aanspreeklik wees (169). Benadeling of aantasting van lewe, ingevolge paragraaf 823, dui op die onregmatige en nalatige veroorsaking van dood. Benadeling van liggaam en gesondheid sluit enige aantasting van die liggaamlike welstand wat aan eksterne faktore toegeskryf kan word, in. Daar is dan ook beslis dat blote geestelike versteurings wat op benadeling van liggaam en gesondheid dui, nie per se voldoende is vir aanspreeklikheid nie. Sodanige behandeling moet tot medies-vasstelbare gevolge van 'n fisiese of psigiese aard aanleiding gee (170).

---

(168) Vgl Baur 65: "Die Deliktsfähigkeit bedeutet die Verantwortlichkeit für nichtrechtsgeschäftliches, deliktisches Handeln, also das Einstehenmüssen für Unrecht, das einem anderen zugefügt wird".

(169) Vgl hier in die algemeen Bappert Artz und Patient als Rechtsuchende (1980) 37 ev; Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht (1983) 62 ev; Laufs & Uhlenbruck Handbuch des Arztrechts (1992) 648 ev; sien ook BGH 1971 NJW 1079; BGH 1972 NJW 335; BGH 1973 NJW 556; BGH 1974 NJW 1422; BGH 1985 NJW 671; BGH 1989 NJW 781; BGH 1991 NJW 1948.

(170) Horn Kötz & Leser 148.

2 4 3 Nalatigheid in die strafreg

2 4 3 1 Algemeen

In die algemeen kan gesê word dat nalatigheid in die Duitse strafreg berus op die beginsel van skuld. Baur merk soos volg op:

"Das Deutsche Strafrecht ist Schuldstrafrecht: mit Strafe belegt werden kann nur, wer schuldig ist und die Tat vorsätzlich - oder wo das Gesetz diese Schuldform genügen lässt - fahrlässig begangen hat" (171).

Die beginsel van nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege word ook in die Duitse strafreg erken en toegepas (172).

Alhoewel paragraaf 15 van die StGB bepaal dat slegs opsetlike optrede ("vorsätzliches Handeln") strafbaar is, word opset (Vorsatz) en nalatigheid (Fahrlässigkeit) nie in die StGB omskryf nie. In die lig hiervan bestaan daar in die moderne Duitse strafregliteratuur meningsverskil oor die inhoud van die begrippe nalatigheid en opset, asook oor die plek wat hulle in die strafregsystematiek inneem(173). Hoe dit ook sy, wil dit voorkom of die heersende opvatting is dat nalatigheid nie slegs 'n skuld-vorm naas opset is nie, maar dat nalatigheidsmisdade heeltemal 'n ander struktuur as opsetsmisdade het. Hierdie siening is eerstens toe te skryf aan die invloed van Welzel se finalistiese handelingsbegrip, waarvolgens alle handeling gewilde of opsetlike handeling is en die strafbaarheid van ongewilde of nalatige handeling 'n

---

(171) Baur 117.



ander verklaring verg, en tweedens aan die opkoms van die normatiewe skuldbegrip waarvolgens die kern van skuld nie 'n psigologiese gesindheid is nie, maar 'n normatiewe verwyt (174).

Ten spyte van die feit dat die tuiste van "Vorsatz" en "Fahrlässigkeit" in die sistematiek van die misdaad nog steeds 'n omstrede aangeleentheid is, kan ten minste aanvaar word dat nalatigheid as strafregtelike vorm van skuld in die Duitse strafreg erken word.

#### 2 4 3 2 Die omskrywing van nalatigheid

Alhoewel die begrip "nalatigheid" nie in die StGB omskryf word nie, word nalatigheid in die Duitse strafreg soos volg deur Jescheck omskryf:

"Fahrlässig handelt wer den Tatbestand eines Strafgesetzes infolge ungewolter Verletzung einer Sorgfaltspflicht verwirklicht und dies pflichtwidrig nicht erkennt oder dies zwar für möglich hält, aber pflichtwidrig darauf vertraut dass der Erfolg nicht eintreten werde" (175).

---

(172) Baur 117: "Es gilt der Grundsatz: nullum sine lege, nulla poena sine lege"; sien ook Bockelmann & Volk Strafrecht Allgemeiner Teil (1987) 155 ev.

(173) Vgl Jescheck 456 ev; Schönke & Schröder 206 ev; Schmidhäuser Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch (1975) 203 ev.

(174) Welzel Das Deutsche Strafrecht (1969) 33 ev; sien ook Jescheck 456-457; volgens Schönke & Schröder 242 verklaar die StGB nie spesifiek of opset en nalatigheid skuldvorms is of nie; Schmidhäuser 391; vgl Snyman "The Finalistic Theory of an Act in Criminal Law" 1979 SASK 136 ev.

(175) Jescheck 426 ev; sien ook Baumann & Weber 430 ev; Bockelmann & Volk 156 ev; Jakobs 256 ev.

Hiervolgens kan gesê word dat die onregmatigheid van die nalatigheidsmisdaad daaruit bestaan dat die dader nie aan die sorgvuldigheidsmaatstaf wat in die betrokke omstandighede van hom verwag of geverg is, voldoen het nie.

Nalatigheid neem die vorm aan van bewuste of onbewuste nalatigheid:

Bewusst fahrlässiges Verhalten ist gegeben, wenn der Täter der Rechtsgutverletzung sieht diese Gefahr aber nur als abstrakte Fernliegende einschätzt, weil er auf Grund der Wertung des Gesamtechverhalts zu dem Ergebnis kommt ... Unbewusst Fahrlässiges Verhalten wenn der Täter sich nicht einmal der Tatsache bewusst ist, dass er durch sien Verhalten Rechtgüter anderer gefahrden könnte" (176).

By beide vorms van nalatigheid is die verwyte wat die dader tref die feit dat hy nie aan die vereiste standaard van sorgsaamheid voldoen het nie. Ingeval van bewuste nalatigheid voorsien die dader sekere gevare wat in sy optrede skuil, maar besluit dan dat die gevaar nie sal intree nie. By onbewuste nalatigheid besin die dader egter nie oor die verbode ingetrede gevolg van sy handeling nie (177).

#### 2 4 3 3 Die toets vir nalatigheid

Soos reeds gemeld, lê nalatigheid daarin dat die dader nie aan die sorgvuldigheidsmaatstaf wat in die betrokke omstandighede gestel word, voldoen het nie.

---

(176) Otto Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtlehre  
(1976) 171.  
(177) Otto 174 ev.

Hierdie is dus 'n objektiewe toets. Die skuld ("Fahrlässigkeitsschuld") word weer afgelei uit die feit dat die dader onopmerkzaam was, of nie sy persoonlike geesteskrigte na behore ingespan het nie. Laasgenoemde toets is op sy beurt subjektief, aangesien daar gelet word op die dader se kennis, ervaring en persoonlike bekwaamhede. 'n Evaluering van die dader se individuele eienskappe word dus gemaak. Daar is 'n dubbele maatstaf vir die vasstelling van nalatigheid in die praktyk. Naas die vraag na die objektiewe versuim om aan 'n bepaalde graad van sorg aan die dag te lê, moet dit voorts vasstaan dat van die betrokke dader, ingevolge sy individuele eienskappe, sodanige sorg of versigtigheid verwag kan word (178).

Wat presies met die "standaard van sorgsaamheid" by die vasstelling van nalatigheid al dan nie bedoel word, is nie altyd duidelik nie. Paragraaf 222 StGB maak die nalatige veroorsaking van die dood van die medemens strafbaar, maar daar word nie aangedui wat met nalatigheid in dié verband bedoel word nie (179). In teenstelling met die BGB wat 'n aanduiding gee wat met nalatigheid bedoel word, word die begrip "nalatigheid" nie in die StGB omskryf nie. Dit wil voorkom of die privaatrektoets vir nalatigheid ook as basis dien om vas te stel of 'n persoon vir doeleindes van die strafreg nalatig gehandel het (180). Soos reeds aangetoon by die bespreking van die nalatigheidsbegrip in die Duitse privaatrek, kan dit

---

(178) Vgl Bockelmann & Volk 157 ev; Jescheck 427 454 ev; Schmidhäuser 427 ey;

gestel word dat die standaard van sorgsaamheid wat van die dader by die toets vir strafregtelike nalatigheid vereis word, net soos in die privaatreë, in die praktyk dui op niks anders nie as die standaard van die "redelike man". Vir deskundiges word 'n hoër mate van sorgsaamheid vereis en die redelike man word vervang met die "redelike deskundige" in dieselfde omstandighede (181).

#### 2 4 3 4 Die belang van paragrawe 222 en 230 van die StGB

Paragrafe 222 en 230 van die StGB is van besondere belang vir die bespreking van mediese nalatigheid in die Duitse strafreg. Paragraaf 222 StGB dui op die bestrawwing vir die nalatige doding van 'n medemens, terwyl paragraaf 230 StGB weer dui op die bestrawwing vir die nalatige besering of skending van die liggaam ("Körperverletzung")(182). Waar 'n geneesheer dus die dood van 'n pasiënt nalatig veroorsaak deur byvoorbeeld 'n operasie of behandeling, of 'n pasiënt liggaamlik beseer deur sy nalatige optrede, kan hy strafregtelik aanspreeklik gehou word in terme van die gemelde paragrawe van die StGB. Bappert(183) merk soos volg op ten aansien van die toepassing van paragraaf 230 StGB in die mediese praktyk:

---

(179) Paragraaf 222 StGB: "Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht wird ... bestraft"; sien Schönke & Schröder 1491 ev.

(180) Jescheck 437.

(181) Vgl Lackner Strafgesetzbuch mit Erläuterungen

(1981) 800; sien ook Bockelmann & Volk 85 ev.

(182) Paragraaf 230 StGB: "Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines anderen verursacht wird ... bestraft"

(183) Bappert 37; sien ook Deutsch 119 ev; Laufs & Uhlenbruck 817 ev; BGH 1960 NJW 2253; BGH 1968 NJW 1181; mediese nalatigheid in die Duitse reg word volledig in

"Der für Mediziner berufstypische Strafbestand ist die fahrlässige Körperverletzung nach 230 StGB. Sie stellt sich dar in schuldhaft rechtswidrigen Gesundheitsschädigen und kann auch auf seelischem Gebiet liegen. Ärztliche Kunstfehler sind plausible Beispiele für Gesundheitsschädigungen des Patienten. Körperverletzungen können durch operative oder diagnostische Eingriffe, aber auch durch Versehen bei Röntgenaufnahmen und jede Behandlungsmassnahme begangen werden".

#### 2 4 3 5 Grade van nalatigheid

As algemene reël erken die Duitse reg nie verskillende grade van nalatigheid nie. Die geringste mate van nalatigheid is genoegsaam om aanspreeklikheid daar te stel(184). Voorts kan gesê word dat die Duitse strafreg ook nie 'n algemene nalatigheidsmisdaad ken nie en dat daar slegs besondere gevalle onderskei word waar nalatigheid dan as skuldvorm vereis word(185).

---

Hoofstuk 2 bespreek.

(184) Jescheck 431; sien ook Bockelmann & Volk 165 ev; Baumann & Weber 428 ev.

(185) Vgl Jakobs 258 ev; Jescheck 431 ev; sien ook Baumann & Weber 428 ev;

## 2 5 Samevatting

Hierdie hoofstuk bied 'n bondige oorsig van die begrip "nalatigheid" in die privaatreë en die strafreë van Suid-Afrika, Engeland, die VSA en Duitsland. Die privaatreë en die strafreë in die gemelde regstelsels stem tot 'n groot mate ooreen ten opsigte van die doelstellings van die privaatreë en die strafreë; in geval van die privaatreë, word die beskerming van die individuele belang en die vergoeding van skade wat veroorsaak is deur onregmatige optrede beoog, terwyl die strafreë weer die beskerming van die gemeenskap en die toemeting van straf aan oortreders beoog.

In die Suid-Afrikaanse reë berus sowel deliktuele aanspreeklikheid as strafregtelike aanspreeklikheid op skuld. Nalatigheid (culpa) is 'n vorm van skuld. Die toets om vas te stel of 'n persoon nalatig opgetree het, is objektief van aard en is dié van die "redelike man". Die toets vir nalatigheid is dieselfde in die deliktereë as die strafreë: net die bewyslas verskil. Die enigste gemeenregtelike misdad wat nalatigheid as skuldvorm vereis, is strafbare manslag. In beginsel ken die Suid-Afrikaanse reë ook nie grade van nalatigheid nie, alhoewel die graad van nalatigheid wel 'n rol mag speel by die verdeling van skadevergoeding en die toemeting van straf.

Wat nalatigheid in die privaatreë ("tort law") betref,

word die bestaan van nalatigheid in Engeland en die VSA afhanklik gestel van die verbreking van 'n sogenaamde "duty to take care". Die toets vir nalatigheid in die Engelse en Amerikaanse privaatreë is in beginsel objektief en is dié van die "redelike man".

Strafregtelike nalatigheid ("criminal negligence") in die Engelse reg is 'n vorm van skuld. In beginsel ken die Engelse strafreg grade van nalatigheid. Vir strafregtelike aanspreeklikheid word iets meer as net gewone nalatigheid vereis - gewoonlik 'n vorm van growwe nalatigheid. Die begrippe, roekeloosheid ("recklessness") en growwe nalatigheid word dikwels aan mekaar gelykgestel. Die toets vir nalatigheid in die Engelse strafreg is in beginsel dieselfde as in die Engelse privaatreë. Dit is die objektiewe toets van die "redelike man". Die enigste gemeenregtelike misdryf in die Engelse strafreg waarvoor nalatigheid vereis word, is manslag ("involuntary manslaughter").

Die inhoud van die begrip nalatigheid in die strafreg van die VSA is soms onseker. Dikwels word nalatigheid gelykgestel aan roekeloosheid en om aanspreeklikheid daar te stel, moet die hof tevrede wees dat die beskuldigde, subjektief beoordeel, bewus was van sekere gevare of risiko's wat in sy optrede geskuil het. Die mening word gehuldig dat roekeloosheid eerder 'n ligte graad van opset as 'n hoër graad van nalatigheid is. Die Amerikaanse strafreg ken ook grade van nalatigheid: Nalatigheid word as

'n minderwaardige skuldvorm beskou en 'n drastiese afwyking van die objektiewe standaard van die redelike man word vereis vir strafregtelike aanspreeklikheid. Die enigste gemeenregtelike misdaad waarvoor nalatigheid vereis word, is "involuntary manslaughter". Die "Model Penal Code" maak nie voorsiening vir "involuntary manslaughter" nie, maar wel vir "negligent homicide".

Nalatigheid ("Fahrlässigkeit") in die Duitse privaatreë en strafreg is 'n vorm van skuld. In die Duitse privaatreë, soos vervat in die BGB, word nalatigheid wel omskryf as die versuim om aan 'n sekere standaard van sorgsaamheid, wat van elke lid van die gemeenskap vereis word, te voldoen. Die toets vir nalatigheid is in beginsel objektief.

Die Duitse strafreg, soos vervat in die StGB, omskryf nie die begrip "nalatigheid" nie. In beginsel kan aanvaar word dat dieselfde formule wat vir nalatigheid in die privaatreë toegepas word, ook in die strafreg geld. Ten einde te bepaal of 'n dader onder gegewe omstandighede nalatig was, word 'n objektiewe sowel as 'n subjektiewe toets toegepas. Die dader sal as nalatig beskou word indien 'n hof bevind dat hy versuim het om aan 'n sekere standaard van optrede te voldoen, terwyl hy subjektief gesien wel in staat was om aan die vereiste standaard te voldoen. 'n Beskuldigde kan vir bewuste sowel as onbewuste nalatigheid aanspreeklik gehou word. Grade van nalatigheid word in beginsel nie erken nie. In teenstelling met die Suid-Afrikaanse, Engelse en Amerikaanse reg, erken en aanvaar die Duitse reg twee



nalatigheidsmisdade binne die kader van die dokter-pasiënt verhouding, te wete nalatige doding en nalatige aanranding.

In die finale instansie is dit duidelik, wat die gemelde regstelsels betref, dat die bestaan van nalatigheid al dan nie, ten spyte van uitgekristalliseerde riglyne soos neergele deur die howe en die skrywers, tot 'n groot mate afhanklik is van die besondere omstandighede van elke geval. Voorts moet die nalatigheidsbegrip nooit in isolasie gesien word van die ander elemente van die onregmatige daad en die misdaad nie, maar moet dit in verband gebring word met toerekeningsvatbaarheid, die handeling, onregmatigheid/wederregtelikheid en kousaliteit, sonder om in die proses die skuldbegrip daarmee te verwar en te vereenselwig. Sonder sodanige elemente kan daar nie sprake wees van strafregtelike of deliktuele aanspreeklikheid op grond van nalatigheid nie.

## HOOFSTUK II

### DIE BEGRIP "PROFESSIONELE MEDIESE NALATIGHEID"

#### 1 Inleiding

Hierdie hoofstuk behels 'n ondersoek na die professionele nalatigheid van die geneesheer, en is derhalwe as die fokuspunt van hierdie proefskrif van besondere belang. Ten einde die begrip "professionele mediese nalatigheid" sinvol te bespreek, was dit eers nodig om die begrip "nalatigheid" in die vorige hoofstuk te bespreek om as basis vir die bespreking van hierdie hoofstuk te dien.

Dit kan seker gesê word dat in ons samelewing, soos in die meeste Westerse samelewings, die beroepsrol van die geneesheer aanwending vind en geëvalueer word binne die raamwerk van professionalisme. Dit is dus nodig om die term "professionalisme" kortliks in hierdie hoofstuk te ondersoek, om vas te stel wat die werklike betekenis daarvan is, en tot welke mate dié begrip weerklank vind in professionele mediese nalatigheid.

Histories gesien, is mediese nalatigheid nie 'n moderne verskynsel nie en sal daar in hierdie hoofstuk 'n kort historiese oorsig van dié begrip gegee word, met spesifieke verwysing na die Romeinse reg en die Romeins-Hollandse reg. In wese sal daar egter gepoog word om die begrip "professionele nalatigheid", vir sover dit die geneeskundige

praktyk aangaan, en soos wat dit toepassing vind in die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse regstelsels, te ondersoek.

## 2 Die begrip "professionele mediese nalatigheid"

By die ondersoek na mediese nalatigheid behoort die beroepsrol van die geneesheer in die algemeen geëvalueer te word binne die raamwerk van professionalisme. Dit sou seker gesê kon word dat die professionalisme in hierdie sin as't ware die sleutel tot beter begrip en waardering van die ideale en vervulling van die mediese beroep is. Hoe dit ook sy, dit is belangrik, sonder om dogmaties te raak, om die begrip "professionalisme" konkreet te omskryf, omdat dié begrip ten nouste met die hele spektrum van mediese nalatigheid verband hou.

Die professie van die geneesheer is sonder twyfel een van die oudste professies. In hierdie verband is die begrip "professie" in die algemeen al soos volg omskryf:

"A vocation or occupation requiring special usually advanced education and skill ... The labour and skill involved in a profession is predominantly mental and intellectual, rather than physical or manual" (1).

Hieruit blyk dit duidelik dat professionalisme op die besondere kennis en ervaring dui wat vir die beoefening van 'n bepaalde beroep vereis word. By die geneesheer lê sy professionaliteit daarin dat hy, as lid van die mediese profes-

---

(1) Black's Law Dictionary (1979) 1089.

sie, homself uitgee as 'n persoon wat oor besondere kennis en ervaring beskik en uit hoofde van sy universiteits- en praktiese opleiding, wat as algemene opleidingstandaard aanvaar word, bevoeg is om as geneesheer te praktiseer. Professionalisme dui in die finale instansie op 'n graad van spesialisasie.

Die omskrywing van "professionalisme", deur die bekende Amerikaanse geneesheer en juris, Ficarra, lê die grondslag vir die ware betekenis van professionalisme ten aansien van die mediese professie:

"The word 'professional' has been applied in other ways to include the celebrity, the expert, the distinguished, the star, the superstar, the famed, sports figures, theatre personalities, cultists, nurses and many other individuals. One should not confuse medical professionals with those of exceptional skills ... The critical element in medical professionalism is the need for an individual who can combine humanitarian leadership with secure technical knowledge ... The great masters of medicine Osler, Mayos, Lahey, Cushing, Halsted, Welsh and Crile, were in themselves grand gentlemen and conducted their behaviour in the gallant manner. Their professional status was never in doubt. However they lived at a time when family, social position and elitism were respected. Physicians were expected to be unworldly, dedicated and idealistic with a high sense of human responsibility ... Professionalism is concerned chiefly with behavioural aspects of medical practice. When patients and their family are seriously ill, they desire to turn to a person who is well-informed but expresses a dignity and authority that breeds confidence. The gravity of maintaining high standards of professionalism does not tolerate erosion around the edges. It does not allow a lowering of a strict code of behaviour ... In brief professionalism is the cornerstone of preserving the physician-patient relationship that is held essential in the entire matter of professional sanity, sanctity and salvation"(2).

---

(2) Ficarra "Prophylaxis Against Medical Negligence" 1978 Legal Medicine Annual 319; vgl Gibson & Schwartz "Physicians and Lawyers: Science Art and Conflict" 1980 AJLM 173; Ladd "Physicians and Society"The Law Medicine Relation:

Voorgaande omskrywing van die begrip "professionalisme" is taamlik filosofies en normatief van aard en hou nie in alle opsigte rekening met die fluktuasies in die dominant menslike element, wat tog uiteindelik die sentrale tema van die mediese professie uitmaak nie. Hierdie menslike element is soms moeilik om te bepaal, gaan mank aan onsekerhede en reageer dikwels anders as wat die vooronderstelling was. Die mens in sy totaliteit is dikwels 'n komplekse en misterieuse wese en juis daarom is die mediese wetenskap verwickeld. Die onbekende word steeds deur volgehoue mediese navorsing en eksperimentering ondersoek; desnieteenstaande het die mediese wetenskap nog nie al die antwoorde op al die vrae nie. Met elke chirurgiese ingreep, mediese behandeling, ensovoorts, moet daar met die verrassingselement van die onvoorspelbaarheid van die mens self rekening gehou word. Die risiko van hierdie element is vandag klein, en die mediese wetenskap

---

A Philosophical Exploration (1978) (red Spicker en Engelhardt) 37: "The basic concept of a profession delivers esoteric services. A professional person, such as a physician or a lawyer, has had a long period of training during which he acquires a large body of esoteric knowledge and the skills of harnessing this knowledge for practical purposes. I use the term esoteric advisedly because the kind of knowledge acquired need not be scientific in the strict sense; all that is necessary is that it not be accessible to ordinary people without special training... Secondly, professionals are expected to be motivated by the ideal of service, that is, they provide services to their clients: their activities are supposed to be orientated exclusively to their clients' needs rather than to their own interests or the interests of society. In this sense they are said to be 'altruistic' although a more accurate term might be referentially 'altruistic'. Professionals are tied to the client by iron bonds of loyalty... Thirdly, professions are autonomous in the sense that they are self-regulated and self-controlled; their control is collegiate. The standards of competence and evaluation of services are set by the profession itself"; vgl ook Smit "Die Geneeskunde en die Reg" 1976 De Jure 107; Wecht "The Interfaces of Law and Medicine" 1975 AJLM 89.

kry daagliks momentum deur die ontwikkeling van die mediese tegnologie en die uitbreiding van die mediese wetenskap, terwyl die mediese kennis en opleiding van die geneesheer vandag sonder twyfel beter is as ooit tevore. Om derhalwe die geneesheer as onprofessioneel te bestempel waar hy onbekende risiko's neem ter bevordering van die mediese wetenskap en in belang van die mensdom, terwyl hy voortdurend in die skadu van die sterk menslike element staan, sou onvanpas wees(3).

Teen hierdie agtergrond moet die begrip "professionalisme" in die mediese praktyk aanwending vind. Professionalisme dui op 'n norm wat nagestreef moet word, en is 'n gedragskode waaraan die optrede van die geneesheer voortdurend gemeet en geëvalueer moet word. Die voorkoms van mediese nalatigheid het verreikende gevolge vir die geneesheer, aangesien die professionaliteit van die geneesheer daardeur aangetas en bedreig word. Daar kan met reg gesê word dat die geneesheer wat van nalatigheid verwyt word, in wese onprofessioneel opgetree het. Ficarra stel dié aspek soos volg:

"The high esteem of the doctor is being destroyed when legal action is brought against him for malpractice. A cause of action of this type impugns the doctor's integrity, denudes his dignity, lessens the love he has for his work, destroys the doctor-patient relationship and defeats his desire towards relentless research"(4).

3 Historiese oorsig van die oorsprong en ontwikkeling van mediese nalatigheid

---

(3) Vgl Smit 1976 De Jure 107 ev; Wecht 1975 AJLM 89 ev; Ficarra Surgical and Allied Malpractice (1968) 43 ev.  
(4) Ficarra 43 ev.

### 3 1 Algemeen

Die mediese professie is bykans so oud soos die mensdom self. Reeds sedert die vroegste tye was daar individue wat hulself geroepe gevoel het tot die genesing van menslike kwale. Gedagtig aan die eeu-oue skeppingsbeginsel dat die mens en die behoud van menslike lewe voorrang in die skepping behoort te geniet, is die mediese professie ook allerweë beskou as die edelste professie wat deur die mens beoefen kan word (5).

Die bekende geskiedenis van die mediese wetenskap het sy oorsprong in en kan gegrond word op die bevindinge van paleopatologie, wat 'n studie is van siektetoestande in antieke bevolkings en beskawings soos blootgelê en vasgestel deur oorblyfsels en reste van skelette en mummies(6). Wetenskaplikes het gevind dat siektetoestande by die mens deur miljoene jare heen in beginsel dieselfde gebly het. Inligting oor die behandeling van sodanige siektetoestande in die antieke wêreld is egter uiters beperk (7). In die antieke wêreld met sy primitiewe persepsie van die geneeskunde, is geglo dat siektetoestande deur bonatuurlike entiteite of magte veroorsaak is. Dienooreenkomstig was behandeling van sodanige siektetoestande ook bonatuurlik van aard. Trouens, dit was juis hierdie bonatuurlike oriëntasie wat die primitiewe geneeskunde van die moderne geneeskunde onderskei (8). Daar kan aanvaar word dat veranderinge in

---

(5) Vgl Smit 1976 De Jure 107 ev; vgl Schwär Olivier & Loubser Die ABC van Geregtelike Geneeskunde (1984) 1 ev.

sosiale strukture, tegnologie en ideologie onderliggend aan die ontwikkeling van antieke ryke en dinastieë belangrike veranderinge in die mediese wetenskap teweeggebring het (9). Teen hierdie agtergrond, waarbinne die mediese wetenskap en die regs wetenskap en die teologie tot 'n groot mate oorvleuel het, is daar bepaalde beperkinge op die professionele handelinge van geneeshere gestel, en is medici dan ook vir afwykings van "goedgekeurde" geneeskundige praktyke gestraf.

In die lig van die voorafgaande bespreking, is enkele historiese gevalle van mediese nalatigheid as aanknopingspunt vir die bespreking van professionele mediese nalatigheid van besondere belang(10). Daar word volstaan met enkele gevalle van mediese nalatigheid, met besondere verwysing na die Romeinse reg en die Romeins-Hollandse reg.

### 3 2 Die antieke tydperk

In antieke Egipte is die voorkoms van spesifieke siekte-toestande by die mens toegeskryf aan een of ander oortreding wat teenoor die gode of voorvaders gepleeg is. Voorkoming en genesing het daaruit bestaan dat "aangetastes"

---

(6) Ackernecht A Short History of Medicine (1968) 3.

(7) Ackernecht 3; Steinbock Paleopathological Diagnosis and Interpretation (1976) 9 ev.

(8) Ackernecht 12 ev.

(9) Ackernecht 13 ev; Schwär Olivier & Loubser 1 ev.

(10) Die term "mediese nalatigheid" moet in verband met die antieke wêreld met omsigtigheid gebruik word, aangesien sommige van die historiese gevalle nie noodwendig as gesag aangevoer kan word vir die voorkoms van mediese nalatigheid in die antieke wêreld nie, aangesien nalatigheid in die moderne betekenis van die woord onbekend was.



amulette gedra het, towerspreuke voorgedra het en sekere rituele uitgevoer het (11). Die mediese wetenskap het 'n sterk bonatuurlike karakter gehad. Priesterlike geneeskunde is beoefen binne die beperkinge wat deur die sogenaamde "heilige boeke" gestel is. Die geneesheer-priester wat aanvaarde geneeskundige metodes toegepas het en nogtans nie daarin kon slaag om sy pasiënt se lewe te red nie, is nie vervolg nie, maar waar sy pasiënt gesterf het as gevolg van die toepassing van onortodokse geneeskundige metodes, is hy die doodstraf opgelé (12).

In die ryk van koning Hammurabi van Mesopotamië, sowat 5000 jaar gelede, was die beoefening van die geneeskunde in die hande van die priesters. Die Kode van Hammurabi het onder meer mediese etiese reëls bevat en wetgewing betreffende die fooie van geneesheer neergeleë (13). Van belang is die feit dat die Kode van Hammurabi spesifieke strafbepalings vir gevalle van mediese wanpraktyk neergeleë het. So is bepaal dat die geneesheer se hande afgekap moes word waar 'n pasiënt gesterf het, of die gebruik van sy oë verloor het as gevolg van 'n operasie wat deur die geneesheer uitgevoer is (14). Teen hierdie agtergrond maak Amundsen die volgende opmerking:

---

(11) Ackernecht 20; sien ook Berkhouwer en Vorstman De Aansprakelijkheid van de Medicus voor Beroepsfouten door Hem en Zijn Helpers Gemaakt (1950) 13.

(12) Amundsen "The Liability of the Physician in Roman Law" International Symposium on Society Medicine and Law (1973) (red Karplus) 17 ev; sien ook Berkhouwer en Vorstman 14: "De priesters hebben de vruchten van een eeuwenlangen ervaring neergelegd in een soort van medisch wetboek, door Herodotus genaamd het heilige boek. Diodorus Siculus vermeldt dat dezen code neergelegd stelregels stipt gevolgd dienen te worden".

(13) Ackernecht 17; sien ook Smit 1976 De Jure 107.

(14) Amundsen 17.

"If the medical regulations of the Code of Hammurabi were in fact enforced we can assume that little surgery was practised. It is also reasonable to suspect that the lack of competence on the part of the surgeons was in great part responsible for the promulgation of this type of legislation"(15).

Die beoefening van die mediese wetenskap in antieke Griekeland, wat in ongeveer 500 v C 'n aanvang geneem het, het na alle waarskynlikheid van al die antieke beskawings die naaste aan die moderne mediese wetenskap gekom, vir sover dat siektetoestande by die mens nie langer as bonatuurlike verskynsels beskou is nie, maar vanuit 'n rasonele, naturalistiese en wetenskaplike beskouing benader is (16). Voor hierdie benadering het die Griekse geneeshere geglo dat siektetoestande by die mens die direkte gevolg van straf deur die gode was, en daar is van rituele offer-en purifikasieseremonies gebruik gemaak om pasiënte te genees (17). Die eerste Griekse god van die geneeskunde was Apollo. Hy is in die vyfde eeu v C vervang deur die god Aesculapius (Apollo se seun) wie se staf en heilige slang vandag nog die embleem van die mediese professie is (18).

Dit was die filosofie wat 'n beslissende invloed op die ontwikkeling van die mediese wetenskap in antieke Griekeland gehad het. In hierdie verband, was dit veral die werke van Hippokrates (460-360 v C), wat allerweë as die vader van die geneeskunde bekend staan, wat 'n fundamentele invloed op die ontwikkeling van die mediese wetenskap gehad het(19). Sonder

---

(15) Amundsen 17.

(16) Ackernecht 49 ev.

(17) Ackernecht 63 ev.

(18) Ackernecht 63 ev.

twyfel was een van Hippokrates se grootste bydraes tot die mediese wetenskap sy opstel van 'n mediese etiese kode vir geneeshere (20).

Getrou aan die onderliggende filosofie van dié tydperk, was die mediese professie in klassieke Griekeland redelik vry in die beoefening van die geneeskundige praktyk. In Plato se "ideale staat" is geneeshere slegs vervolg indien pasiënte as gevolg van opsetlike mishandeling gesterf het (21). Ook Aristoteles het melding gemaak van die aanspreeklikheid van medici in gevalle van mediese wanpraktyke(22). Die nadele wat die afwesigheid van beperkinge op die geneeskundige praktyk in klassieke Griekeland vir die gemeenskap ingehou het, is raakgesien deur die skrywer Nóyos, wat hom in die Hippokratiese Corpus soos volg hieroor uitgelaat het:

"Medicine is the most distinguished of all arts, but owing to the ignorance of those who practise it and of those who rashly judge such practitioners, it is now of all the arts by far the least esteemed. The chief cause of this failing seems to me to be this: Medicine is the only art which our states have made subject to no penalty except that of dishonour; but dishonour does not hurt those who are compacted of it .... Many are physicians by repute, but very few are such in reality" (23).

---

(19) Ackernecht 63 ev.

(20) Vgl Jones Hippocrates (1923) 291; sien ook Strauss & Strydom Die Suid-Afrikaanse Geneeskundige Reg (1967) 175.

(21) Amundsen 18.

(22) Berkhouwer en Vorstman 14.

(23) Aangehaal en uit die oorspronklike Grieks vertaal deur Amundsen 18.

Tog is die locus classicus van mediese nalatigheid in antieke Griekeland dié van die geneesheer Glaukos, wat deur Alexander die Grote laat kruisig is omdat Glaukos vir Hephaistion, 'n groot vriend en veldmaarskalk van Alexander, in die steek gelaat het deur na 'n opvoering in 'n nabye teater te gaan, wel wetende dat Hephaistion dringende mediese behandeling nodig gehad het (24).

### 3 3 Die Romeinse reg

Die Romeine het, in teenstelling met die Grieke, relatief min vordering op die gebied van die mediese wetenskap gemaak. Die beroep van die geneesheer is vir enige gerespekteerde Romeinse burger as te laag in status beskou om te beoefen, en alhoewel die Romeine nie 'n besondere voorliefde vir die Grieke gehad het nie, is daar om dié rede tot op groot hoogte gebruik gemaak van die dienste van Griekse geneesheren (25). Die Romeine wat wel as geneesheren gepraktiseer het, het dikwels onder skoot gekom en is geweldig gekritiseer. Dit was veral gedurende die Romeinse Keisertyd wat dié tendens hoogty gevier het. Die grootste kritiek teen die medici was dat hulle onbevoeg was(26). Phaedrus vertel die verhaal van 'n skoenmaker wat so onbevoeg was in sy professie dat hy uiteindelik van beroep verander het, en begin het om as geneesheer te praktiseer. Hy is geraadpleeg deur die koning van 'n betrokke stad, wat die "geneesheer" se onkunde aan die kaak wou stel. Nadat die "geneesheer" in die voorafbeplande strik getrap het, het die koning 'n volksvergadering belê en gesê: "Kan julle nie sien

---

(24) Vgl Berkhouwer en Vorstman 14.

hoe dom julle is nie? Julle aarsel nie om julle lewens te plaas in die hande van 'n man aan wie niemand wat skoene benodig eers sy voete sal toevertrou nie!"(27).

Verskeie geneeshere het deurgeloop onder die kritiek van Martialis (28) en Juvenalis en selfs Ausonius het sy sarkasme teen die mediese professie gerig. Veral Galenius het 'n besondere afkeur gehad in die onbevoegde geneeshere van sy tyd, en by geleentheid opgemerk het dat die enigste verskil tussen rowers en medici in Rome was dat eersgenoemde hul aktiwiteite in die heuwels rondom die stad bedryf het, terwyl laasgenoemde dit in die stad self bedryf het(28a). Hy verwys dan ook na 'n sekere Thesalus, die stigter van 'n mediese sekte wat rondgegaan het en skoenmakers, kokke en wewers gewerf het met die belofte om binne 'n tydperk van ses maande geneeshere van hulle te maak (29). 'n Verdere bron van antagonisme teenoor die mediese professie in Rome was Plinius Senior wat eens opgemerk het "dat die mediese professie die enigste professie is waar enige persoon wat homself as 'n geneesheer uitgee, dadelik vertrou word, hoewel daar in geen valsheid groter gevaar is nie. Maar ons skenk geen aandag hieraan nie,

---

(25) Vgl Berkhouwer & Vorstman 15: "Blijkens enige getuigenissen van klassieke auteurs waren de Griekse medici niet bijzonder scrupuleus en gedragen zij zich om der wille van het gewin meer naar de grillen van hun meesters dan naar de ereregelen van hun beroep, hetgeen hen een onverzoenlijken afkeer bij den ouden Cato moet hebben bezorgd. Voeg hier nog bij dat de vreemdelingen in het algemeen hoog werden gewaardeerd in het oude Rome en men kan zich het geringen aanzien van deze lieden voorstellen"; sien ook Ackernecht 79; Paoli Rome Its People Life and Customs (1980) 270 ev; Walker The Story of Medicine (1954) 59.

(26) Amundsen 19 ev; Paoli 208.

(27) Phaedrus 1 14: "Quantae putatis esse vos dementiae qui capita vestra non dubitatis credere cui calceandos nemo commisit pedes?".

so oortuigend vir elkeen van ons is die aangenaamheid van wensdenkery"(30).

Amundsen is van mening, anders as historiese mediese tekste, dat daar op geen tydstip in die geskiedenis van die Romeinse ryk ooit 'n poging aangewend is om 'n stelsel van mediese lisensieering daar te stel nie (31). Daar was slegs die Romeinse publieke mediese diens, die archiatri populares, wat saamgestel was op 'n selektiewe basis en wie se getalle beperk is deur die reg. Lede is aangestel deur die raad en die possessores van elke stad, wat 'n evaluering moes doen van die karakter, kennis en ervaring van die kandidate (32).

Bogenoemde het egter slegs 'n klein gedeelte uitgemaak van die geneeshere wat in die Romeinse Ryk gepraktiseer het, en die professie was in hoofsaak vry van enige kontrole totdat Antoninus Pius (137 - 161 n C) aan die bewind gekom het. In dié verband verklaar Amundsen:

---

(28) Martialis V 9 1-4 : "Langueram: sed tu comitatus protinus ad me venisti centum, Symmache, discipulis; centum me tetigere manus aquilone gelatae: non habui febrem, Symmache; nunc habeo ("Deur al jou leerlinge, Symmachus ('n geneesheer) na my te bring om my pols met hul ysige hande te voel, het 'n ligte aandoening nou in 'n koors ontwikkel").

(28a) Vgl Amundsen 19 ev; Kennedy & Davis Two Centuries of Roman Poetry (1965) 108 ev.

(29) Amundsen 19; sien ook Paoli 213 ev.

(30) Historia Naturalis 29 8 17: "In hac artium sola evenit ut cuicumque medicum se professo statim credatur cum sit periculum in nullo mendacio maius. Non tamen illud intuemur adeo blanda est sperandi pro se cuique dulcendo"; sien ook Amundsen 19; Berkhouwer en Vorstman 15.

(31) Amundsen 19.

(32) Digesta 50 9 1: "(Ulpianus libro tertio opinionum) Medicorum intra numerum praefinitum constituedorum arbitrium non praesidi provinciae commissum est, sed ordidni et possessoribus cuiusque civitatis, ut certi de probitate morum et peritia artis eligant ipsi, quibus se liberosque suos in aegritudine corporum committant".

"As regards the entire profession prior to Antoninus Pius and the members of the profession who were part of the public medical service after his time, the complaints of a Galen or a Pliny were indeed warranted"(33).

Mediese wanpraktyk in die Romeinse ryk het in hoofsaak drie verskyningsvorme aangeneem, naamlik opsetlike wanpraktyk, nalatige wanpraktyk en onkundige wanpraktyk(34). Opsetlike mediese wanpraktyk het gedui op gevalle waar die geneesheer op 'n opsetlike wyse beserings of die dood van 'n pasiënt veroorsaak het. Die Romeinse geskiedenis is deurspek van gevalle en verwysings na geneesheer wie se "dienste" bekom is om persone te vergiftig, veral waar sodanige persone hoë posisies en status in die samelewing beklee het(35), of om die ontvangs van groot erflatings te bespoedig (36). Ingevolge die bepalinge van die Lex Cornelia de sicariis et veneficis was 'n persoon skuldig aan manslag waar hy iemand vergiftig het of hulp verleen het daartoe. Ulpianus merk in hierdie verband op dat dit geen verskil maak of die een persoon die ander dood of aan 'n ander die oorsaak van die dood verskaf nie (36). Paulus sê (in die Sententiae in sy bespreking van die Lex Cornelia die volgende:

"Si ex eo medicumine, quod ad salutem hominis vel ad remedium datum erat, homo perierit, is qui dederit si honestior sit, in insulam relegatur humilior autem, capite punitur"(37).

---

(33) Amundsen 19; Plinius Historia Naturalis 29 8 18: "Nulla praetera lex quae punit in scitiam capitale, nullum exemplum vindicatae. Discunt periculis nostris et experimenta per mortes agunt, medicoque tantum haminemoccidisse impunitas summa est".

(34) Amundsen 20; sien ook Berkhouwer & Vorstman 16 ev.

(35) Amundsen 20; Kennedy & Davis 109.

(36) Amundsen 20.



Teen hierdie agtergrond is geneeshere dus as't ware "aangemoedig" om groot omsigtigheid aan die dag te lê by die keuse en die toediening van geneesmiddels. Dit spreek vanself dat alvorens 'n geneesheer gestraf kon word vir die toediening van gif wat die dood van 'n pasiënt veroorsaak het, dit eers bewys moes word dat die middel wat toegedien is, inderdaad gif was.

'n Verdere voorbeeld van opsetlike mediese wanpraktyk in die Romeinse reg is te vinde in die verwysing van Ulpianus na die geneesheer wat deur die sogenaamde adversa medicamenta 'n siek man gedwing het om sy besittings aan die geneesheer te verkoop. Hier het 'n man met oogprobleme na die geneesheer gegaan en die geneesheer het deur die gebruik van nadelige medikasie wat die gevaar ingehou het dat die man sy sig kan verloor, op 'n oneerlike wyse die man gedwing om sy besittings aan die geneesheer te verkoop. Die goewerneur van die provinsie het in hierdie geval die reg gehad om die geneesheer te straf en gevolglik is die geneesheer gelas om die eiendom terug te gee (38).

---

(37) Amundsen 27 ("Indien 'n persoon sterf as gevolg van medikasie wat toegedien was óf ter wille van die gesondheid óf ter wille van die genesing van daardie persoon, word hy wat dit toegedien het na 'n eiland verban indien hy 'n redelike fatsoenlike mens is, maar indien hy van mindere aansien is, word hy tereggestel").

(38) Digesta 50 13 3: "(Ulpianus libro quinto opinionum). Si medicus, cui curandos suos oculos qui eis laborat commiserat, periculum amitterdorum eorum per adversa medicamenta inferendo compulit, ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet: incivile factum praeses provinciae coerceat remque restitui iubeat".



Nalatige mediese wanpraktyk en onkundige mediese wanpraktyk in die Romeinse reg is onder die konsep van culpa tuisgebring. Die onderskeid tussen mediese wanpraktyk en onkundige mediese wanpraktyk het daarin geleë dat in eersgenoemde geval daar afwesigheid van opset was, maar aanwesigheid van growwe nalatigheid in dié sin dat die geneesheer pasiënte gedood of beseer het deur 'n commissio of omissio. Laasgenoemde het weer gedui op die onbevoegdheid van die geneesheer wat 'n besering of die dood van 'n pasiënt veroorsaak het(39). Culpa kan vry vertaal word met "nalatigheid", wat weer omskryf kan word as die versuim om aan 'n standaard van optrede te voldoen wat van regsweë vereis word. Die aanwesigheid van culpa dui op die versuim om redelike sorg aan die dag te lê: Non intellegere quod omnes intellegunt; anders gestel, deur nie op te tree soos 'n redelike man sou opgetree het nie, of deur te versuim om dieselfde diligentia aan die dag te lê as wat die redelike man in dieselfde omstandighede aan die dag sou geleë het(40). Die antoniem vir diligentia is negligentia, wat in sy oorspronklike betekenis culpa in non faciendo was. Die subjektiewe elemente van nalatigheid is voor-die-hand-liggend wanneer die konsep van culpa toegepas word op die mediese professie(41).

Die nalatigheid van deskundiges, soos mediese praktisyne, is

---

(39) Amundsen 20 ev; Buckland A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian (1950) 556; Van Zyl History and Principles of Roman Private Law (1983) 264 ev.

(40) Amundsen 21; Van Zyl 264. Daar dien gemeld te word dat culpa 'n wye en eng betekenis het: In sy eng sin dui dié begrip op nalatigheid terwyl die wye betekenis daarvan op skuld dui.

(41) Van Zyl 264.

ook beoordeel aan die hand van die imperitia culpae adnumeratur-reël. Hiervolgens is onbedrewenheid/onkunde as skuld beskou(42). Die Imperitia-reël dui in die breë sin op die afwesigheid van die professionele kundigheid en ervaring wat as die algemene standaard in die mediese professie vereis word(43). Die werking van die imperitia-reël kan aan die hand van die voorbeelde in die Digesta-titel Ad Legem Aquiliam geïllustreer word. Die reël het toepassing gevind waar 'n geneesheer 'n operasie op 'n onbedrewe manier uitgevoer het(44), of op 'n onbeholpe manier verkeerde medisyne voorgeskryf het(45). Waar 'n geneesheer dus 'n operasie op 'n onbedrewe wyse op 'n slaaf uitgevoer het, of verkeerde geneesmiddels aan hom toegedien het en die slaaf daardeur beseer of gedood is, was die geneesheer ingevolge die Lex Aquilia aanspreeklik om skadevergoeding aan die slaaf te betaal (46).

'n Geneesheer is ook van nalatigheid verwyte waar hy versuim het om na-operatiewe behandeling en nasorg toe te pas. So, byvoorbeeld, het die Institutiones van Justinianus bepaal dat waar 'n geneesheer 'n operasie op 'n slaaf uitgevoer het, maar versuim het om hom verder te behandel en die slaaf

---

(42) Amundsen 22; Digesta 50 17 32: "(Gaius 7 ad edictum provinciale): Imperitia culpae adnumeratur"; Inst Just 4 3 7 : "Imperitia culpae adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit".

(43) Amundsen 22 ev.

(44) D 9 2 7 8: "(Ulpianus 18 ad edictum: Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem".

(45) D 9 2 8: "Gaius 7 ad edictum provinciale: Idem iuris est si medicamento perperam usus fuerit".

(46) Inst 4 3 7 supra; Van Zyl 338 ev.

as gevolg van die versuim gesterf het, die geneesheer nalatig was (47). Waar 'n vry Romeinse burger deur 'n nalatige of onkundige geneesheer beseer is, kon die paterfamilias 'n eis ingevolge die Lex Aquilia teen die geneesheer instel vir skadevergoeding vir die verlies wat die filiusfamilias gely het ten aansien van sy vermoë om te werk en sy mediese koste(48). Interessant is die feit dat skadevergoeding beperk was tot die verhaal van sekere onkoste, aangesien die filiusfamilias 'n vry burger was. So meld Gaius in die Digesta dat geen waarde geplaas kan word op die liggaamlike letsels en verminkings aan 'n vry burger nie, aangesien 'n vry liggaam geen geldelike waarde het nie(49). Skadevergoeding vir verlies aan verdienste en mediese onkoste, veroorsaak deur die nalatigheid van 'n geneesheer in die geval van 'n vry Romeinse burger, kon ex locato, cognitio extraordinaria of in factum verhaal word (50). Waar daar geen dolus aan die kant van die geneesheer bewys kon word nie, kon die actio iniuriarum nie ingestel word vir persoonlike beserings nie (51). Daar was ook geen straf in die Romeinse reg vir die nalatige doding van 'n vry Romeinse burger nie (52). Waar 'n vry Romeinse burger gesterf het vanweë die nalatigheid van 'n geneesheer, was die geneesheer hoogstens vir die onkoste aanspreeklik (53).

---

(47) Inst Just 4 3 6: "Praetera si medicus qui servum tuum secuit dereliquerit curationem atque ob id mortuus fuerit servus, culpa reus est"; vgl D 9 2 8: "Gaius libro septimo ad edictum provinciale. Idem iuris est si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem securus non erit, sed culpa reus intellegitur".

(48) Amundsen 23; hierdie stelling word gemaak na analogie van die voorbeeld uit die Digesta waar 'n onderwyser 'n vry filiusfamilias geklap het en die seun sy oog verloor het as gevolg van die klap. Die actio iniuriarum kon nie teen die onderwyser ingestel word nie, aangesien die bedoeling van

Die bewys van mediese nalatigheid in die Romeinse reg is problematies, aangesien die beskikbare bronne geen melding daarvan maak nie. As algemene beginsel sou egter aanvaar kon word dat die bewyslas in verband met mediese nalatigheid op die party gerus het wat beweer dat die geneesheer nalatig was, welke nalatigheid skade of persoonlikheidsnadeel aan die kant van die eiser veroorsaak het(54). Daar kan verder aanvaar word dat mediese nalatigheid in baie gevalle bewys is aan die hand van die stelreël res ipsa loquitur (55). Daar is ook geen aanduiding of die howe medici genader het as deskundige getuies in gevalle waar medici na bewering nalatig was nie. Na alle waarskynlikheid was dit moontlik wel die geval gewees, veral gedurende die bewind van Antoninus Pius met die daarstelling van die archiatri populares, wat wel dié funksie sou kon vervul het. Daar is egter geen aanduiding in die

---

die klap was om te "korrigeer en te onderrig" (monendi et docendie causa). Oordrewe brutaliteit deur die onderwyser is egter gereken as nalatigheid; sien ook D 9 2 7: "Ulpianus libro octavo decimo ad edictum. Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex oeris filii sui propter vitiatum oculum sit habilurus, et impendia quae pro eius curatione fecerit".

(49) D 9 3 7 : "Gaius libro sexto ad edictuum provinciale... Cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimato quia liberum corpus nullam recipit aestimationem"; vgl

D 9 1 3 : "Gaius libro septimo ad edictum provinciale... Scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat".

(50) Amundsen 24; D 19 2 51 1; D 50 13 9; D 19 5 26 1.

(51) Amundsen 24.

(52) Die enigste uitsondering in dié verband was waar 'n vry Romeinse burger gedood is in gevalle van res deiectae vel effusae waar die bewoner van 'n huis aanspreeklik was vir skade aangerig deur voorwerpe wat uit die huis op straat, wat dikwels gebruik is, gegooi of gegiet is; vgl Van Zyl 347; D 9 3 1.

(53) Amundsen 30 vn 42: "Even this is based purely on a conjectural extension of the provision covering negligent injury of a freeman".

Romeinsregtelike bronne om hierdie stelling te staaf nie (56).

### 3 4 Die na-Romeinse tydperk

Die val van die Romeinse ryk en die daaropvolgende Germaanse volksverhuisings het tot gevolg gehad dat die universele gelding van die Romeinse reg "per orbem terrarum" tot 'n einde gekom het. Hiermee, in die woorde van Berkhouwer en Vorstman, is "een duister tijdvak ingeluid, waarvan in cultuur-historisch opzicht tot heden toe slechts een vaag beeld gevorm kan worden" (57). Weliswaar is bronne betreffende die voorkoms van mediese nalatigheid gedurende die Middeleeue beperk en moet daar, wat die tydperk ná die Romeinse ryk betref, in hoofsaak gesteun word op die wetgewing (Leges Barbarorum) van die Oos-Gotiese ryk, die Wes-Gotiese ryk en die Boergondiese ryk (58).

In die Wes-Gotiese ryk (omstreeks 500 n C), is die aanspreeklikheid van medici uitdruklik deur wetgewing gereël. Gedurende hierdie tydperk is bloedlating as geneeskundige praktyk vir terapeutiese doeleindes dikwels toegepas. Die Lex Visigothorum het spesifieke voorskrifte bevat wat op gevalle van toepassing was waar 'n geneesheer deur die praktyk van bloedlating beserings of die dood van pasiënte veroorsaak het. So is bepaal dat waar 'n geneesheer bloedlating

---

(54) Amundsen 24; Paoli 207 ev.

(55) Amundsen 24.

(56) Amundsen 24.

(57) Berkhouwer en Vorstman 18.

(58) Vgl Van Zyl 54 ev.

op 'n vry burger toegepas het en daardeur die dood van die burger veroorsaak het, die geneesheer aan die familie van die oorledene oorgegee moes word, wat dan na goeddunke met hom kon handel (59). Waar so 'n burger ernstig as gevolg van die bloedlating beseer is, moes die geneesheer 'n boete van 100 solidi betaal. Indien die oorledene 'n slaaf was, moes die geneesheer die eienaar met 'n ander slaaf vergoed (60). Alvorens bloedlating op 'n vrou toegepas kon word, moes die geneesheer eers toestemming verkry het van die vrou se onmiddellike bloedverwante en die enigste uitsondering op die reël is geduld in noodsituasies, soos duidelik blyk uit die volgende teks:

"Nullus medicus sine praesentia patris, fratris, filii aut avunculi vel cuiuscumque propinqui mulierem ingenuam flebotomare praesumat excepto si necessitas emersit aegritudinis" (61).

Gedurende die Feodale tydperk is daar ook streng teen medici opgetree wat hulle aan wanpraktyke skuldig gemaak het. In hierdie verband is daar die voorbeeld van 'n geval wat in die dertiende eeu voor die hof van die burgers van Jerusalem gendien het en waarin daar tot die volgende beslissing gekom

---

(59) Berkhouwer en Vorstman 19; Amundsen 18: "Taken out of context this law could seem to indicate a very low level of medical practice in Visigothic Spain and a ruling body highly distrustful of its medical men. Weighed against the other laws in the Lex Visigothorum that regulated medical practice, it becomes evident, however, that it was drawn up for the protection of the patient against a specific type of treatment excessively engaged in primarily by those members of the medical profession whose level of competence was low".

(60) Berkhouwer en Vorstman 19.

(61) Berkhouwer en Vorstman 19 ("Geen geneesheer mag dit hom aanmatig om bloedlating op 'n vrygebore vrou toe te pas sonder dat haar vader, haar broer, haar seun of haar oom, of een of ander naasbestaande, teenwoordig is nie, tensy die skielike aard van die siekte dit noodsaak").

is:

"Et il avient que il (le meige d.i. medecin) le taille malement ou por ce que ne devest être taille, et il le tailla et por ce il mourut et por ce que il devest tailler la plaie par leveure de l'apostheme et il la taille de travers et por ce morut: la raison juge et commande en ce a juger que celui meige doit amender le serf ou la serve par dreit tant comme il valet uu jour que il fur nasvre ou tant il l'achets celui de cui il estoit"(62).

### 3 5 Die Romeins-Hollandse reg

In die Romeins-Hollandse reg is die Romeinsregtelike imperitia-reël ook toegepas waar die nalatige of onkundige optrede van die geneesheer beoordeel is. De Groot, in sy Inleidinge tot die Hollandsche Rechts-Geleerdheid, laat hom soos volg hieroor uit:

"Dat de dood door iemands schuld is toegekomen, waer onder mede begrepen is verzuim ofte onwetenheid van een geneesmeester, vroedwif, verzuim ofte onverstand van een waghanaer ofte schipper, of der zelve zwackheid in't bestieren van schip ofte paerden"(63).

Hiervolgens blyk dat onwetenheid, onverstand en zwackheid aan skuld gelykgestel word vir doeleindes van aanspreeklikheid wat in wese op 'n herhaling van die Romeinsregtelike posisie neerkom (64). Trouens, Scott kom tot die gevolgtrekking, met verwysing na die ou gemeenregtelike bronne, dat die

---

(62) Berkhouwer en Vorstman 19; die beslissing vry vertaal uit die oud-Frans kom op die volgende neer: "Waar 'n geneesheer op 'n slaaf opereer het terwyl hy dit nie moes gedoen het nie of verkeerdelik opereer het of op die verkeerde orgaan opereer het, moes die geneesheer die eienaar vergoed met die bedrag wat die slaaf werd was op die betrokke dag, of die bedrag waarvoor die slaaf gekoop is.

(63) Inleidinge tot die Hollandsche Rechts-Geleerdheid 3 33 5; sien ook Scott "Die Reël Imperitia Culpae Adnumeratur as Grondslag vir die Nalatigheidstoets vir Deskundiges in die Deliktereg" Petere Fontes LC - STEYN GEDENKBUNDEL (1981) 134.



Romeinsregtelike imperitia-reël in die praktyk verder uitgebrei is tot selfs nie-tradisionele toepassingsgebiede en dat De Groot, en diegene wat die standaardkommentatore op sy werk geskryf het, die imperitia-reël nie as strydig met die fundamentele beginsels wat die nalatigheidsbegrip beheers, beskou het nie (65). So word daar by Vinnius 'n uitgebreide bespreking van die imperitia-reël aangetref. Dit was egter ook Vinnius wat, met 'n beroep op D 1 18 6 7, gemaak het teen die gevaar om medici sonder meer aanspreeklik te stel vir die dood van 'n pasiënt; die feit dat 'n pasiënt sterf beteken nie per se dat die dokter nalatig was nie(66).

Daar kan aanvaar word dat medici in die Romeins-Hollandse reg tot verantwoording geroep is vir mediese nalatigheid. In hierdie verband verwys Scott na artikel 134 van die Constitutio Criminalis Carolina van 1532 (wat veral ook in Holland en Overijssel regs krag geniet het, hoewel dit nie formeel daar wetskrag gehad het nie) wat swaar strawwe neergelê het vir 'n geneesheer wat vanweë gebrek aan mediese

---

(64) Scott 135.

(65) Scott 136 vn 91: "Sy verdere opmerkings insake die aanspreeklikheid van medici is noemenswaardig vanweë die aardse wysheid (gepaard met bytende sarkasme) daarvan: "Culpa medico raro in iudicium vocatur: quoniam, ut ille dicebat errata medicorum terra occultat: beneficia autem sol illustrat. Et Plinius alicubi scribit, soli medico hominem occidere impune esse".

(66) Scott 136; vgl ook Berkhouwer & Vorstman 22: "Simon Groenewegen van der Made geeft een minder milde verklaring van deze schaarste aan rechtspraak en velt het reeds klassieke oordeel over den ondeskundige medikus: 'Medicorum imperitiam terra tegit, ideoque in iudicium non vocatur, aut alioqui fere excusator'. Uit de laatste toevoeging zou men kunnen afleiden dat ook in het vroegere Nederland wel getracht is om een medicus aansprakelijk te stellen voor fouten, doch dat zeer moeilijk viel om de veroordeling van een medicus te verkrijgen".



vaardigheid 'n pasiënt laat sterf (67). So spreek Voet hom onomwonde uit oor die aanspreeklikheid van die geneesheer:

"Dum affectare nemo debet id, in quo vel intelligit vel intelligere debet, imperitiam suam aut infirmitatem alteri periculosam futuram, consequens est ut hac quoque lege teneatur medici, pharmacopolae, obstetrices, imperite secantes, perperam medicamenta venena propinantes, supponentes infundentes, pro medicamentis venena dantes"(68).

Ook Noodt is van mening dat die geneesheer aanspreeklik gehou moet word vir sy beroepsfoute en benadruk die verpligting wat daar op die geneesheer rus om, waar hy onderneem het om 'n pasiënt te behandel, sodanige behandeling voort te sit en nie die pasiënt te versak nie. Volgens hom is die geneesheer aanspreeklik waar hy sy pasiënt ontydig versak "quia intempestiva desperavit" en die pasiënt vervolgens sterf (69). Huber is eweneens van mening dat medici vir skadevergoeding aanspreeklik is in gevalle waar pasiënte skade gely het as gevolg van die behandeling wat deur hulle toegedien is (70).

---

(67) Scott 136 vn 91.

(68) Berkhouwer & Vorstman 23: "Voet grondt de toepasselijkheid van de aquiliaanse aansprakelijkheid van den medikus op een gezond beginsel: men heeft in te staan voor wat men voorgeeft zijn". Vry vertaal lees die gemelde teks soos volg: "Terwyl niemand homself die reg moet toe-eien om iets te doen as hy begryp - of behoort te begryp - dat sy onervarenheid of swakheid daardeur vir die ander persoon gevaarlik gaan wees nie, volg dit dat ook die volgende mense ingevolge hierdie reël (aanspreeklik) gehou word: Medici, aptekers, vroedvroue, diegene wat sonder ervaring chirurgies ingryp, diegene wat by vergissing giftige geneesmiddels te drinke gee, toedien of oorgiet, of giftige stowwe in plaas van geneesmiddels toedien".

(69) Berkhouwer & Vorstman 24.

(70) Berkhouwer & Vorstman 24.

Ten slotte blyk dit dat openbare beleidsoorwegings en die morele oortuigings van die gemeenskap 'n definitiewe rol gespeel het by die vraag na die deliktuele en strafregtelike aanspreeklikheid van medici (71).

### 3 6 Ander gevalle

Wanneer 'n gevallestudie van professionele nalatigheid van medici in historiese perspektief geplaas word, sou dit seker gesê kan word dat baie van die gevalle die ou Engelse spreuk "truth is stranger than fiction" inderdaad illustreer! So is daar 'n bekende geval uit die Franse regspraak, wat dateer uit die jaar 1830, waar ene dr Helie uit Domfront tydens 'n bevalling wat moeiliker verloop het as gewoonlik, beide arms van die pasgebore baba amputeer het ten einde die "bevalling" makliker te laat verloop. Ondanks hierdie drastiese ingreep deur die geneesheer, het die kind oorleef en nodeloos om te sê is 'n eis suksesvol vir skadevergoeding teen die geneesheer ingestel(72). Daar is ook die beslissing van die Hof van Dyon in 1868 waar 'n geneesheer gelas is om skadevergoeding te betaal weens die feit dat hy nie voorkom het nie dat 'n kind, wat nog 'n suigeling was, sifilis oorgedra het aan 'n vroedvrou, terwyl die geneesheer daarvan bewus was dat die moeder van die kind daarmee besmet was(73). Interessant is ook die geval van dr John Pottes, wat volgens Ficarra een van die eerste Amerikaanse geneeshere was om van mediese nalatigheid aangekla te word.

---

(71) Scott 138 ev; vir 'n meer volledige bespreking van die imperitia-reël in die Romeins-Hollandse reg sien Scott 134-140.

Dié geneesheer is in 1652 daarvan aangekla dat hy 'n mis-  
kraam by 'n pasiënt bespoedig het deurdat hy versuim het om  
sy pasiënt se lus vir wildevarkvleis te bevredig. Hy is egter  
vrygespreek en is later benoem as die goewerneur van die staat  
Virginia (74).

Die voorkoms van mediese nalatigheid is, helaas, nie net 'n  
historiese verskynsel nie, maar vandag inderdaad wêreldwyd  
'n voldonge feit. Weliswaar is die dae van 'n geneeskundige  
praktyk soos 'n dr John Pottes dit geken het, vir goed verby.  
Medici word nie meer op grond van hul nalatigheid die  
doodstraf opgelé nie, hulle hande nie meer afgekap soos in die  
Mesopotamiese ryk nie en hulle word nie meer oorgegee aan die  
wraak van die oorledene se familie nie. 'n Nuwe verskynsel  
het egter na vore getree, naamlik die gedagte dat die  
spreekwoordelike geld wat "stom" is mediese flaters wat  
"krom" is kan regmaak, en 'n nuwe era is ingelei waar  
astronomiese skadevergoedingsbedrae voortvloeiend uit eise  
op grond van mediese nalatigheid aan die orde van die dag  
is (75).

Dit is veral in die Verenigde State van Amerika waar  
mediese nalatigheid 'n "onbeheerbare monster" geword het.

---

(72) Berkhouwer & Vorstman 26.

(73) Berkhouwer & Vorstman 66.

(74) Ficarra 42.

(75) Vgl in hierdie verband Van der Walt "A Few Thoughts  
on the Basis of Delictual Liability" 1970 CILSA 10:  
"Modern man no longer wants to live dangerously; he is no  
longer prepared to be exposed to the risk of harm. The great  
frequency with which harm ensues, the vast extent of the  
damage and the welfare of modern affluent society, has  
brought with it an exaggerated emphasis on the individual's  
interest in security".

Voorbeelde hiervan is legio; so is in die staat Florida die lugtoevoer van 'n respirator na 'n 28-jarige pasiënt gedurende 'n operasie nalatig afgesny. Die pasiënt het permanente breinskade opgedoen en 'n bedrag van \$12,47 miljoen in skadevergoeding is aan die pasiënt toegeken. In Brooklyn, New York, het mediese personeel 'n verkeerde diagnose by 'n kind wat aan breinvliesontsteking gely het, gemaak. Die kind het as gevolg hiervan permanente breinskade opgedoen en 'n bedrag van \$29 miljoen in skadevergoeding is deur die hof toegeken(76).

Teen hierdie agtergrond sou dit seker met reg gesê kan word dat mediese nalatigheid en, meer bepaald, die gevolge van eise voortspruitend daaruit sedert die vroegste tye tot en met die hede, 'n monumentale metamorfose ondergaan het. Hoewel die mens in wese nog dieselfde gebly het, het die mediese wetenskap en tegnologie met rasse skrede ontwikkel en vooruitgegaan; 'n verbysterende vooruitgang waarmee die reg in al sy wysheid nie altyd rekening gehou het nie.

Met hierdie kursoriese historiese bespreking van gevalle van mediese nalatigheid as basis en agtergrond sal die begrip "professionele mediese nalatigheid" vervolgens in die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse regstelsels ondersoek word.

---

(76) Volgens statistiek vir "medical malpractice" in die 1982 American Bar Association Journal 1545; sien ook Robinson "The Medical Malpractice Crisis of the 1970's: A Retrospective" 1986 Law and Contemporary Problems 49; vgl ook Strauss Doctor, Patient and the Law (1991) 243 ev.

#### 4 Suid-Afrika

##### 4 1 Die geneesheer as deskundige

Teenoor die objektiewe maatstaf van die "redelike man" vir algemene nalatigheid (77), staan dit in die positiewe reg vas dat wanneer daar enersyds navraag gedoen word oor die nalatigheid, al dan nie van die optrede van 'n deskundige (dit wil sê iemand wat opleiding, gespesialiseerde kennis of bedrewenheid het met betrekking tot 'n besondere beroep waarmee hy hom besig hou) of, andersyds oor die nalatigheid al dan nie van iemand wat, afgesien van enige opleiding of kennis, 'n aktiwiteit aanpak waarvoor 'n besondere aanleg of bedrewenheid geverg word, die nalatigheidstoets gesubjektiveer word. Die gemiddelde gedragpatroon van die besondere klas van deskundiges waartoe die deskundige behoort, word nou tot die gedragsnorm verhef (78).

Wanneer die positiewe reg oor professionele mediese nalatigheid in die Suid-Afrikaanse reg nagevors word, is die beginpunt, vir sover dit vasgestel kon word, die Kaapse beslissing van Lee v Schönberg (79). Die eiser in die saak het tydens 'n ongeluk sy bene beseer en die verweerder, 'n geneesheer, is ingeroep om aandag daaraan te gee. Dit is nie bekend wat die

---

(77) Sien die bespreking van algemene nalatigheid in hoofstuk 1 supra.

(78) Soos oortuigend aangetoon deur Scott Petere Fontes 126; sien ook Boberg The Law of Delict (1984) 346; McKerron The Law Delict (1971) 38; Neethling Potgieter & Visser Deliktereg (1996) 133; Van Der Merwe & Olivier Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg (1989) 142; Van der Walt Delict: Principles and Cases (1979) 70; vgl die algemene stelling van Rumpff HR in S v Van As supra 928D-E.

aard en omvang van die beserings en die daaropvolgende mediese behandeling was nie, maar die eiser het aangevoer dat die verweerder nalatig was in die uitvoering van sy professionele pligte en het skadevergoeding van die verweerder gevorder. Die enigste gesag waarna in dié saak verwys is, en waarop die eiser se advokaat gesteun het, was die Engelse beslissing van Lamphier v Phipos (80), wat in 1835 in Brittanje beslis is. Sonder om na enige gesag te verwys, lê De Villiers HR die volgende algemene reël neer met betrekking tot mediese nalatigheid:

"There can be no doubt that a medical practitioner, like any professional man, is called upon to bring to bear a reasonable amount of skill and care in any case to which he has to attend; and that where it is shown that he has not exercised such skill and care, he will be liable in damages" (81).

Na dié beslissing in 1877 sou die howe eers weer in 1910 die geleentheid kry om professionele mediese nalatigheid onder die loep te neem, en wel met die beslissing van Kovalsky v Krige (82). In dié saak het die geneesheer die eiser, 'n baba van nege maande, behandel vanweë 'n bloeding wat gevolg het op 'n besnydenis. Na die behandeling het die baba gangreen opgedoen en permanente skade gely. 'n Aksie gegrond op nalatigheid is teen die geneesheer ingestel. Daar is onder meer beweer dat die geneesheer hom aan die behandeling onttrek het voordat die bloeding opgehou het. By die beoordeling van die geneesheer se nalatigheid as 'n redelike deskundige, word daar weer verwys na die algemene beginsel soos neergelê in Lee v Schönberg(83) en

---

(79) (1877) 7 Buch 136.

(80) (1835) 8 C & P 475.

(81) Lee v Schönberg supra 136.

steun die hof, by monde van Sir John Buchanan, ook op die Engelse beslissing van Lamphier v Phipos (84). Met verwysing na dié saak, merk die hof soos volg op:

"The principles there laid down have been applied in this court, and with them I entirely agree. As to capacity, Chief Justice Tindall said that every person who enters into a learned profession undertakes to bring to it the exercise of a reasonable care and skill. Speaking of a surgeon, he says he does not undertake that he will perform a cure, nor does he undertake to use the highest possible degree of skill .... he undertakes to bring a fair reasonable and competent degree of skill to his case"(85).

Die algemene beginsel dat 'n geneesheer se nalatige optrede aan die hand van die "redelike deskundige" beoordeel moet word, word dus in die vroegste regspraak bevestig, weliswaar met verwysing na die Engelse reg as gesag. Hierdie algemene beginsel is, sonder uitsondering, bevestig en toegepas in latere regspraak betreffende professionele mediese nalatigheid (86), en spesifiek in 'n aantal gerapporteerde strafsake waar dié algemene beginsel meer volledig deur die regbank omskryf is. So verklaar Steyn R in R v Van Schoor (87):

"Coming to the case of a man required to do work of an expert as eg a doctor dealing with 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".

---

(82) (1910) 20 CTR 822.

(83) supra.

(84) supra.

(85) Kovalsky v Krige supra 823.

(86) Coppen v Impey 1916 KPA 309,314; Esterhuizen v Administrator Transvaal 1957 (3) SA 710 (T) 723-724; S v Mkwetshana 1965 (2) SA 493 (N) 496; sien Buls v Tsatsarolakis 1976 (2) SA 891 (T) 893-894; Byrne v East London Hospital Board 1926 OKPA 128 157-158; Dale v Hamilton 1924 WPA 184 200; Lymbery v Jefferies 1925 AA 236 245.

(87) 1948 (4) SA 349 (K) 350.



In hierdie verband kan ook verwys word na R v Van der Merwe(88) waarin Roper R die volgende opmerk:

"Negligence ... has a somewhat special application in the case of a member of a skilled profession such as a doctor, because a man who practises a profession which requires skill holds himself out as possessing the necessary skill and he undertakes to perform the services required from him with reasonable skill and ability. That is what is expected of him and that is what he undertakes, and therefore he is expected to possess a degree of skill which corresponds to the ordinary level of skill in the profession to which he belongs".

'n Verdere geval wat hier vermeld kan word, is die interessante saak van S v Mahlalela (89), juis vanweë die relevansie daarvan binne die konteks van die breë Suid-Afrikaanse bevolking. In dié saak het 'n tradisionele kruiedokter 'n giftige brousel kruie, gemeng met bier, aan 'n kind toegedien ten gevolge waarvan sy dood is. Die kruiedokter is aan strafbare manslag skuldig bevind. Oor die kwessie van nalatigheid en die maatstaf van die redelike deskundige, laat Van Blerk AR hom soos volg uit:

"Wat 'n redelike mens in 'n gegewe geval sou geweet het en watter gevolge hy voortvloeiend uit sy doen en late in so 'n geval sou voorsien het, sal moet blyk uit die feite van sodanige geval. Die appellant is 'n persoon wat vanweë sy professie as 'n kruiedokter kennis het van die bestanddele van bome en plante waarvan kruie gemaak word. Hy is dus, wat plante betref, as kind van die natuur nog meer op hoogte van die aanwesigheid van plantaardige gifstowwe in plante as die gewone normale mens, wat van kindsbeen af kennis maak met die alombekende verskynsel van sekere plante - hul wortels, blare en vrugte - eetbaar

---

(88) 1953 (2) PH H 124 (W); sien ook Boberg 346: "Obviously the ordinary reasonable man test of negligence cannot be applied to an activity calling for expertise that the ordinary man does not possess. One cannot judge a surgeon's conduct by asking how a diligens paterfamilias would have operated, for either he would not have operated at all (which is most likely) or, if he would have operated (in some rare emergency), he would no doubt have done worse than even the most barbarous surgeon".

(89) 1966 (1) SA 226 (A).



is, terwyl ander giftig en ook lewensgevaarlik kan wees as dit deur die mens ingeneem word. Myns insiens, kan daar nie twyfel wees nie dat die gewone redelike mens sou besef het dat die kruie moontlik lewensgevaarlik kan wees. Des te meer moes die appellant dan as 'n kenner van plante dit besef het, in watter geval dit as vanselfsprekend volg dat die dood as moontlike gevolg voorsienbaar was" (90).

Daar word aan die hand gedoen dat 'n tradisionele kruiedokter weliswaar nie met 'n gekwalifiseerde mediese praktisyn vergelyk kan word nie, maar die algemene opmerkings deur die appêlhof is mutatis mutandis van toepassing en bevestig die feit dat 'n geneesheer, net soos ander beroepslui, as 'n deskundige beskou word vir doeleindes van die vasstelling en beoordeling van nalatigheid. Hierdie algemene beginsel word dan ook bevestig in die meer onlangse regspraak in dié verband (91).

#### 4 2 Imperitia culpa adnumeratur

Die stelling word soms aangetref dat blote onkunde op nalatigheid neerkom. Strauss en Strydom(92) voer heeltemal tereg aan dat niemand van onkunde, as sodanig, verwyte kan word nie. Onkunde, volgens dié skrywers, kan te wyte wees aan 'n lae peil van intelligensie of gebrek aan opleiding en ervaring. Wel is 'n persoon verwytebaar, indien hy potensieel skadelike bedrywighede aanpak sonder die deskundige kennis daarvoor. Dit is die uitleg wat gegee moet word aan die spreuk imperitia culpa adnumeratur (onkunde word ook gereken tot skuld) (93). So verklaar Barlow (94):

---

(90) S v Mahlalela supra 227.

(91) Vgl S v Kramer en Andere 1987(1) SA 887 (W) 893  
Pringle v Administrator Transvaal 1990 (2) SA 379 (W); sien ook bespreking deur Strauss & Strydom 265 ev; Van Oosten "Professional Medical Negligence in Southern African Practice" 1986 Medicine and Law 18.

(92) 265 ev; Claassen & Verschoor Medical Negligence in South Africa (1992) 16 ev.

"Although it is clear that no one can expect a higher degree of skill from a practitioner than he professes to possess, the doctor who undertakes a case beyond his skill is guilty of culpable homicide if the patient dies as a result of his lack of skill. This is in accordance with the principle of imperitia culpa adnumeratur which is a recognized rule of the Roman and Romanistic systems of law".

Interessant is die vraag na die aanwending en die toepassing van die Romeinsregtelike imperitia-reël in die Suid-Afrikaanse regspraak. In 1916 in die saak van Coppen v Impey (95), waar 'n geneesheer self X-straalplate van 'n pasiënt geneem het en deur sy onbedrewenheid ernstige brandwonde veroorsaak het, word daar vir die eerste keer, wat die gerapporteerde regspraak rakende mediese nalatigheid betref, 'n direkte beroep op die imperitia-reël ten aansien van die aanspreeklikheid van medici gedoen. Kotzé R merk soos volg op:

"Unskilfulness on his part is equivalent to negligence and renders him liable to a plaintiff, who sustained injury therefrom, the maxim of law being imperitia culpa adnumeratur (Inst 4 3 7; Van Leeuwen Het Rooms-Hollansch Recht 4 39 4; Voet Commentarius ad Pandectas 9 2 23). The English law agrees with our own, as may be gathered from what was said by a great master of the common law of England, Tindal CJ in Lamphier v Phipos (8 C&P 475), and from numerous other decisions" (96).

In Dale v Hamilton (97) het 'n geneesheer X-strale van 'n pasiënt

---

(93) Voet 9 2 23: "Lack of skill in an art on the part of one who puts that art up to sale or professes it is accounted as negligence ... It follows that doctors, sellers of drugs and midwives who operate unskilfully, prescribe medicine to drink or inject them by clyster or otherwise administer them wrongly, or give poison, instead of medicine, are also held liable under this law (Gane se vertaling); sien ook Boberg 346: "The maxim imperitia culpa adnumeratur is misleading. Lack of skill can never in itself amount to negligence, for no one can be skilful at everything. But it may be negligent to undertake work requiring a certain expertise without possessing the necessary degree of competence"; Scott Petere Fontes 145.

(94) 1948 "Medical Negligence Resulting in Death" THRHR 175.

(95) 1916 KPA 309.

(96) Coppen v Impey supra 314.

geneem ten einde 'n diagnose te maak. Die pasiënt het ten gevolge daarvan ernstige brandwonde opgedoen, wat veroorsaak het dat hy vir etlike maande gehospitaliseer moes word. Dit het geblyk dat die X-strale geneem is met 'n nuwe X-straal-apparaat wat kort van tevore geïnstalleer is. Die brandwonde is veroorsaak deur die feit dat die X-straal-apparaat (die sogenaamde Coolidge-buis) tydens die maak van die opname te naby aan die pasiënt geplaas is. Die geneesheer was nie 'n opgeleide radioloog nie, maar het heelwat praktiese ervaring van die neem van X-strale gehad. Die geneesheer het wel na die buis gekyk, maar nie opgemerk dat dié apparaat te naby aan die pasiënt was nie. Volgens die getuienis sou 'n opgeleide radioloog wel in dié omstandighede opgemerk het dat die buis te naby aan die pasiënt was. Die hof bevind dat daar 'n verpligting op die geneesheer gerus het om toe te sien dat die apparaat veilig was vir gebruik. Bygevolg bevind die hof dat die geneesheer nalatig was.

Dié beslissing illustreer die praktiese aanwending van die imperitia-reël: Inderwaarheid het die geneesheer 'n gespesialiseerde aktiwiteit onderneem waarvoor hy nie opgelei was nie. Alhoewel hy ervaring van die neem van X-strale gehad het, was hy nietemin nie 'n opgeleide radioloog nie (98).

In S v Mkwetshana (99) was die beskuldigde 'n jong geneesheer wat sy internskap in 'n hospitaal gedien het kórt nadat hy sy mediese

---

(97) supra 200; sien bespreking van dié saak deur Claassen & Verschoor 17; Strauss & Strydom 289.

(98) Daar dien gemeld te word dat die imperitia-reël nie in hierdie saak uitdruklik toepassing gevind het nie.

kwalifikasies behaal het. Hy het 'n pasiënt wat aan bronchiale asma gely het, behandel. Die pasiënt is ontslaan, maar is later weer met 'n akute aanval van asma in die hospitaal opgeneem. Die enigste beskikbare mediese beampte in die hospitaal, op daardie stadium, was die beskuldigde. Hy het die pasiënt se toestand as 'n akute vorm van asma gediagnoseer. Hy het 20 cc aminophylline, 'n erkende middel teen asma, bestel en binne-aars aan die pasiënt toegedien. Die pasiënt se toestand het egter nie verbeter nie en die beskuldigde het toe die gedagte gekry dat die pasiënt moontlik aan epilepsie ly. Hy het besluit om 20 cc paraldehyd binne-aars toe te dien. Die pasiënt se toestand het verbeter en hy het haar verlaat. 'n Kwartier later is sy egter oorlede. Dit blyk dat 20 cc paraldehyd 'n dodelike oordosis was. Volgens deskundige getuienis is die erkende dosis vir binne-aarse toediening nie meer as 5 cc nie, en moet sodanige dosis verder verdun word. Die beskuldigde is op 'n aanklag van strafbare manslag skuldig bevind. By appél is daar namens die geneesheer aangevoer dat hy nie nalatig was nie omdat hy 'n betreklik onervare intern was wat alleen aan diens was en voor 'n noodsituasie gestel was. Verder is aangevoer dat hy onder dié omstandighede die beste gedoen het en dat daar nie van hom verwag kon word om die korrekte dosisse in handboeke te kon vasstel of sy seniors te kon raadpleeg nie. Die appélhof verwerp egter hierdie betoog en beslis soos volg:

"Either the appellant had insufficient knowledge and experience of the drug, in which case it was negligence on his part to administer it; if he knew little, if anything, about it he was subjecting his patient to a considerable risk ... For him to have done that in the light of his inexperience, and particularly his

---

(99) supra 493.

inexperience of the drug and its uses, marks him as being negligent"(100).

Bygevolg is die geneesheer se skuldigbevinding gehandhaaf.

Gebrek aan vaardigheid, opleiding, kennis en ervaring aan die kant van medici is deur die howe in terme van die imperitia-reël aan nalatigheid gelykgestel. Medici word dus deur die howe as 'n besondere kategorie van deskundiges, waarop die imperitia-reël van toepassing is, beskou (101).

Kritiek teen die aanwending van die imperitia-reël is daarin geleë dat dit nie soseer die gebrek aan vaardigheid, kennis, opleiding en ervaring wat die nalatigheid aan die kant van die geneesheer daarstel nie, maar eerder die feit dat die geneesheer hom besig hou met 'n gespesialiseerde mediese aktiwiteit, of sodanige aktiwiteit, onderneem, terwyl hy daarvan bewus is dat hy nie oor die nodige vaardigheid, kennis, opleiding en ervaring beskik om sodanige aktiwiteit te onderneem nie (102).

---

(100) supra 497; daar dien hier gemeld word dat daar nie in die uitspraak uitdruklik/pertinent na die imperitia-reël verwys word nie. Dit moet egter aanvaar word dat dié reël inderdaad toepassing gevind het.

(101) Vgl Byrne v East London Hospital Board supra 128 138 143 158; Coppen v Impey supra 314; Dale v Hamilton supra 203; S v Mkwetshana supra 493; R v Van der Merwe supra 124; sien ook Scott Petere Fontes 151; Van der Walt 72: "An inexperienced doctor cannot rely on his lack of knowledge and experience".

(102) Boberg 347; Neethling Potgieter & Visser 134: "Die betrokke stelreël is egter misleidend aangesien daar in ons reg aanvaar word dat blote onkunde op sigself nie as nalatigheid gesien word nie. Waar die beginsel in die reël vervat wel toepassing vind, is waar 'n persoon 'n aktiwiteit onderneem waarvoor deskundige kennis vereis word en die betrokke persoon weet, of redelikerwys behoort te weet, dat hy die aktiwiteit nie behoort te verrig nie omdat hy nie oor die nodige kennis beskik nie"; Van der Walt 69; Van Oosten 1986 Medicine and Law 21.

#### 4 3 Algemene praktisyn teenoor spesialis

Die kennis, vaardigheid en ondervinding wat van regsweë van 'n algemene praktisyn vereis word, is vir doeleindes van nalatigheid nie diesefde as dié wat van 'n mediese spesialis geverg word nie. So verklaar Roper R in R v Van der Merwe:

"When a medical practitioner is tried, the test is not what a specialist would or would not have done 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. When a specialist tells you that he would do this, that and the other thing it does not follow that you must expect the general practitioner to act in the same way. But the question is, what is the common knowledge in the branch of the profession to which the accused belongs? What is the common knowledge and accepted practice among the general practitioners? When the specialists tell you what is common knowledge in the profession, that is evidence which you are entitled to rely on, because the general practitioner is expected to be possessed of knowledge which is common in the profession"(103).

In die mediese professie self moet die maatstaf van die deursnee praktisyn toegepas word met verwysing na die vertakking van die professie waarin die betrokke geneesheer hom bevind. Tereg merk Strauss en Strydom op dat dit sinneloos sou wees om die wyse waarop byvoorbeeld 'n spesialis-uroloog in 'n situasie moes opgetree het, te gaan vergelyk met die optrede van 'n verloskundige in 'n geheel ander situasie. Ten aansien van 'n spesialis, word 'n hoër graad van sorgsaamheid vereis as in die geval van die algemene praktisyn (104).

---

(103) supra 124; sien ook Buls v Tsatsarolakis supra 893-894; Esterhuizen v Administrator Transvaal supra 723-724; S v Kramer supra 893-894; S v Mkwetshana supra 496; Pringle v Administrator Transvaal supra 384.

(104) Strauss & Strydom 268; sien ook Neethling Visser & Potgieter 134 ev; Van der Walt 69 ev.

Dit val egter nie te betwyfel nie dat waar 'n algemene praktisyn voorgee om 'n mediese spesialis te wees of die werk van 'n mediese spesialis onderneem, wel wetende dat hy nie oor die nodige kennis, vaardigheid en ondervinding beskik nie, sy optrede vir doeleindes van die beoordeling van nalatigheid gemeet sal word aan dié van die redelike spesialis en nie dié van die redelike algemene praktisyn nie(105). Insgelyks sal die optrede van 'n spesialis wat hom op 'n gespesialiseerde gebied begeef, beoordeel word volgens die geldende maatstawwe ten aansien van die spesialisasie gebied. Ten aansien van hierdie algemene reël moet egter die voorbehoud gestel word dat in 'n noodsituasie, waar 'n spesialis nie beskikbaar is nie, en die algemene praktisyn hom op die gebied van die spesialis begeef vanweë die noodsituasie, die algemene praktisyn se optrede beoordeel moet word met verwysing na die vraag hoe 'n redelike algemene praktisyn in daardie noodsituasie sou opgetree het(106).

#### 4 4 Die omgewingsreël

Die vraag kan gestel word of die standaard van die kennis,

---

(105) Vgl Byrne v East London Hospital Board supra 157-158; Coppen v Impey supra 322; Dale v Hamilton supra 200; Lymberry v Jefferies supra 236; S v Mkwetshana supra 493; sien ook Barlow 1948 THRHR 175; Van Oosten 1986 Medicine and Law 19.

(106) Strauss & Strydom 268; vgl ook Reëls 27, 28 en 29 van die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad se gedragsreëls (gepubliseer in SK No 1379 van 12 Augustus 1994) wat spesifiek voorsiening maak vir die verrigting van professionele handeling deur geneeshere en tandartse, uitgesonderd in gevalle van nood, vir die verrigting waarvan hulle onvoldoende opleiding en/of ondervinding het, of vir die verrigting van professionele handeling onder onbehoorlike omstandighede en/of in 'n onbehoorlike omgewing; sien ook Verschoor Uitsprake van die Mediese Raad (1986) 59 ev.



vaardigheid en ervaring wat van 'n mediese praktisyn verwag kan word, beïnvloed word deur die plek ("locality") waar die mediese praktisyn praktiseer. Met ander woorde, is die plek waar die geneesheer praktiseer relevant wanneer sy professionele aanspreeklikheid op grond van nalatigheid beoordeel word?

In die beslissing van Van Wyk v Lewis (107), 'n locus classicus op die gebied van mediese nalatigheid in Suid-Afrika, laat Innes HR hom soos volg uit:

"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 the right to expect" (108).

In dieselfde saak kom Wessels AR egter tot die teenoorgestelde gevolgtrekking:

"It seems to me, however that you cannot expect the same skill and care of a practitioner in a country town in the Union as you can of one in a large hospital in Cape Town or Johannesburg. In the same way you find with leading surgeons in the large hospitals of London, Paris and Berlin... It seems to me, therefore, that the locality where an operation is performed is an element in judging whether or not reasonable skill, care and judgment have been exercised" (109).

Moontlike steun vir die voorgaande standpunt van Wessels AR is te vinde in die vroeëre gewysde van Webb v Isaac (110), waar die hof soos volg opmerk:

"There are excellent reasons for this rule of law, because

---

(107) 1924 A 438.

(108) supra 444.

(109) Van Wyk v Lewis supra 457.

(110) 1915 OKPA 273.



it seems to me that if the law required in every case that a practitioner should have the highest degree of skill, it would lead to this result - that in remote country districts and even in country districts at no very great distance from the large centres, it would be impossible to find a country practitioner who would take the risk of attending a patient, if he was always expected to exercise the highest degree of skill obtainable in the medical profession" (111).

Alhoewel verskeie sake van mediese nalatigheid sedert 1924 voor die hofe gedien het, is die toepaslikheid al dan nie van die "locality rule" nog nie weer deur ons regbank ondersoek en bespreek nie. Alhoewel die mening van Wessels AR nooit uitdruklik deur die hofe verwerp is nie, wil dit voorkom of die standpunt van Innes HR verkies word, veral in die lig van die verbeterde mediese fasiliteite, kommunikasie en die uitruil van inligting in die huidige tydvak (112).

Ons skrywers (113) steun klaarblyklik die standpunt van Innes HR, op grond van die eenvormige opleiding van medici en kritiseer die mening van Wessels AR. In die besonder merk Gordon Turner en Price soos volg op:

"What difference can it possibly make to the skill and care required of a practitioner in himself, whether he is

---

(111) supra 276.

(112) Vgl Blyth v Van den Heever 1980 (1) SA 191 (A) 193 D; Dube v Administrator, Transvaal 1963 (4) SA 260 (T) 266; S v Kramer supra 893; sien ook Claassen & Verschoor 18; Strauss & Strydom 270-271.

(113) Claassen & Verschoor 18; Gordon Turner & Price Medical Jurisprudence (1953) 112 ev; Strauss & Strydom 268-270; Van der Walt 71; die poging deur Barlow 1948 THRHR 117 om die teenstrydige standpunte van Wessels AR en Innes HR te versoen deur die algemene praktisyn ("town doctor") aan die spesialis gelyk te stel, is nie oortuigend nie. Ons hofe het al herhaaldelik die beginsel beginsel bevestig dat die standaard van kennis, opleiding en ervaring wat van 'n algemene praktisyn vereis word nie dieselfde is as dié wat van 'n spesialis vereis word nie - vgl Buls v Tsatsarolakis supra 893-894; Esterhuizen v Administrator Transvaal supra 723-724; R v Van der Merwe supra.

a patient in Cape Town or some remote farm on the edge of the Kalahari desert? The other view seems to arise from a confusion of thought between skill and care and the circumstances in which they must be exercised. A country practitioner may often be obliged to attend to a patient in most difficult and trying circumstances, but sometimes a town practitioner is placed by an emergency in an equally unpleasant position. In the American case of Turner v Stoker it was said: 'Of course the court understands that the physician practising in a village and in small communities does not have the opportunities and the resources to give the same treatment and diagnosis as what may be called a city physician. The village physician must observe his patient by candle and lamplight; he does not have the advantage of the röntgen ray and other instrumentalities, that are afforded in the great cities with sanatoriums... These propositions seem to be eminently reasonable, but when the court follows them with the proposition 'and of course the same treatment and degree would not applied to a physician practising in such a community as to one practising in a city', it must be confessed to be a non sequitur" (114).

In die lig van die ontoepaslikheid van die "locality rule", op grond van die eenvormigheid van mediese opleiding in die algemeen in Suid-Afrika en die snelle vooruitgang op die gebied van mediese kommunikasie en die beskikbaarheid van inligting, word daar in beginsel saamgestem met die standpunt van Innes HR en ons skrywers. Daar is egter sekere oorwegings, binne die Suid-Afrikaanse konteks, wat na my mening 'n definitiewe invloed het op die vraag of die plek waar 'n geneesheer praktiseer 'n faktor is wat by die beoordeling van sy professionele nalatigheid in aanmerking geneem behoort te word.

Na my mening kan daar 'n onderskeid getref word tussen die subjektiewe bedrewenheid en vermoë van die mediese praktisyn self (vermoëns soos opleiding, ervaring en kundigheid), en die objektiewe omstandighede van die besondere plek waar die

---

(114) Gordon Turner & Price 112; sien ook Boberg 353; Van Oosten 1986 Medicine and Law 20.

geneesheer praktiseer of werksaam is. Daar kan aanvaar word dat medici vandag 'n eenvormige opleiding ondergaan en voldoen die standaard van die mediese opleiding in Suid-Afrika aan internasionale standaarde. Dit kan egter nie ontken word nie dat Suid-Afrika 'n ontwikkelende land en in baie opsigte 'n Derde-wêreldland is. Alhoewel 'n geneesheer derhalwe goed gekwalifiseerd mag wees en oor al die subjektiewe kwaliteite beskik en opleiding ondergaan het om 'n goeie dokter te wees, behoort die feit dat 'n geneesheer in 'n afgeleë plattelandse distrik geplaas word, of praktiseer waar mediese fasiliteite en die nodige infrastruktuur ter ondersteuning van 'n effektiewe Eerste-wêreldpraktyk ontbreek, seer seker 'n faktor wees by die beoordeling van die geneesheer se professionele aanspreeklikheid in gevalle van nalatigheid. Kan die voortreflikheid, infrastruktuur, diagnostiese en ander toerusting van, byvoorbeeld, Johannesburgse Algemene Hospitaal, werklik vergelyk of gelykgestel word aan dié van 'n sendinghospitaal in 'n afgeleë plattelandse gebied?

Dit moet egter beklemtoon word dat dit nie beteken dat mediese praktisyns wat in die stede praktiseer "beter" dokters is as mediese praktisyns wat in die platteland praktiseer nie (trouens, beide groepe het tog onderliggend dieselfde mediese opleiding ontvang); feit is egter dat die mediese praktisyn wat in groter sentra praktiseer, toegang het tot beter mediese fasiliteite as sy eweknie wat in die platteland praktiseer. In 'n land soos Suid-Afrika is daar veral by hospitale in swart stamgebiede 'n afwesigheid van, en gebrek aan, behoorlike mediese fasiliteite en toerusting, en het dié hospitale

in hoofsaak ten doel om menslike lewens te red en ernstige mediese komplikasies te voorkom. Dokters en verpleegpersoneel in hierdie hospitale doen onder moeilike omstandighede die beste wat hulle kan. Daar is gewoonlik 'n tekort aan mediese personeel en in baie gevalle beskik die dokters nie oor die nodige fasiliteite van hulle kollegas in stads-hospitale nie.

Die blote feit dat 'n dokter op die platteland praktiseer, beteken natuurlik nie dat hy as't ware "gelisensieer" is om nalatig te wees en dan sy flaters voor die deur van die gebrek aan behoorlike mediese fasiliteite te lê nie. Van regsweë word steeds vereis dat die dokter 'n redelike graad van vaardigheid en kundigheid aan die dag sal lê, al na gelang die besondere omstandighede van elke geval. Daar word aan die hand gedoen dat die sogenaamde "locality rule" in die praktyk niks anders is nie as 'n "besondere omstandigheid" wat in aanmerking geneem behoort te word by die beoordeling van mediese nalatigheid. Na my mening is die plek waar die geneesheer praktiseer wel 'n faktor wat in aanmerking geneem moet word in gevalle van mediese wanpraktyk tot tyd en wyl dit met veiligheid aanvaar kan word dat die mediese fasiliteite en toerusting in hierdie land algemeen toeganklik en vrylik beskikbaar is, ongeag of die geneesheer in die stad of op die platteland praktiseer. Soos Gordon, Turner en Price(115) tereg opmerk:

"The point is that a practitioner, wherever he may be, cannot be expected to perform miracles or to make bricks without straw".

---

(115) 113; sien Carstens "The Locality Rule in Cases of Medical Malpractice" 1990 De Rebus 421;

#### 4 5 Die toets vir mediese nalatigheid

Die algemene toets vir nalatigheid, naamlik die optrede van die hipotetiese redelike man in die posisie van die dader, kan nie toepassing vind by die beoordeling van die dader se optrede waar sodanige optrede deskundigheid verg nie (116). Daarom is by deskundiges, soos geneeshere, die toets vir nalatigheid ten aansien van die beoefening van die deskundige aktiwiteit, dié van die redelike geneesheer. Die redelike deskundige, hier die geneesheer, is in alle opsigte soos die redelike man, maar dan aangevul deur 'n redelike mate van die toepaslike deskundigheid (117).

Die toets vir mediese nalatigheid in gevalle van mediese wanpraktyk is neergelê in die saak van Mitchell v Dixon(118). In hierdie beslissing sê Innes WHR die volgende:

"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"(119).

In navolging van dié saak, word daar in Van Wyk v Lewis(120) verwys na "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"(121). Die algemene

---

(116) Sien Boberg 346; Neethling, Potgieter & Visser 134; Van der Merwe & Olivier 138; Van der Walt 71.

(117) Neethling, Potgieter & Visser 134 veral vn 89; sien ook Claassen & Verschoor 13; Strauss & Strydom 266.

(118) supra 519.

(119) Mitchell v Dixon supra 525; sien ook Coppen v Impey supra 314; Kovalsky v Krige supra 823.

beginsel dat daar ten aansien van die toets vir mediese nalatigheid nie gewerk word met die hoogste mate van deskundigheid in die mediese professie nie, maar net die algemene en gemiddelde vlak van deskundigheid wat daar heers, is in talle beslissings bevestig (122).

Tereg kan gevra word wat bedoel word met die standaard van die "redelike geneesheer" - met ander woorde, waaraan word "redelikheid" gemeet en onder watter omstandighede sou die geneesheer se optrede as onredelik beskou kon word? Hierdie vraag word enigsins deur Roper R in R v Van der Merwe (123) beantwoord:

"In deciding what is reasonable regard, must be had to the general level of skill and diligence possessed and exercised by the members of the branch of the profession to which the practitioner belongs. The standard is the reasonable care, skill and diligence which is ordinarily exercised in the profession generally".

Die standaard van deskundigheid word dus as "redelik" beskryf omdat daar nie gewerk word met die hoogste mate van deskundigheid in die mediese professie nie, maar met die algemene en gemiddelde vlak van deskundigheid wat daar heers.

Die toets vir nalatigheid in ons reg is dieselfde in siviele sake

---

(120) supra 444.

(121) Van Wyk v Lewis supra 444.

(122) Buls v Tsatsarolakis supra 891; Blyth v Van den Heever supra 191; Castell v De Greef 1993 (3) SA 501 (K) 509; S v Kramer supra 893; Pringle v Administrator Transvaal supra 384I-385E.

(123) supra 124; sien ook Blyth v Van den Heever supra 221; Byrne v East London Hospital supra 128 158; Dale v Hamilton supra 200 203; Lee v Schönberg supra 136; Magware v Minister of Health 1981 (4) SA 472 (Z); S v Mkwetshana supra 476-477; Richter v Estate Hammann 1976 (3) SA 226 (K) 232; R v Van Schoor supra 350 352; Van Wyk v Lewis supra 444; Webb v Isaac supra 278-279.

as in strafsake, en derhalwe maak dit geen verskil of 'n dokter siviëlregtelik gedagvaar of strafregtelik aangekla word nie (124).

#### 4 6 Grade van nalatigheid

Die graad van nalatigheid aan die kant van die mediese praktisyn speel geen rol by die bepaling van sy siviëlregtelike of strafregtelike aanspreeklikheid nie, maar kan dit wel 'n invloed hê op die kwantum van die skade wat aan die benadeelde toegeken sal word en op die aard van die straf wat aan die beskuldigde toegemeet sal word (125).

#### 4 7 Nalatigheid en die spesifieke omstandighede

Die houe het by herhaling die algemene beginsel bevestig dat die graad van vaardigheid, deskundigheid en ervaring wat van regsweê van die mediese praktisyn vereis word, afhanklik gestel of beïnvloed word deur die omstandighede van elke geval. Dit behoeft nouliks enige betoog dat die standaard van vaardigheid en sorg wat vereis word, sal varieer na gelang van die omstandighede. Die nalatige optrede al dan nie van die mediese praktisyn kan nie in isolasie of in die "lug" beoordeel word nie, en hang nou saam met die objektiewe feite van elke geval. Die geneesheer onderneem om elke operasie of behandeling uit te voer en toe te pas aan die hand van die algemeen erkende en aanvaarde praktyk en standaarde. Die toets vir nalatigheid is egter nie

---

(124) Vgl R v Van der Merwe supra 124; R v Van Schoor supra 349; sien ook Van Oosten 1986 Medicine and Law 22.

(125) Vgl R v Van der Merwe supra 124; R v Van Schoor supra 349.



net die algemeen erkende en aanvaarde mediese praktyk en standarde nie, maar word ook beïnvloed deur faktore soos die aard en omvang van die operasie en mediese behandeling, die plek waar die operasie uitgevoer of mediese behandeling toegedien word, die kwalifikasies van die mediese hulppersoneel en die besondere omstandighede van elke geval (126).

#### 4 8 Strafbare manslag

Soos reeds aangetoon, is strafbare manslag die enigste gemeenregtelike misdryf waarvoor nalatigheid as skuldvorm voldoende is, en is dit die enigste misdryf waaraan 'n nalatige geneesheer in ons reg skuldig bevind kan word. Die nalatige toediening of veroorsaking van 'n besering aan 'n pasiënt kan nie onder gemeenregtelike aanranding tuisgebring word nie, aangesien opset (dolus) die skuldvorm is wat vir dié misdryf vereis word (127).

#### 4 9 Nalatigheid en verskillende gedagterigtings binne die mediese praktyk

Soos reeds aangetoon, geld die algemene beginsel in ons reg dat

---

(126) Vgl Byrne v East London Hospital Board supra 157-158; Mtsetwa v Minister of Health 1989 (3) SA 600 (D); Van Wyk v Lewis supra 447 461; Webb v Isaac supra 276; R v Meiring supra 45: "Negligence can never be disentangled from the facts, but the existence is best ascertained by applying to the facts of each case the standard of conduct which the law requires"; sien ook Neethling Potgieter & Visser 135 ev; Van der Walt 69 ev.  
(127) S v Berman 1966 (W) ongerapporteer; R v Hosiosky supra; S v Lombaard 1978 (Pretoria Landdroshof) ongerapporteer; S v Mahlalela supra; S v Mkwetshana supra; R v Van der Merwe supra; R v Van Schoor supra; sien ook Morkel "Nalatige Aanranding: 'n Onding" 1986 TRW 84-89.



daar ten aansien van die toets vir mediese nalatigheid nie gewerk word met die hoogste mate van deskundigheid in die mediese professie nie, maar met die algemene en gemiddelde vlak van deskundigheid wat daar heers. Die algemene standaard wat as norm gestel word deur die mediese professie kan egter beïnvloed word deur verskillende gedagterigtings ("schools of opinion or thought") wat deur mediese praktisyne gehuldig mag word, veral ten aansien van verskillende terapeutiese en diagnostiese tegnieke wat deur geneeshere toegepas en aangewend word tydens operasies en ander vorme van behandeling. Die vraag is dus of 'n mediese praktisyn, wat 'n ander gedagterigting huldig ten aansien van die mediese behandeling wat toegepas behoort te word, nalatig sou wees indien hy sou afwyk van die algemeen aanvaarde tegnieke wat deur ander mediese praktisyne by operasies of behandeling toegepas word. Ook kan die vraag gestel word wat die posisie sou wees indien daar meer as een gedagterigting is ten aansien van die tipe behandeling wat 'n pasiënt behoort te ontvang.

In die Suid-Afrikaanse positiewe reg kon daar nie gesag gevind word wat die aspek van verskillende gedagterigtings binne die mediese praktyk en die invloed daarvan op mediese nalatigheid direk aanspreek nie. Dit wil egter voorkom of skrywers en hofuitsprake die invloed van verskillende en teenstrydige gedagterigtings binne die mediese praktyk op mediese nalatigheid beoordeel aan die hand van die vraag of 'n bepaalde tegniek of behandelingsmetode algemeen in die mediese professie beoefen

word, en of sodanige tegniek en behandelingsmetode as "redelik" beskou kan word (128).

Voorgaande stellings kan enigsins gestaaf word met verwysing na die hof se opmerkings in Van Wyk v Lewis (129) (weliswaar het dit nie in dié saak spesifiek oor verskillende en teenstrydige gedagterigtings in die mediese professie gegaan nie, maar bloot oor die algemene beginsels wat van toepassing behoort te vind by die beoordeling van mediese nalatigheid):

"The court must ascertain from the medical profession what is the usual practice adopted in modern hospitals in this country ... The court cannot lay down for the profession a rule of practice. It must assume that the generally adopted practice is the outcome of the best experience and that which is best suited to attain the most satisfactory results ... The general rule of law is that where a reasonable trade usage is of universal application in a community or where a form of professional practice is generally adopted by a particular profession, a person who deals with the trade or profession is impliedly bound by the usage or practice of the profession ... The court can only refuse to admit ... a universal practice if in its opinion it is so unreasonable and dangerous that it would be contrary to public policy to admit it".

Waar 'n geneesheer 'n tegniek of behandeling toepas wat strydig met die algemeen aanvaarde mediese praktyk is, kan dit nie as 'n verweer geopper word nie; wel kan 'n geneesheer hom daarop beroep dat 'n bepaalde tegniek algemeen in die mediese praktyk beoefen word (130).

As daar meer as een gedagterigting is oor die tipe behandeling wat

---

(128) Claassen & Verschoor 21; Strauss & Strydom 273 ev; Kovalsky v Krige supra 822.

(129) supra 438 457 460.

(130) Sien die bespreking deur Strauss & Strydom 273.

'n pasiënt behoort te ontvang, is die geneesheer gebonde aan die standaard van praktyk wat toegepas word deur die beoefenaars van daardie gedagterigting wat hy aanhang. Die geneesheer wat 'n keuse maak tussen twee verskillende, maar aanvaarbare, metodes of tegnieke, albei met voor- en teenstanders, handel nie nalatig nie selfs al is die mening wat die geneesheer toegedaan is dié van 'n aanvaarde minderheidskool binne die mediese professie (131).

In die onlangse beslissing van Pringle v Administrator Transvaal (132) het die keuse van verskillende diagnostiese tegnieke weer ter sprake gekom. Die eiser het skadevergoeding van die verweerder geëis op grond van beweerde nalatigheid aan die kant van die mediese praktisyn, wat in diens van die verweerder was. Die eiser het 'n operasie ondergaan ('n sogenaamde mediastinoskopie) ten einde 'n klein groeisel in haar bors te verwyder. Die partye tot die aksie was dit eens dat een van die eiser se are, die superior vena cava, gedurende die operasie "geskeur" is, welke skeuring geweldige interne bloeding veroorsaak het wat tot gevolg gehad het dat die eiseres permanente breinskade opgedoen het. Die chirurg wat die operasie uitgevoer het, het onmiddellik toe hy die bloeding gewaar het, die mediastinum geprop; hierna is X-strale geneem en 'n borskasinsnyding gedoen ten einde die vena cava toe te werk. Volgens die chirurg se eie weergawe het hy

---

(131) Claassen & Verschoor 18; Strauss & Strydom 271; sien ook Carstens "Nalatigheid en Verskillende Gedagterigtings Binne die Mediese Praktyk" 1991 THRHR 673; vgl Kovalsky v Krige supra 822 waar 'n geneesheer bloeding probeer stop het deur gebruik te maak van ysterperchloried. Ander geneesheer het getuig dat hulle ander metodes sou aangewend het - verkieslik die gebruik van 'n arterieklem en 'n afbinding. Die geneesheer is nie in hierdie geval aanspreeklik gehou nie.

toe hy die bloeding gewaar het, in 'n poging om die groeisel te verwyder met behulp van biopsietange, te veel krag aangewend aangesien die tange aanvanklik nie die groeisel wat verwyder moes word behoorlik wou "vasvat" ("bite") nie. Die eiseres het aangevoer dat die perforasie van die vena cava en die verdere gevolge veroorsaak is deur die nalatigheid van die chirurg, in die alternatief dat die mediastinoskopie wat hy uitgevoer het onder die omstandighede nie die korrekte metode of toepaslike prosedure was nie, en dat die uitvoering daarvan 'n "breach of duty" teenoor die eiseres daargestel het.

Die hof moes by die beoordeling van die korrektheid of toepaslikheid van die prosedure wat deur die verweerder-chirurg aangewend is, uit die aard van die saak sterk gesteun het op die getuienis van die mediese spesialiste wat namens die eiseres en die verweerder getuig het. Gedurende die voorverhoor-konferensie wat deur die mediese spesialiste gehou is, was daar nie eenstemmigheid oor die prosedure of metode hoe die operasie uitgevoer behoort te word nie, en is daar ooreengekom dat die chirurg wat die operasie sou uitvoer sy persoonlike keuse in dié verband kon uitoefen (133). Die chirurg wat namens die eiseres getuig het, het aangevoer dat die verweerder-chirurg se keuse om 'n mediastinoskopie uit te voer debatteerbaar is en dat daar, na sy mening, eers 'n bronchoskopie op die eiseres uitgevoer moes gewees het. By die verhoor is verskeie artikels in mediese tydskrifte ingehandig waarin die aard en omvang en die voor en nadele van 'n mediastinoskopie behandel is (134). Die hof kom egter tot

---

(132) supra 379.

die gevolgtrekking dat die eiseres haar nie gekwyd het van die bewyslas om aan te toon dat die metode of tegniek wat gedurende die operasie aangewend is, foutief of ontoepaslik was nie. Die feit dat die verweerder-chirurg sy persoonlike keuse kon uitoefen ten aansien van die tegniek wat hy toegepas het, asook die feit dat die chirurg wat namens die eiseres getuig het 'n ander prosedure bo die uitvoering van 'n mediastinoskopie verkies het, beteken nog nie dat die verweerder-chirurg die verkeerde tegniek aangewend het nie(135). Die vraag of hy sodanige tegniek effektief en volgens die algemeen aanvaarde mediese praktyk uitgevoer het, is natuurlik 'n ander saak. Alhoewel die hof, by monde van Blum WnR, nie dié aangeleentheid enigszins verder bespreek nie, kan aanvaar word dat die algemene beginsel hier toepassing gevind het. Die eiseres kon in der waarheid nie aantoon dat die verweerder-chirurg 'n tegniek of metode aangewend het wat nie verantwoordbaar was binne die algemeen aanvaarde mediese praktyk nie en dat die keuse wat hy uitgeoefen het, onredelik was nie (136).

Wat geloofsgenesers, kruiedokters, toordokters en dergelike genesers betref, behoort die handelwyse van sulke persone ook getoets te word aan die standaard van die praktyk gehandhaaf deur die besondere skool waartoe hulle behoort, met dien verstande dat daar wel sodanige skool of algemeen erkende dissipline bestaan (137).

---

(133) supra 386D.

(134) supra 387A-I.

(135) supra 388F.

(136) Sien die bespreking hierbo en vgl Van Wyk v Lewis supra 460.

(137) Sien Strauss & Strydom 271 ev; sien ook S v Mahlalela supra 226 waar 'n kruiedokter 'n giftige brousel kruie met bier

Na my mening behoort die algemene beginsel ten aansien van die aanwending en erkenning van verskillende gedagterigtings binne die mediese praktyk, soos hierbo bespreek, nie rigied deur die howe toegepas te word by die beoordeling van die professionele aanspreeklikheid van die geneesheer waar 'n prosedure of tegniek toegepas of aangewend is wat nie in ooreenstemming met die gebruikelike mediese praktyk is nie. Die toepassing of aanwending van 'n afwykende praktyk deur 'n geneesheer dui nie noodwendig op nalatigheid nie. Dit val nie te betwyfel nie dat elke geval aan die hand van sy besondere omstandighede beoordeel moet word. Die beoefening van die mediese wetenskap is inherent riskant. 'n Rigiede toepassing van die algemene beginsel sal 'n inhiberende uitwerking hê op die effektiewe aanwending of toepassing van, byvoorbeeld, nuwe mediese prosedures wat noodwendig eksperimenteel van aard sal wees en moontlike nadelige gevolge vir 'n pasiënt kan inhou. Die algemene riglyne behoort nie toegepas te word op 'n wyse wat 'n demper sal plaas op die vernuwing en verbetering van mediese prosedures nie, mits sodanige prosedures medies verantwoordbaar en redelik is.

#### 4 10 'n Verpligting om te genees?

Die vraag of 'n geneesheer regtens onder enige verpligting staan om 'n pasiënt te genees, het al in ons regspraak ter sprake gekom(137a). In die beslissing van Buls v Tsatsarolakis(138)

---

aan 'n kind toegedien het ten gevolge waarvan die kind dood is. Die hof het vir doeleindes van nalatigheid indirek die toets van die "redelike kruiedokter" toegepas en die beskuldigde aan strafbare manslag skuldig bevind.

verklaar Nicholas R egter soos volg:

"Generally speaking every man has a right that others shall not injure him in his person and that involves a duty to exercise proper care. Every man has a legal right not to be harmed; but is there apart from a contract, a legal right to be healed? It is no doubt the professional duty of a medical practitioner to treat his patient with due care and skill, but does he, merely by undertaking a case, become subject to a legal duty, a breach of which founds an action for damages, to take due and proper steps to heal the patient? It is an interesting question, but because it was not argued and because it was not necessary for the purposes of the present decision to answer it, I shall not discuss it further".

In die beslissings van Kovalsky v Krige(139), Coppen v Impey(140) en Van Wyk v Lewis(141), was die hof van mening dat die redelike sorg, vaardigheid en ondervinding wat van regsweë van mediese praktisyns geverg word nie beteken dat mediese praktisyns daardeur enigsins 'n waarborg aan pasiënte gee dat hulle inderdaad genees sal word nie. Strauss (142) is van mening dat wanneer 'n pasiënt 'n geneesheer nader om mediese behandeling, die geneesheer geen groter plig het as om die pasiënt met die redelike sorg en vaardigheid wat van regsweë vereis word te behandel nie tensy die geneesheer natuurlik uitdruklik 'n waarborg aan die pasiënt gegee het dat sy behandeling hom inderdaad sal genees - 'n onderneming wat die versigtige of verstandige geneesheer in die algemeen nie sal gee nie.

---

(137a) Behrmann v Klugman 1988 (WPA) ongerapporteer, bespreek deur Strauss Doctor Patient and the Law 176.

(138) supra 893.

(139) supra 823.

(140) supra 314.

(141) supra 456.

(142) Doctor Patient and the Law 40; daar moet natuurlik in gedagte gehou word dat die verpligting om te genees wat hier onder bespreking is nie van 'n kontraktuele aard is nie. Die aanspreeklikheid van die geneesheer op grond van kontrak val buite die bespreking. Vir 'n volledige bespreking van die



4 11 Middellike aanspreeklikheid

4 11 1 Deliktereg

Die beginsel van middellike aanspreeklikheid kom, wat die mediese praktyk betref, ter sprake by die beoordeling van die geneesheer se aanspreeklikheid vir die nalatige handeling van professionele assistente en verpleegsters in sy diens, asook die aanspreeklikheid van 'n hospitaalowerheid vir die nalatige optrede van geneesheer in diens van sodanige owerheid.

Middellike aanspreeklikheid kan in die algemeen omskryf word as die skuldlose aanspreeklikheid van een persoon vir die onregmatige daad van 'n ander. Eersgenoemde word indirek of middellik deur middel van die skadeveroorsoekende optrede teenoor laasgenoemde skuldloos aanspreeklik gestel (143). Die beginsel van middellike aanspreeklikheid, gegrond op die leerstuk van respondeat superior, is 'n algemeen erkende beginsel van die deliktereg en kom ter sprake waar twee persone in 'n besondere verhouding teenoor mekaar staan. Twee sodanige verhoudings is in die onderhawige bespreking van belang, te wete werkgewer-werknemer en prinsipaal-vertegenwoordiger. Waar 'n werknemer, binne die bestek van sy diensbetrekking, 'n delik pleeg, is sy werkgewer ten volle vir die skade aanspreeklik (144). Die grondslag waarop die werkgewer

---

kontraktuele verhouding tussen pasiënt en geneesheer, sien Strauss & Strydom 104 ev; Strauss Doctor Patient and the Law 3 ev; vgl ook die beslissing van Correia v Berwind 1986 (4) SA 60 (Z).



aanspreeklik is, blyk omstrede te wees. Verskillende teorieë word as regverdiging daarvoor aangevoer (145). Die risiko of gevaarteorie blyk die aanneemlikste te wees. Volgens dié teorie skeep die werk wat aan 'n werknemer toevertrou word, bepaalde of potensiële risiko's van benadeling waarvoor die werkgever, op grond van billikheid en regverdigheid teenoor buitestaanders, aanspreeklik gehou behoort te word (146). As vereistes vir aanspreeklikheid, word gestel dat daar 'n werkgever-werknemerverhouding ten tye van die delikspleging moet bestaan, dat die werknemer inderdaad 'n onregmatige daad moes begaan het en dat die werknemer tydens die delikspleging binne die perke van sy diensbetrekking gehandel het (147). Wat die prinsipaal-verteenwoordiger-verhouding betref, is die beginsel dat wanneer 'n verteenwoordiger, in die uitvoering van sy verpligtinge 'n delik pleeg, is sy prinsipaal ten volle vir die skade aanspreeklik (148). Net soos in die geval van die werkgever, is die risiko-teorie die aanneemlikste verklaring vir die prinsipaal se aanspreeklikheid en geld dieselfde vereistes ten einde die prinsipaal middellik vir 'n delik van sy verteenwoordiger aanspreeklik te stel (149).

---

(143) sien die bespreking deur Neethling Potgieter & Visser 362 ev; Van der Merwe & Olivier 505 ev; Scott Middellike Aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg (1983) 199; sien ook Olivier "Enkele Verdere Beskouings oor Deliktuele en Verrykings-Aanspreeklikheid" 1965 THRHR 56; Van der Walt "Verborge Gebreke Onskuldige Wanvoorstelling en Verrykingsaanspreeklikheid" 1964 THRHR 212;

(144) Neethling Potgieter & Visser 362 368; Van der Merwe & Olivier 505; Scott Middellike Aanspreeklikheid 199.

(145) Die culpa in eligendo teorie waarvolgens die werkgever se aanspreeklikheid op sy eie skuld berus, die belange of profytteorie en die identifikasieteorie; vir 'n bespreking van dié teorieë sien die bespreking in Neethling Potgieter & Visser 362; Scott Middellike Aanspreeklikheid 30 ev; Van der Walt "Botes v Van Deventer 1966 (3) SA 182 (A)" 1967 THRHR 70-76; sien ook Feldman (Pty) Ltd v Mall 1945 AA 733.

(146) Neethling Potgieter & Visser 363; sien ook Scott

4 11 2 Strafreg

Wat die strafreg betref, word 'n beskuldigde soms onder invloed van die Engelse reg deur ons howe strafregtelik aanspreeklik gehou vir 'n wederregtelike handeling verrig of gevolg bewerkstellig deur 'n ander persoon of persone, sonder inagneming van die aan- of afwesigheid van skuld aan die kant van die beskuldigde ten aansien van die sodanige handeling of gevolg (150). 'n Werkgewer of prinsipaal kan onder bepaalde omstandighede strafregtelik aanspreeklik gehou word vir misdade gepleeg deur sy werknemer of agent. In die beslissing van R v Nanabhai (151), het die appèlhof die gelding van die leerstuk van middellike aanspreeklikheid in die strafreg soos volg opgesom: Die werkgewer of prinsipaal is gewoonlik nie aanspreeklik vir misdade gepleeg deur iemand in sy diens nie; die wetgewer kan sodanige aanspreeklikheid by wetgewing uitdruklik voorskryf, of selfs by implikasie; en by absolute verbiedinge kan die werkgewer of prinsipaal wel aanspreeklik gehou word (152). 'n Werkgewer of prinsipaal kan dus nie middellik aanspreeklik gehou word, tensy die misdaad deur sy werknemer of agent binne die bestek van sy bevoegdhede of in die uitvoering van sy pligte geskied het nie.

Middellike Aanspreeklikheid 37 ev.

(147) Neethling Potgieter & Visser 363 ev; Van der Merwe & Olivier 507-508; Scott Middellike Aanspreeklikheid 79 ev.

(148) Neethling Potgieter & Visser 368 ev; Van der Merwe & Olivier 517; Scott Middellike Aanspreeklikheid 254 ev.

(149) Neethling Potgieter & Visser 368 ev; Van der Merwe & Olivier 517; Scott Middellike Aanspreeklikheid 256; vgl Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd v MacDonald 1931 AA 412.

(150) Vgl Burchell & Hunt 385 -408; De Wet & Swanepoel 106; Snyman 272; LAWSA Vol 6 105 ev.

Benewens gevalle van strafregtelike aanspreeklikheid van natuurlike persone vir die misdade van ander persone, is daar ook nog gevalle van strafregtelike aanspreeklikheid van regs persone vir die misdade van ander. So kan die vraag gestel word of 'n hospitaal of ander mediese regs persoon aangekla kan word van strafbare manslag waar 'n mediese praktisyn in diens van die hospitaal of regs persoon nalatig opgetree het. Strafregetelike aanspreeklikheid van regs persone vir die handeling verrig of gevolge bewerkstellig deur hulle direkteure en dienaars, word statuter gereël deur artikel 332 van die Strafproseswet(153). Volgens hierdie artikel kan regs persone en lede van verenigings vervolgd word vir die handeling en/of versuim van direkteure of dienaars wat in hulle diens is. Onder meer bepaal dié artikel dat die handeling deur 'n direkteur of dienaar van die regs persoon verrig moes gewees het, of in opdrag van hom, of met sy uitdruklike of stilswyende toestemming, en dit moes deel gevorm het van die uitoefening van sy bevoegdhede of uitvoering van sy pligte. Die misdaad kan bestaan in die nalate of versuim om iets te doen wat gedoen moes gewees het, en dit moes nagelaat of versuim gewees het deur 'n direkteur of dienaar, of in opdrag van hom. Die handeling of versuim kon met of sonder 'n besondere opset plaasgevind het. Hier word bedoel dat skuld geleë kan wees in dolus of culpa. Die handeling of versuim word geag die handeling of versuim van die regs persoon te wees (154).

---

(151) 1939 AA 427; sien ook S v Mathebula 1972 (1) SA 495 (T) 700 G.

(152) De Wet & Swanepoel 107; Snyman 272.

(153) Vgl die bespreking van dié artikel deur Hiemstra/Kriegler Suid Afrikaanse Strafproses (1993) 871 - 879 874: "Die essensiële

4 11 3 Mediese praktyk

4 11 3 1 Aanspreeklikheid van die geneesheer vir die  
nalatigheid van verpleegpersoneel en ander  
professionele personeel

Wat middellike aanspreeklikheid in die mediese praktyk betref, het die Suid-Afrikaanse howe in verskeie beslissings die standpunt gehandhaaf dat 'n geneesheer nie aanspreeklik is vir die nalatige optrede van 'n verpleegster of 'n radiografis onder sy beheer en toesig nie, en ook nie vir enige skade wat mag voortspruit uit sodanige optrede nie. Die standpunt word gehuldig dat, aangesien die verpleegster en die radiografis hulle dienste as onafhanklike kontrakteurs verrig en nie werknemers is van die geneesheer nie, die leerstuk van respondeat superior nie

---

doel van die [artikel] is om te presiseer in welke omstandighede 'n regspersoon strafregtelik aangespreek kan word vir die strafwaardige handeling wat hy verrig of versuim wat hy begaan deur die natuurlike persone deur wie hy fungeer"; sien ook die beslissing van Ex parte Minister van Justisie: in re S v Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie 1992 (4) SA 804 (A) waar die appêlhof bevind het dat artikel 332 (1) van die Strafproseswet 51 van 1977 wel toepassing vind by nalatigheidsmisdade. 'n Regspersoon kan dus ingevolge hierdie artikel aanspreeklik wees vir nalatigheidsmisdade wat deur sy direkteure en amptenare gepleeg word. 'n Hospitaal of ander regspersoon kan dus aanspreeklik wees vir die nalatigheidsmisdade (spesifiek strafbare manslag) deur geneeshere deur wie die hospitaal of ander regspersoon fungeer. (154) Hiemstra/Kriegler 874; Ex parte Minister van Justisie: in re S v SAUK supra 809: "By 'n behoorlike vertolking van artikel 332 (1), [meen ek dat] 'n regspersoon wel aanspreeklik kan wees vir nalatigheidsmisdade gepleeg deur sy direkteure, amptenare en ander persone genoem in die artikel. Hierdie gevolgtrekking word gestaaf deur twee verdere oorwegings. Die eerste is een van waarskynlikheid. Ek kan aan geen rede dink waarom die wetgewer 'n regspersoon sou aanspreeklik maak vir skuldlose misdade en opsetsmisdade, maar nie vir nalatigheidsmisdade nie. Selfs al sou die bewoording van dié artikel minder duidelik gewees het, sou ek nie maklik oortuig kon word dat die wetgewer so 'n ongerymde resultaat beoog het nie".

in sodanige gevalle toepassing vind nie (155).

Ten aansien van die vraag of 'n chirurg verantwoordelik is vir die nalatige optrede van 'n narkotiseur (of omgekeerd), waar beide dieselfde operasie waarneem, kan aanvaar word dat die een nie verantwoordelik is vir die nalatige optrede van 'n ander nie.

In die Transvaalse beslissing S v Kramer (156) het Van der Merwe R dié vraag soos volg beantwoord:

"Problems that may arise as a result of an operation are complicated by the fact that in an operation a number of different people take part, each with his own important duties to perform in the course of the operation ... If a mishap should occur during the operation it is of importance to ascertain who was responsible for the mishap and to what extent any other member of the operating team can be held liable for the actions of that person ... I am of the opinion that, in general, neither the surgeon nor the anaesthetist is liable for the other's negligence. This general rule will however, be subject to exceptions, for example, where the surgeon knew that the anaesthetist was incompetent or not in a fit condition to perform his duties ... 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"(157).

4 11 3 2 Hospitaalaanspreeklikheid vir nalatigheid  
van geneeshere in sy diens

Ten aansien van die aanspreeklikheid van hospitale vir die nalatigheid van medici/personeel in hulle diens, het ons howe,

---

(155) Vgl Hewat v Rendel 1925 TPA 679 685-686 690-691; Lymbery v Jefferies supra 241; Van Wyk v Lewis supra 438 450-451 454 458-461; sien ook Byrne v East London Hospital Board supra 153; Dale v Hamilton supra 200; Helgesen v SAMDC 1962 (1) SA 800 (N); R v Van Schoor supra 349; vgl Claassen & Verschoor 108 ev; Gordon Turner & Price 183; Strauss Doctor Patient and the Law 299 ev; Strauss & Strydom 281 ev.

(156) supra 887.

(157) supra 895B;

in navolging van die ouer Engelse gewysdes in dié verband, die standpunt gehuldig dat hospitale nie aanspreeklik is vir die nalatige optrede van medici met betrekking tot hulle professionele dienste nie, alhoewel die hospitaal wel aanspreeklikheid kon opdoen vir die onregmatige verrigting van administratiewe pligte deur medici wat in diens staan van die hospitaal(158). Die ratio vir dié standpunt was die feit dat daar geen werknemer-werkgewer-verhouding tussen die hospitaal en die geneesheer was betreffende die professionele dienste van die geneesheer nie, maar wel sodanige verhouding ten opsigte van die verrigting van administratiewe pligte. Hierdie benadering van die howe is toegepas in 'n tyd toe hospitale in die woorde van Wessels R in die saak van Hartl v Pretoria Hospital Committee: "quasi - public charitable institutions" was (159). Teen hierdie agtergrond is dit egter nodig om die regspraak in dié verband van nader te beskou.

In die Natalse saak van Lower Umfolozi District War Memorial Hospital v Lowe (160), is beslis dat 'n hospitaalowerheid nie aanspreeklik is vir die nalatige optrede van 'n verpleegster in die uitvoering van haar professionele dienste nie. Die feite

---

(158) Byrne v East London Hospital Board supra 128; Hartl v Pretoria Hospital Committee 1915 TPA 336 340-342; Lower Umfolozi District War Memorial Hospital v Lowe 1937 NPA 31 38; sien ook Claassen & Verschoor 98; Gordon Turner & Price 177 ev; McIntosh-Scoble 138; Strauss Doctor Patient and the Law 301; vgl Burchell & Schaffer "Liability of Hospitals for Negligence" 1977 BML 109; De Klerk "Middellike Aanspreeklikheid van 'n Hospitaalowerheid" 1990 TSAR 148; Strauss "Hospital Liable for Negligence of its Medical Personnel" 1990 SAPM Vol 11 17 ev Van der Walt "St Augustine's Hospital v Le Breton 1975 (2) SA 530 (N)" 1976 THRHR 399; alhoewel daar na die middellike aanspreeklikheid van hospitale vir die nalatige optrede van medici verwys word, word die nalatige optrede van verpleegsters en ander verpleegpersoneel ook hierby ingesluit.

(159) Hartl v Pretoria Hospital Committee supra 336.



van die saak was dat 'n pasiënt wat besig was om te herstel van die toediening van narkose nadat 'n operasie op hom uitgevoer is, ernstig deur 'n warmwaterbottel gebrand is wat deur 'n verpleegster in sy bed geplaas is. Die pasiënt se eis om skadevergoeding is in die landdroshof toegestaan, maar by appèl bevind die hof dat die hospitaal nie aanspreeklik gehou kan word nie. Die hof beslis dat daar 'n onderskeid getref moet word tussen verpleegsters se professionele take en hulle administratiewe take (161). Hierdie standpunt was in ooreenstemming met die benadering wat deur die Engelse howe op daardie stadium toegepas is (162).

In 1975 het die Natalse regbank weer die geleentheid gekry om 'n uitspraak te gee met betrekking tot middellike aanspreeklikheid van hospitale in die saak van St Augustine Hospital v Le Breton (163): 'n Pasiënt is met 'n gebreekte arm opgeneem. Gedurende die nag het sy van haar bed afgeval omrede die verpleegpersoneel nie die kantreling van haar bed vroeër die aand opgeslaan het nie. Sy het haar been gebreek met die val en moes as gevolg hiervan veel langer in die hospitaal vertoef. 'n Eis om skadevergoeding, gebaseer op die hospitaalspersoneel se nalatigheid, is ingestel. Die hof bevind inderdaad dat die verantwoordelike hospitaalsuster nalatig was in haar versuim om

---

(160) supra 31; hierdie beslissing het die vroeëre sake van Hartl v Pretoria Hospital Committee supra en Byrne v East London Hospital Board supra waarin die beginsel dat 'n hospitaal nie aanspreeklik is vir die nalatigheid van sy werknemers in die uitoefening van hul professionele dienste nie, bevestig is, nagevolg.

(161) Lower Umfolozi supra 38; dié uitspraak word gekritiseer deur McKerron 92; Van der Walt 1976 THRHR 403.

(162) Engelse gesag waarna hier verwys kan word is Hillyer v The Governors of St Bartholomew's Hospital [1909] 2 KB 820; Strangways-Lesmere v Clayton [1936] 2 KB 11.

die kantreling van die pasiënt se bed op te slaan. Alhoewel die hof beslis dat die hospitaalpersoneel nalatig was, bevind die hof dat hy op grond van die presedente-leer aan die Lower Umfolozi-saak gebonde is, en spreek sy spyt uit dat hy nie die hospitaalowerheid vir die pasiënt se skade aanspreeklik kan hou nie (164).

In die Transvaal het die regbank egter die teenoorgestelde standpunt gehuldig, en bevestig dat hospitale wel aanspreeklik is vir die nalatigheid van medici wat in diens van die hospitaal staan. In sowel Esterhuizen v Administrator Transvaal (165) en Dube v Administrator Transvaal (166), is die beginsel bevestig dat die Transvaalse Provinsiale Administrasie aanspreeklik gehou kan word vir die nalatigheid van professionele hospitaalpersoneel wat in diens van die Provinsiale Administrasie staan. Die gevolg van die voorgaande teenstrydige standpunte beteken eenvoudig dat in Transvaal hospitale wel aanspreeklik is vir die nalatige optrede van medici in hulle diens, terwyl die

---

(163) 1975 (2) SA 530 (N); sien ook Claassen & Verschoor 99; Gordon Turner & Price 148 ev; Strauss Doctor Patient and the Law 301; Burchell & Schaffer 1977 BML 109; De Klerk 1990 TSAR 179; Van der Walt 1976 THRHR 399.

(164) St Augustine Hospital v Le Breton supra 538D-E 540F; hierdie standpunt was in stryd met die Engelse positiewe reg: vgl Gold v Essex Country Council [1942] 2 KB 293; Cassidy v Ministry of Health [1951] 2 KB 343; sien ook die kritiek op die St Augustine-beslissing deur Van der Walt 1976 THRHR 403: "Die uitspraak in die onderhawige saak was teleurstellend. Die regter kan, met respek, nie hiervoor blameer word nie; hy het hom tereg gebonde geag aan die Umfolosi-uitspraak. Die fout lê by ons te rigoristiese presedente-sisteem. Ek vind dit onaanneemlik dat die regter in casu in die lig van die klaarblyklike verval van die ratio van die Umfolosi-uitspraak, die latere ontwikkelinge in hierdie verband en veral die bestaan van 'n konsekwent volgehoue ander standpunt in 'n ander afdeling van die hooggeregshof, nog steeds gebonde was om dit te volg. Só 'n rigoristiese sisteem verseker 'n doodse sekerheid maar geen lewende aanpasbaarheid en soepelheid nie".



teenoorgestelde standpunt in Natal gehuldig is.

Die betreklik onlangse Natalse beslissing Mtwetwa v Minister of Health (167) het egter weggedoen met die botsende benaderings tussen die regspraak in Natal en dié in Transvaal. In dié saak is die eiseres in die King George-hospitaal in Durban vir moontlike tuberkulose behandel. In haar besonderhede van vordering beweer die eiseres dat die geneesheer wat haar behandel het, onverskillig opgetree het met die voorskryf en toediening van sekere medikasie ten gevolge waarvan sy skade gely het. Sy eis dan ook skadevergoeding van die Minister van Gesondheid vir pyn en lyding, ongemak en verlies aan lewensgenietinge. Die Minister, as verweerder, het eksepsie teen die eiseres se eis aangeteken en as basis daarvan aangevoer dat die besonderhede van vordering "do not disclose a cause of action in law, because the liability of a hospital with regard to the professional work of its employees/servants is limited to the hospital taking reasonable care to assure itself of the professional competence of the servants/employees whom it employs" (168).

By die beoordeling van die positiewe reg met betrekking tot die middellike aanspreeklikheid van hospitale vir die nalatige uitvoering van professionele take deur hospitaalpersoneel, kom die hof tot die gevolgtrekking dat die uitspraak in die Lower

---

(165) supra 710.

(166) supra 260.

(167) supra 600; sien ook Claassen & Verschoor 99 ev; Strauss Doctor Patient and the Law 302; De Klerk 1990 TSAR 150 ev; Strauss 1990 SAPM 17.

(168) supra 602B.

Umfolozi-saak aanleiding gegee het tot die eksepsie wat die verweerder geopper het (169). Die hof verwys verder na die Transvaalse sake in dié verband waarin daar nie 'n onderskeid getref is tussen hospitaalpersoneel se professionele en administratiewe take nie (170). In beginsel bevind die hof dat by die beoordeling van 'n diensverhouding tussen 'n hospitaalowerheid en die professionele hospitaalpersoneel in sy diens, beheer oor 'n persoon slegs een van die faktore is wat aanduidend mag wees of daardie persoon inderdaad 'n dienaar of 'n onafhanklike werker binne daardie diensverhouding is (171). Hoe groter die graad van toesig en beheer wat 'n werkgever oor 'n werknemer uitoefen, hoe groter is die waarskynlikheid dat die betrokke partye wel 'n diensverhouding gesluit het (172). Die vraag na die aard en omvang van die beheer oor die werknemers wat deur die hospitaalowerheid uitgeoefen word, is volgens die hof in wese 'n feitevraag wat nie by wyse van 'n eksepsie afgehandel kan word nie, en gevolglik is die eksepsie van die hand gewys. Die hof bevind dat die Lower Umfolozi-saak verouderd is en nie meer as gesaghebbend aanvaar kan word nie. Belangrik van die onderhawige saak is die bevinding van die hof dat die Minister van Gesondheid, as werkgever, aanspreeklikheid kan opdoen indien 'n personeellid van 'n hospitaal wat onder sy beheer is nalatig is in die uitvoering van sy take ongeag of dit professionele of administratiewe take is (173). Hiermee is die botsende benaderings wat aanvanklik toegepas is in die regspraktyk in Transvaal en Natal effektiewelik bygeleë.

---

(169) supra 603I.

(170) supra 603H.

(171) supra 605F-G.

(172) supra 605E-G; die hof verwys in hierdie verband na Van der Walt 1976 THRHR 399 ev en die beslissing van Smit v

Die feit dat 'n hospitaal middellik aanspreeklik gehou kan word vir die nalatige optrede van medici in diens van die hospitaal, verhinder natuurlik nie 'n eiser om 'n eis teen die geneesheer in te stel op grond van sy persoonlike nalatigheid nie (174). 'n Hospitaal sal ook nie aanspreeklikheid opdoen vir die nalatige optrede van 'n besoekende geneesheer ("visiting doctor") of konsultant wat op 'n onafhanklike basis professionele dienste aanbied nie (175).

#### 4 12 Verwete teen mediese nalatigheid

Die geneesheer wat deliktueel of strafregtelik aangespreek word vir beweerde mediese nalatigheid, kan natuurlik ontken dat sy optrede nalatig was, of onregmatig/wederregtelik was of die ingetrede gevolg veroorsaak het. Die moontlike verwete wat hier bespreek sal word is van belang, aangesien 'n geneesheer wat hom suksesvol beroep op een of meer van dié verwete, vanselfsprekend nie aanspreeklik gehou kan word nie. Sommige van die verwete het die effek dat die onregmatigheid/wederregtelikheid of kousaliteit van sy handeling uitgesluit word, terwyl ander tot gevolg het dat die skuldelement uitgeskakel word. Eers indien bevind word dat die handeling aan die kant van die geneesheer onregmatig/wederregtelik is, kom

---

Workmen's Compensation Commissioner 1979 (1) SA 51 (A).  
(173) Mtwetwa-saak supra 606C; sien ook Strauss Doctor Patient and the Law 303; De Klerk 1990 TSAR 151; vgl Burchell & Schäffer 1977 BML 110-111.  
(174) Vgl Van Wyk v Lewis supra 438; sien ook Van Oosten 1986 Medicine & Law 27.  
(175) Hartl v Pretoria Hospital Committee supra 340; sien ook Strauss Doctor Patient and the Law 302 ev.

skuld in enige van sy vorme ter sprake, aangesien skuld juridies nie ten aansien van 'n regmatige handeling kan bestaan nie (176). Verder is dit van belang om in gedagte te hou dat dit vir die eiser of die staat is, al na gelang die geval, om te bewys dat die geneesheer nalatig gehandel het en dat sy nalatigheid die oorsaak was van die eiser se skade of die pasiënt se dood (177).

#### 4 12 1 Noodsituasies

Die noodsituasies wat hier ter sprake is, verwys na geneeskundige ingrepe sonder toestemming aan die kant van die pasiënt. Strauss & Strydom (178) toon aan dat twee vroeë by noodsituasies in die geneeskundige praktyk ter sprake kom:

- (a) op welke regsgrond hierdie ingrypingsbevoegdheid berus, en
- (b) hoedanig die feitelike omstandighede moet wees vir die ontstaan van die ingrypingsbevoegdheid.

In die deliktereg en die strafreg word noodtoestand ("necessity") as 'n algemene regverdigingsgrond beskou (179). Noodtoestand kan óf 'n regverdigingsgrond óf 'n skulduitsluitingsgrond wees, na gelang van die omstandighede (180). Kenmerkend van 'n suksesvolle beroep op noodtoestand, is die feit dat die belange van 'n onskuldige party opgeoffer

---

(176) Sien in die algemeen die bespreking van die algemene beginsels van nalatigheid in hoofstuk 1 hierbo; betreffende die geneeskundige reg in dié verband vgl Gordon Turner & Price 183 ev; Strauss & Strydom 316 ev; wat die deliktereg betref, sien veral die bespreking deur Boberg 644 ev; Neethling Potgieter & Visser 33 ev 165 ev; Mabaso v Felix 1981 (3) SA 865 (A).  
(177) Die bewys van mediese nalatigheid word volledig in hoofstuk 3 hieronder bespreek.  
(178) 237 ev; sien ook Strauss Doctor Patient and the Law 89 ev.

word om die belange van die bedreigde te beskerm. Noodtoestand as regverdigingsgrond in die geneeskundige praktyk kan in die algemeen ter sprake kom waar mediese behandeling regstreeks en teen 'n persoon se wil op daardie persoon toegepas word ter wille van die sosiale belang. Volgens Strauss en Strydom sal dit die geval wees wanneer 'n geneeskundige ingreep nodig is om te verhoed dat 'n gevaarlike siekte waaraan 'n pasiënt ly na ander versprei, of om te verhoed dat gesonde persone 'n bepaalde siekte opdoen. Noodtoestand regverdig die behandeling van krankes wat aan 'n gevaarlike, aansteeklike siekte ly en die inenting van gesondes om te verhoed dat 'n gevaarlike epidemie ontstaan of versprei (181). Nodeloos om te sê, sal hierdie tipe van noodsituasie nie werklik 'n probleem ten aansien van die onregmatigheid/wederregtelikheid, al dan nie van die geneesheer se ingreep in die praktyk skeep nie. Van meer belang vir die bespreking hier, is die vraag of 'n geneesheer deliktueel of strafregtelik aanspreeklik gehou kan word waar 'n werklike noodsituasie aanwesig is en 'n pasiënt in lewensgevaar verkeer, of waar die gevaar van ernstige liggaamlike krenking of gesondheidsbenadeling bestaan en onmiddellike geneeskundige optrede nodig is om die gevaar te verhoed, maar die pasiënt vir een of ander rede (byvoorbeeld bewusteloosheid) nie in staat is om toe te stem tot sodanige optrede nie.

---

(179) Vgl wat die deliktereg betref, Boberg 751; Neethling Potgieter en Visser 82 ev; Van der Merwe & Olivier 107; wat die strafreg betref sien Burchell & Milton 372; De Wet & Swanepoel 102; Snyman 120; Visser & Vorster & Maré General Principles of Criminal Law through the Cases (1990) 201; vgl ook in die algemeen Van der Westhuizen Noodtoestand as Regverdigingsgrond in die Strafreg (Ongepubliseerde LLD-proefskrif UP 1979) 585 609.

(180) Snyman 120 ev; S v Bailey 1982 (3) SA 772 (A) 796 A.

Waar dit gaan oor die belang van die pasiënt is die regverdigingsgrond in ons gemene reg wat toepassing kan vind tydens 'n nood-situasie, saakwaarneming. Die leerstuk van saakwaarneming (negotiorum gestio) is in die privaatreë goed bekend, maar dit het nog nie in ons regspraak as 'n verweer in 'n strafsak ter sprake gekom nie (182). Tereg toon Strauss & Strydom ten aansien van die toepassing van dié leerstuk in die geneeskundige praktyk aan dat dit weliswaar by saakwaarneming in sy gemeenregtelike oorsprong veeleer gaan om die beskerming deur een persoon van 'n ander se vermoënsregtelike belang in laasgenoemde se afwesigheid, maar daar geen rede bestaan waarom die leerstuk nie ook uitgebrei kan word tot 'n situasie waar die "bedreigde" (hier die pasiënt) fisies wel teenwoordig is nie, maar weens bewusteloosheid psigies afwesig is. Saakwaarneming kan ook die behartiging van persoonlikheidsbelange insluit (183).

In die geneeskundige praktyk word daar sekere vereistes gestel vir 'n suksesvolle beroep op saakwaarneming as 'n regverdigingsgrond vir mediese behandeling sonder toestemming aan die kant van die pasiënt. Hierdie vereistes is die

---

(181) Strauss & Strydom 237 ev; Strauss Doctor Patient and the Law 89 ev.

(182) Vgl Boberg 751; Burchell & Hunt 383; De Wet & Swanepoel 97; Snyman 144; Strauss & Strydom 238; Van der Merwe & Olivier 107.

(183) Strauss & Strydom 238; dié skrywers praat van sogenaamde "analoë" saakwaarneming; sien ook De Wet & Swanepoel 102: "Die aanneemlikste verklaring vir die immuniteit van die geneesheer is dat sy optrede geregverdig word deur die leerstuk van saakwaarneming"; vgl ook Stoffberg v Elliot supra 148; Ex parte Dixie 1950 (4) SA 748 (W) waar 'n kurator aangestel is om te besluit of 'n operasie op 'n kranksinnige meerderjarige uitgevoer moet word of nie; vgl verder Claassen & Verschoor 75-78; Van Oosten The Doctrine of Informed Consent in Medical Law (ongepubliseerde LLD-proefskrif UNISA 1989) 423-425.

volgende: (i) daar moet 'n werklike noodsituasie wees wat die mediese ingreep gebiedend maak; (ii) die pasiënt moet onbewus wees van die benadeling; (iii) die behandeling moet nie teen die wil van die pasiënt wees nie; (iv) die geneesheer moet die operasie of behandeling onderneem met die oogmerk om die belange van die pasiënt te dien (184).

#### 4 12 2 Toestemming

Toestemming van 'n pasiënt is ook 'n regverdigingsgrond waarop 'n geneesheer hom kan beroep ten einde die moontlike onregmatigheid van sy mediese behandeling van die pasiënt te uit te sluit. Die algemene beginsel in dié verband kan soos volg gestel word: Waar 'n persoon regsgeldig tot 'n bepaalde benadeling toegestem het, word die veroorsaking daarvan aan die toestemmende as redelik beskou. Waar 'n persoon wat regsgeldiglik daartoe toegestem het benadeel word, is sodanige benadeling regmatig. Hierdie beginsel word weergegee in die spreuk: volenti non fit iniuria (185).

---

(184) Daar word aan die hand gedoen dat 'n volledige bespreking van dié vereistes buite die bestek van die bespreking hier val en derhalwe word daar net kortliks verwys na dié vereistes; vir 'n volledige bespreking van dié vereistes sien Claassen & Verschoor 75; Strauss & Strydom 239-245; Strauss Doctor Patient and the Law 92 ev; vgl Esterhuizen v Administrator Transvaal supra 710.

(185) Burchell & Hunt 369; Boberg 724; De Wet & Swanepoel 94; Neethling Potgieter & Visser 94; Strauss & Strydom 317; Strauss Doctor Patient and the Law 323; Strauss Toestemming tot Benadeling as Verweer in die Strafreë en die Deliktereg (ongepubliseerde LLD-proefskrif UNISA 1961) 332; Van der Merwe & Olivier 96; Van der Walt 51; Van Oosten Informed Consent-proefskrif 13 ev; Visser Vorster & Maré 241.



Volenti non fit iniuria as 'n regsverdigingsgrond wat onregmatigheid/wederregtelikheid uitsluit, slaan in sy enge sin op toestemming tot spesifieke benadeling (186) en in sy wyere sin op vrywillige aanvaarding van risiko (186a).

'n Suksesvolle beroep op toestemming as verweer verg dat daar aan sekere vereistes voldoen word. So word daar in die algemeen as vereistes gestel dat toestemming vrywillig en sonder dwang gegee word; dat die persoon wat toestemming gee wilsvemoënd moet wees; dat toestemming uitdruklik of stilswyend gegee kan word; dat die persoon wat toestem kennis moet dra van die ware en wesenlike feite wat betrekking het op die handeling waartoe hy toestem; en dat toestemming in beginsel deur die benadeelde persoon self gegee moet word (187).

Van besondere belang in die geneeskundige praktyk is die vereiste dat die pasiënt wat toestem tot mediese behandeling of 'n operasie, kennis moet dra van die ware en wesenlike feite wat betrekking het op die aard en omvang van sodanige behandeling of operasie. In hierdie verband word dit as vereiste gestel dat daar sogenaamde ingeligte toestemming "informed consent" aan die kant van die pasiënt moet wees (188). Die vraag ontstaan tot welke mate die pasiënt deur die

---

(186) Boberg 724; Neethling Potgieter & Visser 95; Van der Walt 51; Van Oosten Informed Consent-proefskrif 14 vn 5.

(186a) Boberg 725; Neethling Potgieter & Visser 95; Strauss Toestemming-proefskrif 50; Van der Merwe & Olivier 101; Van der Walt 55; Van Oosten Informed Consent-proefskrif 14 vn 6;

(187) Sien die volledige bespreking van dié vereistes deur Van Oosten Informed Consent 17 ev; sien ook Burchell & Hunt 370; De Wet & Swanepoel 95; Neethling Potgieter & Visser 98; Snyman 133; Strauss Toestemming-proefskrif 8 ev; Van der Merwe & Olivier 93 ev.



geneesheer ingelig behoort te word ten einde regsgeldige toestemming te kan verleen. Of 'n pasiënt "ten volle" toegestem het tot mediese behandeling en of 'n geneesheer 'n pasiënt "behoorlik" of "voldoende" ingelig het ten einde sodanige toestemming te verkry, is relatiewe vrae wat noodwendig beoordeel moet word aan die hand van die omstandighede van elke individuele geval. In die praktyk het daar egter sekere algemene beginsels ontvou ten aansien van die inligtingsplig van die geneesheer (189). As algemene beginsel in die Suid-Afrikaanse reg word daar van regsweë vereis dat daar ingeligte toestemming aan die kant van die pasiënt moet wees. Die pasiënt moet ingelig word oor die aard en omvang van die behandeling, of operasie, asook moontlike risiko's en newe-effekte. In hierdie verband word daar vereis dat die pasiënt oor kennis ("knowledge") en begrip ("appreciation") moet beskik ten aansien van die voorgename mediese behandeling ten einde regsgeldig daartoe toe te stem (190).

---

(188) Vir 'n volledige bespreking sien Van Oosten Informed Consent 11-69; sien ook Boberg 751; Neethling Potgieter & Visser 98 ev; Strauss Doctor Patient and the Law 14 ev; Burchell "Informed Consent - Variations on a Familiar Theme" 1986 Medicine & Law 293 ev; Van Oosten "Castell v De Greef and the Doctrine of Informed Consent: Medical Paternalism Ousted in Favour of Patient Autonomy" 1995 De Jure 164 ev; sien veral Castell v De Greef 1994 (4) SA 408 (K).

(189) Vgl Van Oosten Informed Consent 11-69; Van Oosten 1995 De Jure 170-173; Castell v De Greef (1994) supra 426-428.

(190) Dit hoef nouliks betoog te word dat die hele spektrum van die algemene beginsels van ingeligte toestemming nie hier volledig bespreek kan word nie; die gedagte hier is om bloot te verwys na die algemene beginsels van ingeligte toestemming in die breë gesien as moontlike verweer om die onregmatigheid van mediese behandeling uit te skakel; vir 'n volledige bespreking van dié beginsels sien veral Van Oosten Informed Consent 11-69; Van Oosten 1995 De Jure 166 ev; sien ook Strauss "Bodily Injury and the Defence of Consent" 1964 SALJ 179; Strauss 1987 TSAR 1 ev; Van Oosten "Informed Consent: Patient's Rights and the Doctor's Duty of Disclosure in South Africa" 1989 Medicine and Law 443 ev; vgl in die regspraak Allott v Paterson & Jackson 1936 SR 221; Buls v Tsatsarolakis supra

Waar 'n geneesheer behandeling op 'n pasiënt toepas, of 'n operasie uitvoer sonder die ingeligte toestemming van die pasiënt, kan die geneesheer se optrede onder meer op aanranding of nalatigheid neerkom (191). Die vraag of die versuim deur 'n geneesheer om 'n pasiënt onder sy behandeling in te lig op nalatigheid neerkom, is hier relevant, maar word elders volledig bespreek (192).

#### 4 12 3 Bydraende nalatigheid

As algemene beginsel kan gestel word dat bydraende nalatigheid nie 'n verweer in die deliktereg of die strafreg is nie. Bydraende nalatigheid aan die kant van een van die partye kan egter in gepaste gevalle lei tot strafversagting of tot die verdeling van skadevergoeding (193). Bydraende nalatigheid in die geneeskundige praktyk kom gewoonlik ter sprake wanneer 'n pasiënt versuim om ooreenkomstig die instruksies van die genees-

---

891; Castell v De Greef (1993) supra 518; Castell v De Greef supra 426; Esterhuizen v Administrator Transvaal supra 710; Ex parte Dixie 748; Lampert v Hefer supra 507; Lymbery v Jefferies supra 236; Philips v De Klerk 1983 (T) ongerapporteerde bespreek deur Strauss Doctor Patient and the Law 29; Prowse v Kaplan supra 257; Richter v Estate Hammann supra 226; Rompel v Botha 1953 (T) ongerapporteerde; Stoffberg v Elliot supra 148; Verhoef v Meyer 1975 (T) ongerapporteerde bespreek deur Strauss Doctor Patient and the Law 32; by die bespreking van ingeligte toestemming aan die kant van die pasiënt moet daar natuurlik ook rekening gehou word met die selfbeskikkingsreg van die pasiënt: sien in dié verband Van Oosten 1995 De Jure 164; Castell v De Greef (1994) supra 408; Stoffberg v Elliot supra 149-150.

(191) Vgl Boberg 751; Neethling Potgieter & Visser 94 ev; Strauss Doctor Patient and the Law 324; sien ook Esterhuizen v Administrator Transvaal supra 710; Lymbery v Jefferies supra 240; Richter v Estate Hammann supra 226; Van Oosten Informed Consent 56 ev; Van Oosten 1995 De Jure 166; Castell v De Greef (1994) supra 425E-F 420H-I.

(192) Sien die bespreking van dié aangeleentheid in hoofstuk 4 onder 2 1 4.

heer wat hom behandel het aan te meld vir verdere behandeling, of versuim om spesifieke instruksies na te kom in gevalle van, byvoorbeeld, na-operatiewe versorging (194). Dit moet natuurlik vasstaan dat die geneesheer die pasiënt behoorlik ingelig het ten aansien van die aard en omvang van die instruksies wat nagevolg moet word. In hierdie verband merk Gordon Turner & Price tereg soos volg op:

"In medical cases the skill and knowledge of the practitioner are generally much greater than those of his patient. It follows that the patient is entitled to rely on the practitioner to a much greater degree than the practitioner on the patient. It should always be present to the mind of the practitioner that patients often do things which might appear foolish to an informed person. If the practitioner should in the exercise of reasonable skill and care have foreseen that the patient might harm himself or aggravate his condition unless he were warned, or other precautions taken, he cannot plead contributory negligence, for his duty is to guard against such possibilities as far as possible" (195).

In dié verband kan daar verwys word na die beslissing van Dube v Administrator Transvaal (196) waarin 'n pasiënt 'n gebreekte arm opgedoen het wat in gips geset is. Sy arm het

---

(193) Vgl in die algemeen Boberg 652 ev; Neethling Potgieter & Visser 157: "Dit is eintlik terminologies onjuis om van bydraende nalatigheid te praat. 'n Handeling kan naamlik streng gesproke net nalatig wees indien die betrokke handeling ook onregmatig is en dit is duidelik dat 'n persoon nie onregmatig teenoor homself kan optree nie. By bydraende nalatigheid gaan dit dus oor 'n benadering om die omvang van die verweerder se aanspreeklikheid te bepaal op 'n wyse wat analoog is aan die vasstelling van nalatigheid; in werklikheid is dit egter nie nalatigheid in die regstegniese sin waarmee gewerk word nie aangesien onregmatigheid geen rol speel nie"; sien ook Gordon Turner & Price 186; Strauss & Strydom 321; Van der Merwe & Olivier 153; Van der Walt 88; Boberg "The Apportionment of Damages Amendment Act 51 of 1971" 1971 SALJ 423; Van Oosten 1986 Medicine & Law 22; sien ook die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956, spesifiek artikel (1) (a), (1)(b) en (3) van artikel 1.

(194) Gordon Turner & Price 186 ev; Strauss & Strydom 322.

(195) Gordon Turner & Price 186; sien ook Strauss & Strydom 323.

egter later hewig geswel en septies geraak vanweë die intrede van Volkmann se ischemiese kontraktuur. Hier het die hof geweier om die pasiënt se optrede as bydraend nalatig te beskou vanweë sy versuim om onmiddellik, toe die swelling en sepsis van die arm ingetree het, terug te keer na die hospitaal. Die hof het die standpunt gehuldig dat die pasiënt redelikerwys aanvaar het dat die swelling en sepsis van die arm deel was van die normale genesingsproses en derhalwe dat daar geen gevaar bestaan dat hy moontlik sy arm kan verloor nie. Gevolglik het hy nie aan die hospitaal teruggerapporteer nie.

#### 4 12 4 Afstanddoening van die reg op die verhaal van skadevergoeding

As algemene beginsel kan dit gestel word dat 'n party tot 'n deliktuele eis afstand kan doen van sy reg om skadevergoeding te verhaal. In hierdie verband sou 'n party kon afstand doen van 'n potensiële aanspraak nog voordat die aanspraak tot stand gekom het, of afstand kan doen van 'n reg om skadevergoeding te verhaal nadat dit tot stand gekom het(197).

Daar word aan die hand gedoen dat alhoewel die afstanddoening van die reg om skadevergoeding de facto 'n verweer mag wees wat die

---

(196) supra 260 270; vgl Byrne v East London Hospital Board supra 128 waarin die eiser, 'n geneesheer, by 'n riskante operasie onder X-strale meegewerk het, en brandwonde opgedoen het; Willet v Palmer (1894) 8 OKPA 141 (bespeek deur Gordon Turner & Price 186); sien ook R v Hosioski supra 90; St Augustine's Hospital v Le Breton supra 536.

(197) Betreffende dié verweer in die geneeskundige praktyk sien Strauss & Strydom 324 ev waar verwys word na sommige juriste wat sodanige verweer tuisbring onder die beginsel van volenti non fit iniuria; sien ook die bespreking deur Gordon Turner & Price 189 ev.

geneeskundige praktyk betref, dit te betwyfel is of sodanige verweer aanklank sal vind in 'n moderne samelewing wat verbruikers-georiënteerd is. Strauss & Strydom merk tereg op dat indien 'n pasiënt uit vrye wil besluit om sy vorderingreg prys te gee, daar geen rede bestaan (gedagtig aan sy selfbeskikkingsreg) waarom sy wilsbesluit nie gerespekteer behoort te word nie (198). Na my mening sal 'n pasiënt wat skade berokken is deur die nalatigheid van 'n geneesheer nie geneë wees nie, en seker ook nie regtens geadviseer word, om van sy vorderingsreg afstand te doen nie.

#### 4 12 5 Verjaring

Versuim 'n benadeelde om binne 'n bepaalde tydsbestek sy deliktuele remedie teen die onregpleger af te dwing, kan hy sy remedie as gevolg van die werking van bevrydende verjaring verloor. Die aangeleentheid van bevrydende verjaring word in die algemeen in die Verjaringswet (199) gereël. In die geneeskundige praktyk sou dit daarop neerkom dat 'n geneesheer 'n spesiale pleit sou kon opper indien hy gedagvaar word om skadevergoeding aan 'n pasiënt te betaal, en die pasiënt versuim het om binne die voorgeskrewe tydperk sy vorderingsreg teen die geneesheer af te dwing. Aangesien die bestaan van skuld ex delicto 'n voorvereiste vir 'n deliktuele aksie is, spreek dit vanself dat waar die skuld deur verjaring uitgewis word, die lot van die pasiënt se remedie dienooreenkomstig verseël word (200).

---

(198) Strauss & Strydom 325.

(199) Wet Nr 68 van 1969.

(200) Van der Merwe & Olivier 283 ev; sien ook Neethling

## 5 Engeland

### 5 1 Die "Bolam-toets"

Gedagtig aan die algemene bespreking hierbo (201) van "nalatigheid" in die Engelse reg, wat as algemene agtergrond dien vir doeleindes van die bespreking van professionele mediese nalatigheid in die Engelse reg, kan dit as algemene beginsel gestel word dat die bestaan van mediese nalatigheid, vir sover dit die deliktereg aangaan (202), afhanklik gestel word van die skending van 'n regsplig ("duty of care") wat die geneesheer teenoor 'n pasiënt het. Vir 'n suksesvolle beroep op mediese nalatigheid moet dit verder ook vasstaan dat die geneesheer in sy behandeling van die pasiënt nie in ooreenstemming met die algemeen aanvaarde mediese praktyk wat van regsweë vereis word, opgetree het nie;

---

Potgieter & Visser 261; Strauss & Strydom 326; die termyn volgens die Verjaringswet waarbinne deliktuele aksies verjaar word gestel op 3 jaar; verjaring kan onder bepaalde omstandighede wel 'n verweer in die strafreg wees: ingevolge artikel 18 (1) van die Strafproseswet 51 van 1977 verjaar sommige misdrywe na 20 jaar - vgl Hiemstra/Kriegler 28 ev; daar moet ook hier melding gemaak word van die bepalings van die Wet op die Beperking van Regsgedinge (Provinsiale en Plaaslike Owerhede) 94 van 1970. Ingevolge artikel 2 (a) van dié wet word geen regsgeding ten opsigte van 'n skuld teen 'n administrasie, plaaslike bestuur of beamppte ingestel nie, tensy die skuldeiser 'n skriftelike kennisgewing van die geding binne 90 dae vanaf die dag waarop die skuld opeisbaar geword het, aan die skuldeiser beteken, en ingevolge artikel 2 (c) na verloop van 'n tydperk van 24 maande vanaf die dag waarop die skuld opeisbaar geword het. Hierdie artikel is van besondere belang in die geneeskundige praktyk: prakties gesproke is 'n pasiënt se reg om 'n eis om skadevergoeding teen 'n provinsiale hospitaal of bestuur in te stel op grond van die nalatige optrede van 'n geneesheer in diens van die hospitaal of bestuur onderhewig aan die verjaringstydperke wat in die onderhawige wet gestel word - vir 'n verdere bespreking van dié wet sien Loubser Extinctive Prescription (1996) 192 ev.



dat die voormelde skending van die regsplig skade by die pasiënt veroorsaak het, wat die betaling van skadevergoeding regverdig; en dat die omvang en quantum daarvan, voortvoortvloeiend uit die skending van die regsplig, wel op regsgronde verhaalbaar is (203).

Die eerste saak (sover bekend) waarin die grondslag geleë is vir die standaard van mediese bedrewenheid en sorg wat van regsweë van medici in die Engelse reg vereis word, is die beslissing van Lamphier v Phipos in 1838 (204). Die feite van die saak is dat die eiser die verweerder, 'n geneesheer, ontbied het om die eiser se vrou te behandel vir 'n besering aan haar regterhand en gewrig, wat sy klaarblyklik gebreek het. Die verweerder was van mening dat 'n beentjie (die "small bone") in haar arm gebreek was en nie die gewrig nie. Haar arm is gespalk vanaf die elmboog tot by die gewrig. Nieteenstaande hierdie behandeling, wat volgehou is vir 'n tydperk van sewe weke, het daar komplikasies ingetree en het die arm, asook die skouer, ontsteek geraak. Die eiser het toe 'n ander praktisyn ontbied wat die regterhand ook gespalk het en die inflammasie in die skouer en die arm behoorlik behandel het. Nieteenstaande dié behandeling het die eiser se vrou die gebruik van haar hand tot so 'n mate verloor dat sy nie 'n mes en 'n vurk kon gebruik nie. Die voorsittende regter, Tindal CJ,

---

(201) Sien die bespreking in hoofstuk 1 supra

(202) Soos reeds vermeld, word strafregtelike nalatigheid in die Engelse reg nie afhanklik gestel aan die verbreking van 'n regsplig nie - die algemeen aanvaarbare mediese praktyk wat as norm geld wanneer daar vir mediese nalatigheid getoets word is egter, soos later hieronder meer volledig aangetoon sal word, dieselfde in die Engelse deliktereg en strafreg.

(203) Kennedy & Grubb Medical Law Text and Materials (1994) 143; Taylor Medical Malpractice (1980) 28 ev.

het die jurie, wat moes besluit of die eiser se vrou geregtig is op enige skadevergoeding, soos volg voorgelig:

"What you will have to say is whether you are satisfied that the injury sustained is attributable to the want of a reasonable and proper degree of care and skill in the defendant's treatment of the plaintiff's wife. 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 the 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 a higher education and greater advantages than he has, but he undertakes to bring to a fair and 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. The question is whether or not this injury must be referred to the want of a proper degree of skill and care in the defendant"(205).

Die jurie het in die guns van die eiser en sy vrou beslis en skadevergoeding toegeken.

Die beginsel dat 'n mediese praktisyn "undertakes to bring to a fair and reasonable and competent degree of skill" (soos blyk uit voorgaande dictum) is in verskeie gewysdes bevestig (206),

---

(204) supra 475; dié saak word bespreek as Lamphier and Wife v Phipos 1835 - 1842 All ER 421; hier kan egter ook verwys word na die baie ou saak van Slater v Baker & Stapleton (1767) 95 ER 860 waar bewerings van nalatigheid gemaak is teen 'n chirurg in diens van die St Bartholomew's-hospitaal ten opsigte van sy behandeling van 'n gebreekte been van 'n pasiënt. In 'n poging om die been "reguit" te kry, het die chirurg gebruik gemaak van 'n eksperimentele apparaat, deus ex machina, en die been weer verder gebreek. Die hof het ten gunste van die eiser beslis en soos volg opgemerk: "For anything that appears to the Court, this was the first experiment made with the new instrument, and if it was, it was a rash action, and he who acts rashly acts ignorantly: and although the defendants in general may be skilful in their respective professions as any two gentlemen in England, yet the Court cannot help saying, that in this particular case they have acted ignorantly and unskilfully, contrary to the known usage of surgeons"; vgl Jackson & Powell Professional Negligence (1987) 291.

(205) Lamphier v Phipos supra 422 E-G.



maar het veral weer onder die aandag gekom in die sake van R v Bateman (207) en Bolam v Friern Hospital Management Committee (208). In R v Bateman (209) ('n saak van manslag teen 'n geneesheer) het Lord Hewart ten opsigte van professionele mediese nalatigheid soos volg opgemerk:

"If a person holds himself out as possessing special skill and knowledge and he is consulted, as possessing such skill and knowledge, by or on behalf of a patient, he owes a duty to the patient to use due caution in undertaking the treatment. If he accepts the responsibility and undertakes the treatment and the patient submits to his direction and treatment accordingly, he owes a duty to the patient to use diligence, care, knowledge, skill and caution in administering the treatment ... 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 " (210).

In Bolam v Friern Hospital Management Committee (211) het die eiser gedurende die toepassing van elektriese skokbehandeling frakture opgedoen. Daar is aangevoer dat die verweerders nalatig was deur nie spierverslappingsmiddels, wat die risiko van frakture sou uitskakel, aan die pasiënt toe te dien nie. Mc Nair J het soos volg opgemerk ten aansien van die standaard van mediese deskundigheid wat van regsweë vereis word:

"But where you get the situation which involves the use of some special skill or competence, then the test as to whether there has been negligence or not is not the test of the man on top of a Clapham omnibus, because he has

---

(206) Rich v Piermont (1862) 3F & F 35; Hatcher v Black The Times 2 Julie 1954 soos bespreek deur Denning The Discipline of Law (1979) 242; sien ook Jackson & Powell 292.

(207) (1925) 94 LJKB 791.

(208) (1957) 1 WLR 582 (QB).

(209) R v Bateman supra 794; sien ook Kennedy & Grubb 371; Taylor 30.

(210) R v Bateman supra 794.

(211) supra 586.

not got this special skill. The test is the standard of the ordinary skilled man exercising and professing to have that special skill. 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" (212).

Volgens bovermelde dictum is die toets vir mediese nalatigheid dus die standaard van die algemene bevoegde mediese praktisyn. Hierdie beginsel, die sogenaamde "Bolam test", kan aanvaar word as die algemene beginsel ten aansien van professionele mediese nalatigheid in die Engelse reg en is dan ook in verskeie beslissings bevestig (213). Dit is veral in die saak van Sidaway v Governors of Bethlem Royal Hospital (214) dat die Bolam-toets weer heelwat kommentaar van die regbank ontlok het (215). As algemene uitgangspunt by die beoordeling van mediese nalatigheid, geld die beginsel dat ten einde vas te stel of 'n geneesheer sy regsplig teenoor 'n pasiënt geskend het, daar eers vasgestel moet word of daar van regsweë 'n spesifieke standaard van optrede van die geneesheer vereis word by die behandeling van sy pasiënt. Anders gestel, die vraag of 'n geneesheer sy regsplig teenoor 'n pasiënt geskend het, word beantwoord met verwysing na die inhoud van die standaard van optrede wat van regsweë van hom vereis word (216).

---

(212) supra 586.

(213) Hierdie beginsel is bevestig deur die Privy Council in Chin Keow v Government of Malaysia (1967) 1 WLR 813 en deur Lord Edmund Davies in Whitehouse v Jordan (1981) 1 WLR 246; sien ook Mahon v Osborne (1939) 2 KB 31-32; vgl ook die onlangse saak van Rance v Mid-Downs Health Authority (1991) 1 All ER 802 (QB).

(214) (1985) 2 WLR 480.

(215) Volledigheidshalwe word daar breedvoerig na die spesifieke dicta van die verskillende Lords ten aansien van die Bolam-toets verwys.

(216) Kennedy & Grubb 148.

In die Sidaway-beslissing brei Lord Diplock soos volg uit op die Bolam-toets:

"For the last quarter of a century the test applied in English law whether a doctor has fulfilled his duty of care owed to a patient has been that set out in the summing up to the jury by Mc Nair J in Bolam v Friern Hospital Management Committee. I will call this the Bolam test ... The Bolam test is far from new; its value is that it brings up to date and re-expresses in the light of modern conditions in which the art of medicine is now practised an ancient rule of common law ... In English jurisprudence the doctor's relationship with his patient which gives rise to the normal duty of care to exercise his skill and judgment to improve the patient's health in any particular respect in which the patient has sought his aid, has hitherto been treated as a single comprehensive duty covering all the ways in which a doctor is called upon to exercise his skill and judgment in the improvement of the physical or mental condition of the patient for which his services either as a general practitioner or specialist have been engaged. This general duty is not subject to dissection into a number of component parts to which different criteria of what satisfy the duty of care apply, such as diagnosis, treatment, advice ... My Lords, no convincing reason has in my view been advanced before your Lordships that would justify treating the Bolam test as doing anything less than laying down a principle of English law that is comprehensive and applicable to every aspect of duty of care and by a doctor to his patient in the exercise of his healing functions as respects that patient" (217).

In dieselfde beslissing (218), het Lord Scarman ten aansien van die Bolam-toets soos volg verklaar:

"The Bolam principle may be formulated as a rule that a doctor is not negligent if he acts in accordance with a practice accepted at the time as proper by a responsible body of medical opinion even though other doctors adopt a different practice. In short, the law imposes a duty of care; but the standard of care is a matter of medical judgment."

Insgelyks verklaar Lord Bridge in dié saak soos volg:

---

(217) supra 497H-499B.

(218) Sidaway v Bethlem Royal Hospital Governors supra 649.

"Broadly a doctor's professional functions may be divided into three phases: diagnosis, advice and treatment. In performing his functions of diagnosis and treatment, the standard by which English law measures the doctor's duty of care to his patient is not open to doubt. The test is the standard of the ordinary skilled man exercising and professing to have that special skill ... The test is conveniently referred to as the Bolam test" (219).

Met die Sidaway-beslissing het die House of Lords finaal aanvaar dat die Bolam-beginsel van toepassing is by die beoordeeling van mediese nalatigheid. Ook in die latere beslissings van Whitehouse v Jordan(220) en Maynard v West Midlands RHA (221) is die Bolam-beginsel bevestig.

Volgens die gemelde regspraak en die literatuur (222) in die Engelse reg blyk dit duidelik dat medici as 'n besondere kategorie van deskundiges beskou word en as sodanig word hulle optrede vir doeleindes van aanspreeklikheid op grond van nalatigheid getoets aan "the standard of the ordinary skilled

---

(219) supra 660 (Lord Diplock, Lord Bridge en Lord Keith het die meerderheidsbeslissing in die saak gelewer); Lord Templeman en Lord Scarman het saamgestem met die beslissing van die meerderheid, maar om ander redes; vgl ook Kennedy & Grubb 149 ev.  
(220) (1981) 1 All ER 267 (HL).  
(221) (1984) 1 WLR 634; vir verdere gesag in die regspraak sien Ashcroft v Mersey Regional Health Authority (1983) 2 All ER 245 (QB); Clark v McLennan (1983) 1 All ER 416 (QB); Chatterton v Gerson (1981) 3 WLR 1003; Hills v Potter (1984) 1 WLR 641; McKay v Essex Health Authority (1982) 2 All ER 771 (CA); Thake v Maurice (1986) 2 WLR 240; vgl ook ten aansien van professionele mediese nalatigheid in die Engelse reg Bingham The Modern Cases on Negligence (1978) 587; Eddy Professional Negligence (1956) 80; Hepple & Matthews Tort: Cases and Materials (1985) 208; Jackson & Powell 291; Kennedy & Grubb 368; Knight Legal Aspects of Medical Practice (1984) 48; Martin Law Relating to Medical Practice (1979) 353; Nathan Medical Negligence (1957) 6; Percy Charlesworth on Negligence (1977) 965; Salmond-Heusten On the Law of Torts (1987) 229; Speller Law of Doctor and Patient (1973) 60; Taylor 28; Weir Negligence for "A" Level (1981) 119; Winfield & Jolowicz On Tort (1994) 87.

man exercising and professing to have that special skill". In die praktyk kom dit daarop neer dat die graad van mediese bedrewenheid wat van die geneesheer van resgweë vereis word, dié is van die "redelike geneesheer" in dieselfde omstandighede, onderhewig aan die algemene mediese praktyk wat op daardie tydstip geld.

## 5 2 Imperitia culpa adnumeratur

Die Romeinsregtelike stelreël imperitia culpa adnumeratur vind ook in die Engelse reg toepassing. Gebrek aan vaardigheid, opleiding, kennis en ervaring aan die kant van medici word in terme van dié leerstuk aan nalatigheid gelykgestel. Winfield en Jolowicz stel dit soos volg:

"The rule imperitia culpa adnumeratur is just as true in English law as in Roman law. The rule must however be applied with some care to see that too high a degree of skill is not demanded. A passerby who renders emergency first-aid after an accident is not required to show the skill of a qualified surgeon ... It is notable that in most professions and trades each generation convicts its predecessor of ignorance and there is a steady rise in the standard of competence incident to them. The surgeon must exercise such care as accords with the standards of reasonably competent medical men at the time but he is not an insurer against every medical slip. He must keep himself reasonably up to date and cannot 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" (223).

---

(222) Vgl vn 221 supra.

(223) Winfield & Jolowicz 88; sien ook Bolam v Friern Hospital Management Committee supra 582; Chin Keow v Government of Malaysia supra 813; Roe v Ministry of Health (1954) 2 QB 6; vgl veral R v Bateman supra (per Lord Hewart) 791: "It is no doubt, conceivable that a qualified man may be held liable for recklessly undertaking a case which he knew, or should have known, to be beyond his powers"; sien in die literatuur Jackson & Powell 296; Martin 360; Nathan 22; Speller 65; vgl ook Percy 970: "The competent

Waar 'n geneesheer hom dus besig hou met 'n gespesialiseerde mediese aktiwiteit of sodanige aktiwiteit onderneem, terwyl hy hy nie oor die nodige vaardigheid, kennis, opleiding en ervaring beskik om sodanige aktiwiteit te onderneem nie, sal sy optrede aan nalatigheid gelykgestel word en kan hy aanspreeklik gehou word.

### 5 3 Algemene praktisyn teenoor spesialis

Soos reeds aangetoon, lê die verskil tussen nalatigheid as "tort" en strafregtelike nalatigheid ("criminal negligence") daarin dat aanspreeklikheid in eersgenoemde geval berus op die skending van 'n regsplig ("duty of care"), terwyl aanspreeklikheid vir laasgenoemde geval berus op die growwe oorskryding van 'n spesifieke gedragsnorm of standaard, naamlik dié van die redelike man (224).

Hierdie onderskeid geld ook ten aansien van professionele mediese nalatigheid, behalwe dat in die geval van medici, as deskundiges, die standaard van die "redelike man" natuurlik verhoog word tot die "redelike deskundige" in dieselfde omstandighede (225). Waar die nalatigheid van 'n spesialis beoordeel word, verhoog die toetsnorm van die "redelike algemene praktisyn" tot dié van die "redelike spesialis". In

---

practitioner will know when a case is beyond his skill, and thereupon it becomes his duty either to call in a more skilful person or to order the removal of the patient to a hospital where skilled treatment is available".

(224) sien die bespreking in hoofstuk 1 hierbo ten aansien van die begrip "nalatigheid" in die Engelse reg.



die Sidaway-beslissing se Lord Bridge die volgende:

"The language of the Bolam test clearly requires a different degree of skill from a specialist in his field than from a general practitioner. In the field of neuro-surgery it would be necessary to substitute for the Lord President's phrase 'no doctor of ordinary skill', to phrase 'no neuro-surgeon of ordinary skill'. All this is elementary and, in light of the two recent decisions of this House, firmly established law" (226).

Die standaard van bedrewenheid wat van medici vereis word, word dus bepaal aan die hand van die graad van spesialisasie en status van die geneesheer in die mediese professie. In die saak van Junor v McNicol (227) is beweer dat 'n dokter, in haar huisdokterjaar, nalatig was deurdadig dat sy versuim het om 'n pasiënt 'n volledige kursus penisillieninspuitings te gee. Daar is beslis dat sy nie nalatig was nie omdat sy opgetree het in opdrag van haar konsultant. Die Lord Chancellor het opgemerk: "There was a duty on her to display the care and skill of a prudent qualified house surgeon, it being remembered that such a position was held by a comparative beginner". Waar 'n geneesheer spesialiseer en homself uitgee as 'n mediese spesialis, kan aanvaar word dat die graad van bedrewenheid wat van hom van regsweë vereis word, dié is van 'n redelike spesialis in dieselfde omstandighede.

#### 5 4 Die inhoud van die begrip "reasonable care and skill"

Van regsweë word vereis dat die algemene bevoegde mediese

---

(225) Glanville Williams Textbook 89; sien ook Martin 354 ev.

(226) supra 660.

(227) Verslag in The Times 26 Maart 1959 soos bespreek deur Jackson & Powell 295; sien ook Martin 374; Wilsher v Essex Health Authority (1988) 1 All ER 871 (CA).

praktisyn met "redelike sorg en vaardigheid" sal optree in die behandeling van sy pasiënte. Tereg kan gevra word wat verstaan moet word onder die term "redelike sorg en vaardigheid"? In die beslissing van Marshall v Lindsey County Council (228) het Maugham LJ hom soos volg hieroor uitgelaat:

"An act cannot, in my opinion, be held to be due to a want of reasonable care if it is in accordance with the general practice of mankind. What a reasonable man in a world not wholly composed of wise men and women must depend on what people presumed to be reasonable constantly do. Many illustrations might be given and I will take one from the evidence given in this action. A jury could not, in my opinion, properly hold it to be negligent in a doctor or a midwife to perform his or her duties in a confinement without mask and gloves, even though some experts gave evidence that in their opinion that was a wise precaution. Such an omission may become negligent if, and only if, at some future date it becomes the custom to take such a precaution among skilled practitioners".

Op die basis van die gemelde beslissing kan die volgende algemene beginsels neergelê word: (a) Indien 'n geneesheer optree in ooreenstemming met 'n algemeen aanvaarde mediese praktyk, is sy optrede nie nalatig nie; (b) sou hy egter sonder goeie gronde afwyk van 'n algemeen aanvaarde mediese praktyk en die pasiënt skade berokken, sal sy optrede in alle waarskynlikheid as nalatig beskou word (229).

##### 5 5 Verskillende denkrigtings binne die mediese praktyk

Vanweë die aard van die mediese wetenskap en tegnologie word daar dikwels verskillende metodes van mediese behandeling

---

(228) (1935) 1 KB 516.

(229) Jackson & Powell 302; sien ook Kennedy & Grubb 405; Martin 362; Nathan 20; Percy 972; Speller 64.



toegepas en kan daar nie altyd van 'n "eenvormige algemeen aanvaarde mediese praktyk" gepraat word nie. In hierdie verband is die algemene beginsel aanvaar dat indien die geneesheer se optrede in ooreenstemming is met 'n sogenaamde "respectable school of thought", sy optrede nie as nalatig beskou kan word nie (230).

In die Bolam-beslissing het die kwessie van verskillende denkrigtings binne die mediese professie weer sigself voorgedoen. Hier het die eiser frakture opgedoen tydens die toediening van elektroshokterapie. Daar is aangevoer dat die verweerders nalatig was omdat die betrokke geneesheer tydens die skokterapie versuim het om 'n spierverslappingsmiddel toe te dien. Volgens die getuienis was daar, vanweë 'n hoë mortaliteitsrisiko, 'n definitiewe "school of thought" téén die gebruik van spierverslappingsmiddels. Daarteenoor het ander medici wel sodanige middels tydens skokterapie gebruik. McNair J het die posisie soos volg opgesom:

"(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 some old technique if it has been proven to be contrary to what really is substantially the whole of informed medical opinion" (231).

Gemelde beginsel is egter nie absoluut met betrekking tot die aanwending daarvan nie en is onderhewig aan uitsonderings.

---

(230) Jackson & Powell 303; Kennedy & Grubb 149; Martin 357.  
(231) supra 582.

Waar die mediese professie, na inagneming van deskundige getuienis, 'n bepaalde praktyk as "onredelik" beskou, is dit onwaarskynlik dat 'n hof sal bevind dat 'n geneesheer wat wel sodanige praktyk beoefen het, nie nalatig opgetree het nie (232).

Die vraag tot welke mate daar afgewyk kan word van die algemeen aanvaarde mediese praktyk ten einde nalatigheid daar te stel, het al heelwat aandag in die Engelse reg geniet (233). In aansluiting by dié vraag, en ter beantwoording daarvan, moet daar eers bepaal word wie die norm daarstel waarvolgens besluit of getoets moet word of 'n geneesheer afgewyk het van 'n algemeen aanvaarde mediese praktyk, al dan nie; kortweg, besluit die hof hieroor of word die norm uitsluitlik deur die mediese professie self gestel? In die Sidaway-beslissing het Lord Bridge die standpunt verwerp dat die Bolam-toets noodwendig tot gevolg het dat medici moet bepaal of 'n geneesheer op grond van nalatigheid aanspreeklik is. Die algemene beginsel is bevestig dat indien 'n geneesheer "onredelikerwys" van 'n algemeen aanvaarde mediese praktyk afwyk, sy optrede as nalatig beskou sal word (234). In die beslissing van Hunter v Hanley (235) is die volgende algemene beginsels ten aansien van dié aspek neergelê (per Lord Clyde):

---

(232) Jackson & Powell 304.

(233) Vgl Kennedy & Grubb 405 ev; sien ook Marshall v Lindsey County Council supra 539-540; Maynard v West Regional Health Authority (1985) 1 All ER 635 (HL); vgl ook Clark v MacLennan supra 416.

(234) Sidaway v Governors of Bethlem Royal Hospital supra 505 C; sien ook Hills v Potter supra 653C Hirst J het gesê: "I do not accept ... that by adopting the Bolam principle, the court in effect abdicates its power of decision to the doctors. In every case the court must be satisfied that the standard contended for on their behalf

"It follows from what I have said that in regard to allegations of deviation from ordinary professional practice ... such a deviation is not necessarily evidence of negligence. Indeed it would be disastrous if this were so, for all inducement to progress in medical science would then be destroyed. Even a substantial deviation from normal circumstances may be warranted by the particular circumstances. To establish liability by a doctor where deviation from normal practice is alleged, three facts require to be established. 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" (236).

Alhoewel die afwyking van algemeen aanvaarde mediese praktyke 'n groot risiko vir die geneesheer inhou omdat hy deur sodanige afwyking aanspreeklikheid kan opdoen, kan die oorbeklemtoning van dié aspek 'n demper plaas op die ontwikkeling van die mediese wetenskap en tegnologie; derhalwe behoort bovermelde algemene beginsels met groot omsigtigheid toegepas te word. Lord Diplock het in die Sidaway-beslissing ten aansien van dié aspek soos volg opgemerk:

"Those members of the public who seek medical or surgical aid would be badly served by the adoption of any legal principle that would confine the doctor to some long-established, well tried method of treatment only, although its past record of success might be small, if he wanted to be confident that he would not run the risk of being held liable in negligence simply because he tried some more modern treatment, and by some

---

accords with that upheld by a substantial body of medical opinion, and that this body of medical opinion is both respectable and responsible, and experienced in this particular field of medicine".

(235) 1955 SC 200; sien ook Clark v MacLennan supra 417.

(236) Hunter v Hanley supra 206; sien ook Landau v Werner 1961 105 SJ 257: "A doctor might not be negligent if he tried a new technique but that if he did he must justify it before the court ... Success was the best justification for unusual and unestablished treatment"; vgl ook Jackson & Powell 307; Martin 360; Percy 580.

unavoidable mischance if failed to heal but did some harm to the patient"(237).

Jackson & Powell (238) merk tereg op dat die blote afwyking deur 'n geneesheer van die algemeen aanvaarde standaard nie noodwendig aanspreeklikheid op grond van nalatigheid daarstel nie. Of 'n geneesheer nalatig was al dan nie, moet bepaal word aan die hand van al die omstandighede van elke besondere saak. In hierdie verband mag beleidoorwegings ook 'n rol speel. In dié verband kan verwys word na die waarskuwing gerig deur Lord Denning in die beslissing van Whitehouse v Jordan (239):

"Take heed of what happened in die United States. 'Medical malpractice' cases there are very worrying, especially as they are tried by juries who have sympathy for the patient and none for the doctor, who is insured. The damages are colossal. The doctors are insured but the premiums become very high; and these have to be passed on in fees to the patients. Experienced practitioners are known to have refused to treat patients for fear of being accused of negligence. Young men are even deterred from entering the profession because of the risks involved. In the interests of all, we must avoid such consequences in England".

Tot welke mate beleidoorwegings wel 'n rol speel ten aansien van die bepaling van nalatigheid aan die kant van die geneesheer, is volgens alle aanduidings nog 'n ope vraag, aangesien die House of Lords nie spesifiek kommentaar gelewer het op die stelling wat deur Lord Denning in die gemelde beslissing gemaak is nie (240).

---

(237) supra 498.

(238) Jackson & Powell 308; Kennedy & Grubb 421 ev.

(239) supra 65; vgl ook Sidaway supra 653.

(240) Whitehouse v Jordan supra 246 per Lord Edmund-Davies, Fraser en Russell; sien ook Jackson & Powell 299 ev; Kennedy & Grubb 419 ev.

## 5 6 "Misadventure" en "mere error of judgment"

'n Verdere aspek wat hier aandag verdien, maar wat nietemin nie aan nalatigheid gelykgestel kan word nie, is gevalle wat in die mediese praktyk bekend staan as sogenaamde "misadventure". Dit gebeur soms in die praktyk dat mediese behandeling toegepas word, of 'n operasie uitgevoer word waaraan 'n groot risiko verbonde is en dat 'n pasiënt liggaamlik beseer kan word, of selfs kan sterf as gevolg van die behandeling of chirurgiese ingreep. Selfs waar die geneesheer die grootste sorgsaamheid en vaardigheid aan die dag lê, gebeur dit soms dat 'n pasiënt liggaamlik beseer word of selfs sterf; nie soseer omdat die geneesheer nalatig was nie, maar vanweë die inherente risiko verbonde aan spesifieke operasies of behandeling - in sodanige gevalle word die geneesheer se optrede nie as nalatig beskou nie en word die liggaamlike besering, of die dood wat veroorsaak is, in die Engelse reg aan "medical misadventure" toegeskryf (241). Dat gevalle van "misadventure" met groot omsigtigheid bejeën behoort te word om te verhoed dat medici aanspreeklikheid op grond van nalatigheid kan ontkom deur "misadventure" as verweer te opper, val egter nie te betwyfel nie. Of 'n nadelige gevolg of die dood ingetree het vanweë 'n operasie/behandeling aan "misadventure" toegeskryf kan word, sal afhang van die omstandighede in elke geval, en is uiteraard 'n feitelike vraag wat aan die hand van deskundige mediese getuienis beantwoord moet word. Dit kan egter ook nie ontken word nie dat die neem van risiko's met ingrypende resultate inherent aan die mediese praktyk is en dat medici

nie sonder meer nalatig is indien hulle 'n bepaalde behandeling toepas of operasie uitvoer waaraan daar sekere risiko's verbonde is nie. Só het Scott LJ in die beslissing van Mahon v Osborne (242) ten aansien van die posisie van 'n chirurg in dié opsig opgemerk:

"It is not every slip or mistake which imports negligence and, in applying the duty of care to the case of a surgeon it is peculiarly necessary to have regard to the different kinds of circumstances that may present themselves for urgent attention ... (1) the multiform difficulties presented by the particular circumstances of the operation, (2) the condition of the patient and the whole set of problems arising out of the risks to which he is being exposed (3) the difficulty of the surgeon's choice between risks, (4) the paramount need of this discretion being unfettered if he thinks it right to take one risk to avoid a greater" (243).

In aansluiting by die vraag of "medical misadventure" gelykgestel kan word aan nalatigheid, kan die vraag ook gestel word of 'n blote oordeelsfout ('n sogenaamde "error of judgment"), aan die kant van 'n geneesheer op nalatigheid neerkom. In Whitehouse v Jordan (244) het dié vraag indringend aandag geniet. In hierdie saak het dit gegaan oor die beweerde nalatigheid van 'n verloskundige tydens die geboorte van 'n kind. Daar is aangevoer dat die verloskundige deur die gebruik van verlostange (tydens 'n besondere gekompliseerde bevalling) ernstige breinskade by die kind veroorsaak het. Die verhoorhof het bevind dat die verloskundige nalatig was met die aanwending van die verlostange, in dié sin dat hy te hard en te lank aan die baba daarmee getrek het, en gevolglik breinskade veroorsaak het.

---

(241) Jackson & Powell 308; sien ook Ashcroft v Mersey RHA supra 245; Nicholls v Ministry of Health (1951) 1 KB 343.

(242) supra 14.

(243) Mahon v Osborne supra 31.

Die hof het 'n aansienlike bedrag in skadevergoeding aan die kind toegestaan. By appèl het die Court of Appeal egter die verloskundige se appèl gehandhaaf op die basis dat sy optrede neergekom het op 'n blote oordeelsfout en hy dus nie nalatig was nie. Lord Denning (een van die drie regters by appèl), het soos volg opgemerk:

"We must say, and say firmly, that, in a professional man, an error of judgment is not negligent. To test it, I would suggest that you ask the average competent and careful practitioner: 'Is this the sort of mistake that you yourself might have made?' If he says: 'Yes, even during the best I could, it might have happened to me', then it is not negligent" (245).

Die eiser in die saak het egter die saak verder gevoer na die House of Lords wat die beslissing van die Court of Appeal bekragtig het. Alhoewel dié beslissing aldaar bekragtig is, was die House of Lords nietemin krities oor bovermelde stelling van Lord Denning. Lord Fraser het die korrekte posisie in die Engelse reg ten aansien van oordeelsfoute van medici soos volg opgesom:

"The true position is that an error of judgment 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, then it is negligent. If, on the other hand, it is an error that a man, acting with ordinary care might have made, then it is not negligence" (246).

Die House of Lords het met hierdie beslissing definitiewe beperkings gestel op die omvang van die sogenaamde "blote

---

(244) (1980) 1 All ER 650 (HL).

(245) supra 658.

(246) Whitehouse v Jordan (1981) 1 All ER 267 281 (HL); Lord Russell het tot dieselfde gevolgtrekking gekom supra 281 i.



oordeelsfout"-verweer wat soms deur medici geopper word om hulle "professionele foute" te verskoon. Die oordeelsfout moes nie gemaak gewees het vanweë onbedrewenheid of die nalatige versuim om alle relevante faktore en omstandighede in ag te neem nie. Om te bepaal of 'n oordeelsfout van die geneesheer neerkom op nalatigheid moet daar, net soos in ander gevalle van beweerde mediese nalatigheid, getoets word vir mediese nalatigheid aan die hand van die algemene nalatigheidskriterium wat van toepassing is op medici. Die vraag moet gevra word of 'n redelike geneesheer in dieselfde omstandighede as die verweerder, met die uitoefening van 'n redelike graad van bedrewenheid en sorgsaamheid, ook sodanige oordeelsfout sou gemaak het. Indien wel, dan is die verweerder se oordeelsfout nie nalatig nie. Indien nie, dan is die verweerder se oordeelsfout nalatig.

#### 5 7 Misdade waarvoor nalatigheid vereis word

Die enigste gemeenregtelike misdryf in die Engelse strafreg waarvoor nalatigheid vereis word, is "manslaughter". Hier het die hof die beginsel neergelê dat nalatigheid "gross" moet wees alvorens daar sprake van strafregtelike aanspreeklikheid kan wees (247). Volgens die beskikbare literatuur en gerapporteerde hofsake in die Engelse reg, wil dit voorkom of strafregtelike mediese nalatigheid selde voorkom, terwyl mediese nalatigheid as 'n onafhanklike "tort" hom meer dikwels in die Engelse regspraktyk manifesteer. Die rede hiervoor lê klaarblyklik in die verskil in bewyslas wat in elke geval



vereis word; s6 merk Speller op:

"A much slighter degree of negligence will support a civil action, an action in which the standard of proof required is less exacting than in a criminal case. Moreover, ordinarily, the outcome of a successful civil action in which damages are awarded is much more likely to be to the plaintiff's satisfaction than is the defendant's conviction on a criminal charge" (248).

---

(247) Clarkson & Keating Criminal Law: Cases and Materials (1984) 514; Cross & Jones Introduction to Criminal Law (1984) 176 ev; Glanville Williams Textbook 90; Smith & Hogan Criminal Law (1992) 319; vgl veral bespreking deur Speller 60: "First, if an operation had been performed badly or an overdose of a drug had been administered, or there had been some other serious mistake in treatment, as a consequence of which the patient had died and at the time of happening the practitioner responsible had been so under the influence of drink or drugs that his judgment had been impaired, the mere fact that he did not intend the patient's death would not alone suffice to save him from the peril of a conviction for manslaughter. But if in such circumstances the patient suffered harm short of death, the case would not be likely to find its way into the criminal courts because only manifest recklessness or the most obvious negligence is likely to be relied on to support a criminal charge, the difficulty of proof beyond all reasonable doubt, as required in criminal courts being always great"; vgl ook Martin 414 ev.

(248) Speller 62; sien ook Percy 10: "If A has caused the death of B by alleged negligence, then, in order to establish civil liability the plaintiff must prove (in addition to pecuniary loss caused by death) that A owed a duty to B to take care, and that that duty was not discharged, and that such default caused the death of B. To convict A of manslaughter, the prosecution must prove the three things above mentioned and must satisfy the jury, in addition, that A's negligence amounted to a crime. In the civil law action, if it is proved that A fell short of the standard of reasonable care required by law, it matters not how far he fell short of the standard. The extent of his liability depends, not on the degree of negligence, but on the amount of damage done. In the criminal court, on the contrary, the amount and degree of negligence are the determining question"; vgl ook R v Bateman supra 791; Taylor 34: "Criminal negligence is negligence of so gross a degree as to constitute an offence against the State. One has to go back many years to find a successful prosecution of a doctor in respect of his attendance on a patient. Such attempts as have been made in recent years have largely arisen from the verdicts of the Coroner's Court; and since the Criminal Law Act 1977 abolished the power of these Courts to commit for trial, it is perhaps unlikely that such cases will come before the Criminal Courts in future".

5 8 Middellike aanspreeklikheid

5 8 1 Hospitale

Die Engelse howe het vroeër jare die standpunt gehandhaaf dat hospitale nie middellik aanspreeklik gehou kan word vir die nalatige optrede van professionele hospitaalpersoneel nie (249). In die toonaangewende saak van Hillyer v Governors of the Bartholomew's Hospital (250) waarin die gemelde beginsel neergelê is, is ook 'n onderskeid getref tussen die "professional duties" en "purely ministerial or administrative duties" van hospitaalpersoneel, en op basis van sodanige onderskeid kon 'n hospitaal aanspreeklik gehou word waar hospitaalpersoneel administratiewe pligte onregmatig uitgeoefen het. Die hospitaalowerheid kon egter nie aanspreeklik gehou word vir die professionele nalatigheid van hospitaalpersoneel nie (251). Verder is beslis dat verpleegsters en ander hulp-personeel wat medici tydens 'n operasie ondersteun, vir die duur van die operasie nie as werknemers van die hospitaal beskou word nie, maar onder beheer en toesig staan van die geneesheer wat die operasie waarneem:

"As soon as the door of the theatre or operating room has closed on them, the nurses for the purposes of the operation ... cease to be under the orders of the hospital authority and are at the disposal and under the sole orders of the operating surgeon until the operation has been completed. The surgeon is for the time being supreme and the defendants (i.e. the hospital authority) cannot interfere with or gainsay his orders" (252).

---

(249) Hillyer v Governors of St Bartholomew's Hospital (1909) 2 KB 820; sien ook Jackson & Powell 319; Martin 380; Nathan 122; Speller 75; Taylor 36;

(250) supra 820; Kennedy & Grubb 373 ev.

(251) Hillyer-beslissing supra 820.

Die Hillyer-beslissing en die beginsels daarin neergeleë is nagevolg in verskeie van die vroeëre Engelse beslissings (253) en het gegeld tot 1942, toe daar deur die Engelse Court of Appeal in die beslissing van Gold v Essex County Council (254) die teenoorgestelde standpunt ingeneem is: In dié saak is die eiser vir vratte op haar gesig behandel in 'n hospitaal wat deur die verweerders bestuur is. 'n Radiografis in diens van die hospitaal het versuim om die eiser se gesig behoorlik te beskerm teen die bestraling wat toegedien is, met die gevolg dat die eiser permanente letsels opgedoen het. Die Court of Appeal het die verweerders aanspreeklik gehou vir die radiografis se nalatigheid. Hierdeur is erkenning gegee aan die beginsel dat 'n hospitaalowerheid wel aanspreeklik gehou kan word vir die nalatigheid van professionele personeel in sy diens. Dié nuwe benadering is allerweë verwelkom en nagevolg in daaropvolgende beslissings (255). Só is daar in die saak van Jones v Manchester Corporation (256) beslis dat 'n hospitaal aanspreeklik was vir die nalatigheid van 'n huisdokter wat slegs vyf maande ondervinding gehad het, en die dood van 'n pasiënt veroorsaak het deur die pasiënt met 'n oordosis pentotal in te spuit. Die aanspreeklikheid van die hospitaal het daarop berus dat die 'n onervare geneesheer toegelaat is om dié narkosemiddel toe te dien.

---

(252) Hillyer-beslissing supra 820 soos per Farwell LJ; hierdie beginsel is al in die ou sake van Hancke v Hooper (1835) 7 C & P 81 en Perionowsky v Freeman (1866) 4 F & F 977 neergeleë; sien ook Morris v Winsbury-White (1937) 4 All ER 494 (CA).

(253) Marshall v Lindsey C C supra 516; Strangeways-Lesmere v Clayton (1936) 2 KB 11.

(254) Gold v Essex County Council (1942) 2 KB 293.

(255) Cassidy v Minister of Health (1951) 2 KB 343; Collins v

In die beslissing van Cassidy v Minister of Health (256a) is die middellike aanspreeklikheid van hospitaalowerhede vir die nalatigheid van sy professionele personeel soos volg deur Lord Denning opgesom:

"In my opinion authorities who run a hospital, be they local authorities, government boards, or any other corporation, are in law under the selfsame duty as the humblest doctor; whenever they accept a patient for treatment, they must use reasonable care and skill to cure him of his ailment. The hospital authorities cannot of course do it by themselves; they have no ears to listen through the stethoscope, and no hands to hold the surgeon's knife. They must do it by the staff which they employ; and if their staff are negligent in giving the treatment, they are just as liable for that negligence as is anyone else who employs others to do his duties for him. What possible difference in law, I ask, can there be between hospital authorities who accept a patient for treatment, and railway or shipping authorities who accept a passenger for carriage? None whatsoever" (257).

In latere Engelse beslissings is hospitaalowerhede ook aanspreeklik gehou vir die nalatigheid van verpleegsters, huisdokters en selfs deelydse narkotiseurs (258).

#### 5 8 2 Geneeshere

---

Herts County Council (1947) 1 KB 598; sien ook Jackson & Powell 320; Nathan 129 ev; Percy 976 ev; Taylor 37; Winfield & Jolowicz 520 ev.

(256) supra 852.

(256a) supra 343; sien ook Kennedy & Grubb 376.

(257) supra 360; vgl egter Jackson & Powell 321 wat van mening is dat dié opmerking van Lord Denning die aanspreeklikheid van hospitaalowerhede te ver uitbrei; sien ook Kennedy & Grubb 376 ev.

(258) Sien veral Nathan 130; Roe v Ministry of Health supra 66; vgl die National Health Service Act 1977 - vir 'n bespreking van dié wetgewing sien Jackson & Powell 321; in terme van hierdie wetgewing is daar 'n verpligting op die Secretary of State in Engeland om behoorlike mediese dienste en hospitaal-fasiliteite daar te stel; sien ook Goodhart "Hospitals and Trained Nurses" 1954 LQR 553.

'n Geneesheer is aanspreeklik vir die nalatigheid van 'n assistent of 'n locum tenens wat deur hom in diens geneem is (259). Hy is egter nie aanspreeklik vir die nalatigheid van verpleegsters in 'n hospitaal nie, aangesien hulle nie deur hom in diens geneem is nie, maar deur die hospitaal. So is daar die saak van Perionowsky v Freeman (260) teen twee chirurge wat opdrag gegee het dat hulle pasiënt 'n warm bad moes kry; die pasiënt is tydens die bad beseer as gevolg van die nalatigheid van die verpleegsters. Die hof bevind dat die chirurge nie aanspreeklik is nie, aangesien dit nie redelikerwys van hulle verwag kon word om persoonlik toesig te hou oor die pasiënt wanneer hy gebad word nie - 'n 'n taak wat uitsluitlik die verantwoordelikheid van die verpleegsters was. Verder is daar die saak van Morris v Winsbury-White (261) waar 'n dokter onderneem het om aan 'n pasiënt sy persoonlike aandag te skenk nadat hy 'n operasie op hom uitgevoer het; nadat die pasiënt sowat drie maande later ontslaan is, is daar 'n plastiekpypie in sy blaas gevind. Dit was gemeensaak dat die pasiënt na die operasie deur ander hospitaaldokters en verpleegsters behandel is en dat die gewraakte pypie herhaaldelik skoongemaak en omgeruil is. Die hof bevind dat die chirurg nie aanspreeklik is vir die klaarblyklike nalatigheid van die hospitaaldokters en verpleegsters nie. Tucker J beslis soos volg:

"I think it is well established as a matter of law that resident medical officers in a hospital of this kind, and the nursing staff, are not agents of a specialist surgeon who comes and performs an operation of this kind,

---

(259) Hancke v Hooper supra 81.

(260) supra 977.

(261) supra 494.

at any rate in so far as they are performing the ordinary routine duties which have to be carried out at a hospital of this kind" (262).

## 5 9 Verwere teen mediese nalatigheid

Die verwere teen mediese nalatigheid in die Engelse reg is 'n aspek wat in hoofsaak aanwending vind en tuisgebring kan word onder "tort law" (263). Die volgende verwere kan aangestip word:

### 5 9 1 Bydraende nalatigheid

Die algemene beginsel ten opsigte van bydraende nalatigheid as verweer berus "on the duty of care which a man of ordinary prudence owes to the safety of his own person or property"(264). Die onus om bydraende nalatigheid te bewys, rus op die verweerder wat dié verweer gewoonlik as 'n gedeeltelike verweer teen mediese nalatigheid opper. Die verweerder moet inderdaad aantoon dat die eiser versuim het om sekere stappe te neem ten einde sy eie veiligheid/gesondheid/skade te verseker en/of te beperk en dat die eiser se optrede onder dié omstandighede nie in ooreenstemming was met dié van die redelike man in dieselfde omstandighede nie (265). Voorbeelde van bydraende nalatigheid aan die kant van die pasiënt is gevalle waar die pasiënt self gips of verbande van sy ledemate of wonde verwyder, terwyl dit volgens die geneesheer se instruksies nie aangedui is nie, of waar die pasiënt nie die

---

(262) supra 494; sien ook Everett v Griffiths (1920) 3 KB 163.

(263) Kennedy & Grubb 446; Martin 390; Speller 85; Taylor 34 ev.

geneesheer se instruksies volg ten opsigte van post-operatiewe nasorg en behandeling nie (266). In die saak van Buckle v DeLauney(267) het 'n algemene praktisyn 'n pasiënt, op wie hy 'n operasie uitgevoer het, gewaarsku om nie sekere kossoorte na die operasie in te neem nie. Die pasiënt het egter teen sy instruksies 'n stukkie kaas geëet en sy is twee dae later aan breinbloeding oorlede. Die hof het beslis dat die praktisyn wel die nodige instruksies gegee het en dat die pasiënt oorlede is as gevolg van haar eie nalatigheid.

### 5 9 2 Toestemming tot mediese behandeling

As algemene beginsel kan aanvaar word dat toestemming tot mediese behandeling deur 'n pasiënt in sekere gevalle wel deur die geneesheer as verweer opgewerp kan word teen mediese nalatigheid. In hierdie verband vind die stelreël volenti non fit iniuria ook in die Engelse "tort law" aanwending (268). By die toepassing van die begrip "toestemming" in die mediese praktyk ontstaan die vraag egter tot welke mate 'n pasiënt ingelig behoort te word deur die geneesheer ten einde regtens te kan toestem tot mediese behandeling. In navolging van die Amerikaanse reg is daar ook oorweging geskenk aan die begrip "informed consent" (ingeligte toestemming) in die Engelse reg. Verskeie fasette tree hier na vore, soos die aard en omvang van die geneesheer se inligtingsplig teenoor die pasiënt, en die vraag of die afwesigheid van

---

(264) Soos per Lord Ellenborough in Butterfield v Forrester (1809) 11 East 60; sien ook Martin 390;  
(265) Taylor 35; Speller 85 ev.  
(266) Martin 391; Speller 86.  
(267) Medical Defence Union 1971 Annual Report 47; vgl ook die bespreking deur Taylor 36.



"informed consent" aan die kant van die pasiënt wel op nalatigheid neerkom (269).

Indien 'n geneesheer behandeling toepas en/of 'n operasie op 'n pasiënt uitvoer sonder die nodige toestemming, kan die pasiënt die geneesheer vir skadevergoeding dagvaar op grond van aanranding (sogenaamde "battery")(270); verder kan die geneesheer op grond van nalatigheid gedagvaar word op dié basis dat die geneesheer nalatig was deur nie die nodige toestemming van die pasiënt verkry het nie. Daar is belangrike

---

(268) Millner 99: "The negation of negligent conduct may be presented in the form of as contention that no duty is owed to one who consents to the defendant's act, either to a specific act of a harmful nature, or to an activity which involves the risk of harm. Volenti non fit iniuria - no wrong is done to a willing party ... the philosophical premise of this rule is the freedom of the will, that is, the freedom to choose between alternatives, coupled to the social outlook that each man is master of his fate and the best judge of his own well-being"; sien ook Jackson & Powell 317; Kennedy & Grubb 171 ev; Mason & McCall-Smith Law and Medical Ethics (1987) 120 ; Skegg Law Ethics and Medicine (1984) 88; vgl Van Oosten Informed Consent-proefskrif 137 ev.

(269) Ten aansien van die aard en die omvang van die medikus se inligtingsplig sien Skegg 88: "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"; faktore wat die geneesheer se inligtingsplig kan beïnvloed is onder meer die vermoë van die pasiënt om die aard en die omvang van die mediese behandeling te begryp; tot welke mate die pasiënt inligting van die voorgestelde mediese behandeling verlang; die aard en omvang van die behandelings/operatiewe prosedures wat toegepas sal word en die die effek van sodanige inligting op die pasiënt (dié aspekte word bespreek deur Skegg 88-92); vgl ook die bespreking deur Mason & McCall-Smith 120; sien veral die omvattende bespreking deur Kennedy & Grubb 215 ev; Robertson "Informed Consent to Medical Treatment" 1981 LOR 102. Gevalle waar pasiënte nie fisies kan toestem tot mediese behandeling soos wanneer 'n pasiënt bewusteloos is, 'n minderjarige is, of die afwesigheid van toestemming vanweë noodsituasies val buite die bestek van die onderhawige bespreking - dié aspekte word volledig bespreek deur Kennedy & Grubb 180 ev; Mason & McCall-Smith 112-117.

verskille tussen die gemelde twee aksies, welke verskille aanleiding gegee het tot heelwat debat onder regslui (271).

Indien 'n geneesheer vir skadevergoeding gedagvaar word op grond van aanranding, is dit voldoende vir die pasiënt om aan te toon dat hy nie toegestem het, hetsy uitdruklik of stilswyend, tot 'n bepaalde ingreep, prosedure of behandeling nie. 'n Onregmatige handeling aan die kant van die medikus is voldoende vir dié aksie en oorsaaklikheid speel geen rol nie (272). In teenstelling hiermee staan die aksie gebaseer op die "tort" van nalatigheid waar die pasiënt moet aantoon dat die geneesheer 'n onregmatige handeling op hom uitgevoer het sonder sy toestemming, welke handeling kousaal bygedra het tot sy benadeling/skade. Feitelike kousaliteit speel dus hier wel 'n rol en om hierdie rede het pasiënte in die verlede hul aksies vir skadevergoeding teen medici op grond van beweerde nalatigheid eerder op aanranding gegrond (273). In die saak van Chatterton v Gerson (274) beslis Bristow R dat die nalatige versuim van 'n geneesheer om 'n pasiënt in te lig nie op sigself die pasiënt se toestemming tot behandeling uitsluit nie. Die regter merk soos volg op:

"Once the patient is informed in broad terms of the nature of the procedure which is intended, and gives consent, that consent is real, and the cause of action on which to base

---

(270) Battery word omskryf as "the intentional application of force to the person of another, the force being harmful or offensive, and being without the consent of that other and without lawful excuse" die definisie van Flemming 23.

(271) Vgl Jackson & Powell 317 ev; Kennedy & Grubb 215 ev; Mason & McCall-Smith 117 ev; Skegg 79 ev.

(272) Mason & McCall-Smith 117; sien ook Jackson & Powell 317; Kennedy & Grubb 137;

(273) Mason & McCall-Smith 118;

(274) supra 432.

claim for failure to go into risks and implications is negligence, not trespass" (275).

In die saak van Hills v Potter (276) volg Hirst R die benadering toegepas in die Chatterton-beslissing en beslis ook dat in mediese sake van hierdie aard die aksie op nalatigheid en nie op aanranding ("battery") gegrond behoort te wees nie. Dié vraag is weer beoordeel deur die Court of Appeal (277) en die House of Lords (278) in die saak van Sidaway v Governors of Bethlem Royal Hospital. Die Court of Appeal het eenparig beslis dat versuim deur 'n geneesheer om 'n pasiënt behoorlik in te lig oor die voorgename ingreep en/of behandeling nie noodwendig die pasiënt se toestemming tot sodanige ingreep of behandeling uitsluit nie. Alhoewel die verskillende voorsittende regters in die House of Lords met mekaar verskil het oor die aard en omvang van die geneesheer se inligtingsplig teenoor die pasiënt, was hulle ook eenparig van mening dat die versuim deur 'n medikus om die

---

(275) supra 443A; sien ook Robertson 1981 LOR 123-124: "It is submitted that there are two principal reasons for the judicial policy evident in Chatterton against trespass claims in informed consent litigation. First as can be seen judicial policy appears to be in favour of restricting claims in battery situations involving deliberate, hostile acts, a situation which most judges would regard as foreign to the doctor-patient relationship. Coupled with this is the stigma and damage to the professional reputation which courts repeatedly emphasise are an inevitable byproduct of a successful claim against a doctor. These consequences are probably seen as even more serious in an action for battery than in an action for negligence. The second reason stems from the view expressed in the concluding section of this article, namely, that courts in this country will attempt to restrict the scope of the doctrine of informed consent, principally by means of the requirement of causation, the use of expert evidence as to accepted medical practice, and emphasis on the 'best interests of the patient' principle. Restriction of the doctrine of informed consent in this way would not be possible if it were to be accepted that failure to inform of inherent risks of proposed treatment could ground an action for trespass"; vgl ook Feng "Failure of Medical Advice: Trespass or Negligence" 1987 Legal Studies 149; Lee "Operating under Informed Consent" 1985 LOR 316; Whitfield "The Meaning of Informed Consent" 1986 MLJ 11.

pasiënt behoorlik in te lig nie die pasiënt se toestemming uitsluit nie. Selfs Lord Scarman, wat van mening was dat die aard van die geneesheer se inligtingsplig besonder omvangryk behoort te wees, het saamgestem met Hirst R se benadering in die Hills-beslissing (279).

### 5 9 3 Verjaring

Verjaring is 'n verdere verweer (alhoewel tegnies van aard) wat deur 'n geneesheer teen 'n aksie gegrond op nalatigheid opgewerp kan word. Die Limitation Act van 1980 maak spesifiek voorsiening hiervoor en bepaal dat 'n pasiënt binne drie jaar nadat hy/sy skade of persoonlikheidsnadeel gely het as gevolg van die beweerde nalatigheid van 'n geneesheer, 'n aksie om skadevergoeding teen sodanige geneesheer moet instel. Versuim om sodanige aksie binne die voorgeskrewe tydperk in te stel, het tot gevolg dat die pasiënt se aksie verjaar (280). Die enigste uitsonderings op dié reël is waar die pasiënt onbewus is van die feit dat hy werklike skade gely of persoonlikheidsnadeel opgedoen het, of waar die pasiënt nie daarvan bewus is dat die skade na bewering veroorsaak is deur nalatigheid aan die kant van die geneesheer nie. Die verjaringstydperk ten aansien van dié spesifieke omstandighede word bereken vanaf die tydstip waarop die pasiënt bewus geword het van die ware toedrag van sake. Onder bepaalde

---

(276) supra 1 WLR 653D-E;

(277) supra (1984) QB 493;

(278) supra (1985) 2 WLR 480;

(279) supra (1985) 2 WLR 489E; sien ook die bespreking deur Kennedy & Grubb 248-264; die vraag of 'n geneesheer nalatig is indien hy onvolledige inligting aan 'n pasiënt deurgee, word in hoofstuk 4 onder 2 1 4 3 bespreek.

omstandighede het 'n hof ook, by wyse van aansoek deur die pasiënt, 'n diskresie om die nie-voldoening aan die drie jaar verjaringstydperk te kondoneer (281).

## 6 Die Verenigde State van Amerika

### 6 1 Geneeshere as deskundiges

By die beoordeling van professionele mediese nalatigheid in die Amerikaanse reg is dit enigsins sinvol om te verwys na die eerste gerapporteerde saak in dié verband. In 1794, in die staat Connecticut, in die saak van Cross v Guthery (282), beweer die eiser dat sy vrou oorlede is as gevolg van 'n mastektomie wat die geneesheer na bewering op 'n nalatige wyse uitgevoer het. Die hof beslis ten gunste van die eiser en voer aan dat die operasie uitgevoer is "in the most unskillful, ignorant and cruel manner, contrary to all well-known rules and principles of practice in such cases"(283). Die hof verwys egter nie verder na die "well-known principles of practice" nie, maar dit kan aanvaar word dat die hof ten gunste van die eiser beslis het omdat die geneesheer klaarblyklik afgewyk het van die aanvaarde mediese praktyk, en in dié verband is sy optrede gelykgestel aan onbedrewenheid en onkunde met verwysing na die hardhandige en pynlike manier waarop die operasie uitgevoer is - 'n opmerking wat gewis nie onvanpas is nie as in gedagte gehou word dat dié operasie uitgevoer is in 'n tyd toe narkosemiddels en morfien nog onbekend was aan die mediese wetenskap.

---

(280) Brazier Medicine Patients and the Law (1987) 90.

(281) Kennedy & Grubb 453.

(282) Cross v Guthery 2 Root 90 (Conn 1794); in hierdie

Die saak wat egter allerweë beskou word as die locus classicus ten aansien van die omskrywing van mediese nalatigheid in die Amerikaanse reg en wat vandag nog as die algemeen geldend aanvaar word, is Pike v Honsinger(284). In dié saak is die eiser deur 'n perd op die knieskyf geskop. Daar is aangevoer dat die geneesheer die knie op 'n nalatige wyse verbind het, met die gevolg dat die bene nie behoorlik wou heg nie. Die hof beoordeel die geneesheer se optrede en lê dan die volgende belangrike riglyne en beginsels ten aansien van mediese nalatigheid neer:

"The law relating to malpractice is simple and well settled, although not easy of application. A physician and surgeon, by taking charge of a case, impliedly represents that he possesses, and the law places upon him the duty of possessing, that reasonable degree of learning and skill that is ordinarily possessed by surgeons and physicians in the locality in which he practises, and which is ordinarily regarded by those conversant with the employment as is necessary to qualify him to engage in the business of practising medicine and surgery. Upon consenting to treat a patient, it becomes his duty to use reasonable care and diligence in the exercise of his skill and the application of his learning to accomplish the purpose for which he was employed. He is under the further obligation to use his best judgement in exercising his skill and applying his knowledge. The law holds him liable for an injury to his patient resulting from want of the requisite skill and knowledge or the omission to exercise reasonable care or failure to use his best judgement. The rule in relation to learning and skill does not require the surgeon to possess that extraordinary learning and skill which belong only to a few men of rare endowments, but such as is possessed by the average member of the medical profession in good standing. The rule of reasonable care and diligence does not require the use of the highest possible degree of care and to render a physician and surgeon liable, it is not enough that there has been a less degree of care than some other medical man might have shown or less than even he himself might have bestowed, but there must be a want of ordinary and reasonable care, leading to a bad result" (285).

---

hoofstuk supra is daar ook verwys na die saak van dr John Pottes in 1652 in Virginia, welke saak bespreek word deur Ficarra - die saak is egter nie formeel gerapporteer nie. (283) Cross v Guthery supra 91.  
(284) 49 NE 760 New York (1898).



Die Pike-beslissing het in wese 'n tweeledige standaard gestel waaraan die optrede van die geneesheer moet voldoen. Ten eerste moet die geneesheer beskik oor mediese bedrewenheid, kennis en ervaring en sodanige mediese bedrewenheid moet met redelike sorg aangewend word. Tweedens moet die geneesheer beskik oor die mediese bedrewenheid en kennis waaroor die algemene "redelike" praktisyn beskik. Versuim deur die geneesheer om aan hierdie tweeledige standaard te voldoen, het tot gevolg dat sy optrede gelykgestel kan word aan nalatigheid (286). Van belang is die algemene beginsel wat in bovermelde beslissing neergelê is dat die standaard wat van regsweê vereis word, dié van die "algemene redelike praktisyn" is en nie dié van die "buitengewoon begaafde" geneesheer nie. Dit is ook nie die hoogste moontlike graad van bedrewenheid en sorg wat vereis word nie. In wese is die toets vir nalatigheid volgens dié beslissing eintlik 'n toets van "gemiddeldes", in dié sin dat die optrede van 'n geneesheer aan dié van die algemene "gemiddelde" geneesheer moet voldoen. Die bestaan van mediese nalatigheid al dan nie, word ook bepaal met verwysing na die spesifieke plek of omgewing ("locality") waar die geneesheer praktiseer.

---

(285) Pike v Honsinger supra; sien ook Annas Law Rosenblatt & Wing American Health Law (1990) 337; Cohen Malpractice (1979) 34; Ficarra Allied and Surgical Malpractice (1968) 43; Holder Medical Malpractice Law (1978) 44; James Legal Medicine (1980) Long The Physician and the Law (1980) 17; Morris & Moritz Doctor and Patient and the Law (1971) 326; Pegalis & Wachsman American Law of Malpractice (1980) 54; Rheingold & Davey Standard of Care in Medical Malpractice Cases (1975)(red Conason) 11; sien ook Annotasie "Physicians & Surgeons" 61 Am Jur 2d 337 ev.

(286) Vir 'n verdere bespreking van dié saak sien Holder 44; Rheingold & Davey 14; vgl ook Pegalis & Wachsman 55: "It is the degree of knowledge and concomitant medical or surgical skill that a physician under the same or similar circumstances should "reasonably" possess that is the standard by which the physician



Die omskrywing van "professionele mediese nalatigheid", soos uiteengesit in die Pike-beslissing, is bevestig in verskeie latere sake(287), maar die omvang van dié begrip is in 1938 uitgebrei deur die Supreme Court van die staat Indiana in die saak van Adkins v Ropp (288). Die hof het soos volg opgemerk:

"When a physician and surgeon assumes to treat and care for a patient, in the absence of a special agreement, he is held in law to have impliedly contracted that he possesses the reasonable and ordinary qualifications of his profession and that he will exercise at least reasonable skill, care and diligence in his treatment of him. This implied contract on the part of the physician does not include a promise to effect a cure and negligence cannot be imputed because a cure is not effected, but he does impliedly promise that he will use due diligence and ordinary skill in his treatment of the patient so that a cure may follow such care and skill, and his degree of care and skill is required of him not only in performing an operation or administering first treatments, but he is held to the like degree of care and skill in the necessary subsequent treatments unless he is excused from further service upon due notice by the patient himself, or the

---

should be judged"; Cohen 36: "Legal discussions concerning negligence frequently make reference to what the 'average reasonable person' would have done under the same or similar circumstances. Analogously, many discussions of professional liability are also couched in such terms as the 'average reasonable professional'. However in the strictest sense, the use of the word 'average' as the standard for judging professionals is not quite correct. The law does not assume that one-half of all professionals (those below average) are not up to the standard of care. It should be kept in mind then, that the legal standard is technically not the 'average' professional but more likely the 'ordinary or reasonable prudent professional"; sien ook Ficarra "Professional Liability v Doctors of Medicine" 1975 Legal Medicine Annual 125; vir 'n bespreking van verskeie sake met betrekking tot die standaard wat van regsweë van medici vereis word sien Augustus 1981 Speciality Law Digest: Health Care 25 113.

(287) Vgl Gillette v Tucker 67 Ohio St 106 (1902); Rytkonen v Lojacano 269 Mich 270 (1934); sien ook Keuchler v Volkmann 180 Wisc 192 (1923): "The rule is that a physician is required to exercise only that degree of care, diligence, judgment and skill which other physicians of good standing of the same school or system of practice usually exercise in the same or similar circumstances, having due regard to the advanced state of the medical profession at the time in question".

(288) 14 NE 2d 727 Indiana 727 (1938).

physician or surgeon upon due notice refuses to further treat the case. In determining whether the physician or surgeon has exercised the degree of skill and care which the law requires, regard must be had to the advanced state of the profession at the time of treatment, and the locality in which the surgeon or physician practices" (289).

Die Adkins-saak het die omskrywing van mediese nalatigheid, soos neergelê in die Pike-beslissing, in twee opsigte uitgebrei: Eerstens is daar nie 'n verpligting op 'n geneesheer om resultate van sy behandeling te waarborg nie. Die geneesheer is nie noodwendig aanspreeklik omdat 'n nadelige en onverwagte resultaat ingetree het as gevolg van die toegepaste behandeling nie. Tweedens is 'n geneesheer aanspreeklik vir opvolgbehandeling van 'n pasiënt tensy die pasiënt hom versoek om nie meer die geval te behandel nie, of waar die geneesheer self met die nodige kennisgewing aan die pasiënt van die saak onttrek. Hierdie tweeledige uitbreiding word egter nog steeds getoets aan die norm van die "algemene redelike praktisyn", met verwysing na die omstandighede of omgewing waarin daar gepraktiseer word en die algemene stand van die professie op dié stadium toe die behandeling toegepas is - in wese is hierdie norm net 'n herhaling van die algemene beginsel soos neergelê in die Pike-beslissing. Ten spyte van die tweeledige uitbreiding van die omskrywing van mediese nalatigheid in die Adkins-beslissing, kan aanvaar word dat die beginsels neergelê in die Pike-beslissing nog steeds die geldende Amerikaanse regsposisie met betrekking tot die omskrywing van mediese nalatigheid weerspieël (290).

---

(289) supra 727.

(290) Ficarra 59; sien ook Holder 57; Rheingold & Davey 14 veral vn 9; vgl ten aansien van "waarborge om te genees Staloch v Holm 111 NW 264, Minn 1907: "Physicians and

As algemene beginsel kan aanvaar word dat 'n geneesheer ook nie aanspreeklik is vir 'n blote oordeelsfout (sogenaamde "error of judgment") nie, mits hy die pasiënt onderwerp het aan 'n volledige mediese ondersoek (291).

## 6 2 Algemene praktisyn teenoor spesialis

Die kennis, vaardigheid en ondervinding wat van regsweë van 'n algemene praktisyn vereis word, is vir doeleindes van nalatigheid nie dieselfde as dié wat van 'n mediese spesialis geverg word nie. Dit is gemene saak dat die standaard en graad van mediese bedrewenheid wat van regsweë van 'n spesialis vereis word, hoër is as dié van die "algemene redelike praktisyn". Die algemene beginsel in dié verband is neergeleë in die beslissing van Belk v Schweizer(292):

---

surgeons deal with progressive inductive science. On two historic occasions, the greatest surgeons in our country met in conference to decide whether or not they should operate upon the person of the President of the United States. Their conclusion was the final human judgment. They were not responsible in law, either human or divine, for the ultimate decree of nature. The same tragedy is enacted in a less conspicuous way every day in every part of this country".

(291) Prosser Law of Torts (1971) 160; Rheingold & Davey 15; Annotasie 61 Am Jur 2d 341 ev; sien ook Ficarra

"Prophylaxis against Medical Negligence" 1978 Legal Medicine Annual 140; vgl Cunningham v State of New York 10 App

Div 2d 197 (1960); McBride v United States 462 F 2d (9th Cir 1972); die problematiek rondom die sogenaamde "mere error of judgment" word in 'n latere hoofstuk volledig bespreek.

(292) 149 SE 2d 565 North Carolina (1966); sien ook Toth v Community Hospital 22 NY 2d 255 NYS 2d 440 (1968); vgl Ficarra 52; Holder 59; Pegalis & Wachsmann 57; Prosser 163; Rheingold & Davey 16: "Within the field of medicine there are numerous specialities ... the specialist is to be judged by the higher standard of care, skill and knowledge possessed and used by like specialists, and not those of the 'average' physician who might be a general practitioner ... the specialist is expected to know more and to be able to do more within his speciality ... One who holds himself out as a specialist is to be held to that

"A physician who holds himself out as having special knowledge and skill in the treatment of a particular organ or disease or injury is required to bring to the discharge of his duty to the patient employing him as such specialist not merely the average degree of skill possessed by general practitioners but that special degree of skill and care which physicians similarly situated who devote study and attention to the treatment of such organ disease, or injury ordinarily possess, regard being had to the state of scientific knowledge at the time" (293).

Waar 'n algemene praktisyn hom dus "uitgee" as 'n spesialis of waar die algemene praktisyn versuim om 'n pasiënt na 'n spesialis te verwys, terwyl hy daarvan bewus is dat hy nie oor die nodige kennis en graad van spesialisasie beskik om die bepaalde geval voorhande effektief te behandel nie, kan sy optrede aan nalatigheid gelykgestel word (294). In só 'n geval sal die optrede van die algemene praktisyn nie gemeet word aan dié van die "algemene redelike praktisyn" nie, maar aan dié van die "redelike spesialis" in dieselfde omstandighede (295). In Larsen v Yelle (296) het die eiser 'n sogenaamde Colles'-fraktuur aan sy regtergewrig opgedoen. Die eiser het aangevoer dat die geneesheer wat hom behandel het nalatig was deur die eiser nie te verwys na 'n ortopediese chirurg nie, aangesien die fraktuur en behandeling daarvan deur 'n spesialis onderneem moes gewees het. Die eiser het voorts beweer dat die versuim

---

specialist's care, just as one who holds himself out generally to be a licensed practitioner must come up to the standard pretended to"; McCoid "The Care Required of Medical Practitioners" 1959 Vanderbilt Law Review 549.

(293) supra 565.

(294) Shartel & Plant The Law of Medical Malpractice (1959) 117.

(295) Holder 60; Pegalis & Wachsmann 59; Prosser 161; Rheingold & Davey 17; sien ook Hirsch "Duty to Consult and Refer" 1977 Legal Medicine Annual 249; Zaslow "What Is Malpractice in General Surgery?" 1976 Legal Medicine Annual 259.

(296) 310 Minn 521 246 NW 2d 841 (1976).

van die algemene praktisyn om hom na 'n spesialis te verwys, veroorsaak het dat hy die gebruik van sy gewrig verloor het.

Die hof het soos volg opgemerk:

"It is true that one of the requirements which the law exacts of general practitioners of medicine is that if, in the exercise of the care and skill demanded by those requirements, such a practitioner discovers, or should know or discover, that the patient's ailment is beyond his knowledge or technical skill, or ability or capacity to treat with a likelihood of reasonable success, he is under a duty to disclose the situation to his patient, or to advise him of the necessity of other or different treatment. If under such circumstances, the general practitioner fails to inform the patient and undertakes to treat what he should refer to a specialist, he will be held to that standard of care required of the specialist. That is, in order to escape liability for injury caused by his treatment, the treatment he himself administers to the patient must at a minimum comply with that degree of skill, care, knowledge and attention ordinarily possessed and exercised by specialists in good standing under like circumstances" (297).

Dit blyk duidelik uit die voorgaande dat, net soos in die Suid-Afrikaanse reg en die Engelse reg, die Romeinsregtelike leerstuk van imperitia culpa adnumeratur in beginsel ook in die Amerikaanse reg toepassing vind (298).

---

(297) supra 847; sien ook Ericson v Waller (1977) Ariz 476 569 P2d 1374; Steele v United States (1978 DC Alaska) 463 F Supp 321.

(298) Prosser 161; Pike v Honsinger supra; vir verdere praktiese toeligting van dié beginsels met verwysing na verskeie voorbeelde in die Amerikaanse regspraktyk sien Nota "Degree of Care and Skill Required in the Treatment of Fracture or Dislocation" 54 ALR 2d 200; Nota "Degree of Care and Skill Required in Diagnosis of Fracture or Dislocation" 54 ALR 2d 273; Nota "Degree of Skill and Care Required in Eye Treatment or Surgery" 68 ALR 2d 426; Nota "Degree of Care and Skill Required in the Treatment or Surgery of the Ear" 76 ALR 2d 783; Nota "Standards of Skill and Care with Respect to Malpractice in Connection with Treatment of Burn Patients" 97 ALR 2d 473; sien die beslissing van Larsen v Yelle supra 841: "It is true that one of the requirements which the law exacts of general practitioners of medicine is that if, in the exercise of the care and skill demanded by those requirements, such a practitioner

### 6 3 Mediese nalatigheid in die privaatreë en die strafreg

Aanspreeklikheid van medici in die Amerikaanse reg op grond van nalatigheid vind nie net toespasing op die gebied van "torts" en die strafreg nie, maar kan ook kontraktueel van aard wees (299).

Soos reeds aangetoon (300), berus privaatregtelike aanspreeklikheid van die geneesheer in die Amerikaanse reg op die verbreking van 'n regsplig wat 'n geneesheer aan sy pasiënt verskuldig is. Verbreking van dié regsplig is daarin geleë dat die medikus in sy behandeling of diagnose van die pasiënt nie met die nodige sorg ("due care") opgetree het nie. Voorts sal die pasiënt moet aantoon dat die geneesheer in sy behandeling terapie of diagnose van die norm of standaard van die "redelike algemene praktisyn" afgewyk het (301).

---

discovers, or should discover, that the patient's ailment is beyond his knowledge and technical skill, or ability or capacity to treat with a likelihood of reasonable success, he is under a duty to disclose the situation to his patient, or to advise him of the necessity of other or different treatment. If under circumstances the general practitioner fails to inform the patient and undertakes what he should refer to a specialist, he will be held to that standard required of the specialist".

(299) Die kontraktuele aanspreeklikheid van die geneesheer vanweë professionele nalatigheid val egter buite die bestek van hierdie bespreking - vir 'n bespreking van kontraktuele aanspreeklikheid van die geneesheer vgl Epstein "Medical Malpractice - The Case for Contract" 1976 American Bar Foundation Research Journal 136 ev; sien ook Holder 1-36.

(300) Sien die bespreking van die begrip nalatigheid in hoofstuk 1 supra; sien ook Cohen 34; Holder 40.

(301) Morris & Moritz 326: "A tort action against a physician for negligence implies that the physician had the patient's consent to treat him but alleges that such treatment did not conform to the standards imposed on the physician by law. An action for negligence involves three basic elements: (1) the nature of the duty that the law places on the physician, (2) the alleged conduct that constitutes a breach of that duty in the eyes of the



Strafregtelike aanspreeklikheid berus weer daarop dat daar 'n "growwe" oorskryding was van die "algemene mediese standaard" van medici was, wat die dood van die pasiënt nalatig veroorsaak het. Waar 'n geneesheer die dood van 'n pasiënt nalatig veroorsaak het, sal hy in alle waarskynlikheid volgens die Amerikaanse reg van "involuntary manslaughter" aangekla word. In die strafreg is die bewyslas swaarder as in die privaatreë, en ten einde 'n skuldigbevinding op "involuntary manslaughter" te verkry, sal die vervolging bo redelike twyfel moet bewys dat die geneesheer die norm van die "redelike algemene praktisyn" grof oorskry het (302). In hierdie verband kan ook kortliks verwys word na die kousaliteitsteorie van "proximate cause" wat veral in die Amerikaanse "tort law" toepassing vind:

"Even if a patient can prove that a physician or surgeon did not meet the required standard of care, he cannot recover damages unless he can prove that the negligence caused him injuries which would not have occurred in its absence. Even if there is clear-cut proof of misdiagnosis, for example, the patient must prove that the condition was worsened by the error before a jury can as a matter of law, award him pecuniary compensation. This requirement of proof between cause and effect is known as "proximate cause". No matter how negligent the physician may have been, harm must be shown to have resulted before damages can be awarded"(303).

---

law, and (3) the causal relationship between the breach of duty and the injuries and damages of which the plaintiff complains"; vgl Shartel & Plant 116.

(302) Ficarra 52: "A physician may be held guilty of manslaughter where his patient's death results from his gross negligence"; sien ook La Fave & Scott 235; Holder 57; Morris & Moritz 353 355: "Criminal negligence exists where the physician exhibits gross lack of competency, gross inattention, criminal indifference to the patient's safety, or gross negligence in the selection and application of remedies. To be criminal the negligence must be 'wilful, gross or culpable'"; Pegalis & Wachsman 60; Long 319 ev; vgl Hicks v United States 368 F 2d 626; Formont v Kircher 420 P 2d 661 (Idaho).

(303) Holder 62; Long 21; Pegalis & Wachsman 60; Prosser 280; vir 'n wyduiteenlopende bespreking van oorsaaklikheid ("proximate cause") in die mediese praktyk met talryke voorbeelde van die



Insgelyks, wat die strafreg betref, word vereis dat daar 'n kousale band moet wees tussen die growwe nalatigheid van die geneesheer en die dood van die pasiënt wat ten gevolge daarvan opgetree het (304).

#### 6 4 Die toets vir mediese nalatigheid

Ten einde te toets of 'n geneesheer op grond van nalatigheid aanspreeklik is, word sy optrede of versuim beoordeel aan die hand van die standaard van die "algemene redelike" geneesheer in dieselfde omstandighede. Indien die geneesheer 'n spesialis is of homself as sodanig uitgee, word die toetsnorm verhef tot dié van die "redelike spesialis" in dieselfde omstandighede (305). In wese is die toets vir mediese nalatigheid 'n objektiewe toets met verwysing na die feite en omstandighede van elke geval. Die vraag ontstaan egter tot welke mate dié toets 'n suiwer objektiewe toets is, en of subjektiewe faktore nie ook 'n rol by die bepaling van mediese nalatigheid speel nie.

---

aanwendingsgebied daarvan sien: Nota "Proximate Cause as Affecting Liability for Malpractice in Administering Medicine to which Patient Is Usually Susceptible or Allergic" 64 ALR 2d 1281; Nota "Appendicitis: Proximate Cause of Injury by Malpractice in Appendicitis Treatment or Surgery" 94 ALR 2d 1030; Nota "Attending Patient: Proximate Cause as Affecting Liability of Physician for Lack of Diligence in Attending Patient" 57 ALR 2d 390; Nota "Proximate Cause as Affecting Liability for Malpractice in Treatment or Surgery of the Ear" 76 ALR 2d 787; Nota "Proximate Cause as Affecting Action for Malpractice Based on Treatment of Fracture or Dislocation" 54 ALR 2d 200; Nota "Malpractice as to Treatment of Skin, Disease, Disorder, Blemish or Scar as Affected by Proximate Cause" 45 ALR 2d 1279; Nota "Tuberculosis: Proximate Cause as Affecting Liability for Malpractice in Diagnosis or Treatment" 75 ALR 2d 818; Nota "Negligence in Diagnosis or Treatment of Condition of Male Urinary Tract or Related Organ as Proximate Cause of Injury" 88 ALR 2d 311.

(304) La Fave & Scott 235; Long 319; Morris & Moritz 354 ev.

Reeds in Pike v Honsinger (306) beklemtoon die hof subjektiewe faktore wat in aanmerking geneem word deur op te merk:

"His implied engagement with his patient does not guarantee a good result but he promises by implication to use the skill and learning of the average physician ... and to exercise reasonable care and to exert his best judgment in the effort to bring about a good result ... he is under the further obligation to use his best judgment in exercising his skill and applying his knowledge" (307).

Subjektiewe faktore speel dus wel 'n rol by die toets vir mediese nalatigheid, in dié sin dat daar nie net van die geneesheer verwag word om te voldoen aan die objektiewe standaard nie, maar ook dat hy sy eie oordeelkundige besluite sal neem in die behandeling en hantering van 'n geval. Die oordeel wat hy aan die dag sal moet lê, spruit noodwendig voort uit sy subjektiewe kennis en ervaring. In dié verband merk Wolfstone op:

"Every person undertaking to render professional services holds himself out as capable of meeting the objective standard of care required of the profession and customarily adhered to. The subjective standard is set by the training, skill and judgment of the individual actor in addition to the standard of the specialist or person of superior knowledge and training that he holds himself out as possessing" (308).

---

(305) Die omskrywing van dié standaard wat algemeen in die Amerikaanse positiewe reg voorkom is "the standard of care measured by the knowledge and ability of the average physician or specialist in good standing in the community where he practices"-soos saamgevat in die saak van Spadaccine v Dolan 1978 63 App Div 2d 110, 407 NYS 2d 840; sien ook die bespreking onder 6.1 hierbo ten opsigte van die inhoud van dié standaard; vgl ook Pegalis & Wachsmann 57: "The difference between a duty owed by a specialist and that owed by a general practitioner lies not in the degree of care, but in the amount of skill required".

(306) supra 211.

(307) supra 211.

Alhoewel aanvaar kan word dat subjektiewe faktore wel 'n rol speel wanneer daar vir mediese nalatigheid getoets word, en wel ten opsigte van oordeelsvermoë, kennis en ervaring, moet sodanige faktore nog steeds opgeweeg word teen die standaard van die "algemene redelike praktisyn" - die toets bly dus objektief.

Die toets of standaard wat vir mediese nalatigheid aangewend word in die privaatreë en strafreë is dieselfde; soos aangetoon, is dit slegs die bewyslas wat verskil, in dié sin dat die bewyslas in die strafreë op die staat ("the people") rus om bo redelike twyfel aan te toon dat die geneesheer grof afgewyk het van die standaard van die "algemene redelike praktisyn", terwyl dit in die privaatreë slegs op 'n oorwig van waarskynlikhede berus (309).

#### 6 5 Die sogenaamde "locality rule"

Die aanwending van die sogenaamde "locality rule" in gevalle van nalatigheid het tot gevolg dat die professionele standaard wat van regsweë van medici vereis word, gelokaliseer word tot die mediese bedrewenheid en kennis wat as algemeen geldend aanvaar word in 'n bepaalde geografiese gebied. In die woorde van Rheingold en Davey, beteken die "locality rule" dat "the Blue Mountain Lake doctor is judged by Adivondack standards and not Park Avenue standards"(310). In 1880 in Small v Howard (311)

---

(308) Wolfstone "The Subjective Test of Professional Care" ATL Seminar (1966) (red Harolds & Block) 49; Annas et al 383; vir 'n algemene bespreking van die toets vir mediese nalatigheid in die Amerikaanse reë sien Nota "General Discussion of the Standard of Skill and Care Required of a Specialist" 21 ALR 3d 953.

(309) Morris & Moritz 353; Shartel & Plant 369.

beslis die hof dat van medici wat op die platteland of in klein dorpies praktiseer slegs verwag kon word:

"To possess that skill only which physicians and surgeons of ordinary ability and skill, practising in similar localities, with opportunities for no larger experience, ordinarily possess; and that they are not bound to possess that high degree of art and skill possessed by eminent surgeons practising in larger cities and making a speciality of the practice of surgery" (312).

Die "locality-rule" spruit spesifiek voort uit die Pike-beslissing waarvolgens mediese nalatigheid bepaal is met verwysing na "die standaard van die algemene praktisyn in dieselfde omstandighede" as dié waarin die geneesheer homself bevind het. Alhoewel dit sonder twyfel waar is dat mediese nalatigheid wél beoordeel moet word met verwysing na die fisiese en geografiese omstandighede van elke geval, wil dit voorkom of die "locality rule" nie meer werklik in die Amerikaanse reg toegepas word nie. Alternatiewelik is dié reël aansienlik afgewater; die algemene gevoel blyk te wees dat daar wegbeweeg moet word van dié reël en dat 'n eenvormige standaard op nasionale vlak neergelê moet word. Dié reël is ook nie altyd eenvormig toegepas nie en kritiek teen die aanwending daarvan het derhalwe ook nie uitgebly nie. Onder meer het dié reël onder skoot gekom in Murphy v Little (313) in die staat Georgia:

---

(310) Rheingold & Davey 18.

(311) 128 Mass 132 Am Rep 363 (1880).

(312) supra 365 ; sien ook Watz "The Rise and Fall of the Locality Rule in Medical Malpractice Litigation" 1969 De Paul Law Review 408.

(313) 112 Ga App (1965) 517 145 SE 2d 760; sien ook Long 19: "Generally negligence cannot be excused on the ground that others in the same locality practice the same kind of negligence"; Prosser 164: "Improved facilities of communication, available medical literature, consultation and the like, led gradually to the abandonment of any fixed rule, and to the

"Reasons for the more narrow rule which might have been obtained in the time past, where transportation was difficult, medical schools and hospitals often inaccessible and doctors licensed to practice with little or no formal training, no longer have any validity. Medical practitioners frequently receive a part or all of their education in states other than the one in which they settle to practice ... There are doubtless areas of medicine where knowledge of proper treatment is limited geographically by prevalence of the disease or by reason of special facilities for study, but the human race has suffered from broken bones for as long as it has been in existence" (314).

Vooruitgang in die mediese wetenskap, die eenvormige opleiding wat medici vandag in die VSA aan die mediese skole ontvang, groter mobiliteit op die mediese gebied en die meer effektiewe geografiese verspreiding van mediese kennis in die professie, is ook verdere faktore wat daartoe bygedra het dat dié reël nie meer effektief toegepas word nie. Mediese aanspreeklikheid op grond van professionele nalatigheid is egter afhanklik van en moet beoordeel word aan die hand van die besondere omstandighede van elke geval en in dié verband kan die "locality" wel 'n rol speel by die beoordeling van nalatigheid, veral in die geval van 'n noodsituasie. Dié reël behoort egter op sigself nie aanduidend te wees van die bestaan of afwesigheid van mediese nalatigheid nie (315).

---

treating of the community as merely one factor to be taken into account in applying the general professional standard".

(314) supra 762.

(315) Ficarra 52; Holder 59; Morris & Moritz 327; Pegalis & Wachsman 58; vgl veral die saak van Viita v Dolan 132 Minn 128 155 NW 1077 (1916): "Frequent meetings of medical societies, articles in the medical journals, books by acknowledged authorities, and extensive experience in hospital work put the country doctor on more equal terms with his city brother. He would probably resent an imputation that he possessed less skill than the average physician or surgeon in the large cities, and we are unwilling to hold that he is to be judged only by the qualifications that others in the same village or similar villages possess".

Die aanvanklike toepassing van die "locality"-reël het ook 'n invloed gehad op die aard en omvang van mediese getuienis van deskundiges, wat aangebied is tydens wanpraktyklitigasie, ten einde die bestaan of afwesigheid van mediese nalatigheid te bewys. Só is daar soms van regsweë vereis dat mediese nalatigheid slegs bewys kan word deur die getuienis van 'n deskundige wat in dieselfde omgewing as die verweerder praktiseer. Die onderliggende rede vir dié beginsel was blykbaar die feit dat 'n geneesheer wat in 'n ander geografiese omgewing praktiseer, nie bekend sou wees met die besondere omstandighede van die omgewing waarin die verweerder homself bevind het nie. Prakties gesproke het die beginsel beteken dat 'n geneesheer wat in Michigan praktiseer nie deskundige getuienis sou kon aanbied in Wisconsin ten aansien van die beweerde nalatige optrede van 'n verweerder aldaar nie (316). Nodeloos om te sê en in hoofsaak as gevolg van die redes wat reeds hierbo aangevoer is, het dié beginsel tot absurditeite gelei. Só byvoorbeeld het die Hooggeregshof van Massachusetts in 1946 beslis dat 'n geneesheer wat in Boston gepraktiseer het, nie deskundige getuienis kon aanbied ten aansien van beweerde nalatige optrede van 'n geneesheer wat in Brockton gepraktiseer het nie. Geografies is die stede Boston en Brockton slegs 22 myl van mekaar geleë (317). Dié beginsel en die "locality-rule", in die algemeen, is in 1968 'n nekslag toegedien deur dieselfde hof in die saak van Brune v Belinkoff (318). Die hof beslis:

"We are of the opinion that the locality rule of Small v

---

(316) Annas Law Rosenblatt & Wing 402; Long 24; Morris & Moritz 330.

(317) Coburn v Moore 68 NE 2d 5 (Mass)(1946).

(318) 235 NE 2d 793 (Mass).



Howard which measures a physician's conduct by the standards of other doctors in similar communities is unsuited to present day conditions. The time has come when the medical profession should no longer be Balkanized by the application of varying geographic standards in malpractice cases. Accordingly Small v Howard is hereby overruled. The present case affords a good illustration and the inappropriateness of the locality rule to existing conditions. The Defendant was a specialist practising in New Bedford, a city of 100 000 which is slightly more than 50 miles from Boston, one of the medical centers of the nation, if not of the world. This is a far cry from the country doctor in Small v Howard, who ninety years ago was called upon to perform difficult surgery. Yet the trial court judge told the jury that the skill and ability of New Bedford physicians were fifty percent inferior to those obtained in Boston ... the defendant should be judged by New Bedford standards, 'having regard to the current state of advance of the profession'. This may well be carrying the rule in Small v Howard to its logical conclusion, but it is we submit, a reductio ad absurdum of the rule"(318).

Ten spyte van dié definitiewe verwerping van die "locality rule" ten aansien van die getuienis van mediese deskundiges, beslis die Hooggeregshof van Mississippi so onlangs as 1983 dat 'n ervare ortopediese chirurg wat in Florida, Miami, praktiseer, se deskundige getuienis dat 'n ortopediese chirurg wat in Mississippi praktiseer wel nalatig was, nie aanvaar kan word nie omdat die chirurg uit Florida nie bekend is met die aanvaarde mediese praktyk in Mississippi nie (320).

Dié beslissing het heelwat kritiek ontlok en die hele aangeleentheid is tot op 'n spits gedryf in 1985 toe die Hooggeregshof van Mississippi in die waterskeidingsaak van Hall v Hilbun (321) weer die geleentheid gekry het om die "locality rule" in oënskou te neem: Die verweerder, dr Hilbun, 'n algemene chirurg wat vir 16 jaar gepraktiseer het by die Singing River-hospitaal in Jackson County, Mississippi, het 'n operasie op mev Hall

---

(319) supra 796.

(320) King v Murphy 424 So 2d 547 (Miss 1983).



uitgevoer ten einde 'n obstruksie in haar ingewande te verwyder. Na afloop van die operasie is mev Hall oorlede as gevolg van sogenaamde "volwasse respiratoriese stress-sindroom". Die oorledene se man het die verweerder gedagvaar op grond van die chirurg se post-operatiewe nalatigheid omdat hy na bewering versuim het om die nodige post-operatiewe instruksies aan die verpleegster te gee. Die eiser het 'n afgetrede chirurg van Cleveland, Ohio, as deskundige getuie geroep ten einde die nalatigheid van die verweerder te bewys. Die verhoorhof het bevind dat dié chirurg se getuienis, op grond van die toepassing van die "locality rule", nie aanvaar kan word nie, omdat hy nie bekend was met die mediese praktyk en standarde in Mississippi nie. In hoër beroep verwerp die Hooggeregshof dié bevinding en aanvaar 'n "nasionale" mediese standaard bo 'n "plaaslike" mediese standaard. Die hof merk soos volg op:

"We would have to put our heads in the sand to ignore the nationalization of medical education and training. Medical school admission standards (and curricula) are similar across the country ... Internship and residency programs for those entering medical specialities have substantially common components. Nationally uniform standards are enforced in the case of certification of specialists ... Physicians are far more mobile than they once were. They have ready access to professional and scientific journals and seminars for continuing medical education from across the country ... The medical centers in Memphis, Birmingham, Mobile, New Orleans and other nearby areas in adjoining states are a very real part of the Mississippi-centred universe of hospitalization, medical care and treatment, and other health related services ... All above informs our understanding and articulation of the competence-based duty of care ... The content of the duty of care must be objectively determined by reference to the availability of medical and practical knowledge which would be brought to bear in the treatment of like or similar patients under like or similar circumstances by minimally competent physicians in the same field, given the facilities, resources and options available. The content of the duty of care may be informed by local custom but never subsumed by it ... Generally, where

---

(321) 466 So 2d 856 (Miss 1985).

the expert lives or where he or she practices his or her profession has no relevance per se with respect to whether a person may be qualified and accepted by the court as an expert witness" (322).

Alhoewel die "locality rule" nóg ten aansien van die mediese standaard van 'n bepaalde omgewing nóg ten aansien van deskundige getuies nie meer streng toepassing vind volgens die Hall-beslissing nie, kan aanvaar word dat die eiesoortige omstandighede van elke geval wel in die finale instansie 'n invloed kan hê en 'n beduidende rol kan speel wanneer daar vir mediese nalatigheid getoets word (323).

#### 6 6 Verskillende denkrigtings binne die mediese praktyk

Die standaard van mediese bedrewenheid en kennis wat van medici vereis word, is ten nouste gekoppel aan die algemeen erkende en aanvaarde mediese praktyk wat deur die mediese professie toegepas word (sogenaamde "approved and accepted practice" of "good medical practice"). Die vraag ontstaan nou: tot welke mate mag die geneesheer afwyk van die algemeen aanvaarde en erkende mediese praktyk? Holder som die algemene reëls met betrekking tot die vraag soos volg op:

"Since there is frequently less than unanimous opinion in the

---

(322) supra 856; sien ook Shilkret v Annapolis Emergency Hospital 276 Md 187 349 A 2d 245 (1975).

(323) Hall v Hilbun supra 856: "For reasons well known to all, the facilities, equipment, health care personnel, and other resources reasonably available to Mississippi's physicians vary from community to community ... Because of these differences in facilities etc ... a physician practising in Noxubee County, for example, may hardly be faulted for failure to perform a CAT scan when the necessary facilities and equipment are not reasonably available".

medical profession on the best method of treating a given problem, a physician is generally free to adopt the one of several alternative treatments he thinks best. As long as the course of treatment chosen is one which is accepted by a 'respectable minority' of the medical profession, the courts regard it as an approved one ... Where the alternate methods are recognised by reputable physicians, use of one over the other does not constitute negligence even if hindsight clearly indicates that the one not used probably would have produced a better result. Experimentation which is undertaken for the knowledge of the physician instead of the treatment of the patient is not however within the same category. A physician whose method is either unknown to or disapproved of by his peers might well find himself presumed to be negligent if the patient suffers damage, particularly if he did not follow the usual methods of treatment prior to the use of his own innovations. Use of an unproven method of treatment which damages the patient is usually considered negligent even if it is carried out with the highest possible degree of care" (324).

Hierdie algemene reëls skyn net so van toepassing te wees op verskillende "schools of medicine" binne die mediese praktyk: waar 'n "erkende" mediese skool betrokke is, sal die geneesheer se optrede beoordeel word ooreenkomstig die standarde wat deur dié bepaalde mediese skool as aanvaarde norm gestel word(325). Hierdie reëls geld natuurlik ook ten aansien van verskillende gedagterigtings (sogenaamde "schools of thought") binne die mediese praktyk: indien 'n bepaalde denkrigting in mediese kringe aanvaar en toegepas word, sal die howe, selfs waar só 'n denkrigting deur 'n minderheid van medici ('n "respectable minority") aanvaar word, traag wees om medici aanspreeklik te hou op grond van nalatigheid waar hulle behandeling of terapie kragtens 'n bepaalde denkrigting toegepas het (326).

---

(324) Holder 48; sien ook Annas Law Rosenblatt & Wing 410 ev; Ficarra 51; Long 2; Prosser 163; Rheingold & Davey 19; Annotasie 61 Am Jur 344.

(325) Rheingold & Davey 16: "Problems may arise where there is a challenge to the school in question being a 'recognized' one or having standing in the community. In the circumstances where the school is not well recognized, or is widely regarded as a form of 'quackery' or where such persons are not licensed to practice in the jurisdiction, the courts may refuse to allow that

In aansluiting by die vraag tot welke mate daar afgewyk kan word van die algemeen aanvaarde en erkende mediese praktyk, is die vraag of daar van die standaard van behandeling wat van regsweë van medici vereis word, afgewyk kan word by die behandeling van mindergegoede of staatspasiente. Die vraag spruit voort uit 'n lang historiese verloop (vanaf ongeveer 1870), waartydens Amerikaners uit die laer inkomstegroepe vir mediese sorg afhanklik was van staatsondersteunde hospitale en nie toegang gehad het tot medici wat privaat gepraktiseer het nie. Baie van dié staatshospitale was opleidingshospitale en die algemene persepsie was dat die erkende en aanvaarde mediese standarde by die behandeling van pasiente uit die laer sosio-ekonomiese vlakke van die bevolking aldaar verlaag is (327). In teorie is dié persepsie natuurlik heeltemal besweer; reeds in 1891 verwerp die Hooggeregshof van New York in Becker v Janiniski (328) dié beginsel soos volg:

---

practitioner to be judged by his own standards. Often he is held to be judged by the medical standard to which he pretended, if any. Similarly, one who is of a recognized school's bounds may find the higher standard of care of that practiced field applied to him";

(326) sien veral die bespreking deur Annas Law Rosenblatt & Wing 411 ev ten aansien van die "best judgment"-reël en die begrip "respectable minority"; sien ook Bovbjerg "The Medical Malpractice Standard of Care: HMO's and Customary Practice" 1975 Duke Law Journal 1375; vgl ook Burton v Brooklyn Doctors Hospital 88 A D 2d 217 NYS 2d 857 880 (1982); Clark v United States 4 Cir 1968 402 F 2d 950; Darling v Charlestown Community Hospital 33 Ill 2d 211 NE 2d 253 (1965); Gielskie v New York 200 NYS 2d 691 (1960); Gonzales v Nork supra; Helling v Carey 83 Wash 2d 514 (1974); Hicks v United States supra; Robbins v Footer 553 F 2d 123 (D C Cir 1977); Toth v Community Hospital supra 440.

(327) Annas Law Rosenblatt & Wing 413: "American patients with little money have typically had two major problems regarding medical care: outright denial of care and separate and inferior care when it is provided ... Other features of malpractice law suggest a strong if not acknowledged impulse toward lower standard for the poor".

"Whether the patient be a pauper or a millionaire, whether he be treated gratuitously or for reward, the physician owes him precisely the same measure of duty, and the same degree of skill and care. He may decline to respond to call of a patient unable to compensate him; but if he undertakes the treatment of such a patient, he cannot defeat a suit for malpractice, nor mitigate a recovery against him, upon the principle that the skill and care required of a physician are proportioned to his expectation of pecuniary recompense. Such a rule would be of most mischievous consequence, would make the health and life of the indigent the sport of reckless experiment and cruel indifference" (329).

Alhoewel dié uitspraak die algemene beginsels ten aansien van die aanvaarde mediese praktyk en standaarde in teorie neerlê, wil dit volgens die literatuur voorkom of daar wel in die praktyk soms afgewyk word van dié standaard en dat 'n laer standaard soms gehandhaaf en regverdig word by die behandeling van mindergegoede pasiënte (330). 'n Geneesheer sal dan natuurlik nog steeds op grond van nalatigheid aanspreeklik gehou kan word waar hy afwyk van die aanvaarde mediese praktyk - die feit dat sy pasiënt mindergegoed is, is irrelevant.

#### 6 7 Etiese oorwegings en nalatigheid

Professionele etiese oorwegings mag natuurlik ook 'n beduidende rol speel by die beoordeling van nalatigheid aan die kant van die geneesheer. Só het die Amerikaanse Mediese Vereniging op 22 Julie 1980 in Chicago 'n etiese kode, die sogenaamde New American Medical Association Ethics Code aanvaar. Sodanige kode blyk in essensie niks ander te wees nie as 'n ideale gedragskode vir medici

---

(328) 15 NYS 675 (1891).

(329) supra 677.

(330) Vir 'n volledige bespreking sien Annas Law Rosenblatt & Wing 413 ev.

wat in baie opsigte ooreenstem met die Hippokratiese Eed. 'n Oortreding van die gedragskode deur medici mag aanleiding gee tot tugstappe wat deur die Mediese Vereniging geneem kan word en kan aanduidend daarvan wees dat 'n geneesheer nalatig opgetree het. Elke geval sal egter op sy eie meriete oorweeg word (331).

6 8 Middellike aanspreeklikheid

6 8 1 Hospitaalowerhede

6 8 1 1 Respondeat superior

In die Amerikaanse reg is die beginsel van middellike aanspreeklikheid van hospitaalowerhede ten aansien van die nalatige optrede van professionele hospitaalpersoneel vergelykbaar met die posisie in die Engelse reg (332).

Aanvanklik is die standpunt in vroeëre beslissings gehuldig dat hospitaalowerhede vir administratiewe dienste van professionele hospitaalpersoneel aanspreeklik is, maar nie vir professionele mediese dienste van sodanige personeel nie (333).

Teen die agtergrond van hoogs georganiseerde en gespesialiseerde gesondheidsprogramme in die VSA en die belangrike rol wat deur

---

(331) Rogers "Medical Ethics, Malpractice and Emergency Medical Services: Some Congressional Concerns" 1975 American Journal of Law and Medicine 283; vgl Robinson "The Medical Malpractice Crisis of the 1970's: A Retrospective" 1986 Law and Contemporary Problems 5.

(332) Sien die bespreking van middellike aanspreeklikheid in die Engelse reg hierbo.

(333) Vgl Holder 210 ev; Long 35 ev; Morris & Moritz 389; Pegalis & Wachsman 119; Shartel & Plant 183.



hospitale in dié verband gespeel word, het die Amerikaanse howe 'n nuwe benadering gevolg, naamlik dat hospitale al hoe meer aanspreeklik gehou is vir die nalatigheid van hulle professionele hospitaalpersoneel. Aanspreeklikheid is gegrond op die toepassing van die leerstuk van respondeat superior of dat die hospitaal self nalatig was (sogenaamde "corporate liability") deur nie behoorlike en bevoegde mediese dienste te verskaf nie, of deur mediese personeel in diens te neem wat nie bevoeg of behoorlik gekwalifiseer is nie of deur te versuim om beheer en toesig uit te oefen oor die mediese dienste wat wel aan pasiënte gelewer word (334).

Die algemene reël in die VSA ten aansien van die middellike aanspreeklikheid van hospitale vir die nalatige optrede van professionele hospitaalpersoneel kan soos volg gestel word: Hospitaalowerhede is aanspreeklik vir die nalatigheid van werknemers in diens van die hospitaal. Om vas te stel of 'n werknemer werklik in diens van die hospitaal is, word eenvoudig gekyk of die hospitaal sodanige werknemer 'n salaris betaal. Alle hospitaaldokters en spesialiste (sogenaamde "residents"), huisdokters ("interns"), verpleegpersoneel, paramediese personeel en administratiewe personeel val dus in hierdie kategorie. As vereiste vir aanspreeklikheid van die

---

(334) Holder 210; sien veral Bertolet & Goldsmith (red) Hospital Liability Law and Practice (1987) 326; vgl Alden v Providence Hospital 383 F 2d 163 (D C 1967); Darling v Charlestown Community Hospital supra; Garlington v Kingsley 277 So 2d 183 (La 1973); sien ook Leonard "Independent Duty of a Hospital to Prevent Physician Malpractice" 1973 Arizona Law Review 953; Nota "The Hospital-Physician Relationship for Malpractice of Physicians" 1975 Washington Law Review 385.



hospitaal, moes die werknemer, in navolging van die respondeat superior-leerstuk, binne die omvang van sy diensverhouding nalatig opgetree het. Volgens hierdie beginsel sal 'n hospitaalowerheid egter nie aanspreeklik wees vir die nalatige optrede van 'n sogenaamde "borrowed servant" wat nie in diens van die hospitaal is nie (335).

#### 6 8 1 2 Korporatiewe aanspreeklikheid

Nie alleen kan 'n hospitaalowerheid aanspreeklik gehou word vir die nalatige optrede van sy werknemers op grond van die leerstuk van respondeat superior nie, maar het die beginsel ontwikkel dat hospitale ook op grond van sogenaamde "corporate negligence" aanspreeklik kan wees vir die nalatige optrede van enige persoon wat binne die hospitaal professionele of administratiewe funksies verrig, ongeag of sodanige persoon 'n werknemer van die hospitaal is, al dan nie. Dié leerstuk bepaal dat 'n hospitaal as regspersoon 'n korporatiewe entiteit is, en as sodanig 'n gedefinieerde regsplig teenoor pasiënte in hul sorg het; die skending van sodanige regsplig kom op nalatigheid neer. In Bader v United Orthodox Synagogue (336) word korporatiewe nalatigheid soos volg gedefinieer:

---

(335) Holder 210; Morris & Moritz 387; Pegalis & Wachsman 132; sien ook Southwick "Hospital Liability: Two Theories Have Been Merged" Hospital Liability (1987) (red Bertolet & Goldsmith) 237: "When liability is asserted on the basis of the doctrine of respondeat superior there are essentially three questions: (1) Was a tort committed? (2) Was the person who committed the tort an agent or a servant (an employee) of the defendant? (3) Was the tort committed within the scope of the agent's or servant's employment? In short, the doctrine of respondeat superior simply states that an employer is liable to a third party for the tort of an employee committed within the scope of employment". (336) 148 Conn 449 172 A 2d 194 (1961); sien ook Southwick 251.

"Corporate negligence is the failure of those entrusted with the task of providing accommodations and facilities necessary to carry out the charitable purpose of the corporation to follow in a given situation the established standard of conduct to which the corporation should conform" (337).

Die verskil tussen die leerstukke van respondeat superior en korporatiewe nalatigheid is daarin geleë dat respondeat superior as grondslag van middellike aanspreeklikheid in wese skuldlose aanspreeklikheid is, terwyl korporatiewe nalatigheid aanspreeklikheid vir hospitaalowerhede meebring op grond van skuld in die vorm van nalatigheid (338).

Alhoewel beide leerstukke vandag nog in die VSA toepassing vind, het daar 'n klemverskuiwing plaasgevind en wil dit voorkom of die aanspreeklikheid van hospitaalowerhede al hoe meer gegrond word op die beginsel van korporatiewe nalatigheid (339).

Hierdie klemverskuiwing is teweeggebring deur 'n lang historiese verloop: Hospitale is aanvanklik nie aanspreeklik gehou vir die nalatige optrede van werknemers nie vanweë die feit dat hospitale as sogenaamde "charitable institutions" gefunksioneer het en as sodanig "immunititeit" (in terme van die "immunity rule") geniet het teen enige regsaksies wat uit die nalatige optrede van werknemers kon voortspruit (340). Die toepassing van die "immunity rule" het egter heelwat kritiek

---

(337) supra 197.

(338) Southwick 237; sien ook Mobilia "Hospital Corporate Liability - Toward a Stricter Standard for Administrative Services" Hospital liability supra 329; Shipley "Hospitals Liability for Negligence in Failing to Review or Supervise Treatment Given by Individual Doctor, or to Require Consultation" 14 ALR 3d 873; oor die inhoud van die nalatigheid word daar nie hier verder op ingegaan nie: Vir 'n volledige bespreking van die inhoud en aard van die regsplig wat 'n hospitaal verskuldig is aan 'n pasiënt sien Southwick 252 ev.

ontlok en is later deur die howe verwerp ten gunste van die toepassing van die leerstuk van respondeat superior. Só beslis Fuld R in die Appêlhof van New York in die saak van Bing v Thunig & St John's Episcopal Hospital (341):

"The doctrine of respondeat superior is grounded on firm principles of law and justice. Liability is the rule, immunity the exception. It is not too much to expect that those who serve and minister to members of the public should do so, as do all others, subject to that principle and with the obligation not to injure through carelessness. It is not alone good morals but sound law that individuals and organisations should be just before they are generous, and there is no reason why that should not apply to charitable hospitals. Charity suffereth long and is kind, but in the common law it cannot be careless. When it is, it ceases to be kindness and becomes actionable wrongdoing. Insistence upon respondeat superior and damages for negligent injury serves a twofold purpose, for it both assures payment of an obligation to the person injured and gives warning that justice and law demand the exercise of care" (342).

6 8 1 3 "Captain of the ship" en "borrowed servant"

Buiten die leerstukke van respondeat superior en korporatiewe nalatigheid, het ander leerstukke ook deur die jare toepassing gevind op die gebied van middellike aanspreeklikheid van hospitaalowerhede: Hiër word spesifiek verwys na die sogenaamde "captain of the ship" en "borrowed servant"-leerstukke. Só skryf Southwick:

---

(339) Sien veral die volledige bespreking deur Southwick 235 ev; sien ook Hanola v City of Lakewood 68 Ohio App 2d 61, 426 NE 2d 1187 (1980); Fridena v Evans 127 Ariz 516 622 P 2d 463 (1981).

(340) Holder 211 ev; Long 35; Morris & Moritz 387; sien ook MacDonald v Massachusetts General Hospital 120 Mass 432 (1876); Schloendorf v New York Hospital supra;

(341) 143 NE 2d 410 (Ohio 1957); sien ook President & Directors of Georgetown College v Hughes 130 F 2d 810 (D C 1942) waar die "immunity rule" onomwonde verwerp is; Avelon v St John's Hospital 135 N E 2d 410 (Ohio).

(342) supra 412.

"The captain of the ship doctrine was significant in the day when charitable hospitals were immune from liability in tort. The concept developed that the chief surgeon was the captain of the ship during surgery, and therefore vicariously liable for the negligence of any person serving as a member of the surgical team. The borrowed servant doctrine is a similar concept but is potentially applicable in a wider variety of factual situations. It is the rule that one who is normally an employee of the hospital serving a hospital function may be temporarily borrowed by a private physician, thereby becoming a servant or an employee of the physician, and thus rendering the physician vicariously liable for the negligence of the hospital employee" (343).

Beide hierdie leerstukke het ten doel gehad om die geneesheer aanspreeklik te hou vir die nalatige optrede van hospitaalpersoneel wat onder sy toesig en beheer werk, om sodoende hospitaalowerhede teen aanspreeklikheid te vrywaar. In die lig daarvan dat die "immunity"-reël nie meer toegepas word nie en dat daar 'n groter premie van regsweë geplaas word op die regsplig wat 'n hospitaal as 'n korporatiewe entiteit teenoor 'n pasiënt het, het dié twee leerstukke momentum begin verloor, soveel so dat die "captain of the ship"-leerstuk nie meer deur die houe toegepas word nie en die "borrowed servant"-leerstuk 'n uiters beperkte en afgewaterde aanwending het (344).

---

(343) Southwick Hospital liability supra 248; sien veral die saak van McConnell v Williams 361 Pa 355 65 A 2d 243 (1949) waarin die "captain of the ship"-leerstuk soos volg omskryf is: "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"; vgl Rockwell v Stone 404 Penn 561 173 A 2d (1961).

(344) Sprager v Worley Hospital 547 SW 2d 582 (Tex 1977) 585: "We disapprove the captain of the ship doctrine and hold it as a false special rule of agency. Operating surgeons and hospitals are subject to the principles of agency law which apply to others"; sien ook Cooper v Curry 589 P 2d 201 (NM App 1978); May v Brown 261 Or 28 492 P 2d 776 (1972).

6 1 8 4 Besoekende geneeshere

Die vraag of 'n hospitaalowerheid aanspreeklik is vir die nalatige optrede van spesialiste (narkotiseurs, patoloë, radioloë ensovoorts) wat die mediese fasiliteite van 'n hospitaal gebruik, sal in die algemeen afhang van die vraag of dié spesialiste funksioneer as onafhanklike kontrakteurs of as werkgewers van die hospitaal. Holder beskryf dié vraag:

"As a very complex one. Pathologists, anaesthesiologists and radiologists often practice within the hospital and use the hospital's facilities under various arrangements. Where the physician is employed on a fixed salary, there is no problem in establishing that he is the hospital's employee and that the hospital is liable for his negligence ... Hospitals are frequently liable for the negligence of pathologists, anaesthesiologists and radiologists, or at least the question is sufficiently cloudy so that in most cases the trial judge will order the jury to make the determination of whether or not the physician is an independent contractor or an employee" (345).

Die vraag wat in die woorde van Holder "sufficiently cloudy" is, behoort egter vandag geen probleme op te lewer na die saak van Hannola v City of Lakewood (346) nie, waarin dit onomwonde gestel is dat 'n hospitaalowerheid aanspreeklik sal wees vir die nalatige optrede van professionele personeel (of sodanige personeelwerknemers van die hospitaal is al dan nie), spesialiste en selfs besoekende medici, indien sodanige nalatige optrede binne die hospitaal plaasgevind het. Hierdeur word erkenning gegee aan die leerstuk van "korporatiewe nalatigheid" wat meer in pas blyk te wees met die moderne neiging in die VSA: In die saak van Adamski v Tacoma General Hospital (347)

---

(345) Holder 211-212.

is die volgende gesê:

"The experience of the courts has been that the application of hornbook rules of agency to the hospital-physician relationship usually leads to unrealistic and unsatisfactory results, at least from the standpoint of the injured patient. Consequently, we have seen a substantial body of special law emerging in this area; the result has been an expansion of hospital liability for the negligent medical acts committed on its premises" (348).

Daar is aanduidings in die literatuur dat wat in wese met die begrip "middellike aanspreeklikheid" ten opsigte van hospitaalowerhede gebeur het, daarop neerkom dat die leerstuk van respondeat superior en die leerstuk van korporatiewe nalatigheid saamgesmelt het tot een leerstuk van korporatiewe aanspreeklikheid (349). Hierdie ontwikkeling is van belang vir die deliktuele aanspreeklikheid van die geneesheer, in dié sin dat indien 'n geneesheer nalatig optree binne hospitaalverband, die benadeelde pasiënt op grond van die leerstuk van korporatiewe nalatigheid die hospitaal aanspreeklik sal kan hou vir sodanige nalatigheid, ongeag of die geneesheer 'n werknemer van die hospitaal was, of bloot as 'n onafhanklike kontrakteur (soos in die geval van 'n spesialis) binne die hospitaal gefunksioneer het.

---

(346) supra 1187; sien ook Beal "Judicial Recognition of Hospital Independent Duty of Care to Patients: *Hannola v City of Lakewood*" Hospital Liability supra 285 ev; vgl Cooper v Sisters of Charity 27 Ohio St 2d 242 NE 2d 97 (1971).

(347) 20 Wash App 98 579 P 2d 970 (1978); sien ook Nota "Piercing the Doctrine of Corporate Hospital Liability" 1980 San Diego Law Review 383; sien veral die opmerking deur Southwick Hospital Liability supra 249: "When medical care is provided by a highly specialized, sophisticated team of professional individuals all working within an insitutional setting, it is frequently difficult to determine at any given point in time who is exercising direct control over whom. Where such difficulty in determination arises, it is only natural and logical that ultimate liability be placed upon the corporate institution and not upon the private physician".

(348) supra 972.



6 8 2 Geneeshere

Die algemene reël wat ten opsigte van die geneesheer se aanspreeklikheid vir die nalatigheid van hospitaalverpleegsters/ assistente/verpleegsters toepassing vind, is dat die interne hospitaalgeneesheer slegs aanspreeklikheid kan opdoen vir die nalatige optrede van sodanige personeel waar hulle onder sy direkte toesig en beheer binne hospitaalverband (byvoorbeeld in die geval van 'n operasie) werk. Die geneesheer sal egter nie aanspreeklik wees waar sodanige personeel nalatig optree omdat hulle, byvoorbeeld, versuim om sy instruksies behoorlik na te kom nie. Hierdie reël sal veral van toepassing wees op die na-operatiewe versorging van pasiënte. Daar word algemeen aanvaar dat die geneesheer (in meeste gevalle die chirurg) wat in beheer is van 'n operasie wat uitgevoer word, aanspreeklik is vir die nalatige optrede van hospitaalpersoneel wat hom in hierdie verband bystaan; praktiese voorbeelde hiervan is sponstellings, verwydering van deppers en ander chirurgiese instrumente en diverse mediese voorwerpe wat tydens operasies gebruik word. In hierdie opsig vind die leerstuk van "the borrowed

---

(349) Hierdie tendens is veral merkbaar na die beslissing van Fridena v Evans supra; vgl Southwick Hospital Liability supra 280: "The Fridena case illustrates and confirms the confusion and overlap that has developed in the application of the two theories of hospital liability. The law of agency and respondeat superior should not be employed to explain liability based upon a violation of a corporate duty. It should rather acknowledge that, in the hospital setting, there is no longer a viable distinction between the rules of respondeat superior, on one hand, and corporate or independent negligence, on the other. Essentially, the two theories have become one"; sien ook Capan v Divine Providence Hospital 430 A 2d 647 (Pa Super Ct 1980): "The changing role of the hospital in society creates a likelihood that patients will look to the institution rather than the individual physician for care".



servant" nog tot 'n mate toepassing, aangesien hospitaalpersoneel wat die geneesheer tydens die operasie bystaan, ten spyte van die feit dat hulle werknemers van die hospitaal is, vir die duur van die operasie onder die direkte toesig en beheer van die geneesheer staan (350).

'n Chirurg wat in beheer staan van 'n operasie is egter nie verantwoordelik vir die nalatigheid van die narkotiseur-spesialis wat hom bystaan nie, aangesien die narkotiseur nie onder die toesig en beheer van die chirurg staan nie en as onafhanklike lid van die span funksioneer (351).

Dit val nie te betwyfel nie dat 'n benadeelde pasiënt nog steeds die keuse het om op grond van die leerstuk van korporatiewe nalatigheid eerder die hospitaal aanspreeklik te hou vir die nalatigheid van 'n geneesheer of die hospitaalpersoneel wat onder sy direkte beheer en toesig gestaan het.

## 6 9 Verwete teen mediese nalatigheid

### 6 9 1 Bydraende nalatigheid

Bydraende nalatigheid is een van die "standaard" verwete wat deur medici teen 'n bewering van nalatigheid opgewerp word. Dié verweer word in die Amerikaanse reg beskryf as:

---

(350) Holder 204 ev; Long 31; Morris & Moritz 386 ev; sien ook Tau "Liability of Operating Surgeon for the Negligence of Nurse Assisting Him" 12 ALR 3d 1017.

(351) Holder 209; sien ook Carmichael "Liability of Physician or Hospital in the Performance of Cosmetic Surgery upon the Face" 54 ALR 3d 1255; vgl veral Thompson v Lillehei 273 F 2d 376 (CCA 1959).

"Conduct on the part of the 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" (352).

Prakties kom dié verweer daarop neer dat 'n pasiënt die geneesheer dagvaar omdat hy met betrekking tot diagnose of behandeling nalatig was en die geneesheer dan teenwerp dat die pasiënt self vir sy eie skade of nadeel verantwoordelik is; alternatiewelik erken die geneesheer dat hy nalatig was, maar voer dan aan dat die pasiënt self bydraend nalatig was.

Aanvanklik het die meeste state in Amerika die standpunt gehuldig dat indien 'n geneesheer kon aantoon dat die pasiënt ook bydraend nalatig was, sodanige pasiënt geen skade van die geneesheer kon verhaal nie. Hierdie standpunt het egter in onbruik verval en is vervang met die beginsel van vergelykende nalatigheid ("comparative negligence"), waarvolgens skade proporsioneel tot die nalatigheid van die partye bereken word. 'n Verdere vereiste vir die effektiewe opwerping van dié verweer is die beginsel dat die bydraende nalatigheid van die pasiënt gelyktydig met dié van die geneesheer moet plaasvind (353). Indien die bydraende nalatigheid eers op 'n latere stadium, na dié van die geneesheer, plaasvind, sal die geneesheer nie van aanspreeklikheid onthef word nie en sal bydraende nalatigheid van die pasiënt slegs by die toekenning van skadevergoeding in berekening gebring word (354).

---

(352) Vgl die American Law Institute Restatement of the Law of Torts Artikel 463; Long 163 ev; Shartel & Plant 153; sien ook Nota "Contributory Negligence as Defence" 50 ALR 2d 974.

(353) Holder 302; Shartel & Plant 153; sien ook Morse v Rapkin 236 NYS 2d (1965) - vir 'n volledige bespreking van dié saak

Tipiese voorbeelde van bydraende nalatigheid in die praktyk is gevalle waar pasiënte nie die nodige na-operatiewe instruksies van die geneesheer ten opsigte van behandeling nakom nie, of waar pasiënte versuim om opvolgkonsultasies met die geneesheer te reël waar sodanige konsultasies aangedui is. Soms berokken pasiënte aan hulleself groot skade deur byvoorbeeld "tuisbehandeling" toe te pas, waar dit volgens die dokter se instruksies nie aangedui was nie: Byvoorbeeld waar pasiënte self steke of gipsverbande verwyder en medikasie sonder die toestemming van die geneesheer toedien. Bydraende nalatigheid is dan ook 'n verweer wat bepaal moet word met spesifieke verwysing na die besondere feite en omstandighede van elke geval (355).

#### 6 9 2 Vrywillige aanvaarding van risiko

Vrywillige aanvaarding van risiko ("assumption of risk") is 'n verdere verweer wat deur 'n geneesheer opgewerp kan word. Hieronder aanvaar die pasiënt (in die sin dat hy dit verstaan) die inherente risiko's en gevolge van die behandeling en/of operasie wat op hom uitgevoer word, en verleen sy toestemming tot sodanige behandeling of operasie. Vrywillige aanvaarding van risiko beteken dat die pasiënt, nieteenstaande die wete dat daar moontlik sekere nadelige gevolge vir hom mag

---

sien Harolds & Block 553.

(354) Holder 302 ev; Long 164.

(355) Vir die bespreking van 'n groot aantal praktiese voorbeelde van bydraende nalatigheid in die Amerikaanse regspraak, sien Holder 302-310; vgl Nota "Contributory Negligence with Respect to Treatment of Fracture or Dislocation" 54 ALR 2d 200; Nota "Contributory Negligence in Action for Giving Drugs to which Patient is Allergic" 64 ALR 2d 1281.

voortspruit uit die toepassing van bepaalde behandeling of die uitvoer van 'n operasie (sogenaamde "unpreventable results"), nogtans toestem tot sodanige behandeling (356). Die begrip "toestemming" veronderstel kennis en begrip, asook 'n plig op die geneesheer om die pasiënt behoorlik in te lig oor die voorgenome behandeling. Die verweer van vrywillige aanvaarding van risiko is derhalwe ten nouste aan die leerstuk van "informed consent" gekoppel (357).

As algemene beginsel kan aanvaar word dat waar 'n geneesheer versuim om 'n pasiënt behoorlik in te lig ten aansien van voorgenome behandeling, tot die mate dat die pasiënt nie die nodige kennis en begrip daarvan het dat gesê kan word dat hy sy "ingeligte" toestemming tot die behandeling verleen het nie, die geneesheer op grond van nalatigheid aanspreeklik gehou kan word (358). Of vrywillige aanvaarding van risiko ooit werklik in die praktyk suksesvol deur 'n geneesheer opgewerp sou kon word, is te betwyfel: In die woorde van Holder:

"Since patients' knowledge of medicine does not permit them to understand these risks, without clear proof of totally informed consent, the defence of assumption of risk is not successful. It is most unlikely in the context of innovative therapy that a patient would be held to have assumed an unknown risk without a clear statement to that effect in a specific designed form for that intervention" (359).

---

(356) Holder 310; Shartel & Plant 154.

(357) Holder 225 ev.

(358) Sien Canterbury v Spence 464 F 2d 772 CA DC (1972); Natanson v Kline 186 Kan 393 350 P 2d 1093 (1960) veral ten aansien van aard en omvang van die medikus se inligtingsplig; sien ook Holder 226 ev; Morton "The Doctrine of Informed Consent" 1987 Medicine and Law 117.

(359) Holder 310.

Dit wil dus voorkom of dié verweer slegs in uitsonderlike gevalle sal slaag.

### 6 9 3 Noodgevalle

Noodgevalle mag 'n invloed hê op die standaard van die mediese bedrewenheid en vaardigheid wat toegepas word, en kan in gepaste gevalle as 'n verweer opgewerp word. Normaalweg word daar van medici verwag om die nodige kennis, bedrewenheid en vaardigheid in ooreenstemming met die algemeen aanvaarde mediese praktyk aan die dag te lê. In 'n noodgeval waar dit gaan oor lewe en dood, mag dit gebeur dat 'n geneesheer onder dié omstandighede, as gevolg van die spoedeisende behandeling wat toegepas moet word, ex post facto nie die nodige oordeelsvermoë aan die dag gelê het wat onder normale omstandighede van hom verwag word nie. In sodanige gevalle behoort die geneesheer dié verweer suksesvol te kan opwerp. Tipiese gevalle waarin dié verweer prakties voordoën, is gevalle waar pasiënte skade opdoen na 'n hartarres, wat as 'n noodsituasie beskou word en waar die mortaliteitssyfer hoog is. Medici wat sulke gevalle hanteer, is normaalweg op hulle eie oordeelsvermoë aangewese om die pasiënte te resussiteer. Sou 'n pasiënt 'n geneesheer dagvaar op grond van skade/benadeling wat hy gely het as gevolg van 'n noodsituasie rondom 'n hartarres, sou die geneesheer dié verweer suksesvol kon opwerp. Hierdie beginsel geld natuurlik nie waar die geneesheer as gevolg van sy eie nalatigheid 'n noodsituasie skep nie. Wanneer 'n noodsituasie as 'n verweer teen nalatigheid opgewerp word, spreek dit vanself dat daar nog steeds onafhanklik getoets moet word vir

nalatigheid aan die hand van algemeen aanvaarde mediese praktyk (360).

#### 6 9 4 Verjaring

In terme van die Statutes of Limitation wat deur elke staat in Amerika afsonderlik bepaal word, moet die eiser in 'n siviele saak binne 'n bepaalde tyd wat statutêr vasgestel is 'n aksie om skadevergoeding teen die geneesheer instel. Normaalweg wissel die tydperk tussen 1 en 6 jaar, afhangende van die jurisdiksie van elke staat. Hierdie verweer is dus niks anders as verjaring nie wat aan die geneesheer die geleentheid bied om prosesregtelik van sy aanspreeklikheid teenoor die pasiënt-eiser onthef te word. In die algemeen word daar aanvaar dat die verjaringstydperk bereken word vanaf die stadium waarop die pasiënt-eiser bewus geword het van die nalatigheid aan die kant van die verweerder. Die wyse waarop die verskillende verjaringstydperke bereken word, verskil egter van staat tot staat en word statutêr gereël (361).

---

(360) Vgl die bespreking deur Holder 312-313.

(361) Sien die bespreking in Holder 321; Long 158; Shartel & Plant 155. Ander verweere wat ook soms deur die literatuur gestel word is, onder andere, res iudicata en "release" - hierdie verweere is egter selde relevant by mediese nalatigheid en derhalwe word daar nie verder hierop ingegaan nie.

## 7 Duitsland

### 7 1 Die begrip "Ärztliche Kunstfehler"

Die Duitse reg met betrekking tot mediese nalatigheid word in die algemeen bespreek met verwysing na die begrip "Ärztliche Kunstfehler". Dié begrip word soos volg deur Bappert omskryf:

"In der landläufigen Vorstellung ist das Wort 'Kunstfehler' zu einem Synonym für ärztliches Fehlverhalten geworden. Zu Unrecht, denn der Begriff ist nur auf eine begrenzte Zahl ärztlicher Fehlleistungen anwendbar. Die Kunstfehler im Rechtssinn ist ein Regelverstoss: die Abweichung von elementaren allgemein anerkannten Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft" (362).

Pribilla bespreek weer dié begrip onder meer soos volg:

"Wenden wir uns unter Frage zu, was im Sprachgebrauch unter Kunstfehler zu verstehen ist, so hat schon König darauf hingewiesen, dass es einen einheitlichen Begriff hierfür nicht gibt. Auch ein Blick über die Grenzen zieht, dass für einen ähnlichen Tatbestand hier Begriffe wie Misadventure Medical Negligence und Medical accident usw. gebraucht werden, die alle mit ärztlichen Sorgfaltspflicht et was zu tun haben" (363).

Ulsenheimer omskryf weer dié begrip as:

"Jede ärztliche Massnahme, die nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft unsachgemäss ist, gleichgültig, ob es sich dabei um ein Tun oder Unterlassen, um die Vornahme einer medizinisch nicht sachgerechten oder um die Nichtvornahme einer medizinisch gebotenen Massnahme handelt oder ob der Arzt vor bei oder nach der Behandlung in diagnostischer oder therapeutischer Hinsicht fehlerhafte Entscheidungen getroffen hat" (364).

---

(362) Bappert Arzt und Patient als Rechtsuchende (1980) 44.

(363) Pribilla "Der ärztliche Kunstfehler" Die juristische Problematik in der Medizin (1971) (red Mergen) 70.

(364) Ulsenheimer Arztstrafrecht in der Praxis (1988) 34; sien ook Laufs & Uhlenbruck Handbuch des Arztrechts (1992) 624 ev.



Uit voorgaande omskrywings en verskeie ander bronne in die Duitse regs literatuur, blyk dit dat die begrip "mediese nalatigheid" in verband gebring word en saamhang met die begrip "ärztliche kunstfehler" (365). "Ärztliche Kunstfehler" as begrip dui op mediese beroepsfoute in die algemeen en as sodanig word mediese nalatigheid ("Fahrlässigkeit") onder dié begrip tuisgebring. In wese dui die begrip op die afwyking deur 'n geneesheer van aanvaarde norme en standaarde van die heersende mediese praktyk. Waar 'n geneesheer algemene beroepsfoute, wat volgens die heersende mediese praktyk onaanvaarbaar is, begaan, sal sodanige foute onder dié begrip tuisgebring word. As sodanig is die begrip 'n objektiewe maatstaf en 'n breë oorkoepelende begrip waaronder algemene mediese beroepsfoute tuisgebring word (366). Dié begrip word nóg in die StGB nóg in die BGB omskryf, en is in wese 'n skepping van die Duitse regspraak (367).

---

(365) Vir 'n verdere bespreking en omskrywing van die begrip "Kunstfehler" sien Bappert 44 ev; Brenner Arzt und Recht (1983) 56 ev; Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht (1992) 94 ev; Giesen Medical Malpractice Law (1981) 160; Giesen Arzthaftungsrecht (1992) 29 ev; Gramberg-Danielsen Die Haftung des Arztes (1978) 3; Kamps Ärztliche Arbesteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt (1981) 22; Kröning Die Bedeutung des Kunstfehlers für die Haftung des Arzt nach 823 Abs 1 BGB (ongepubliseerde doktorsale proefskrif Universiteit van Göttingen 1974) 3; Laufs Arztrecht (1984) 122; Laufs & Uhlenbruck 625; Matz "Der ärztliche Kunstfehler und sein Beweis" Moderne Medizin und Strafrecht (1988) (red Kaufmann) 37; Rieger Lexikon des Arztrechts (1984) 140; Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (1985) 12 Auflage 313; Troschke & Schmidt Ärztliche Entscheidungskonflikte (1983) 185; Ulsenheimer 24. (366) Ulsenheimer 35; sien Deutsch "Die Anfängeroperation: Aufklärung, Organisation, Haftung und Beweislastumkehr" 1984 NJW 650; Deutsch "Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler" 1993 NJW 1506; Laufs "Die Entwicklung des Arztrechts 1982/83" 1983 NJW 1345; Laufs "Die Entwicklung des Arztrechts 1991/92" 1992 NJW 1529; Laufs "Die Entwicklung des Arztrechts 1992/93" 1993 NJW 1497; Laufs "Die Entwicklung

Klassieke voorbeelde van "Kunstfehler" in die praktyk is onder meer waar 'n geneesheer 'n verkeerde diagnose maak; versuim om komplikasies te diagnoseer; verkeerde tegnieke en behandeling tydens chirurgie en narkose toepas; oordosering van medisyne; oorbestraling deur middel van radioterapie en ander algemene foute tydens bloedoortappings, ensovoorts (368). In wese slaan dié begrip op alle beroepsfoute wat binne die mediese praktyk gemaak word.

Volgens die skrywers (369) en die regspraak (370) word die begrip "Kunstfehler" nog verder uitgebrei tot gevalle waar daar op die feite 'n growwe of buitengewone oorskryding van die algemeen aanvaarde mediese standaard was - sogenaamde "schwere" of "grobe Behandlungsfehler". Hierdie uitbreiding vind meer aanwending in die strafreg as in Duitse privaatreë en het 'n invloed op die straftoemeting in strafsake (371). Volgens die regspraak kan "grobe Behandlungsfehler" in drie groepe verdeel word (372):

---

des Arztrechts 1993/94" 1994 NJW 1562.

(367) Laufs 122; Ulsenheimer 34; BGH 1953 NJW 1257; BGH 1987 NJW 2292: "Ob den Arzt ein Behandlungsfehler anzulasten ist, der zu einer Gesundheitsschädigung des Patienten hat, beantwortet sich ausschliesslich danach, ob der Arzt unter Einsatz der von ihm zu fordernden medizinischen Kenntnisse und Erfahrungen im konkreten Fall vertretbare Entscheidungen über die diagnostischen sowie therapeutischen Massnahmen getroffen und diese sorgfältig durchgeführt hat"; sien BGH 1986 NJW 1540; BGH 1988 NJW 2949; BGH 1991 NJW 1540; BGH 1991 NJW 2960; BGH 1991 NJW 2350; BGH 1992 NJW 754; vgl ook Laufs 296: "Die Judikatur fasst den Kunstfehler als einen Verstoss gegen allgemein anerkannten Grundsätze der ärztlichen Wissenschaft".

(368) Giesen Arzthaftungsrecht 45 221 ev; sien veral Staudinger 313 ev; Laufs & Uhlenbruck 632 ev; Ulsenheimer 36 ev.

(369) Ulsenheimer 24 ev; sien ook Laufs 122 ev; sien veral Matz "Der ärztliche Kunstfehler und sein Beweis"

- (a) Gevalle waar 'n geneesheer klaarblyklik afgewyk het van die algemeen aanvaarde mediese praktyk;
- (b) gevalle waar dit bevind kan word dat gevestigde regulasies en prosedures binne die mediese praktyk nie nagekom is nie;
- (c) gevalle waar die aanvaarde mediese praktyk nie nagevolg is ter voorkoming van bekende risiko's wat moontlik mag intree vanweë 'n geneesheer se versuim onder die besondere omstandighede nie.

Voorbeelde van die growwe oorskryding van die algemeen aanvaarde mediese praktyk is onder meer waar 'n geneesheer 'n gipsverband te styf om 'n arm verbind het met die gevolg dat die pasiënt se vingers en hand geswel het; waar geneesheer, wat as kliniese assistente gewerk het, operasies onderneem en uitgevoer het sonder die nodige ondervinding, waar sodanige operasies na regte deur spesialiste uitgevoer moes gewees het; waar 'n geneesheer 'n blindedermodoperasie uitgevoer het en versuim het om komplikasies, wat daaruit voortgespruit het, te diagnoseer en te behandel (373).

---

Moderne Medizin und Strafrecht (1988) (red Kaufmann) 37 wat aandui dat die begrip "Kunstfehler" reeds in 1869 geformuleer en gebruik is: "Wohl der erste Versuch einer exakten Begriffsbestimmung stammt von dem Mediziner und Politiker Rudolf Virchow, der 1869 in einem Gutachten über die 'Kunstfehler der Ärzte' definierte, dass es sich dabei um 'einem Verstoss gegen die allgemein anerkannten Regeln der Heilkunst infolge eines Mangels an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht' handelt".

(370) BGH 1983 NJW 2080.  
(371) Ulsenheimer 24; sien Deutsch 1993 NJW 1509; Laufs 1994 NJW 1563.  
(372) BGH 1986 NJW 1541; BGH 1983 NJW 2080; OLG Frankfurt 1992 NJW 2369; OLG München 1992 NJW 2369.  
(373) Ulsenheimer 26; Laufs & Uhlenbruck 823; sien ook OLG Karlsruhe 1987 NJW 718; OLG München 1992 NJW 2369.

## 7 2 Die onderskeid tussen mediese beroepsfoute en mediese nalatigheid

Daar word 'n duidelike onderskeid getref tussen mediese beroepsfoute ("Ärztliche Kunstfehler") en nalatigheid (FahrlÄssigkeit"); die hoofonderskeid is klaarblyklik daarin geleë dat "Ärztliche Kunstfehler" dui op professionele handelinge/versuim aan die kant van medici wat teen die reëls of algemene beginsels van die mediese praktyk indruis, terwyl nalatigheid 'n vorm van skuld is (374). Skrywers soos Deutsch (375) en Laufs (376) bespreek ook dié onderskeid tussen die twee begrippe, maar dit is veral die skrywer KrÖning wat na 'n breedvoerige doktorale studie tot die volgende gevolgtrekking kom met betrekking tot die onderskeid tussen die twee begrippe: (1) "Kunstfehler" en "FahrlÄssigkeit" is nie identiese begrippe nie; (2) "Kunstfehler" is die versuim om aan die vereiste professionele mediese norme te voldoen, wat daarop dui dat die geneesheer nie die vereiste graad van sorgsaamheid wat in die mediese beroep vereis word, aan die dag geleë het nie; terwyl nalatigheid weer 'n skuldbegrip is en dui op die versuim om aan die graad van sorgsaamheid wat van regsweë vereis word, te voldoen. Sō gesien dui "Kunstfehler" en nalatigheid dus beide op die afwesigheid van 'n bepaalde graad van sorgsaamheid, maar verskil die maatstaf waaraan sodanige afwesigheid van sorgsaamheid getoets word. Dit volg dus dat alvorens 'n geneesheer regtens aanspreeklik gehou sal word op grond van mediese nalatigheid, dit sal moet vasstaan dat hy nie alleen in terme van die mediese praktyk of norme afgewyk het van die vereiste standaard nie, maar dat hy ook van regsweë

nie voldoen het aan die vereiste graad van sorgsaamheid nie. So gesien is dit dus 'n dubbele maatstaf en kom dit daarop neer dat indien 'n geneesheer afwyk van aanvaarde mediese praktyk en dan "Kunstfehler" begaan (in die sin dat hy 'n beroepsfout begaan), dit nie noodwendig beteken dat hy regtens nalatig is nie. Sy nalatigheid moet regtens bepaal word, maar met verwysing na die norme van die aanvaarde mediese praktyk (377). Soos reeds aangetoon, is "Kunstfehler" 'n oorkoepelende begrip vir alle beroepsfoute van medici en waar dit gaan oor regs aanspreeklikheid vir beweerde mediese wanpraktyk, moet die optrede of "beroepsfout" van die geneesheer gerelativeer word tot nalatigheid wat van regsweê vereis word. Die begrip "Kunstfehler" word ook nie in die BGB of die StGB omskryf of gedefinieer nie, terwyl nalatigheid wel in die BGB omskryf word (378).

---

(374) Staudinger 313.

(375) Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht 59 63; sien ook Deutsch 1993 NJW 1508; Giesen Arzthaftungsrecht 45 ev; Matz 37 ev; vgl De Lousanoff Facilitations of Proof in Medical Malpractice Cases (1982) 86 : "Moreover, the contents and appropriateness of that term [Kunstfehler] is controversial even among the medical profession ... The Federal Supreme Court on several occasions saw it necessary to emphasize that the standard of the required care did not depend on what is usual among practitioners, but what the law requires and that law must set it. Indeed no profession can set its own standards of diligence and care. Today the term "Kunstfehler" has been substituted by the more neutral term "Behandlungsfehler" which includes a treatment *contra legem artis* as well as a failure to exercise the required care under an objective and normative standard"; sien ook BGH 1965 NJW 346.

(376) Laufs 15; sien ook Bappert 44 ev.

(377) Kröning 83; Laufs & Uhlenbruck 625 ev; vgl Giesen Arzthaftungsrecht 52.

(378) Laufs Arztrecht 156; die begrip "nalatigheid" word in artikel 276 van die BGB omskryf; sien Deutsch 1993 NJW 1508 ev; Laufs 1994 NJW 1563; Matz 37 ev; volgens die Duitse regspraak (spesifiek die Duitse Federale Hooggeregshof) is dit meer korrek en/of aanvaarbaar om die begrip "Kunstfehler" te vervang met die meer neutrale begrip "Behandlungsfehler" wat behandeling *contra legem artis* sowel as die versuim om aan die aanvaarde objektiewe mediese standaarde

### 7 3 Privaatregtelike mediese nalatigheid ingevolge die BGB

Privaatregtelike aanspreeklikheid, waaraan mediese aanspreeklikheid op grond van nalatigheid gekoppel kan word, word in die BGB gevind (379). Artikel 823 van die BGB lê die algemene beginsel ten aansien van nalatigheid in die privaatreë neer en is dan ook van toepassing op die nalatige optrede of versuim van medici. Dié artikel lees soos volg:

"Wer vörsatzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet"(380).

Waar 'n geneesheer dus nalatig die lewe, liggaam of gesondheid van 'n pasiënt aantas en skade of nadeel onregmatig veroorsaak, sal hy aanspreeklik wees in terme van die bogenoemde artikel. Dit is duidelik dat die artikel bepaalde vereistes vir privaatregetelike aanspreeklikheid skep waaraan regtens voldoen moet word alvorens die volle sanksie van die artikel (naamlik om skadevergoeding te betaal) 'n geneesheer sal tref. 'n Onregmatige en nalatige handeling of versuim, wat spesifieke skade of nadeel by 'n pasiënt veroorsaak, word vereis vir privaatregetelike aanspreeklikheid. In wese bestaan die delik dus uit 'n handelingselement, onregmatigheid, oorsaaklikheid en skuld (in die vorm van nalatigheid) (381).

---

te voldoen, insluit - sien in dié verband BGH 1978 NJW 587; Deutsch 1978 NJW 1658; Laufs 1994 NJW 1563 verkies ook om die begrip "Behandlungsfehler" te gebruik.

(379) Sien die algemene bespreking van die begrip "nalatigheid" in die Duitse reg in hoofstuk 1 supra.

(380) Staudinger 109.

(381) Sien die algemene bespreking van die begrip "nalatigheid"



Tipiese voorbeelde van mediese nalatigheid in die Duitse privaatreë is gevalle waar verkeerde of ontoereikende operatiewe en diagnostiese metodes uitgevoer is, of waar pasiënte tydens die toediening van narkose, of die uitvoer van radiologiese ondersoeke, liggaamlike of persoonlikheidsnadeel gely het (382).

Soos reeds hierbo aangetoon, omskryf die BGB wel die begrip nalatigheid (Fahrlässigkeit) in die Duitse reg. Artikel 276 BGB bepaal: "Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt"(383). Volgens dié artikel dui nalatigheid op 'n handeling wat uitgevoer is sonder die nodige sorgsaamheid, welke mate van sorgsaamheid bepaal sal word aan die hand van die heersende gemeenskapsopvattinge.

Privaatregtelike mediese nalatigheid dui volgens artikel 276 BGB op 'n handeling binne die mediese praktyk, uitgevoer deur 'n geneesheer sonder die vereiste graad van mediese sorgsaamheid, wat skade of nadeel by die pasiënt veroorsaak het.

---

in die Duitse reg in hoofstuk 1 supra; sien ook Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht 103; Giesen Arzthaftungsrecht 2 ev; Laufs & Uhlenbruck 41 ev; vgl Bappert 40 ev; Deutsch 1993 NJW 1506 ev; Laufs 1994 NJW 1562.

(382) Bappert 67; Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht 92; Giesen Arzthaftungsrecht 221 ev; Gramberg-Danielsen 4; Kröning 3; Laufs 165; Ulsenheimer 724; Staudinger 313 ev; vir voorbeelde in die regspraak sien BGH 1984 NJW 550; BGH 1985 NJW 2193; BGH 1985 NJW 2753; BGH 1987 NJW 1479; BGH 1994 NJW 794.

(383) Sien bespreking hierbo in hoofstuk 1; sien veral die bespreking deur Deutsch 1993 NJW 1507.



#### 7 4 Strafregtelike mediese nalatigheid ingevolge die StGB

Aanspreeklikheid in die Duitse strafreg op grond van mediese nalatigheid het sy beslag gekry in artikels 222 en 230 van die StGB. Soos gemeld, maak artikel 222 StGB voorsiening vir die bestrawwing vir nalatige doodsveroorsaking van 'n medemens, terwyl artikel 230 StGB weer voorsiening maak vir die bestrawwing van nalatige besering of skending van die liggaam ("Körperverletzung")(384). Waar 'n geneesheer dus die dood van 'n pasiënt nalatig veroorsaak deur, byvoorbeeld, 'n operasie of behandeling, of die pasiënt liggaamlik beseer/skend deur nalatigheid, kan hy strafregtelik aanspreeklik gehou word in terme van die gemelde artikels van die StGB.

In terme van die gemelde artikels is dit duidelik dat daar van regsweë sekere vereistes gestel word alvorens 'n geneesheer op grond van nalatigheid aanspreeklik gehou sal word. Dié artikels skep bepaalde elemente van die "nalatigheidsdaad" ("Fahrlässigkeitstat") waaraan voldoen moet word ten einde strafregtelike aanspreeklikheid daar te stel: Ten eerste word vereis dat daar 'n handeling of late moet wees, welke handeling of late sonder die nodige sorgsaamheid ("Sorgfalt") uitgevoer is en die dood of liggaamlike besering van 'n medemens tot gevolg het; tweedens word vereis dat die gevolg wat ingetree het, ingetree het as gevolg van 'n skending van 'n

---

(384) Sien die bespreking in hoofstuk 1 hierbo; vgl Bockelmann Strafrecht des Arztes (1968) 85; Cremer Grundlagen der Ärztliche Rechts-und Berufskunde (1975) 32; Kamps 72; Matz 37; sien ook Laufs & Uhlenbruck 813 ev; Schönke & Schröder Strafgesetzbuch Kommentar (1991) 1345; Ulsenheimer 10 ev; BGH 1991 NJW 2359; OLG Oldenburg 1991 NJW 2355.

regsplig wat op die geneesheer gerus het om met die nodige sorgsaamheid volgens die aanvaarde mediese praktyk op te tree; derdens moet die vraag beoordeel word of die ingetrede gevolg regtens beskermingswaardig is; vierdens moet bepaal word of die handeling of late inderdaad wederregtelik was met spesifieke verwysing na die afwesigheid van enige regverdigingsgronde; en vyfde word vereis dat daar skuld moet wees (in die vorm van nalatigheid) (385). In wese is daar dus 'n beoordeling van drie wesenlike elemente vir strafregtelike aanspreeklikheid naamlik 'n handeling (waar 'n kousale verband vereis word tussen handeling en gevolg), wederregtelikheid en skuld(386). Alhoewel hierdie drie wesenlike elemente universeel in die Duitse strafreg geld vir die beoordeling van strafregtelike aanspreeklikheid op grond van nalatigheid, word hierdie elemente vir doeleindes van die bepaling van die mediese nalatigheid gerelativeer tot die maatstawwe en norme wat deur die mediese praktyk neergeleë word. So word die handeling of late gekoppel aan 'n objektiewe regsplig voortspruitend uit die aanvaarde mediese praktyk, wat vereis dat die nodige sorgsaamheid aan die dag geleë word by die uitoefening van die handeling (byvoorbeeld die uitvoer van 'n operasie of die maak van 'n diagnose). Versuim om die handeling met die nodige mediese sorg uit te voer, kom dan neer op die skending van 'n regsplig (sogenaamde "Pflichtwidrigkeit")(387). Ook die skuldelement word gekoppel aan die aanvaarde norme en maatstawwe van die mediese praktyk, en in hierdie verband speel die begrip "Kunstfehler" 'n aanduidende rol, aangesien mediese nalatigheid (as skuldvorm) vasgestel en bepaal word met verwysing na dié begrip (388). Só gesien, kan gesê word dat mediese nalatigheid in die Duitse

strafreg suiwer elemetologies beoordeel word met verwysing na die aanvaarde norme van die mediese praktyk.

#### 7 5 Die inhoud en betekenis van "erforderliche Sorgfalt"

Teen die agtergrond daarvan dat mediese nalatigheid volgens artikel 276 BGB dui op 'n handeling of versuim deur 'n geneesheer sonder die vereiste graad van mediese sorgsaamheid, dat die begrip "nalatigheid" nie in die StGB omskryf word nie en dat nóg die BGB nóg die StGB enige melding maak van die begrip "Kunstfehler", ontstaan die vraag aan watter standaard of graad van sorgsaamheid die optrede van die geneesheer, as deskundige, in die privaatreg en strafreg getoets moet word? Met ander woorde, wat beteken die term "erforderliche Sorgfalt" vir doeleindes van die aanspreeklikheid van die geneesheer op grond van nalatigheid?

Die standaard van die mediese bedrewenheid en sorgsaamheid wat van 'n geneesheer vereis word is dié van die algemene mediese praktisyn wat hom in dieselfde omstandighede bevind met inagneming van die heersende mediese wetenskap (389). Deutsch som

---

(385) Laufs & Uhlenbruck 817 ; Ulsenheimer 10 ev; sien ook Bockelmann 85; Gramberg-Danielsen 10; Schönke-Schröder 1346.

(386) Ulsenheimer 11 ev; sien ook BGH 1977 NJW 1103; BGH 1978 NJW 1681.

(387) Ulsenheimer 12 ev; Laufs & Uhlenbruck 841; sien ook Deutsch 1984 NJW 650; 'n mediese praktisyn is ook aanpreeklik vir 'n nalatige versuim wat skade of nadeel vir die pasiënt veroorsaak het. Voorbeelde hiervan is waar die geneesheer versuim het om 'n diagnose te maak, versuim om die pasiënt te ondersoek of na 'n spesialis te verwys - vgl BGH 1970 NJW 1970 511; sien ook Giesen Arzthaftungsrecht 68 ev; Laufs & Uhlenbruck 839; Ulsenheimer 27 ev.

(388) Laufs & Uhlenbruck 841 ev; Ulsenheimer 27 ev; Sien Deutsch 1993 NJW 1507 ev; Laufs 1994 NJW 1562.

die posisie met betrekking tot die standaard van mediese bedrewenheid wat van medici verwag word, soos volg op:

"Die erstere besagt, dass der Arzt den Standard der Wissenschaft zur Zeit der Behandlung anzuwenden hat. Diagnose und Therapie müssen so sein, wie sie von einem Mediziner dieses Fachs zu erwarten waren ... Die erforderliche Sorgfalt wird als normativ, sozialbezogen und objectiv typisierend bestimmt. Normativ ist sie insoweit, als die nach den Umständen gebotene Sorgfalt erwartet wird, d.h. der Arzt hat die zutreffende Behandlungsweise vorzunehmen ... Die Sozialbezogenheit ergibt sich daraus, dass man vom Arzt nur das verlangt, was im Verkehr erwartet wird, d.h. er braucht nicht mehr zu leisten, als von einem Kollegen in dergleichen Lage erwartet wird. Sorgfalt ist der objectiv-typisierte Standard im besonderen Verkehrskreis, also das Verhalten eines Facharztes oder Allgemeinmediziners in der gleichen Situation" (400).

Dit blyk dus duidelik dat waar 'n geneesheer 'n pasiënt opereer, diagnoseer of behandeling toepas op 'n wyse wat nie voldoen aan die gedragsnorm van die algemene praktisyns ("Allgemeinmediziner/Fachkollegen") in dieselfde omstandighede nie, die geneesheer se optrede of versuim as nalatig sal beskou word. Die graad van bedrewenheid en sorg wat vereis word, slaan op die maatstaf van die algemene redelike praktisyn in dieselfde omstandighede. Terwyl dit dus regtens vereis word dat redelike sorg en bedrewenheid aan die dag gele moet word, word dit nie van 'n geneesheer verwag om buitengewone sorg en bedrewenheid aan die dag te lê nie, en sal 'n geneesheer derhalwe ook nie noodwendig aanspreeklik wees vir 'n toevallige gebeurtenis of blote ongeluk nie (die sogenaamde "zufällige Fehlentwicklung"). 'n Verweerder-geneesheer van wie skadevergoeding op grond van beweerde nalatigheid geëis word,

---

(389) Bappert 65; Brenner 56 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 52; Gramberg-Danielsen 35; Laufs 154; Staudinger 368.

(400) Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht 63 (eie onderstreping); Deutsch 1993 NJW 1508; BGH 1961 NJW 600.

sal dus moet aantoon dat sy optrede ten aansien van 'n pasiënt in ooreenstemming was met die aanvaarde mediese praktyk (met ander woorde, dat sy optrede nie afgewyk het van die standaard van die algemene redelike mediese praktisyn in dieselfde omstandighede nie)(401).

Die juridiese gedragsnorm wat van regsweë vereis word is egter nie 'n rigiede maatstaf nie en sal dan ook bepaal word aan die hand van die besondere omstandighede van elke geval. Die bepaalde omstandighede van elke geval sal dus 'n invloed hê op die graad van mediese bedrewenheid en sorg wat vereis word. Verder volg dit dat mediese nalatigheid vasgestel moet word met verwysing na die norme en standaarde van die mediese praktyk en wetenskap wat gegeld het ten tye van die mediese behandeling wat na bewering nalatig was. Sô merk Deutsch op:

"Die im Verkekr erforderliche Sorgfalt ist ein bewegliches Instrument: Es stellt keine starren Regeln auf und übernimmt keine unflexiblen Standards aus der Wissenschaft. Vielmehr wird stets gefragt, wie sich ein erfahrener und sorgfältiger Allgemein-Mediziner oder Facharzt in der besonderen Situation verhalten hätte" (402).

Betreffende die inhoud en betekenis van die begrip "erforderliche Sorgfalt" by die beoordeling van mediese nalatigheid, is daar reeds op gewys dat nóg die begrip "nalatigheid" nóg

---

(401) Bappert 63 ev; Deutsch 63 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 53 ev; Laufs 154 ev; Rieger 140 ev; Stuardinger 368; sien ook Deutsch "Medizinische Fahrlässigkeiten" 1976 NJW 2289 2293; Deutsch "Reform des Arztrechts" 1978 NJW 1657; Laufs "Arztrecht im Wandel" 1977 NJW 1977 1081; sien in die regspraak BGH 1962 NJW 1780; BGH 1977 NJW 1102; BGH 1978 NJW 584;  
(402) Deutsch Arztrecht 123; sien ook Bappert 65: "Die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht sind nicht übertrieben aber streng"; Giesen International Malpractice Law (1988) 110 ev; Ulsenheimer 15 ev; in die regspraak BGH 1975 NJW 2245; BGH 1987 NJW 2923.

die begrip "Kunstfehler" in die StGB omskryf word. Volgens die skrywers en die regspraak is dit egter duidelik dat die betekenis en inhoud van die begrip "nalatigheid" in die strafreg bepaal word in aansluiting by, en met verwysing na, die definisie en omskrywing daarvan in die privaatreë, en wél soos in artikel 276 BGB (403). Dit kan dus gestel word dat die formule vir die bepaling van mediese nalatigheid soos dit in die privaatreë geld (soos hierbo bespreek) ook as basis dien en toegepas word as maatstaf om vas te stel of 'n geneesheer vir doeleindes van die strafreg nalatig opgetree het. Mediese nalatigheid in die strafreg word dus ook bepaal met verwysing na die aanvaarde norme en maatstawwe van die geldende mediese praktyk. By die bepaling van nalatigheid (wat dan spesifiek dui op "die Verletzung der gebotenen Sorgfalt") in die strafreg word die vraag gevra of die ingetrede gevolg (wat hier die dood of liggaamskending van 'n pasiënt behels) deur die handeling of versuim van die geneesheer veroorsaak is. Die geneesheer se nalatigheid al dan nie, word bepaal met verwysing na die maatstaf van "algemene redelike mediese praktisyn in dieselfde omstandighede"(404). Staan dit vas dat die geneesheer nie die mediese bedrewenheid en sorg aan die dag geleë het wat van 'n "deursnee mediese praktisyn" in dieselfde omstandighede verwag kan word nie, sal die geneesheer se optrede of versuim as nalatig aangemerkt word.

---

(403) Bockelmann 85; Brenner 70 ev; Cremer 32; Gramberg-Danielsen 10; Kamps 74 ev; Laufs & Uhlenbruck 822: "Fahrlässig im Sinne des Strafrechts handelt nur derjenige Arzt, der Sorgfalt ausser acht lässt, zu der er nach Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und imstande ist daruch den schädlichen Erfolg herbeiführt, ohne dies vorauszusehen (unbewusste Fahrlässigkeit), bzw im vorwerfbaren Vertrauen darauf, 'es werde schon gehen' (bewusste Fahrlässigkeit)"; sien ook Schönke Schöder 1345 ev;

Alhoewel die toets vir mediese nalatigheid in die Duitse privaatreë en strafreë op dieselfde basis berus, moet die basiese onderskeid en verskillende doelstellinge van dié twee vakgebiede nie uit die oog verloor word nie, ook nie wat aanspreeklikheid op grond van mediese nalatigheid betref nie. Bappert beklemtoon dié onderskeid soos volg:

Der gegeständliche Unterscheid besteht darin, dass sich Strafrecht mit der staatlichen Ahndung sozialwidrigen Verhaltens befasst, das Zivilrecht mit dem Ausgleich individueller Vermögensschäden. Im Strafprozess geht es um die Bestrafung des Angeklagten, im Zivilverfahren um die materielle Entschädigung nach schuldhafter Körperverletzung" (405).

Dit is duidelik dat die privaatreë en die strafreë, ook wat mediese nalatigheid betref, ten doel het om verskillende belange te beskerm: Belange wat met verskillende sanksies beskerm word (die individuele belang met gepaardgaande betaling van skadevergoeding teenoor die openbare belang en sosiale orde met gepaardgaande bestrawwing).

#### 7 6 Objektiewe en subjektiewe elemente by die toets vir mediese nalatigheid

Die toets vir mediese nalatigheid is in die privaatreë en strafreë wesenlik dieselfde (406). Die toets vir mediese

---

Ulsenheimer 12 ev; Deutsch 1984 NJW 650; BGH 1968 NJW 1181; BGH 1983 NJW 2080; BGH 1984 NJW 657; BGH 1987 NJW 1479.

(404) Laufs & Uhlenbruck 822.

(405) Bappert 37; Deutsch & Schreiber Medical Responsibility in Western Europe (1985) 232; Gramberg-Danielsen 10 ev; sien ook Laufs & Uhlenbruck 684 ev; OLG Köln 1990 NJW 778.

(406) Daar is wel 'n verskil in die bewyslas - dié aspek word egter in hoofstuk 3 bespreek.



nalatigheid is objektief, in die sin dat daar beoordeel word of die geneesheer die nodige mediese bedrewenheid en mate van sorg aan die dag gele het wat van 'n "deursnee algemene mediese praktisyn" in dieselfde omstandighede verwag kan word. Naas dié objektiewe beoordeling moet daar ook bepaal word of die betrokke geneesheer, subjektief gesien, oor die persoonlike kennis en vaardighede beskik dat sodanige graad van mediese bedrewenheid en sorgsaamheid van hom verwag kon word (407). Die subjektiewe element van nalatigheid wat aan die optrede of versuim van die geneesheer toegeskryf kan word, moet onafhanklik van die objektiewe regsplig om met die nodige bedrewenheid en sorg op te tree, vasgestel word (408). Die subjektiewe element van mediese nalatigheid word vasgestel met verwysing na die spesifieke vertakking of klas van die mediese professie waarvan die geneesheer 'n lid is, en word in die praktyk gewoonlik gelyktydig vasgestel met die objektiewe regsplig wat van die geneesheer van regsweë vereis word (409). So gesien, beteken dit dat 'n geneesheer die nodige mediese bedrewenheid en sorg aan die dag moet lê wat objektief gesproke van sy eweknie in dieselfde omstandighede verwag kan word, en dat die nalatigheid van die geneesheer dan daarin geleë is dat sy optrede nie voldoen het aan die vereiste standaard of norme wat deur die mediese professie, subjektief gesien, van hom vereis word nie (410).

---

(407) Bockelmann 86; Deutsch 69; Deutsch & Schreiber 232; Giesen Arzthaftungsrecht 53; Kamps 170; Laufs Arztrecht 158; in hierdie verband merk Laufs & Uhlenbruck 628 soos volg op: "Als sachgemässes Verhalten lässt sich die Sorgfalt in eine äussere und eine innere unterscheiden. Die äussere Sorgfalt besteht in der Tätigkeit, die sich als sachgemässer Umgang mit dem Patienten, seiner Krankheit und seinen Symptomen darstellt. Die innere Sorgfalt umfasst jede Disposition und Motivation, die zum Erkennen der Erkrankung und der Möglichkeiten zu ihrer Behandlung sowie zur Wahrnehmung der äusseren Sorgfalt

In die lig van die objektiewe en subjektiewe elemente by die toets vir mediese nalatigheid, is dit moontlik dat 'n geneesheer byvoorbeeld by die diagnose van 'n siektetoestand by 'n pasiënt, objektief gesproke 'n fout maak (deur die verkeerde diagnose te maak), maar nietemin, nie subjektief verwyrt kan word vir die behandeling wat hy toepas nie. S6 sou 'n geneesheer, subjektief gesien, kon aanvoer dat hy die verkeerde diagnose gemaak het as gevolg van die feit dat hy gespanne en oorwerk was as gevolg van epidemiese toestande wat geheers het en daar 'n buitengewone toename in pasiënte was wat onmiddellike behandeling moes ontvang (411). Hierdie beginsel sal dan in die algemeen toepassing vind by mediese behandeling wat toegepas word tydens noodsituasies soos, byvoorbeeld, natuurrampe, en trein-en vliegtuigongelukke (412).

---

befähigt"; Ulsenheimer 152 ev; sien Deutsch 1993 NJW 1508: "Das sachgemäße oder normgemäße Verhalten beziehen wir als unsere Sorgfalt. Es stellt das mit Rücksicht auf die Tatbestandsverwickelung gebotene Verhalten dar ... Innere Sorgfalt besteht in einem intellektuell-emotionalen Vorgang, der sich auf die Erkenntnis des Tatbestandes bzw. der Norm und auf die Einhaltung der unserer Sorgfalt richtet"; vir regspraak, sien BGH 1974 NJW 1424; BGH 1987 NJW 1479.

(408) Laufs Arztrecht 158; Laufs & Uhlenbruck 628.

(409) Kamps 75; Laufs & Uhlenbruck 627: "Vom Direktor einer Universitätsklinik steht mehr fachliche Kompetenz zu erwarten als vom Chefarzt eines kleineren Krankenhauses; Sorgfalt und Können bemessen sich beim Gebietsarzt anders als beim Allgemeinmediziner"; Ulsenheimer 152; sien ook Deutsch 1984 NJW 650; Deutsch 1993 NJW 1508: "Der Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist normativ, objektiv typisierend und sozialbezogen. Normative Sorgfalt bedeutet, dass jeweils der zur Gefahrenkontrolle angemessene Standard zu stezen ist ... Objektiv typisierend ist die Sorgfalt deswegen, weil auf das erwartete Verhalten eines Arztes oder Spezialarztes abgestellt wird. Die sozialbezogene Sorgfalt wirkt vor allem dadurch, dass sie nicht einen abstrakten Standard verlangt, sondern die Sorgfaltanforderungen aus der konkreten Situation heraus bemisst".

(410) Kamps 74 ev; Laufs Arztrecht 158 ev; sien ook Westermann "Zivilrechtliche Verantwortlichkeit bei ärztlicher Teamarbeit" 1974 NJW 577; BGH 1974 NJW 1424.

(411) Deutsch 1976 NJW 2282.

Gemelde beginsel moet egter onderskei word van die gevalle waar 'n geneesheer, objektief gesproke, die verkeerde behandeling toepas sonder dat dit gesê kan word dat hy subjektief gesproke blaamwaardig is; byvoorbeeld, waar die geneesheer nie 'n mediese spesialis is nie, en dit nie van hom verwag kan word om 'n pasiënt aldus met die nodige bedrewenheid, kennis en sorg van 'n spesialis te behandel nie. Met verwysing na die subjektiewe element by die toets van nalatigheid, sal die geneesheer egter wel aanspreeklik wees waar hy 'n pasiënt behandel wel wetende dat hy nie oor die nodige mediese vaardigheid en kennis beskik om die spesifieke geval te behandel nie. Daar rus dus ook 'n plig op 'n geneesheer om 'n pasiënt te verwys na 'n spesialis indien die geneesheer van mening is dat hy nie oor die nodige vaardigheid, kennis of graad van spesialisasie beskik om die pasiënt behoorlik te behandel nie (413).

#### 7 7 Algemene praktisyn teenoor spesialis

By die beoordeling van die nalatigheid, al dan nie, van 'n mediese spesialis is dieselfde beginsels wat op die algemene praktisyn betrekking het, ook van toepassing. Daar word egter 'n hoër graad van sorgsaamheid, en wel sorgsaamheid in ooreenstemming met die graad van sy spesialisasie, van die spesialis ("Facharzt") verwag (414). Waar 'n geneesheer homself uitgee as 'n spesialis, sal sy optrede beoordeel word volgens

---

(412) Bappert 62; Deutsch Arztrecht 188; Giesen Arzthaftungsrecht 16; Laufs & Uhlenbruck 852; Ulsenheimer 159.

(413) Giesen Arzthaftungsrecht 17; Laufs Arztrecht 45; Laufs & Uhlenbruck 627; Ulsenheimer 148 152; sien ook RG 1938 JW 2203;

dié van 'n spesialis en sal hy die graad van mediese bedrewenheid en sorgsaamheid van 'n spesialis aan die dag moet lê. Versuim om aan sodanige standaard te voldoen, sal as nalatigheid gereken word en die spesialis aanspreeklik stel (415).

#### 7 8 Bewuste en onbewuste mediese nalatigheid

Mediese nalatigheid kan in die praktyk óf voortspruit uit aktiewe mediese behandeling óf die versuim om sodanige mediese behandeling toe te pas. Dit is met betrekking tot aktiewe mediese behandeling dat daar in die Duitse reg 'n onderskeid getref word tussen onbewuste en bewuste mediese nalatigheid. Bewuste nalatigheid is dan gevalle waar 'n geneesheer bewustelik afwyk van die algemeen aanvaarde mediese praktyk, terwyl onbewuste nalatigheid weer daarin geleë is dat die geneesheer onkundig (onbewustelik) afwyk van die aanvaarde mediese norme (416). Versuim die geneesheer om in die bepaalde omstandighede en teen die agtergrond van sy persoonlike mediese kennis en ervaring, met die nodige sorg op te tree en sodoende skade of persoonlikheidsnadeel by 'n pasiënt veroorsaak, lê onbewuste nalatigheid aan die dag. Waar 'n

---

(414) Bappert 65; Fieser Das Strafrecht des Anaesthesisten (ongepubliseerde doktorske proefskrif, Universiteit van München 1975) 22; Giesen International Malpractice 95; Giesen Arzthaftungsrecht 39 ev; Laufs Arztrecht 158 ev; Rieger 292 ev; sien ook Deutsch 1993 NJW 1508; Laufs 1992 NJW 1534; vir regspraak, sien BGH 27 Sept 1983 BGHZ 88, 248 (254) 10 Februarie 1987 JZ 877 879 (D Giesen) waar die hof beslis het dat 'n geneesheer met meer ervaring en 'n hoër graad van spesialisasie 'n plig teenoor 'n pasiënt het om 'n groter mate van sorg aan die dag te lê.

(415) Laufs Arztrecht 158; Laufs & Uhlenbruck 627; Rieger 292; sien ook BGH 1980 NJW 1980 650; BGH 1987 NJW 1479; BGH 1993 NJW 2989.

geneesheer gebrekkige of onvoldoende mediese sorg aan die dag lê, en sodoende skade/dood of persoonlikheidsnadeel by 'n pasiënt veroorsaak, terwyl hy moes voorsien het dat dit die bepaalde gevolg kon veroorsaak, sal hy skuldig wees aan bewuste nalatigheid. In wese is die onderskeid tussen onbewuste en bewuste nalatigheid daarin geleë dat die geneesheer by onbewuste nalatigheid nie die nadelige gevolge van sy optrede voorsien nie, terwyl die geneesheer by bewuste nalatigheid wel die nadelige gevolge voorsien, maar dan nie die nodige sorg aan die dag lê om teen die intrede van die nadelige gevolg te waak en die intrede daarvan sodoende te voorkom nie. Dit wil voorkom of die meeste gevalle van nalatigheid in die mediese praktyk gevalle van onbewustelike nalatigheid is (417).

#### 7 9 Grade van mediese nalatigheid

Alhoewel die Duitse privaatreë nie as 'n algemene reël verskillende grade van nalatigheid erken nie, word "growwe" en "ligte" nalatigheid (as grade van nalatigheid) wél in die Duitse strafreg erken (418). Aangesien die Duitse privaatreë nie "grade" van nalatigheid erken nie, moet aanvaar word dat enige afwyking (hoe gering ookal) van die algemeen aanvaarde mediese praktyk voldoende is vir privaatreëtelike mediese nalatigheid (419).

---

(416) Bappert 63 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 164; Laufs & Uhlenbruck 822; volgens gemelde skrywers is bewuste en onbewuste nalatigheid begrippe wat beide in die privaatreë en strafreg voorkom.

(417) Laufs & Uhlenbruck 822; sien ook Deutsch 1984 NJW 650; BGH 1968 NJW 1181; BGH 1987 NJW 1479; OLG München 1991 NJW 2359.

(418) Sien die bespreking hierbo in hoofstuk 1.

(419) Bappert 63; Deutsch Arztrecht 69; Giesen International

Die StGB maak geen melding van growwe en ligte nalatigheid (sogenaamde "leichte und grobe Fahrlässigkeit") nie. "Ligte" nalatigheid dui egter op 'n geringe of minder ernstige afwyking van die objektiewe standaard wat van regsweë van medici vereis word, terwyl "growwe" nalatigheid weer dui op die besondere/growwe oorskryding van die vereiste graad van sorgsaamheid (420). Waar 'n geneesheer dus die objektiewe standaard wat van regsweë van medici vereis word, grof oorskry en die dood van 'n pasiënt veroorsaak of ernstige liggaamlike nadeel of skade by die pasiënt teweegbring, sal hy vanweë sy growwe nalatigheid strafregtelik aanspreeklik wees. Dit blyk dus dat "growwe en ligte" nalatigheid van mekaar onderskei en bepaal word met verwysing na die aard en omvang van die gevolg wat deur die geneesheer se handeling veroorsaak is.

Growwe nalatigheid is van besondere belang vir strafregtelike aanspreeklikheid op grond van professionele mediese nalatigheid, aangesien dit blyk dat medici, op enkele uitsonderinge na, net vervolg sal word en strafregtelik aanspreeklik gehou sal word indien daar 'n growwe oorskryding was van die algemene standaard wat van medici

---

Malpractice 102; Gramberg-Danielsen 7; Laufs & Uhlenbruck 684; Ulsenheimer 24 ev.

(420) Bappert: "Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Mass verletzt wurde und schon einfachste naheliegende Überlegungen nicht angestellt wurden, oder wenn nicht bedacht wurde, was im vorliegenden Fall jedem einleuchten müsste"; sien ook Deutsch Arztrecht 6; Giesen Arzthaftungsrecht 221 ev; Ulsenheimer 24 ev; Deutsch 1993 NJW 1509 ev; vir regspraak, sien BGH 1978 NJW 1683; BGH 1986 NJW 1540; BGH 1992 NJW 754; OLG Frankfurt 1992 NJW 2369; OLG München 1992 NJW 2369.



van regsweë vereis word. In elk geval blyk dit dat 'n betreklik klein persentasie van medici wat vervolgd word, skuldig bevind word (421).

Die graad van strafregtelike nalatigheid kan ook 'n invloed he op die strafmaat en die bewyslas. Alhoewel die toets vir mediese nalatigheid in die Duitse privaatreë en strafreg in wese dieselfde is, is daar wel 'n verskil in die bewyslas. In die Duitse privaatreë rus die bewyslas op die eiser-pasiënt, terwyl die beskuldigde-geneesheer in die strafreg nie enige bewyslas dra om sy onskuld te bewys nie (422). Die reël dat die bewyslas op die eiser-pasiënt rus, verskuif egter na die geneesheer waar sy optrede grof nalatig was. Growwe nalatigheid ("grobe Fahrlässigkeit/schwerer Behandlungsfehler") aan die kant van die geneesheer het dus besondere juridiese gevolge (423).

---

(421) Bappert 121 ev; Deutsch "Medical Malpractice, Informed Consent and Human Experimentation in Western Europe" 1980 International Journal of Medicine and Law 82: "Criminal proceedings against doctors that take place before a court and could end in a conviction have become increasingly rare and somehow the doctor is never charged if there has not been gross negligence".

(422) Bappert 63: "Im Strafprozess trifft den angeklagten Arzt keine Beweislast: er hat nicht seine Unschuld zu beweisen, sondern seine Schuld ist ihm nach zuweisen"; Deutsch Arztrecht 70; Laufs & Uhlenbruck 666; sien BGH 1968 NJW 2291; BGH 1973 NJW 2208.

(423) Bappert 131: "Der schwere Fehler bzw die grobe Fahrlässigkeit haben besondere juristische Konsequenzen. So kehrt die Rechtsprechung beim schweren Behandlungsfehler hinsichtlich der Schadensfolge die Beweislast um. d.h. für alle Schäden, die im Verhinderungsbereich des Fehlers liegen, trägt jetzt der Arzt die Beweislast"; Deutsch Arztrecht 70; Giesen Arzthaftung 221; Laufs & Uhlenbruck 666 ev; sien ook Deutsch 1993 NJW 1509: "Dagegen findet in der Rechtsprechung der Behandlungsfehler als Grund für die Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Schadens Verwendung"; Stürner "Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und Arzthaftungsprozess" 1979 NJW 1225; Uhlenbruck "Beweisfragen im ärztlichen Haftungsprozess" 1965 NJW 1057; sien ook BGH 1969 NJW 553; BGH 1979 NJW 1933; BGH 1994 NJW 1598.



7 10 Verskillende denkrigtings binne die mediese praktyk

'n Geneesheer sal normaalweg nóg privaatregtelik nóg strafregtelik aanspreeklik gehou word op grond van nalatigheid indien sy optrede voldoen het aan die algemeen aanvaarde norme en standaarde van die algemeen redelike mediese praktyk. Dit sal die geval wees selfs waar daar verskillende gedagterigtings binne die mediese praktyk heers en/of toegepas word ten opsigte van behandelingstegnieke en prosedures (424). By die bepaling daarvan of 'n geneesheer nalatig was, waar hy 'n behandelingstegniek of prosedure toegepas het wat deur 'n minderheidskool binne die mediese praktyk nagevolg word, sal dit van deurslaggewende belang wees of sodanige optrede medies verantwoord kan word en nie neerkom op 'n ingrypende of fundamentele afwyking van die algemene mediese standaard nie. Dit is hier van belang om daarop te let dat die vasstelling van die algemeen aanvaarde standaard van die mediese praktyk en wetenskap inderdaad moeilik is en tot op groot hoogte beïnvloed word deur die stand van die mediese wetenskap en tegnologie (425). Die Duitse howe beklemtoon dan ook dat mediese nalatigheid nie bepaal kan word aan die hand van 'n rigiede maatstaf nie, maar dat hulle gebonde is om die optrede of versuim van 'n geneesheer te beoordeel aan die hand van die algemene mediese praktyk (welke optrede of versuim redelik en medies verantwoordbaar moet wees), as om te veel gewag te maak van die teoretiese en dogmatiese argumente wat deur verskillende mediese skole/gedagterigtings as die algemene mediese standaard voorgehou word (426). Dit volg dus dat die

bestaan van verskillende gedagterigtings binne die mediese praktyk, wel relevant is vir die beoordeling van mediese nalatigheid, maar dat daar van regsweë klem gele word word op die algemene ervaring en norme van die mediese praktyk.

Verskillende gedagterigtings binne die mediese praktyk impliseer dat daar 'n plig op medici rus om op hoogte te bly van mediese ontwikkelinge en behandelingstegnieke en, waar nodig, om sodanige behandelingstegnieke effektief toe te pas. Die feit dat 'n geneesheer onkundig en onervare is en moontlik verouderde tegnieke (wat wel volgens 'n bepaalde mediese skool aanvaarbaar mag wees) toepas, sal nie die maatstaf van mediese bedrewenheid en sorgsaamheid wat van regsweë vereis word, verlaag nie. Die Reichsgericht het alreeds in 1879 en 1945 beslis dat medici verplig is om hulleself op hoogte te hou van die ontwikkeling van nuwe medisynes, behandelingstegnieke, ensomeer, in hulle spesialisasiegebied (427); en in 1972 beslis die Bundesgerichtshof, byvoorbeeld, dat dit nalatig is om 'n geval van Neurolyues te behandel met 'n middel waarvan die newe-effekte kan lei tot arseenvergiftiging, terwyl penisillien reeds as 'n beproefde middel beskikbaar was

---

(424) Kriele "Stand der medizinischen Wissenschaft als Rechtsbegriff" 1976 NJW 355; sien ook Deutsch Arztrecht 68; Giesen Arzthaftungsrecht 9; Laufs Arztrecht 154.

(425) Bappert 44; Giesen Arzthaftungsrecht 9: "Es kan jedoch schwierig sein festzustellen, was dem jeweiligen Stand der medizinischen Erkenntnis (noch) genügt und was nicht. Wie jede andere Wissenschaft, so ist auch die medizinische dadurch charakterisiert, dass es in ihrer wissenschaftliche Meinungsverschiedenheiten gibt"; Laufs Arztrecht 154; Laufs & Uhlenbruck 13; vgl Deutsch 1976 NJW 2291; Kriele 1976 NJW 355; Laufs 1977 NJW 108; Moll "Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Schulmedizin" 1991 NJW 2334.

(426) Laufs Arztrecht 154 161; sien ook RG 1930 JW 1931 1483; BGH 1991 NJW 2359.

om sodanige gevalle te behandel (428).

Dit volg dus dat waar 'n geneesheer 'n verouderde behandelingstegniek toepas (selfs waar sodanige tegniek aanvaar word deur 'n bepaalde mediese denkrigting/skool), sy optrede as nalatig aangemerkt kan word indien daar 'n mediese denkrigting/skool bestaan wat 'n meer moderne en doeltreffende behandelingstegniek of middel onder dieselfde omstandighede sou toegepas en aangewend het. Die aanvaarbaarheid of keuse van een mediese denkrigting/skool b6 'n ander, vir doeleindes van die bepaling van nalatigheid, is 'n faktor wat ten nouste saamhang en gekoppel word aan die stand van die mediese wetenskap en tegnologie. Hi6rdie faktor bevestig weer eens dat die maatstaf wat van regswe6 vir mediese nalatigheid gestel word, saamhang met die stand van die mediese wetenskap en tegnologie vir sover dit in die mediese praktyk aanvaar en toegepas word.

7 11 Mediese aanspreeklikheid op grond van kontrak en bepalinge van professionele gedragskodes

Benewens privaatregtelike en strafregtelike aanspreeklikheid op grond van professionele mediese nalatigheid, kan medici ook aanspreeklik gehou word op grond van kontrak (die sogenaamde "Arzt-Patient Vertrag"). Die kontraktuele aanspreeklikheid van medici val buite die bestek van die

---

(427) RG 8 Julie 1930 JW 1931 1483; sien ook Kriele 1976 NJW 355.

(428) BGH 1972 NJW 1972 1520; BGH 1975 NJW 2245; BGH 1987 NJW 2923;

onderhawige studie en word dus nie verder bespreek nie (429).

'n Verdere faktor wat van belang mag wees by die bepaling van privaatregtelike of strafregtelike aanspreeklikheid van medici op grond van nalatigheid is etiese oorwegings en bepalinge en/of reëls van professionele gedragkodes wat hoofsaaklik deur mediese verenigings en beroepsrade daargestel is (430). Waar 'n geneesheer sodanige bepalinge/reëls nalatig oortree, sal daar ook teen hom in sy professionele hoedanigheid opgetree word. Die oortreding van 'n mediese gedragskode en etiek mag, na gelang van die omstandighede, aanduidend wees van nalatigheid aan die kant van die geneesheer. Die bestaan van nalatigheid, al dan nie, sal egter nog steeds getoets moet word aan die algemene standaard wat van regsweë gestel word (431).

## 7 12 Middellike aanspreeklikheid

### 7 12 1 Algemene beginsels

---

(429) Vir 'n bespreking van kontraktuele aanspreeklikheid van medici sien Bappert 25 ev; Deutsch Arztrecht 16 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 113; Laufs Arztrecht 24 ev; Laufs & Uhlenbruck 272 ev 416 ev; sien ook paragraaf 611 BGB; sien verder veral Giesen International Malpractice Law 11 ev; Die optrede van medici wat met opset ("Vorsatz") gepaardgaan en sodoende 'n skending van liggaamlike integriteit ("Körperverletzung") veroorsaak (sien paragraaf 223 StGB), word ook nie hier bespreek nie. Paragraaf 223 StGB mag van belang wees vir die mediese praktyk, maar aangesien opset daar die vereiste skuldvorm is, val dit buite die spektrum van mediese nalatigheid. Vir 'n bespreking van dié paragraaf sien Schönke & Schröder 1347 ev.

(430) Vgl in dié verband Deutsch & Schreiber 217; Giesen International Malpractice 669; vir 'n bespreking van die professionele gedragkodes wat op Duitse medici van toepassing is, sien Giesen International Malpractice 743 ev.

(431) Deutsch & Schreiber 219 ev; vgl Laufs 1994 NJW 1568.

In teenstelling met hospitale in Engeland, die VSA en Suid-Afrika, is die hospitaalsisteem in Duitsland nie hoogs gesentraliseerd nie. Hospitale in Duitsland word gedeeltelik deur plaaslike owerhede, privaatorganisasies (soos kerke) en liefdadigheidsorganisasies (soos die Rooi Kruis) bedryf (432).

Middellike aanspreeklikheid van hospitale vir die nalatige optrede van professionele hospitaalpersoneel word bepaal met verwysing na die beginsels van die Duitse kontraktereg en deliktereg (433). Wanneer 'n pasiënt in 'n hospitaal opgeneem word, word 'n omvattende kontrak wat alle mediese aspekte dek, tussen die pasiënt en die hospitaal gesluit. Volgens hierdie kontraktuele verhouding is elke kontraksparty verantwoordelik vir die nalatige optrede van persone wat deur hom in diens geneem is in die uitoefening van hulle dienste (soos spesifiek bepaal word in paragraaf 278 BGB) (434). Hiervolgens is 'n hospitaal dus middellik aanspreeklik vir die

---

(432) Giesen Arzthaftungsrecht 48; interessant is die tendens in Duitsland dat die meerderheid van klagtes wat deur pasiënte gele word, gele word teen medici wat in hospitale werksaam is - sien Laufs "Arztrecht im Wandel - Die Entwicklung des Arztrechts 1976/77" 1977 NJW 1081, waarin aangedui word dat 70% van klagtes word gele teen dokters wat in hospitale werksaam is. Hieruit behoort daar natuurlik nie 'n afleiding gemaak te word dat dokters in hospitale meer nalatig is as dokters in die privaatpraktyk nie!

(433) Bappert 92; Deutsch Arztrecht 219; Giesen Arzthaftungsrecht 197; Giesen International Malpractice 38 ev; Laufs Arztrecht 128 ev; Laufs & Uhlenbruck 599 ev; Uhlenbruck "Typische Formen des Krankenhaus-Aufnahmevertrages" 1964 NJW 431; Uhlenbruck "Die Rechtlichen Auswirkungen der neuen Bundespflegegesetzverordnung auf den Krankenhausaufnahmevertrag" 1973 NJW 1399.

nalatige optrede van sy professionele personeel (dokters, verpleegsters en alle ander persone wat normaalweg deur 'n hospitaal in diens geneem word om mediese dienste en versorging aan pasiënte te lewer). Middellike aanspreeklikheid kan ook nie deur die partye kontraktueel uitgesluit word nie. Waar 'n geneesheer byvoorbeeld nalatig ten aansien van 'n bloedoortapping optree, is hy nie net deliktueel aanspreeklik ingevolge paragraaf 823 BGB nie, maar is die hospitaal ook middellik aanspreeklik ingevolge paragrawe 611 en 278 BGB vir sodanige nalatigheid waar die geneesheer wat in die hospitaal se diens staan (435). Waar 'n pasiënt op 'n private basis verseker is en behandeling ontvang van 'n hospitaaldokter, of uitdruklik 'n kontrak gesluit het met 'n spesifieke dokter, is daar 'n kontraktuele verhouding tussen die pasiënt en die geneesheer en sal probleme wat daar in hierdie verband ontstaan, bereg word volgens die beginsels van die kontraktereg (436).

In die geval van 'n operasie ontstaan die vraag wie

---

(434) Bappert 94; sien ook BGH 1962 NJW 1763; BGH 1979 NJW 1935 ev; paragraaf 278 BGB bepaal die volgende: "Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des par 276 Abs 2 findet keine Anwendung".

(435) Die bepalings van paragraaf 823 BGB is reeds hierbo bespreek; paragraaf 611 BGB bepaal die volgende: "(1) Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet; (2) Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein"; sien Laufs Arztrecht 128; Laufs & Uhlenbruck 614 ev; BGH 1975 NJW 1463 ev.

(436) Laufs & Uhlenbruck 601 ev.

aanspreeklik gehou moet word vir die nalatigheid van die geneesheer, verpleegsters of assistente waar die pasiënt 'n privaatsiënt is wat 'n kontrak gesluit het met 'n bepaalde geneesheer, maar die verpleegsters of assistente werknemers van die hospitaal is. Volgens die Duitse reg is die bepalende faktor vir aanspreeklikheid die vraag onder wie se toesig en beheer die geneesheer, verpleegster of assistent gestaan het tydens die beweerde nalatigheid. Dit is egter ook moontlik dat die geneesheer, kontraktueel aanspreeklik gehou kan word vir die nalatige optrede van persone wat hom bygestaan het tydens die operasie (en wel ingevolge paragrawe 611 en 278 BGB). Die Duitse howe het al beide die geneesheer en hospitaal gesamentlik middellik aanspreeklik gehou vir die nalatige optrede van mediese hospitaalpersoneel wat die geneesheer bygestaan het tydens 'n operasie, en wel op die basis dat sodanige personeel werknemers van die hospitaal was, maar onder die direkte beheer en toesig van die geneesheer tydens die operasie gestaan het (437).

Die beginsel van middellike aanspreeklikheid vind ook toepassing in die Duitse deliktereg ingevolge paragrawe 89, 31 en 831 BGB. Middellike aanspreeklikheid van hospitale vir die nalatigheid van hul werknemers in die deliktereg word neergelê in paragraaf 831 BGB wat onder meer bepaal dat 'n persoon wat 'n ander in diens neem, verplig is om

---

(437) Deutsch Arztrecht 109 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 71 ev; Giesen International Malpractice 43 ev; Laufs & Uhlenbruck 605 ev; sien Kleinewefers & Wilts "Die Vertragliche Haftung bei gespaltenem ArztKrankenhaus-Vertrag" 1965 NJW 332 334; BGH 1975 NJW 1463; BGH 1979 NJW 1935.



skadevergoeding te betaal aan 'n derde party wat deur sodanige werknemer op 'n onregmatige wyse benadeel is (438). Die verpligting om skadevergoeding te betaal, kom egter nie ter sprake waar die werkgewer die nodige sorgsaamheid uitgeoefen het by die aanstelling/indiensneming van die werknemer ten aansien van sy professionele bekwaamheid en kwalifikasies nie (439). In terme van paragraaf 831 BGB is 'n hospitaal dus middellik aanspreeklik vir die nalatigheid van sy werknemers. Waar 'n geneesheer as werknemer van die hospitaal binne hospitaalverband (byvoorbeeld tydens 'n operasie) nalatig optree en 'n pasiënt gevolglik skade of persoonlikheidsnadeel daardeur ly, sal die geneesheer nie net deliktueel aanspreeklik wees in sy persoonlike hoedanigheid nie (ingevolge paragraaf 823 BGB), maar kan die hospitaal ook ingevolge paragraaf 831 BGB middellik aanspreeklik gehou word vir sy nalatige optrede (440).

'n Geneesheer kan egter ook self ingevolge die leerstuk van respondeat superior middellik aanspreeklik wees vir die

---

(438) Bappert 94; Deutsch 110 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 198; Giesen International Malpractice 50 56 ev; Laufs Arztrecht 129; Laufs & Uhlenbruck 545 ev; Staudinger 315 ev; paragraaf 31 BGB bepaal: "Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmässig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt"; paragraaf 89 BGB bepaal: " (1) Die Vorschrift des par 31 findet auf den Fiskus sowie auf Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes entsprechende Anwendung; (2) Das gleiche gilt, soweit bei Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes der Konkurs zulässig ist, von der Vorschrift des par 42 Abs 2".

(439) Ingevolge paragraaf 831 I 1 BGB; vir voorbeelde in die regspraak sien BGH 1959 NJW 2302; BGH 1986 NJW 776.

(440) Bappert 94; Bockelmann 89; Giesen Arzthaftungsrecht 198; Kamps 170 ev.

nalatigheid van verpleegsters, teaterassistente en ander hulppersoneel, veral vir hulle aktiwiteite tydens operasies waar die geneesheer nie die nodige sorgsaamheid aan die dag lê met die beheer en toesig oor die mediese personeel wat hom bystaan nie, of waar hy nie behoorlike instruksies aan sodanige personeel gee oor prosedures en die verloop van die operasie nie (441). Daar rus dus 'n verpligting op 'n geneesheer wat middellike aanspreeklikheid binne hospitaalverband wil vermy, om met die nodige sorgsaamheid op te tree ten aansien van die aktiwiteite rakende mediese hulppersoneel wat onder sy onmiddellike toesig en beheer funksioneer: Hierby inbegrepe is die plig van die geneesheer om toe te sien dat sodanige hulppersoneel nie nalatig optree nie, en dat hulle ook nie aktiwiteite onderneem wat buite hulle algemene ervaringsveld val en waarvoor hulle nie gekwalifiseerd is nie (442).

Waar 'n geneesheer lid is van 'n mediese span wat bestaan uit meerdere geneeshere (soos chirurge en narkotiseurs) wat

---

(441) Bockelmann 89; Deutsch 109; Giesen International Malpractice 40 ev; Laufs Arztrecht 128: "Besondere Sorgfaltspflichten begründet das vielfach unerlässliche Zusammenwirken des Arztes mit Hilfspersonen wie Assistenten Krankenschwestern und Pflägern"; Laufs & Uhlenbruck 614 ev; sien Staudinger 315 wat tereg daarop wys dat middellike aanspreeklikheid van geneeshere vir die optrede van assistente neergelê word in paragrafe 831 en 823 BGB: "Der Arzt verletzt seine Sorgfaltspflicht, wenn er sein ärztliches Hilfspersonal nicht mit den erforderlichen Anweisungen versieht und es nicht genügend überwacht und haftet dann für Fehler des Personals unabhängig von einer Haftung aus par 831 unmittelbar aus par 823 Abs 1 wegen Verletzung seiner eignen Sorgfaltspflicht"; sien Westermann "Zivilrechtliche Verantwortlichkeit bei ärztlicher Teamarbeit" 1974 NJW 577; vir voorbeelde in die regspraak sien BGH 1956 NJW 1834; BGH 1959 NJW 2302; BGH 1978 NJW 584; BGH 1978 NJW 1681; BGH 1981 NJW 633.  
(442) BGH 1978 NJW 1681.

gesamentlik betrokke is by die uitvoer van 'n operasie, is sodanige geneesheer nie aanspreeklik vir die nalatigheid van ander lede van die mediese span nie tensy sodanige geneesheer uitsluitlik in beheer is van die gemelde operasie en die ander geneesheer hom bloot as ondergeskiktes bystaan, soos waar 'n spesialis-chirurg 'n operasie in 'n akademiese opleidingshospitaal uitvoer en 'n kliniese assistent in chirurgie hom bystaan (443).

In die algemeen is die beginsel van middellike aanspreeklikheid in die Duitse deliktereg binne hospitaalverband van besondere belang, aangesien die meeste pasiënte nie net belangstel in skadevergoeding op grond van kontraktuele aanspreeklikheid nie, maar ook skadevergoeding vir persoonlike pyn en lyding ingevolge paragrawe 253 en 847 BGB eis (444).

#### 7 12 2 Korporatiewe aanspreeklikheid

In die Duitse reg het daar onlangs die neiging posgevat, in ooreenstemming met soortgelyke ontwikkeling in ander regstelsels, veral die Amerikaanse reg, om groter klem te lê

---

(443) Deutsch Arztrecht 111 ev; sien ook Damm "Medizintechnik und Arzthaftungsrecht" 1989 NJW 737; Lippert "Das Organisationsverschulden in Hochschulklinika" 1984 NJW 2606; Westermann 1974 NJW 577; sien ook BGH 1980 NJW 649; Giesen International Malpractice 41 vn 28 dui aan dat die Duitse reg nie die Amerikaanse leerstuk van "captain of the ship" ken nie, maar dat dit wel in die Duitse reg erken word dat meer ervare lede van 'n mediese span die verantwoordelikheid dra om behoorlik toesig te hou oor jonger en minder ervare kollegas in die span ten einde benadeling van pasiënte te voorkom.  
(444) Deutsch Arztrecht 125 ev; Kamps 225 ev; Laufs Arztrecht 181; sien ook BGH 1979 NJW 1935.

op die direkte aanspreeklikheid van hospitale as korporatiewe en lukratiewe entiteite vir die nalatige optrede van alle hospitaalpersoneel wat in diens van die hospitaal is en/of mediese beamptes wat dienste op die hospitaal se perseel verrig, selfs al is sodanige beamptes nie in direkte diens van die hospitaal nie (445). Hierdie tendens lei noodwendig tot die afwatering van die algemene beginsels van middellike aanspreeklikheid, soos hierbo bespreek, in dié sin dat daar direk na die hospitaal gekyk word as die aanspreeklike party, en dat die spesifieke werksverhouding tussen geneesheer en hospitaal, geneesheer en verpleegsters en tussen geneesheer onderling, nie meer werklik enige beduidende rol speel by die vasstelling van middellike aanspreeklikheid nie, aangesien die hospitaal afsonderlik aanspreeklik gehou word.

Hierdie klemverskuiwing na korporatiewe aanspreeklikheid vir hospitale spruit voort uit veranderende beleidsoorwegings en persepsies dat hospitale as sentrale bestuursliggame, verantwoordelik is vir die koördinerings en beheer van die optrede van alle mediese personeel op die betrokke hospitaalperseel en as sodanig aanspreeklik is vir die nalatige optrede van dié mediese personeel (446). Die praktyk het dan ook geleer dat dit in baie gevalle regtens besonder problematies was om spesifieke werks- en-beheerverhoudings tussen bepaalde mediese personeellede te identifiseer ten einde kontraktuele of deliktuele aanspreeklikheid vas te stel, en dat dit veel "makliker" en sinvol is om die hospitaalowerheid as oorkoepelende

---

(445) Sien veral die regsvergelykende bespreking deur Giesen International Malpractice 55 ev; Laufs Arztrecht 349; sien ook BGH 1987 NJW 2289.

organisasiestruktuur aanspreeklik te hou. In terme van die leerstuk van korporatiewe aanspreeklikheid is hospitaalowerhede regtens verplig om die nodige beheer oor mediese personeel uit te oefen en om behoorlike dienste aan pasiënte te verskaf. Hierdie verpligting sluit dan onder meer in dat groot sorg aan die dag geleë moet word by die keuse en aanstelling van kundige en bevoegde personeel; dat behoorlike opleiding aan jonger en minder ervare personeel verskaf word onder toesig van ervare en kundige personeel wat dan ook behoorlike beheer moet uitoefen; en dat mediese toerusting, teaters en ander apparatuur in stand gehou word. In essensie lê die finale verantwoordelikheid dus regtens by die hospitaal om behoorlike en kundige dienste aan pasiënte en die breë publiek te verskaf (447).

In die finale instansie, selfs al word hospitale middellik aanspreeklik gehou op grond van die leerstuk van korporatiewe aanspreeklikheid, kan 'n pasiënt nog steeds ingevolge die algemene beginsels van middellike aanspreeklikheid (soos hierbo bespreek) nie net die hospitaal afsonderlik aanspreeklik hou vir die nalatige optrede van hospitaalpersoneel nie, maar ook individuele geneeshere afsonderlik en gesamentlik (met die hospitaal en ander geneeshere wat, byvoorbeeld, lede van die mediese span was)(448).

---

(446) Giesen International Malpractice 61 ev; Laufs Arztrecht 351-354; Laufs & Uhlenbruck 605 ev; sien ook Heilmann "Der Stand der deliktischen Arzthaftung" 1990 NJW 1513-1520; BGH 1979 NJW 1935; BGH 1986 NJW 776.

(447) BGH 1978 NJW 584; BGH 1979 NJW 1935; BGH 1986 NJW 776.

(448) Onderhewig aan die algemene beginsels soos hierbo

7 13 Verweere teen mediese nalatigheid7 13 1 Toestemming

'n Geneesheer is nóg kontraktueel nóg deliktueel aanspreeklik vir die mediese behandeling wat deur hom toegepas is waar 'n pasiënt uitdruklik of by implikasie toegestem het tot sodanige behandeling, mits die geneesheer natuurlik die behandeling met die nodige sorg en kundigheid wat regtens vereis word, toegepas het. In hierdie verband vind die stelreël volenti non fit iniuria ook in die Duitse reg toepassing, en is dit 'n verweer wat deur 'n geneesheer teen 'n eis op grond van mediese nalatigheid geopper kan word (449).

Vrywillige aanvaarding van risiko deur 'n pasiënt kan egter slegs as 'n verweer deur 'n geneesheer geopper word indien dit vasstaan dat die pasiënt behoorlik tot die mediese behandeling toegestem het. In hierdie sin dui behoorlike toestemming op

---

uiteengesit; sien ook Giesen International Malpractice 70 ev; BGH 1975 NJW 1463.

(449) Deutsch Arztrecht 50 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 99 ev; Giesen Medical Malpractice 173 ev; Giesen International Malpractice 318 ev; Laufs Arztrecht 46 ev; Laufs & Uhlenbruck 342 ev; Van Oosten Informed Consent-proefskrif 190 ev; sien ook Brüggmann "Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes" 1977 NJW 1473; Laufs "Der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge" 1974 NJW 2025; Rossner "Verzicht des Patienten auf eine Aufklärung durch den Arzt" 1990 NJW 2291-2296; Schmid "Der Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht" 1984 NJW 2601; Tempel "Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchststrichterlichen Rechtsprechung" 1980 NJW 609.

ingeligte toestemming aan die kant van die pasiënt, vandaar die leerstuk van "ingeligte toestemming" wat in hierdie verband toepassing vind. "Ingeligte toestemming" veronderstel dat die pasiënt, in die geheel gesien, kennis, begrip en aanvaarding het van die aard, omvang en risiko's van die voorgestelde mediese behandeling of ingreep (450). Daar rus 'n etiese sowel as 'n regsplig op 'n geneesheer om 'n pasiënt dienooreenkomstig in te lig alvorens mediese behandeling toegepas word. Waar 'n pasiënt nie dienooreenkomstig ingelig is nie, kan daar regtens geen sprake van toestemming wees nie, en kan die geneesheer dus nie dié verweer opper nie. Indien 'n geneesheer mediese behandeling toepas en/of uitvoer sonder die nodige "ingeligte" toestemming, sal hy siviëlregtelik sowel as strafregtelik aanspreeklik wees vir "Körperverletzung" (synde 'n skending van die pasiënt se persoonlikheidsregte), ongeag of sodanige behandeling of ingreep met die nodige mediese bedrewenheid en sorg uitgeoefen is al dan nie (451). Hierdie sanksie teen ongeoorloofde mediese behandeling op grond van die gebrek van behoorlike toestemming spruit voort uit die streng premie wat in die Duitse reg geplaas word op 'n pasiënt se grondwetlike reg tot selfbeskikking en vryheid van keuse om te besluit of hy homself gaan onderwerp aan die voorgestelde mediese behandeling, al dan nie (452).

---

(450) Die leerstuk van "ingeligte toestemming" is net soos in die ander regstelsels ook in die Duitse reg kontroversieel, en is dit nie moontlik om dié leerstuk, vir doeleindes van van die bespreking hier (as verweer) volledig te behandel nie; sonder twyfel kan die aard en omvang van dié leerstuk in eie reg die onderwerp van 'n doktorsale proefskrif uitmaak - vgl in dié verband Van Oosten Informed Consent-proefskrif 190 ev vir 'n bespreking van die Duitse reg; sien ook Deutsch Arztrecht 52 ev; Giesen



'n Suksesvolle beroep op die verweer van "ingeligte toestemming" deur 'n geneesheer veronderstel dat die geneesheer hom van sy regsplig en etiese plig om die pasiënt behoorlik in te lig, gekwyt het. Ten einde vas te stel of die geneesheer hom van sodanige plig gekwyt het, word die volgende faktore beoordeel: Die aard en omvang van die pasiënt

---

Arzthaftungsrecht 102 ev; Giesen International Malpractice 319 ev; Laufs & Uhlenbruck 346 ev; Laufs 1994 NJW 1566; vir 'n bespreking van regspraak sien Brüggmann 1977 NJW 1473-1478; Tempel 1980 NJW 609-617; vir meer onlangse gesag sien BGH 1993 NJW 2372; BGH 1994 NJW 1524; BGH 1994 NJW 793.

(451) Laufs & Uhlenbruck 345; Brüggmann 1977 NJW 1473; Laufs 1974 NJW 2025; die Duitse howe beskou mediese behandeling sonder die nodige toestemming as liggaamlike aanranding ("Körperverletzung") en 'n delik ("unerlaubte Handlung") - vir pertinente voorbeelde in die regspraak sien BGH 1963 NJW 393; BGH 1977 NJW 337; BGHZ 1980 NJW 1333; BGHZ 1986 NJW 780.

(452) Laufs & Uhlenbruck 345: "Die Patientenautonomie hat ihr Fundament im Grundgesetz. Das Erfordernis der Einwilligung zu diagnostischen, vorbeugenden und heilenden Eingriffen folgt aus den Verfassungsprinzipien, die zu Achtung und Schutz der Würde und der Freiheit des Menschen und seines Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit verpflichten"; Laufs 1994 NJW 1567: "Die Selbstbestimmungsaufklärung dient dem Kernstück der Patientrechte, der persönlichen Autonomie, der freien Einwilligung"; sien ook Wachsmuth & Schreiber "Das Dilemma der ärztlichen Aufklärungspflicht" 1981 NJW 1985-1987; BGH 1972 NJW 335; BGH 1981 NJW 2002; Artikels 1 en 2 van die Duitse grondwet van 1949 wat persoonlikheidsregte en privaatheid ("allgemeines Persönlichkeitsrecht") beskerm is absoluut en bied algehele beskerming teen die skending daarvan in die Duitse privaatreg ingevolge paragrawe 823I en 847 BGB; ook in die Duitse strafreg, getrou aan die spreuk "salus et voluntas aegroti suprema lex", word daar 'n hoë premie geplaas op die selfbeskikkingsreg en vryheid van 'n pasiënt: vgl Bockelmann 58: "Es ist gerade der Sinn des Einwilligungserfordernisse, die Rücksicht auf den Willen des Patienten der Rücksicht auf sein körperliches Wohl vorzuordnen: voluntas non salus aegroti suprema lex"; daar kan verder aanvaar word dat daar dikwels 'n konflik kan ontstaan tussen 'n pasiënt se selfbeskikkingsreg en die geneesheer se etiese plig om 'n pasiënt te behandel, veral waar dit in die beste belang van 'n pasiënt sal wees om sodanige behandeling te ontvang; vir 'n interessante studie in dié verband sien Laufs "Zur deliktrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht" 1969 NJW 529-530; Kolhaas "Das Recht auf den eigenen Tod" 1973 NJW 548.

se ongesteldheid; die aard en omvang van die mediese behandeling wat toegepas moet word (in hierdie verband word alle diagnostiese en terapeutiese tegnieke oorweeg, asook die moontlikheid om slegs konserwatiewe behandeling toe te pas); die risiko's verbonde aan sodanige behandeling; die noodsaaklikheid en wenslikheid van die voorgestelde behandeling, asook die pasiënt se persoonlikheid, fisiese en psigiese toestand. Die spesifieke omstandighede van elke geval sal, sonder twyfel, 'n aanduidende rol speel om te bepaal of die geneesheer 'n pasiënt behoorlik ingelig het (453). Só kan die besonderhede van 'n voorgestelde ingreep of mediese behandeling juis aanduidend wees van die noodsaaklikheid om 'n pasiënt behoorlik in te lig, veral waar die risiko's en gevolge van sekere ingrepe en mediese behandeling besonder hoog is, soos in gevalle van aborsie, kunsmatige inseminasie, kastrasie, sterilisasie ensomeer. Hoe groter en meer ingrypend die risiko's en gevolge van die voorgestelde mediese behandeling, hoe groter die plig op die geneesheer om die pasiënt juis dan behoorlik en omvattend in te lig (454).

---

(453) Deutsch Arztrecht 60 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 162; Giesen International Malpractice 319 ev; Giesen Medical Malpractice 24: "Der Umfang der vom Arzt zu erteilenden Aufklärung hängt in hohem Masse von dem Umständen des Einzelfalles ab: 'Eines weiss jeder Chirurg bestimmt: Vor die Operation haben die Götter - und nach ihnen die Juristen - die Einwilligung und vor die Einwilligung die Aufklärung gesetzt. Darüber, aber nur darüber herrscht Einigkeit. Über das 'Wann' und über das 'Wieweit' gehen die Ansichten erheblich auseinander. Viele, viele Fragen sind noch offen. Eines kann immerhin heute sehr klar festgestellt werden: Wenn im echten Interesse und in wirklicher Sorge um die Gesundheit und das Leben des Patienten im Ausnahmefall nicht einmal eine gerechtfertigte Ausnahme gemacht werden muss, muss der Arzt damit rechnen, dass er mit Halbwahrheiten und ausweichenden Antworten heute nicht mehr weit kommt und das Risiko eingeht, der schuldhaften Falschdarstellung, der

Die bewyslas om aan te toon dat 'n pasiënt wel behoorlik ingelig is en toegestem het tot mediese behandeling, rus op die geneesheer. Waar mediese behandeling toegepas is of operasies uitgevoer is sonder die nodige toestemming, volg dit dat sodanige behandeling en operasies regtens onregmatig sal wees, en dat die geneesheer deliktueel sowel as strafregtelik aanspreeklik gehou sal kan word: Die enigste verweer wat 'n geneesheer in sodanige gevalle sou kon opper, is om aan te toon dat die pasiënt wel sou toegestem het tot die mediese behandeling of operasie, indien die pasiënt behoorlik ingelig was (455). Hierdie beginsel is dan ook deur die Duitse Federale Hooggeregshof in besondere gekompliseerde sake aanvaar (456). Die toets om vas te stel of 'n pasiënt "ingelig" toegestem het al dan nie, is subjektief in die sin dat die pasiënt self beoordeel word en dat daar nie met die maatstaf van die objektiewe "gemiddelde pasiënt" gewerk word nie. Die aanwending van die subjektiewe maatstaf is 'n toepassing van die fundamentele oorweging dat 'n pasiënt se reg tot selfbeskikking oor sy persoon voorrang bo enige ander beskermingwaardige regsgoed geniet (457).

---

Täuschung oder einer anderen Verhaltensweise besichtigt zu werden, die jedenfalls im Ergebnis die so erteilte Einwilligung völlig unwirksam werden lässt"; Gramberg-Danielsen 11; Laufs & Uhlenbruck 346; Rieger 116 ev; Van Oosten Informed Consent-proefskrif 267 ev; BGH 1980 NJW 1315; BGH 1984 NJW 1383; BGH 1987 NJW 1449; BGH 1988 NJW 1499; BGH 1993 NJW 2372; BGH 1994 NJW 793.  
(454) Laufs Arztrecht 97, 106; Laufs & Uhlenbruck 365 ev veral 369 ev ten aansien van die gevolge van versuim om 'n pasiënt behoorlik in te lig wat gelykgestel word aan growwe nalatigheid ("schwerer Behandlungsfehler"); BGH 1978 NJW 1026; BGH 1979 NJW 1933; BGH 1983 NJW 333; BGH 1985 NJW 1399; BGH 1987 NJW 2291.  
(455) Deutsch Arztsrecht 73 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 192-193; Laufs & Uhlenbruck 350 370;

In sekere gevalle is toestemming deur 'n pasiënt nie nodig en/of aangedui om mediese behandeling te regverdig nie. Sodanige gevalle is uitsonderings op die algemene inligtingsplig van 'n geneesheer. Die volgende gevalle is hier ter sprake:

- (a) Die sogenaamde terapeutiese privilegie wat inhou dat dat die geneesheer nie die pasiënt ten volle inlig nie, aangesien sodanige inligting die pasiënt se gesondheid of lewe in gevaar sal stel en effektiewe mediese behandeling sal bemoeilik (458);
- (b) waar die pasiënt afstand gedoen het van sy reg tot inligting; in hierdie verband word vereis dat 'n pasiënt

---

Deutsch 1965 NJW 1985; in gevalle van "Beratung" in teenstelling met "Aufklärung" dra die pasiënt die bewyslas om aan te toon dat die geneesheer hom nie behoortlik ingelig het nie - sien in dié verband Hoffmann "Zur Beweislastumkehr bei Verletzung vertraglicher Aufklärungs - oder Beratungspflichten" 1974 NJW 1641; Tempel 1980 NJW 616; sien ook OLG Celle 1977 NJW 593; BGH 1980 NJW 1903; BGH 1981 NJW 2002; BGH 1985 NJW 1399.  
(456) BGH 1976 NJW 363;  
(457) Giesen Arzthaftungsrecht 162-168; Giesen International Malpractice 348 ev; Laufs & Uhlenbruck 349 ev; sien ook BHG 1980 NJW 1333; BGH 1981 NJW 2002.  
(458) Giesen Arzthaftungsrecht 163-172; Giesen International Malpractice 376 ev veral 384 ev; Laufs & Uhlenbruck 337 360: "Die Aufklärung ist dann kontraindiziert, wenn sie den Patienten ernsthaft beeinträchtigte, wenn dieser also nicht unerhebliche körperliche oder psychische Schäden davontrüge"; Deutsch "Das therapeutische Privileg des Arztes Nichtaufklärung zugunsten des Patienten" 1980 NJW 1305-1309; Tempel 1980 NJW 614; dit is egter duidelik dat terapeutiese privilegie as verweer besonder streng en beperkend deur die howe geïnterpreteer sal word, sien BGH 1981 NJW 2002 - die grondliggende rede vir hierdie streng interpretasie is daarin geleë dat terapeutiese privilegie die selfbeskikkingsreg van 'n pasiënt ingrypend beperk.

uitdruklik van sodanige reg afstand doen (459);

(c) waar 'n geneesheer optree en mediese behandeling in openbare belang of in die uitvoering van 'n statutêre voorskrif toepas. S6 byvoorbeeld is 'n geneesheer verplig om gevalle van poging tot selfmoord te behandel sonder enige toestemming aan die kant van die pasiënt (selfs téén die pasiënt se wil). In die Duitse reg is daar geen reg om selfmoord te pleeg nie, en die strafhowe beskou selfmoord in dieselfde lig as 'n "ongeluk" waarvolgens 'n geneesheer dan verplig is om hulp te verleen en behandeling toe te pas, by versuim waarvan die geneesheer strafbaar is. Die wense van 'n pasiënt wat selfmoord wil pleeg, speel dus geen rol nie en is sy toestemming irrelevant, aangesien sodanige wense regtens onafdwingbaar is (460);

(d) waar mediese behandeling in noodsituasies of gevalle van noodtoestand toegepas moet word. Dit gebeur dikwels dat pasiënte vanweë die aard en omvang van beserings wat byvoorbeeld in motorongelukke opgedoen word, nie fisies in staat is (op grond van bewusteloosheid) toe te stem tot mediese behandeling wat onmiddellik (selfs soms op die ongelukstoneel) deur 'n geneesheer toegepas moet

---

(459) BGH 1971 NJW 1887.

(460) Giesen International Malpractice 356 ev; Laufs Arztrecht 55; Rieger 1689 ev; Ulsenheimer 174 ev; sien ook Bringewat "Arztpflichten im Strafrecht" 1973 NJW 540; Kolhaas 1973 NJW 548; Laufs "Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht" 1969 NJW 529; selfmoord is nie meer 'n misdryf in Duitsland nie, maar poging tot selfmoord wel. 'n Geneesheer kan by versuim om hulp te verleen onder dié omstandighede strafbaar wees ingevolge paragrawe 212, 13 of 323 c StGB.

word nie. In sodanige noodgevalle geld die algemene reël dat 'n geneesheer die verweer van noodtoestand of geïmpliseerde toestemming kan opwerp, mits die geneesheer opgetree het ten einde die pasiënt se lewe te red of dan, ten minste medies gesproke, in die beste belang van die pasiënt opgetree het(461). Ingevolge die Duitse reg is daar 'n positiewe verpligting op 'n geneesheer om eerstehulp by ongelukke of in ander noodgevalle te verleen, by versuim waarvan die geneesheer strafregtelik aanspreeklik gehou kan word (462).

'n Geneesheer sou egter nie 'n verweer van noodtoestand kon opper waar die noodsituasie deur sy eie nalatigheid teweeggebring is nie, en word daar van regsweë ook van hom vereis om onder noodsituasies met die nodige mediese sorg en bedrewenheid op te tree wat in die bepaalde omstandighede redelikerwys van die gemiddelde geneesheer verwag kan word. In noodgevalle word die selfbeskikkingsreg van 'n pasiënt ook vooropgestel en tensy die pasiënt se lewe of gesondheid in

---

(461) Bappert 62; Deutsch Arztrecht 188 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 44 ev; Giesen International Malpractice 361 ev; Hofstetter 142 ev; Laufs & Uhlenbruck 122 ev 126: "Der Notfalldienst ist kein regelmässiger Kundendienst an arbeitsfreien Tagen zur beliebigen Inanspruchnahme durch alle Patienten ohne ernstlichen Anlass. Der Notfalldienst verfolgt vielmehr den Zweck, Notfälle zu versorgen und lebenserhaltende Massnahmen zu veranlassen. Er gilt also plötzlich eintretenden Ereignissen, die einen sofortigen ärztlichen Einsatz gebieten. Der ärztliche Notfalldienst tritt auf den Plan bei Unglücksfällen, akut auftretenden Krankheiten und bedrohlichen Schwächezuständen auch bei sich verschlechternden Leiden. Es geht im wesentlichen um dringliche Erstversorgung und gebotene Sofortmassnahmen"; Rieger 582 ev; Ulsenheimer 159 ev.

(462) Ingevolge paragraaf 323 c StGB (voorheen paragraaf 330 c StGB); vir 'n volledige bespreking van hierdie paragraaf en die begrip "unterlassene Hilfeleistung" sien Ulsenheimer 159 ev.



onmiddellike gevaar verkeer, behoort 'n geneesheer nie mediese behandeling toe te pas of 'n operasie uit te voer totdat die pasiënt effektiewelik kan toestem nie. In die finale instansie, egter, speel die besondere omstandighede van elke geval 'n deurslaggewende rol, en moet die geneesheer die selfbeskikkingreg van die pasiënt aan die een kant opweeg teen die behoud van lewe en die noodsaaklikheid van mediese behandeling aan die ander kant (463).

### 7 13 2 Medewerkende skuld/bydraende nalatigheid

'n Geneesheer sal hom ook in gepaste gevalle op die verweer van medewerkende skuld of bydraende nalatigheid aan die kant van die pasiënt kan beroep. In hierdie verband ken die Duitse reg die begrip "Mitverschulden" of "Mitwirkungspflicht (Compliance)", wat deur Laufs en Uhlenbruck soos volg beskryf word:

"Unter Compliance versteht man das Ausmass der Ubereinstimmung des Verhaltens eines Menschen in bezug auf die Einnahme von Arzneimitteln, die Befolgung einer Diät onder die Art, wie jemand seinen Lebensstil ändert, mit einem ärztlichen oder gesundheitlichen Rat. Im hier verstandenen Sinne ist Compliance mehr als nur die Befolgung von Verhaltensanweisungen durch den Arzt, sondern schlechthin die für jeden Behandlungserfolg notwendige Mitwirkung des Patienten" (464).

'n Pasiënt is regtens (en spesifiek in terme van die geneesheer-pasiënt-kontrak) verplig om wanneer hy mediese behandeling

---

(463) Sien BGH 1977 NJW 337; BGH 1987 NJW 2940.

(464) Laufs & Uhlenbruck 416; sien ook Bappert 81 82: "Wenn den Patienten im Behandlungsfehlerfall ein Mitverschulden trifft, so liegt darin keine Pflichtverletzung gegenüber dem Arzt. Es handelt sich vielmehr um ein Verschulden des Kranken gegen sich selbst"; Giesen Arzthaftungsrecht 140 ev.



benodig, homself ten volle aan die mediese ondersoek en daaropvolgende behandeling te onderwerp en die nodige samewerking aan die geneesheer te gee om aktief die helingsproses sodoende te bevorder (465). Waar die pasiënt versuim om hierdie regsplig na te kom, word sodanige versuim gereken as medewerkende skuld, en sou die pasiënt regtens optree teen die geneesheer, sou die skadevergoeding wat hy eis met inagneming van die geneesheer se bydraende nalatigheid genegatiewer of verminder word (466).

Tipiese voorbeelde van medewerkende skuld is waar 'n pasiënt versuim om die geneesheer se instruksies ten opsigte van tuissorg en na-operatiewe behandeling na te volg (467); en waar 'n pasiënt versuim om die voorgeskrewe medikasie te neem (468); waar 'n pasiënt versuim om die geneesheer te

---

(465) Laufs & Uhlenbruck 416: "Rechtsgrundlage der Mitwirkungspflicht des Patienten ist grundsätzlich der Arztvertrag. Wer vom Arzt Heilmassnahmen verlangt, ist vertraglich verpflichtet, alles zu tun, um die erfolgreiche Behandlung oder Operation zu ermöglichen. Hierzu zählt auch die Verpflichtung des Patienten, Untersuchungen und Behandlung zu dulden"; 'n pasiënt se verpligting tot samewerking kan soos volg geklassifiseer word: (a) 'n algemene plig tot samewerking ("Mitwirkungspflicht"), (b) 'n plig om homself te onderwerp aan die mediese ondersoek en behandeling ("Duldungspflicht"), (c) 'n plig om alle relevante inligting aangaande sy gesondheid aan die geneesheer by die aanvanklike konsultasie te openbaar ("Offenbarungspflicht"), (d) 'n plig om die geneesheer se instruksies ten opsigte van tuissorg en na-operatiewe behandeling en opvolg getrou na te volg ("Weisungsrecht und Befolgungspflicht") - vir 'n bespreking van die verskillende pligte sien Bappert 82-83; Laufs & Uhlenbruck 416-429.

(466) Ingevolge paragraaf 254 BGB wat bepaal: "Wie sonst, eine vorwerfbare rechtswidrige Verletzung einer gegenüber einem andern oder der Allgemeinheit bestehenden Rechtspflicht, sondern eine vorwerfbaren Verstoss gegen Gebote des eigenen Interesses"; sien ook Bappert 82: "Die Vorschrift des par 254 BGB schränkt jedoch den sonst im Schadenarztrecht geltenden Grundsatz der Totalreparation ein, demzufolge der Umfang der Haftung nicht vom Grad des Verschuldens bestimmt wird"; Giesen Arzthaftungsrecht 141; Laufs & Uhlenbruck 421.

raadpleeg vir verdere behandeling (469); en waar 'n pasiënt versuim om alle relevante inligting aangaande sy eie gesondheidstoestand aan die geneesheer te openbaar, of waar hy belangrike mediese inligting van die geneesheer weerhou (470). Regtens is 'n pasiënt verplig om sy eie skade te beperk en 'n geneesheer sal hom suksesvol op 'n verweer van medewerkende skuld aan die kant van die pasiënt kan beroep waar die pasiënt deur sy eie optrede of versuim skade of persoonlikheidsnadeel vir homself veroorsaak (471).

### 7 13 3 Verjaring

---

(467) Bappert 82 ev; Laufs & Uhlenbruck 418 ev; sien ook BGH 1980 NJW 633; OLG Köln 1978 NJW 1690 ('n geval van wondinfeksie na 'n operasie).

(468) Laufs & Uhlenbruck 418-419.

(469) Laufs & Uhlenbruck 419 426; sien ook BGH 1978 NJW 1206; BGH 1982 NJW 2121.

(470) Bappert 84: "Der Patient muss bei der Diagnose mitwirken und der Arzt hat ihm durch geeignete Fragen und angepasstes Verhalten diese Mitwirkung zu ermöglichen"; Giesen Arzthaftungsrecht 141: "So kann ausnahmeweise ein Mitverschulden des Patienten (par 254 BGB) vorliegen, wenn beim Arzt ein Falsches Bild über die Informationsbedürftigkeit durch dessen aktives Auftreten entstanden ist und der Arzt deshalb nicht weitergehend aufgeklärt hat"; Laufs & Uhlenbruck 425; sien ook BGH 1979 NJW 1933; dit is duidelik volgens die literatuur dat daar nie net 'n inligtingsplig op 'n geneesheer rus om die pasiënt behoorlik in te lig (soos hierbo bespreek) nie, maar dat daar ook 'n inligtingsplig op 'n pasiënt rus om 'n geneesheer behoorlik in te lig - in hierdie verband ken die Duitse reg die begrip "Aufklärungspflicht des Patienten".

(471) Bappert 82: "Ein Mitverschulden kann im Behandlungsfehlerfall den Schadensersatzanspruch des Patienten mindern oder aufheben ... Dem Schädiger wiederum soll die volle Entschädigungspflicht insoweit erspart bleiben, als die Erschwerung der Schadensvermeidung in den Verantwortungsbereich des Geschädigten fällt"; Laufs & Uhlenbruck 421: "Ein weiterer Aspekt der Mitwirkungs -und Duldungspflicht des Patienten ist die Schadensverminderungspflicht. Nach par 254 BGB ist der Geschädigte verpflichtet, alles zu tun, um den Schaden in Grenzen zu halten oder zu verringern"; sien ook BGHZ 1953 NJW 1089; OLG Oldenburg 1978 NJW 1200.

'n Pasiënt-eiser se aksie om skadevergoeding van 'n geneesheer op grond van mediese nalatigheid te eis moet binne 'n voorgeskrewe periode ingestel word ten einde die verweer van verjaring te stuit. Verjaring as verweer bied aan die geneesheer-verweerder die geleentheid om proses-regtelik van sy aanspreeklikheid teenoor die pasiënt-eiser onthef te word. Privaatregtelik geld die reël ingevolge paragraaf 852 BGB dat 'n eis om skadevergoeding binne 'n periode van 3 jaar ingestel moet word ten einde verjaring te stuit. Die periode van 3 jaar word bereken vanaf die tydstip waarop die pasiënt bewus geword het van skade of persoonlikheidsnadeel wat hy as gevolg van die geneesheer se nalatigheid gely het (472). Strafregtelik (ingevolge paragraaf 781 StGB) is die algemene verjaringstydperk vir nalatige liggaamskending en die veroorsaking van dood (ingevolge paragrawe 233 en 230 StGB) 5 jaar. Die verjaringstermyn word bereken vanaf die tydstip wat die strafregtelike handeling of daad begaan is (473).

---

(472) Die verjaringstermyn wat hier ter sprake is vind aanwending ten opsigte van deliktuele aanspreeklikheid van geneeshere ingevolge paragraaf 823 BGB; sien Bappert 107 108: "Die Verjährung nach par 852 BGB geht von der Tatsache der Kenntnis von Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen aus"; Laufs & Uhlenbruck 663 ev 689; BGH 1983 NJW 2075; BGH 1989 NJW 2323.  
(473) Bappert 108.

## 8 Samevatting

Hierdie hoofstuk behels 'n ondersoek na die professionele nalatigheid van die geneesheer in die privaatreg en strafreg van Suid-Afrika, Engeland, die VSA en Duitsland. Ter aanvang is die betekenis en inhoud van die begrip "professionalisme" ondersoek en bespreek. In die breë gesien, dui professionalisme op die besondere kennis en ervaring wat vir die beoefening van 'n bepaalde beroep vereis word. In die mediese praktyk dui dié begrip op 'n norm wat nagestreef moet word met verwysing na 'n gedragskode waaraan die geneesheer se optrede voortdurend gemeet moet word. 'n Geneesheer wat nalatig optree, se optrede is dan ook in wese onprofessioneel.

Hierna is 'n historiese gevallestudie van mediese nalatigheid in die antieke tydperk (met verwysing na antieke Egipte, Griekeland en Mesopotamië), die Romeinse reg, die tydperk ná die Romeinse ryk en in die Romeins-Hollandse reg, gemaak. In antieke Egipte is die voorkoms van siektes by mense toegeskryf aan die oortredings wat teenoor die gode gepleeg is. Die geneeskunde is deur die priesters beoefen en waar 'n pasiënt as gevolg van die toepassing van onortodokse geneeskundige metodes gesterf het, is die geneesheer die doodstraf opgelê. In Mesopotamië was die beoefening van die geneeskunde eweneens in die hande van die priesters. Hier het die Kode van Hammurabi spesifieke strafbepalings vir gevalle van mediese wanpraktyk neergelê. So is bepaal dat 'n geneesheer se hande afgekap moes word waar 'n pasiënt gesterf

het of die gebruik van sy oë verloor het as gevolg van 'n operasie wat nalatig deur die geneesheer uitgevoer is. Die beoefening van die mediese wetenskap in antieke Griekeland was nie langer aan bo-natuurlike verskynsels gekoppel nie, maar is vanuit 'n rasionele, naturalistiese en wetenskaplike beskouing benader. Dit was veral die filosofie en die werke van Hippokrates wat 'n fundamentele invloed op die ontwikkeling van die mediese wetenskap gehad het. Getrou aan die filosofie van dié tydperk, was die mediese professie in klassieke Griekeland redelik vry in die beoefening van die mediese praktyk, en is geneeshere slegs vervolgd indien pasiënte as gevolg van opsetlike mishandeling gesterf het.

In die Romeinse ryk is daar op die gebied van die mediese wetenskap relatief min vordering gemaak. Geneeshere is nie met respek bejêen nie en die Romeine het tot op groot hoogte van die dienste van Griekse geneeshere gebruik gemaak. Mediese wanpraktyk het in hoofsaak drie verskyningsvorme aangeneem, naamlik, opsetlike wanpraktyk, nalatige wanpraktyk en onkundige wanpraktyk. Voorbeelde van die omvang en inhoud van mediese aanspreeklikheid kan gevind word in die Lex Cornelia, Paulus se Sententiae, die tekste van Ulpianus, Gaius en Justinianus se Institutiones. Die nalatigheid van geneeshere is ook aan die hand van die impertia culpa adnumeratur-reël beoordeel. Hiervolgens is onbedreweheid as skuld beskou. Die werking van die imperitia-reël is aan die hand van voorbeelde in die Digesta-titel Ad legem Aquiliam geïllustreer: Waar 'n geneesheer 'n operasie op 'n onbedrewe wyse op 'n slaaf uitgevoer het,

of verkeerde medikasie aan hom toegedien het en die slaaf daardeur gedood of beseer is, was die geneesheer ingevolge die Lex Aquilia aanspreeklik om skadevergoeding te betaal. Die bewys van mediese nalatigheid in die Romeinse reg is egter problematies aangesien die beskikbare bronne nie werklik daarvan melding maak nie. Daar kan egter aanvaar word dat mediese nalatigheid in baie gevalle aan die hand van die stelreël res ipsa loquitur bewys is.

Na die val van die Romeinse ryk en die daaropvolgende Germaanse volksverhuisings het die universele gelding van die Romeinse reg tot 'n einde gekom. In hierdie periode is daar hoofsaaklik op die wetgewing (Leges Barbarorum) van die Oos-Gotiese ryk, die Wes-Gotiese ryk en die Boergondiese ryk gesteun, welke wetgewing die aanspreeklikheid van geneeshere gereël het. In die Feodale tydperk is daar ook streng opgetree teen geneeshere wat hulle aan wanpraktyk skuldig gemaak het.

In die Romeins-Hollandse reg het die imperitia-reël ook toepassing gevind in gevalle waar die onkundige optrede van 'n geneesheer beoordeel is. Dié reël is verder in die praktyk uitgebrei tot selfs die nie-tradisionele toepassingsgebiede en is volgens De Groot nie strydig met die fundamentele beginsels wat die nalatigheidsbegrip beheers nie. Ook Vinnius, Huber, Noodt en veral Voet bespreek die aanspreeklikheid van geneeshere. Dit blyk dan ook dat beleidsoorwegings en die morele oortuigings van die gemeenskap 'n definitiewe rol gespeel het by die vraag na die

deliktuele en strafregtelike aanspreeklikheid van medici.

Daar moet beklemtoon word dat die voorkoms van mediese nalatigheid nie net 'n historiese verskynsel is nie, maar inderdaad vandag wêreldwyd 'n voldonge feit is. Dit is duidelik dat mediese nalatigheid en, meer spesifiek, die gevolge daarvan sedert die vroegste tye tot en met die hede regtens dramaties verander het. Hoewel die mens in wese nog dieselfde gebly het, het die mediese wetenskap en tegnologie met rasse skrede ontwikkel; in so 'n mate dat die reg nie altyd daarmee rekening gehou het nie.

By die beoordeling mediese nalatigheid in die Suid-Afrikaanse reg word vereis dat 'n geneesheer se optrede aan die hand van die "redelike geneesheer" in dieselfde omstandighede beoordeel moet word. Dié algemene beginsel is onomwonde neergelê in die vroegste regspraak en sonder uitsondering bevestig en toegepas in latere regspraak betreffende mediese nalatigheid. Gebrek aan vaardigheid, opleiding, kennis en ervaring aan die kant van geneesheer word deur die howe, in navolging van die Romeinsregtelike leerstuk van imperitia culpa adnumeratur, aan nalatigheid gelykgestel. Die imperitia-reël is veral van toepassing in gevalle waar 'n geneesheer hom besig hou met 'n gespesialiseerde mediese aktiwiteit terwyl hy daarvan bewus is dat hy nie oor die nodige ervaring, vaardigheid, kennis en opleiding beskik nie. Die kennis, ervaring en vaardigheid wat van regsweë van 'n algemene praktisyn veries word, is nie dieselfde as dié wat van 'n spesialis geverg word nie. Ten



aansien van 'n spesialis sal 'n hoër graad van sorgsaamheid vereis word as van 'n algemene praktisyn. Waar 'n algemene praktisyn voorgee om 'n mediese spesialis te wees of die werk van 'n spesialis onderneem wel wetende dat hy nie oor die nodige ervaring, kennis en vaardigheid beskik nie, sal sy optrede vir doeleindes van die beoordeling van mediese nalatigheid beoordeel word aan dié van die redelike spesialis.

By die vraag of die plek ("locality") waar die geneesheer praktiseer, relevant is wanneer sy aanspreeklikheid in gevalle van nalatigheid beoordeel word, het die hofe herhaaldelik beslis dat die "locality rule" nie toepassing vind nie op grond van die eenvormigheid van mediese opleiding in die algemeen, die snelle voortuitgang op die gebied van mediese kommunikasie en die beskikbaarheid van inligting. Hierdie standpunt word dan ook deur die meeste skrywers gehuldig. Daar word egter aan die hand gedoen dat die "locality rule" in die praktyk niks anders is nie as 'n "besondere omstandigheid" wat in aanmerking geneem behoort te word by die beoordeling van mediese nalatigheid. Die plek waar die geneesheer praktiseer, is wel 'n faktor wat in aanmerking geneem moet word in gevalle van mediese wanpraktyk, tot tyd en wyl daar met veiligheid aanvaar kan word dat die mediese fasiliteite en toerusting in Suid-Afrika algemeen toeganklik en vrylik beskikbaar is, ongeag of die geneesheer in die stad of op die platteland praktiseer.

Van 'n geneesheer word regtens vereis om redelike sorgsaamheid, kennis en ervaring wat van die deursnee

algemene praktisyn verwag kan word, aan die dag te lê. Hierdie beginsel is die maatstaf waaraan mediese nalatigheid getoets word. Die standaard van deskundigheid word as "redelik" beskryf omdat daar nie gewerk word met die hoogste mate van deskundigheid in die mediese professie nie, maar met die algemene en gemiddelde vlak van deskundigheid wat in die mediese praktyk toepassing vind. Die toets vir nalatigheid is dieselfde in siviele en strafsake. Die graad van nalatigheid aan die kant van 'n geneesheer speel geen rol by die bepaling van sy strafregtelike of sivielregtelike aanspreeklikheid nie, maar dit kan wel 'n invloed op die toekenning van skadevergoeding of straftoemeting hê. Strafbare manslag is die enigste gemeenregtelike misdryf waarvoor nalatigheid as skuldvorm voldoende is, en is dit die enigste misdryf waaraan 'n nalatige geneesheer skuldig bevind kan word.

Die howe het telkens die algemene beginsel bevestig dat die graad van vaardigheid, deskundigheid en ervaring wat van regsweê van die mediese praktisyn vereis word, afhanklik gestel of beïnvloed word deur die omstandighede van elke geval.

In gevalle waar daar verskillende gedagterigtings in die mediese professie oor die toepassing van sekere terapeutiese en diagnostiese tegnieke en/of ander behandeling gehuldig word, word daardie gedagterigting wat die algemeenste aanvaar word of as die gebruiklikste gedagterigting beskou word, as deurslaggewend beskou by die

beoordeling van die geneesheer se professionele aanspreeklikheid. Die toets vir professionele nalatigheid bly steeds dié van die "redelike geneesheer". Verskillende en teenstrydige gedagterigtings in die mediese praktyk is egter 'n algemene verskynsel en die navolging en toepassing van een daarvan bó die ander beteken nie noodwendig dat 'n geneesheer se optrede nalatig is nie. Solank sodanige gedagterigting binne die mediese praktyk verantwoordbaar is en as redelik beskou kan word. Daar word aan die hand gedoen dat die erkenning van verskillende gedagterigtings nie rigied deur die howe toegepas behoort te word by die beoordeling van professionele aanspreeklikheid van die geneesheer waar 'n prosedure of tegniek angewend is wat nie in ooreenstemming met die gebruikelike praktyk is nie. 'n Rigiede toepassing van die algemene beginsel sal 'n inhiberende invloed hê op die effektiewe aanwending en toepassing van nuwe mediese prosedures wat noodwendig eksperimenteel van aard mag wees en moontlike nadelige gevolge vir 'n pasiënt kan inhou.

Die beginsel van middellike aanspreeklikheid kom ter sprake by die beoordeling van die geneesheer se aanspreeklikheid vir die nalatige handeling van verpleegsters en ander assistente, asook die aanspreeklikheid van 'n hospitaalowerheid vir die nalatigheid van geneeshere en ander hospitaalpersoneel in diens van sodanige owerheid. Middellike aanspreeklikheid vind toepassing in die strafreg en die deliktereg. Daar is gewys op die strafregtelike aanspreeklikheid van regspersone vir die handeling van hulle direkteure en dienaars wat statutêr gereël word deur Artikel 332 van die Strafproseswet.

Ingevolge dié artikel kan regs persone en lede van verenigings vervolg word vir die handeling en/of versuim van direkteure of dienaars wat in hulle diens is. Daar word dan aan die hand gedoen dat mediese verenigings en hospitaalowerhede in terme van hierdie artikel middellik aanspreeklik gehou kan word vir die nalatige optrede van geneeshere in hulle diens. In die mediese praktyk het die houe beslis dat 'n geneesheer nie aanspreeklik is vir die nalatige optrede van verpleegpersoneel onder sy beheer nie, aangesien die leerstuk van respondeat superior nie toepassing vind waar verpleegpersoneel hulle dienste as onafhanklike kontrakteurs verrig nie. Waar twee verskillende spesialiste dieselfde operasie onderneem, is die een nie verantwoordelik vir die nalatige optrede van die ander nie. Voorts geld die algemene beginsel nou (na aanvanklike botsende hofuitsprake) dat 'n hospitaal (of dan 'n werkgewer in die breë gesien) middellik aanspreeklik gehou kan word vir die nalatige optrede van medici en ander personeel in die hospitaalowerheid se diens, ongeag van die feit of sodanige nalatige optrede voortspruit uit professionele of administratiewe dienste wat verrig is.

Daar is ook gewys op die moontlike verwere teen mediese nalatigheid. In hierdie verband is noodsituasies, toestemming, bydraende nalatigheid van pasiënte, afstanddoening van verhaalsreg van skadevergoeding en verjaring bespreek.

In Engeland en die VSA word die bestaan van professionele mediese nalatigheid in die privaatreë afhanklik gestel aan die

verbreking van 'n regsplig ("duty to take care") deur die geneesheer teenoor die pasiënt. Ten einde strafregtelik aanspreeklik te wees in die Engelse en die Amerikaanse reg sal daar 'n growwe oorskryding moet wees van die algemene objektiewe standaard wat van regsweë van medici vereis word. Die toets vir mediese nalatigheid in dié twee stelsels is dan ook in beginsel objektief, naamlik dié van "die redelike algemene praktisyn in dieselfde omstandighede". 'n Hoër graad van mediese bedrewenheid, kennis en sorg sal van 'n mediese spesialis vereis word as van 'n algemene praktisyn. Die toets vir mediese nalatigheid in die Engelse en Amerikaanse privaatreë is dieselfde as in die Engelse en Amerikaanse strafreg; net ten aansien van die bewyslas is daar 'n verskil. In beide dié regstelsels vind die Romeinsregtelike stelreël imperitia culpa adnumeratur ook toepassing, en word gebrek aan vaardigheid, opleiding, kennis en ervaring aan die kant van medici aan nalatigheid gelykgestel.

Eie aan die Engelse reg is gevalle wat in die mediese praktyk as sogenaamde "misadventure" bekend staan. Dié begrip vind toepassing waar 'n pasiënt as gevolg van mediese behandeling of 'n chirurgiese ingreep beseer word, of selfs sterf, nie vanweë die nalatigheid van die geneesheer nie, maar vanweë die inherente risiko verbonde aan die spesifieke behandeling of operasie. "Misadventure" is dan ook 'n verweer wat deur 'n geneesheer teen nalatigheid geopper kan word. 'n Blote oordeelsfout aan die kant van die geneesheer sal ook nie as nalatigheid beskou word nie.

In beide die Engelse en die Amerikaanse reg word die beginsel erken en toegepas dat geneeshere van die erkende en algemeen aanvaarde mediese praktyk kan afwyk, mits sodanige afwyking binne 'n bepaalde mediese denkrigting ("school of thought") verantwoordbaar is, selfs al word só 'n denkrigting deur 'n minderheid van medici aanvaar.

Alhoewel die sogenaamde "locality rule" nie werklik in die Engelse reg toegepas word nie, het dié reël in die Amerikaanse reg besondere aandag geniet. Alhoewel dié reël aanvanklik in die meeste state van Amerika in gevalle van mediese nalatigheid toegepas is, het vooruitgang in die mediese wetenskap, die eenvormige opleiding van medici, groter mobiliteit op die mediese gebied en die meer effektiewe geografiese verspreiding van mediese kennis in die professie, daartoe bygedra dat die reël nie meer effektief toegepas word nie. Die reël speel wel nog 'n rol by die beoordeling van nalatigheid, veral in die geval van noodsituasies, maar behoort op sigself geen aanduiding te wees van die bestaan of afwesigheid van mediese nalatigheid nie.

Wat middellike aanspreeklikheid betref, word in die Engelse reg erkenning gegee aan die beginsel dat 'n hospitaalowerheid wel aanspreeklik gehou kan word vir die professionele nalatigheid van personeel in sy diens. Geneeshere is in die reël aanspreeklik vir die nalatigheid van assistente wat deur hulle in diens geneem is, maar nie vir die nalatigheid van verpleegsters of ander geneeshere wat in diens van die hospitaal is nie.

In die Amerikaanse reg kan 'n hospitaalowerheid aanspreeklik gehou word vir die nalatige optrede van sy werknemers op grond van die leerstuk van respondeat superior. Verder het die beginsel ontwikkel dat hospitale ook op grond van korporatiewe nalatigheid aanspreeklik kan wees vir die nalatige optrede van enige persoon wat binne die hospitaal professionele of administratiewe funksies verrig, ongeag of sodanige persoon 'n werknemer van die hospitaal is al dan nie. Daar word ook algemeen aanvaar dat 'n geneesheer wat in beheer is van 'n operasie wat uitgevoer word, aanspreeklik is vir die nalatige optrede van hospitaalpersoneel wat hom in hierdie verband bystaan. 'n Chirurg wat in beheer van 'n operasie staan, is egter nie verantwoordelik vir die nalatigheid van die narkotiseur wat hom bystaan nie. 'n Benadeelde pasiënt het egter steeds die keuse om op grond van die leerstuk van korporatiewe nalatigheid die hospitaal aanspreeklik te hou vir die nalatigheid van 'n geneesheer, of die hospitaalpersoneel wat onder sy direkte beheer en toesig staan.

In beide die Engelse en die Amerikaanse reg is verwere teen mediese nalatigheid bespreek. Die bekende verwere wat hier aangetref word is bydraende nalatigheid, toestemming tot benadeling, noodsituasies en verjaring.

In die Duitse reg word die begrip professionele "mediese nalatigheid" in verband gebring met die begrip "ärztliche Kunstfehler". Dié begrip dui op mediese beroepsfoute in die



algemeen en as sodanig word professionele mediese nalatigheid onder dié begrip tuisgebring. Daar word egter 'n duidelike onderskeid tussen mediese beroepsfoute in die algemeen en mediese nalatigheid getref. Mediese beroepsfoute dui op professionele mediese handeling terwyl nalatigheid 'n skuldvorm is. Die Duitse howe en skrywers verwys tans nie meer na mediese nalatigheid as "ärztliche Kunstfehler" nie, maar verkies om mediese nalatigheid onder die begrip "Behandlungsfehler" tuis te bring.

In die Duitse reg berus professionele mediese nalatigheid op paragraaf 823 BGB en paragrawe 222 en 230 StGB. Die begrip nalatigheid word nie in die StGB beskryf nie, maar wel in paragraaf 276 BGB. Ingevolge hierdie paragraaf sal 'n geneesheer nalatig wees waar hy nie met die nodige mediese sorgsaamheid wat in die algemeen van regswe<sup>8</sup> van die mediese professie vereis word, optree nie. Die standaard van die mediese bedrewenheid en sorgsaamheid wat van 'n geneesheer vereis word, is dié van die algemene redelike geneesheer wat hom in dieselfde omstandighede bevind met inagneming van die heersende mediese wetenskap. Die juridiese gedragsnorm wat van regswe<sup>8</sup> vereis word, is egter nie 'n rigiede maatstaf nie en word bepaal aan die hand van die besondere omstandighede van elke geval. In beginsel kan aanvaar word dat dieselfde formule wat vir mediese nalatigheid in die privaatreë toegepas word, ook in die strafreg geld. Ten einde te bepaal of 'n geneesheer onder bepaalde omstandighede nalatig was, word 'n objektiewe sowel as 'n subjektiewe toets toegepas; objektief waar

hy versuim het om aan die graad van mediese bedrewenheid en sorgsaamheid wat algemeen van die mediese professie vereis word, te voldoen, terwyl hy subjektief gesien wel oor die persoonlike kennis en mediese vaardighede beskik het om aan die vereiste standaard te voldoen. Die subjektiewe element van mediese nalatigheid word vasgestel met verwysing na die spesifieke vertakking of klas van die mediese professie waarvan die geneesheer 'n lid is, en word gewoonlik gelyktydig met die objektiewe regsplig wat van die geneesheer van regsweê vereis word, vasgestel. Van 'n mediese spesialis sal 'n hoër graad van mediese bedrewenheid en sorgsaamheid vereis word as van 'n algemene praktisyn.

In die Duitse reg kan mediese nalatigheid in die praktyk óf voortspruit uit aktiewe mediese behandeling, óf die versuim om sodanige mediese behandeling toe te pas. In hierdie verband word daar onderskei tussen onbewuste en bewuste nalatigheid. Bewuste nalatigheid behels gevalle waar 'n geneesheer bewustelik afwyk van die algemeen aanvaarde mediese praktyk, terwyl onbewuste nalatigheid weer daarin geleê is dat die geneesheer onwetend van die aanvaarde mediese norme afwyk. Alhoewel die Duitse privaatreë nie as 'n algemene reël verskillende grade van nalatigheid erken nie, word "growwe" en "ligte" nalatigheid wel in die Duitse strafreg erken. Waar 'n geneesheer die objektiewe standaard wat van medici van regsweê vereis word grof oorskry en die dood van 'n pasiënt veroorsaak, of ernstige liggaamlike nadeel of skade vir die pasiënt veroorsaak, sal hy vanweê sy growwe nalatigheid strafregtelik aanspreeklik gehou

word. Die graad van nalatigheid kan ook in die strafreg 'n invloed hê op die strafmaat en die bewyslas.

Verskillende en afwykende gedagterigtings binne die mediese praktyk vind ook by die beoordeling van mediese nalatigheid in die Duitse reg toepassing, maar van regsweê word daar eerder klem gelê op die algemene ervaring en norme van die mediese praktyk wat verantwoordbaar en volgens mediese deskundige opinie aanvaarbaar is. Verskillende gedagterigtings binne die mediese praktyk en die verantwoordbaarheid daarvan as aanvaarbare mediese standaard waaraan mediese nalatigheid getoets kan word, impliseer dat daar 'n plig op medici rus om op hoogte te bly van nuwe ontwikkelinge en behandelingstegnieke in die mediese professie, en om, waar nodig, sodanige behandelingstegnieke doeltreffend toe te pas. Dit is ook duidelik dat etiese oorwegings en bepalinge van professionele mediese gedragskodes 'n beduidende rol mag speel by die beoordeling van mediese nalatigheid.

Middellike aanspreeklikheid van hospitale vir die nalatige optrede van professionele hospitaalpersoneel word bepaal met verwysing na die beginsels van die Duitse kontraktereg en deliktereg. Hiervolgens is 'n hospitaal middellik aanspreeklik vir die nalatige optrede van sy professionele personeel. Middellike aanspreeklikheid van hospitale vir die nalatigheid van hul werknemers in die deliktereg word neergeleë in paragraaf 831 BGB wat onder andere bepaal dat 'n persoon of instansie wat 'n ander in diens neem, verplig is om

skadevergoeding aan 'n derde party wat deur sodanige werknemer op 'n onregmatige wyse benadeel is, te betaal. 'n Geneesheer kan egter ook self ingevolge die leerstuk van respondeat superior middellik aanspreeklik gehou word vir die nalatigheid van verpleegsters, teaterassistente en ander hulppersoneel. Waar 'n geneesheer lid is van 'n mediese span wat bestaan uit meerdere geneeshere, is hy nie aanspreeklik vir die nalatigheid van die ander lede van die mediese span nie.

In die Duitse reg het daar onlangs die neiging posgevat, in ooreenstemming met soortgelyke ontwikkeling in ander regstelsels, veral die Amerikaanse reg, om groter klem te lê op die direkte aanspreeklikheid van hospitale as korporatiewe entiteite vir die nalatige optrede van alle hospitaalpersoneel wat in diens van die hospitaal is en/of mediese beamptes wat dienste op die hospitaal se perseel verrig, selfs al is sodanige beamptes nie direk in diens van die hospitaal nie. Hierdie klemverskuiwing na korporatiewe aanspreeklikheid van hospitale spruit voort uit die veranderende beleidsoorwegings en persepsies dat hospitale as sentrale bestuursliggame verantwoordelik is vir die koördinering en beheer van die optrede van alle mediese personeel op die betrokke hospitaalperseel, en as sodanig aanspreeklik is vir die nalatige optrede van sodanige mediese personeel.

Ten slotte is toestemming, medewerkende skuld en verjaring as verwere teen mediese nalatigheid bespreek.

Dit wil voorkom of die omskrywing, inhoud, toets en

-305-

aanwending van mediese nalatigheid in die onderhawige  
regstelsels tot op groot hoogte ooreenstem en in beginsel  
dieselfde is.

### HOOFSTUK III

#### DIE BEWYS VAN MEDIESE NALATIGHEID

##### 1 Inleiding

In hierdie hoofstuk word die bewys van professionele mediese nalatigheid ondersoek. As algemene uitgangspunt kan aanvaar word dat die bewyslas om nalatigheid aan die kant van 'n geneesheer aan te toon op die pasiënt rus. Dit volg dat die eiser in siviele gedinge nie alleen sal moet bewys dat die geneesheer nalatig was nie, maar ook dat die skade of nadeel wat die pasiënt gely het aan sodanige nalatige handeling te wyte was. In strafsake moet die staat bewys dat die geneesheer nalatig was en dat die doodsveroorsaking van die pasiënt aan sodanige nalatige handeling te wyte was (1).

Voorgaande opmerkings ten aansien van die bewys van mediese nalatigheid in die privaatreë en die strafreg kan as algemeen geldend in die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse reg beskou word, onderhewig aan bepaalde "struktuurverskille" wat in dié verskillende regstelsels prosesregtelik toepassing vind (2). By die bespreking van die bewys van mediese nalatigheid in die onderskeie regstelsels moet die volgende basiese "struk-

---

(1) Sien die bespreking hierbo in hoofstuk 2; sien Claassen Verschoor Medical Negligence in South Africa (1992) 26; Hoffmann The South African Law of Evidence (1988) 495 ev; Schmidt Bewysreg (1989) 23 ev; Strauss & Strydom Die Suid-Afrikaanse Geneeskundige Reg (1967) 274 ev.

tuurverskille" in gedagte gehou word: In Suid-Afrika, Engeland en die VSA word daar in strafverhore 'n akkusatoriese stelsel toegepas. In hierdie verband speel die staatsaanklaer (vir die vervolging) en die regspraktisyns (vir die verdediging) 'n aktiewe rol tydens die strafverhoor en word daar sterk klem op die kruisondervraging van die beskuldigde en ander getuies gele. Die aanwesigheid van 'n jurie by strafverhore in Engeland en die VSA het ook 'n beduidende invloed op die verloop van die verrigtinge en die manier waarop getuienis aangebied word. In teenstelling hiermee, word daar in Duitsland 'n inkwisatoriese stelsel onder die aktiewe toesig van 'n regter toegepas, terwyl die staatsaanklaer en regspraktisyns 'n betreklik passiewe rol speel (3).

Vervolgings vanweë strafregtelike mediese nalatigheid word in die reël selde ingestel. In die Engelse, Amerikaanse en Duitse reg moet 'n geneesheer grof nalatig wees alvorens hy strafregtelik vervolgd sal word. By verre die meeste gevalle van mediese nalatigheid in die praktyk gee aanleiding tot die instel van privaatregtelike eise en dit is veral in die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse privaatreë dat die bewys van mediese nalatigheid van besondere belang is (4). Die tegnieke en bewysmaat-

---

(2) Giesen Arzthaftungsrecht-Medical Malpractice Law (1981) 259; Holder Medical Malpractice Law (1978) 56; Martin Law Relating to Medical Practice (1979) 451 ev.

(3) David & Brierly Major Legal Systems in the World Today (1978) 33; Van Zyl Beginnels van Regsvergelyking (1981) 148; in Suid-Afrika, Engeland en Amerika word 'n adversatiewe stelsel toegepas waarin die funksies van die regter, aanklaer en regspraktisyns streng afsonderlik gehou word.



stawwe wat in die onderskeie regstelsels aangewend word om mediese nalatigheid te bewys, is egter in die privaatreë dieselfde as in die strafreë.

Die spesifieke probleem met betrekking tot die bewyslas in gevalle van mediese nalatigheid vir die eiser of die staat, na gelang van geval, is die reël dat deskundige getuïenis van medici voorgelê behoort te word om bewerings van nalatigheid teen 'n geneesheer te staaf. In weerwil van die noodsaaklikheid van deskundige mediese getuïenis ten einde nalatigheid aan die kant van 'n geneesheer te bewys, moet dit egter beklemtoon word dat die bestaan, al dan nie, van mediese nalatigheid deur 'n hof vasgestel moet word (5).

Die bewering word dikwels gemaak dat dit in sekere gevalle moeilik is om deskundige mediese getuïes te vind wat bereid is om in gevalle van beweerde mediese nalatigheid ten gunste van die eiser of die staat teen 'n ander geneesheer te getuig; vandaar die aantyging dat daar 'n sogenaamde "conspiracy of silence" by medici te bespeur is (6). Hierdie aspek, asook die aard, omvang en effek van mediese deskundige getuïenis op die bewyslas, tesame met die tegnieke wat moontlik ten aansien van die "bewysprobleem" aangewend kan word, sal hier bespreek word (7).

---

(4) Ficarra Surgical and Allied Malpractice (1968) 5; Giesen Arzthaftungsrecht - Malpractice 259; Holder 65.

(5) Barlow "Medical Negligence Resulting in Death" 1948 THRHR 175.

(6) Belli Ready for the Plaintiff (1963) 91; Strauss

2 Suid-Afrika

2 1 Algemene bewysmaatstawwe

2 1 1 Siviele verrigtinge

In siviele verrigtinge kan dit as uitgangspunt aanvaar word dat die party wat 'n remedie aanvra, sy gronde daarvoor moet bewys; vandaar die reël, wie beweert, moet bewys. As die eiser nie sy saak op 'n oorwig van waarskynlikhede kan bewys nie, beslis die hof gewoonlik ten gunste van die verweerder (8). Berus die eiser se aksiegrond op 'n onregmatige daad moet hy die handeling wat sy subjektiewe reg skend, bewys, asook die skuldelement (die verweerder se opset of nalatigheid) en die aard en omvang van die skade of krenking (9). Waar die verweerder 'n spesifieke verweer opper, geld die algemene beginsel dat 'n verskoning of regverdiging vir andersins onregmatige optrede normaalweg as 'n "spesiale verweer" beskou sal word, sodat die bewyslas dan op die verweerder rus. Hiervolgens sal die bewyslas op die verweerder geplaas word ten opsigte van toestemming, bydraende nalatigheid en verjaring (10).

---

Doctor Patient and the Law (1991) 243 ev.

(7) Strauss "Geneesheer Pasiënt en Reg: 'n Delikate Driehoek" 1987 TSAR 1: "Gedurende die afgelope paar dekades het die geneeskundige reg in sommige van die Westerse nywerheidslande 'n soort 'groeynywerheid' geword".

(8) Schmidt 31; sien ook Hoffman & Zeffert 495 526; die hof kan natuurlik ook in sommige gevalle absolusie van die instansie gelas.

(9) Schmidt 38; sien ook Hoffmann & Zeffert 496; Botha v Van Niekerk 1947 (1) SA 699 (T); Matthews v Young 1922 AA 492.

Verder kan aanvaar word dat weerlegbare vermoedens wel 'n invloed kan hê op die bewyslas. Daar is twee vorms van weerlegbare vermoedens wat 'n hof kan beïnvloed om sekere afleidings en aannames te maak, naamlik feitelike vermoedens en regsvermoedens: In die geval van 'n feitelike vermoede word 'n aanname of afleiding gemaak as gevolg van 'n natuurlike denkproses, terwyl 'n regsvermoede die gevolg is van 'n regsreël wat die aanname of afleiding voorskryf (11). 'n Vermoede is van belang by die verskil tussen die bewyslas en die weerleggingslas, aangesien dit duidelik is dat aannames en afleidings wat deur 'n hof gemaak word, die prima facie-bewys van 'n feit in geskil kan voorsien en die weerleggingslas kan skep of verskuif, maar nie die ligging van die bewyslas behoort te raak nie. Die vermoede is dus 'n middel waarmee bewys voorsien word, maar dit is nie 'n faktor wat bepaal wie die onder-spit moet delf indien bewys nie voorsien word nie (12). Volgens die gerapporteerde regspraak is dit duidelik feitelike vermoedens die weerleggingslas raak, maar nie die bewyslas nie. Regsvermoedens raak wel gewoonlik die bewyslas (13).

---

(10) Schmidt 39; sien ook Hoffmann & Zeffert 511; Mabaso v Felix 1981 (3) SA 865 (A); sien ook Joubert v Combrinck 1980 (3) SA 680 (T).

(11) Schmidt 41 132; sien ook Hoffmann & Zeffert 530 ev.

(12) Schmidt 42.

(13) Ainsbury v Ainsbury 1929 AD 109; Vulcan Rubber Works (Pty) Ltd v SAR & H 1958 (3) SA 285 (A) 291; Schmidt 43: "Wat die feitelike vermoede betref, is dit nou duidelik dat dit as 'n blote afleiding beskou word wat 'n weerleggingslas plaas op die kant van die vermoede bestry, maar nie die egte bewyslas nie ... Wat die regsvermoede betref, is die neiging eerder om te aanvaar dat 'n volle bewyslas rus op die party wat die vermoede wil weerle".

Die feit dat een van die partye besondere kennis van 'n feit dra, verander nie die bewysmaatstawwe waarmee bewysmateriaal gemeet word nie en normaalweg ook nie die bewyslas nie. Die party wat uitsluitlik oor getuienis omtrent 'n feit beskik of besondere kennis daarvan dra, hoef daardie feit dus nie te bewys as die las volgens die gewone maatstawwe wat op sy teenstander sou rus nie (14). In die beslissing van Mabaso v Felix (15) het die hof egter besondere kennis beskou as een van die faktore wat die ligging van die bewyslas spesifiek in sake aangaande delikte teen die eiser se persoonlikheid of fisiese integriteit mag beïnvloed. Oor die algemeen word besondere kennis deur die hof beskou as 'n faktor wat die kwantum van getuienis wat van 'n party verwag word bepaal, maar nie die bewyslas as sodanig beïnvloed nie (16).

## 2 1 2 Strafregtelike verrigtinge

In strafsake dra die staat in beginsel die bewyslas om 'n beskuldigde se skuld bo redelike twyfel te bewys. Nóg die feit dat die beskuldigde oor besondere kennis beskik, nóg die feit dat die staat op 'n negatiewe feit steun, is voldoende rede om die bewyslas op die

---

(14) Schmidt 93; sien ook Hoffmann & Zeffert 511.

(15) supra 873E; sien Hoffmann & Zeffert 512; Schmidt 46.

(16) Gericke v Sack 1978 (1) SA 821 (A) 827: "The incidence of the burden of proof cannot be altered merely because the facts happen to be within the knowledge of the other party" (by monde van Diemont AR); sien ook Hoffmann & Zeffert 511 ev.

beskuldigde te plaas. Die strafreg ken ook nie die begrip "spesiale verweer" nie (17). Vermoedens kan ook in strafsake 'n rol speel, in dié sin dat aanvaar kan word dat 'n vermoede dieselfde uitwerking as prima facie-bewys het. Sodra prima facie-bewys gelewer word dat die beskuldigde die gewraakte handeling gepleeg het, word die staat begunstig deur die vermoede dat die beskuldigde toerekeningsvatbaar was toe hy die daad gepleeg het. Weliswaar rus daar nou 'n weerleggingslas op die beskuldigde, maar nie 'n bewyslas nie (18). Die staat moet nie alleen die handeling bewys nie, maar moet ook bewys dat die handeling die ingetrede gevolg, veroorsaak het. Verder rus die bewyslas ook op die staat om die wederregtelikheid van die handeling te bewys. Die staat moet dus die afwesigheid van verwere soos noodweer, noodtoestand, dwang en toestemming tot benadeling bewys. Wanneer die beskuldigde se skuld, hetsy dolus of culpa, op die spel is, dra die staat ook die bewyslas (19).

---

(17) Schmidt 51; sien ook S v Cronjé 1968 (1) SA 186 (O) 188-189.

(18) Schmidt 52; Hierdie vermoede wat teen die beskuldigde geld is in die lig van artikel 25 (3)(c) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993, kontensieus. Gemelde artikel bepaal dat elke beskuldigde in 'n strafverhoor die reg tot 'n billike verhoor het, wat onder andere die vermoede van onskuld en die reg tot stilswye verskans; vgl S v Shangase 1995 (1) SA 425 (D) waar bevind is dat die bewyslas wat statuter ingevolge artikel 219 van die Strafproseswet op 'n beskuldigde by die aflé van 'n bekentenis geplaas word, ongrondwetlik is omdat sodanige bewyslas strydig is met artikel 25 (3)(c) van die Grondwet; sien S v Zuma 1995 (4) BCLR 401 (A).

(19) Schmidt 52-57; Hoffmann & Zeffert 529. Verder kan aanvaar word dat die regterlike bewysmaatstaf (maw op 'n oorwig van waarskynlikhede) geld waar daar statuter of in die gemenerereg 'n bewyslas op die beskuldigde geplaas word - sien Ex parte Minister Justisie: In re R v Jacobson en Levy 1931 AD 466; R v Kaukakani 1947 (2) SA 807 (A). Die

### 2 1 3 Geregtelike doodsondersoeke

Die bewys van mediese nalatigheid is ook van belang by geregtelike doodsondersoeke. Waar 'n pasiënt vanweë onnatuurlike oorsake gesterf het (veral by die sogenaamde "narkosedood") en die nalatigheid dan aan die kant van die geneesheer wat moontlik die sterfte veroorsaak het, ondersoek moet word, is die geregtelike doodsondersoek dikwels die voorloper van 'n latere strafregtelike vervolging teen die geneesheer (20). 'n Geregtelike doodsondersoek word gehou om regsonsekerheid uit die weg te ruim, en aangesien die regte van belanghebbendes hierdeur geraak word, word daar van die voorsittende landdros verwag om sy diskresie regterlik uit te oefen (21). Hoewel die prosedure by geregtelike doodsondersoeke soms informeel is, word 'n besondere verhoorprosedure toegepas (22). Daar moet egter beklemtoon word dat 'n geregtelike doodsondersoek nie as 'n strafregtelike verrigting aangestip kan word nie (23).

---

voorafgaande bespreking van basiese reëls van die bewysreg wat tydens strafregtelike verrigtinge aanwending vind, is relevant by die bewys van mediese nalatigheid, aangesien die geneesheer wat strafregtelik vir beweerde nalatigheid vervolgd word, by sy verdediging aan hierdie reëls gebonde is. Regsvermoedens speel in hierdie verband 'n belangrike rol aangesien die ligging van die bewyslas deur die aanwending daarvan mag verskuif. Dit is veral in die geval van res ipsa loquitur (wat verder in dié hoofstuk bespreek word), dat die algemene aanwending van die bewyslas by die bewys van mediese nalatigheid relevant is.

(20) Sien in die algemeen Strauss Doctor Patient and the Law 436; LAWSA Vol 21 5 ev; sien byvoorbeeld artikel 56 van die Wet op Geneeshere en Tandartse en Aanvullende Gesondheidsberoepe van 1974 waar 'n sterfte onder narkose nie as 'n sterfgeval weens natuurlike oorsake beskou word

Die instel van geregtelike doodsondersoeke word statutêr gereël. In terme van artikel 16 (2) van die Wet op Geregtelike Doodsondersoeke (24) moet die landdros wat die geregtelike doodsondersoek waarneem, met betrekking tot die ondersoek 'n bevinding aanteken -

- (a) omtrent die identiteit van die oorledene;
- (b) omtrent die oorsaak of waarskynlike oorsaak van die dood;
- (c) omtrent die datum van die sterfgeval;
- (d) of die dood veroorsaak is deur 'n handeling of versuim

nie.

(21) Claassens & Ander v Landdros Bloemfontein 1964 (4) SA 4 (O) 10D; Timol & Another v Magistrate Johannesburg 1972 (2) SA 281 (T) 287H-288A: "For the administration of justice to be complete and to install confidence, it is necessary that amongst other things, there should be an official investigation in every case where a person has died of unnatural causes, and the result of such an investigation should be known. Therefore the Inquest Act provides that if there is reason to believe that a death has occurred, that such death was not due to natural causes and that it was not followed by the institution of criminal proceedings, there should be an inquest as to the circumstances of the death"; sien Wessels & Others v Additional Magistrate Johannesburg 1983 (1) SA 530 (T) 532 E-G; S v Ramaligela 1983 (2) SA 424 (V) 430D.

(22) 'n Geregtelike doodsondersoek is hoofsaaklik inkwisitories van aard en word deur die landdros gelei. Daar dien geen geskilpunte voor die landdros nie en as sodanig verskyn daar ook nie verskillende partye voor die landdros nie, en word daar ook nie gepoog om 'n saak teen iemand te bewys nie. Van belang is die feit dat getuies voor 'n geregtelike doodsondersoek nie verplig kan word om selfinkriminerende vrae te beantwoord nie, en dat daar verder 'n plig op die landdros rus om getuies voor die aflegging van hulle getuienis te waarsku dat hulle nie verplig is om selfinkriminerende vrae te antwoord nie - sien Magmoed v Janse van Rensburg and Others 1991 SASV 185 (K).

(23) In re Mjoli 1994 (2) SA 815 (T); sien Wessels v Additional Magistrate supra 533 C-D; S v Ramaligela supra 429 G.

(24) 58 van 1959.



wat prima facie 'n misdryf aan die kant van iemand insluit of uitmaak.

Kragtens artikel 16 (3) van die gemelde wet moet die landdros, indien hy nie in staat is om enige van sodanige bevinding aan te teken nie, die feit boekstaaf. Nodeloos om te sê, is die bevinding wat in terme van subartikel 16 (2)(d) aangeteken moet word, van besondere belang by die vasstelling van mediese nalatigheid en in hierdie verband speel die bewys van mediese nalatigheid 'n belangrike rol. Die hof moet beoordeel of die oorledene se dood veroorsaak is deur 'n handeling of versuim aan die kant van die geneesheer wat die betrokke geval hanteer het, welke handeling of versuim dan prima facie 'n misdryf uitmaak. Dit volg dus dat die hof moet beoordeel of daar voldoende getuienis is wat daarop dui dat die betrokke geneesheer op 'n oorwig van waarskynlikhede aan 'n misdryf skuldig is (25). Die enigste misdryf wat hier ter sprake is, is strafbare manslag. Al die elemente van hierdie misdryf sal dus op die getuienis voor die hof bewys moet word. Regtens word vereis dat daar 'n kousale verband tussen die nalatige wederregtelike handeling en die gevolg moet wees, naamlik die dood. Indien die kousale verband ontbreek, kan daar nie 'n bevinding teen die geneesheer gemaak word nie (26).

---

(25) Alhoewel daar in 'n geregtelike doodsondersoek nie gepoog word om 'n saak teen enige persoon te bewys nie, moet aanvaar word dat die landdros op 'n oorwig van waarskynlikhede moet beslis of die oorledene se dood veroorsaak is deur 'n handeling of versuim aan die kant van die geneesheer - Claassens v Landdros Bloemfontein supra 11 D; die Wysigingswet op Geregtelike

Mediese nalatigheid word gewoonlik bewys deur middel van deskundige mediese getuies wat aanvoer dat die aangeklaagde geneesheer (in strafsake) of die geneesheerverweerder (in siviele sake) se behandeling van 'n pasiënt onaanvaarbaar en nie in ooreenstemming met die aanvaarde algemene redelike mediese praktyk was nie (27). Die verhoorprosedure by 'n geregtelike doodsondersoek is egter anders as in straf- en siviele verhore in die sin dat deskundige mediese getuies nie in die reël gedagvaar word om te getuig om die aanwesigheid of afwesigheid van mediese nalatigheid te bewys of weerlê nie. Ingevolge artikel 13 van die Wet op Geregtelike Doodsondersoeke het die voorsittende landdros by 'n geregtelike doodsondersoek 'n diskresie om in belang van geregtigheid 'n beëdigde verklaring van enige persoon in verband met die sterfgeval ten opsigte waarvan 'n geregtelike doodsondersoek ingestel is, toe te laat, en kan die landdros die persoon wat sodanige verklaring afgelê het laat dagvaar om mondelinge getuienis by die ondersoek af te lê (28). In die praktyk het artikel 13 die implikasie dat indien 'n geneesheer gedagvaar word om in 'n geregtelike

---

Doodsondersoeke 8 van 1991 het juis ten aansien van die bevinding in artikel 16 (2) (d) die woorde "prima facie" ingebring wat aanduidend is van 'n "bewyslas" op 'n oorwig van waarskynlikhede. Die landdros moet in sy bevinding tevrede wees dat die getuienis voor die hof op 'n oorwig van waarskynlikhede daarop dui dat die dood van die oorledene wel veroorsaak is deur 'n handeling of versuim aan die kant van die geneesheer.

(26) Ingevolge die algemene beginsels van oorsaaklikheid soos uiteengesit in Minister van Polisie v Skosana 1977 (1) SA 31 (A) 43; S v Daniels 1983 (3) SA 275 (A) 325 (A); S v Van As 1967 (4) SA 594 (A).

doodsondersoek te getuig, daar die wesenlike gevaar bestaan dat die voorsittende landdros wel 'n bevinding sou kon aanteken dat die pasiënt se dood veroorsaak is deur 'n handeling of versuim aan die kant van die betrokke geneesheer wat prima facie 'n misdryf uitmaak. Dit is gewoonlik dan gerade om die mening van 'n deskundige mediese getuie by wyse van 'n beëdigde verklaring voor die hof te kry, ten einde die aantekening van sodanige bevinding teen die betrokke geneesheer te vermy. In die beëdigde verklaring dui die mediese deskundige dan aan dat die betrokke geneesheer se optrede/behandeling in die omstandighede in ooreenstemming met die mediese praktyk was. Die indiening van sodanige beëdigde verklaring vind gewoonlik op versoek van die betrokke geneesheer se regsvertegenwoordiger plaas, wat dan 'n saak moet uitmaak dat sodanige verklaring in belang van geregtigheid wel deur die voorsittende landdros toegelaat behoort te word. Dit moet egter beklemtoon word dat die toelaat, al dan nie, van beëdigde verklaring op dié wyse in die uitsluitlike diskresie van die landdros berus. Dit behoef nouliks enige betoog dat beëdigde verklaring deur deskundige mediese getuies wat wel toegelaat word, nie noodwendig tot gevolg het dat 'n bevinding nie teen die betrokke geneesheer aangeteken word nie. Sodanige verklaring kan ook nie gebruik word om die landdros te manipuleer om nie 'n bevinding aan te teken nie. Daar moet steeds in gedagte gehou word dat alle getuies ingevolge artikel 11 van die wet onderwerp word aan ondervraging, dikwels intensiewe kruisondervraging, veral waar die familie van die

oorledene deur 'n regspraktisyn verteenwoordig word, wat gewoonlik dan juis ten doel het om aan te toon dat die dood van die oorledene wel veroorsaak is deur 'n handeling, of versuim, aan die kant van die geneesheer. 'n Deskundige mediese getuie sal ook sonder twyfel sy mening op wetenskaplik mediese gefundeerde gronde moet regverdig (29).

#### 2 1 4 Tugverhore van die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad

Die bewys van mediese nalatigheid kom ook pertinent ter sprake in verrigtinge voor 'n tugkomitee van die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad. Die Raad word beskou as die custos morum van die mediese professie; as sodanig het die Raad 'n plig om die prestige, status en waardigheid van die mediese professie te handhaaf. Hierdie plig geld nie net ten aansien van die mediese professie nie, maar ook teenoor die algemene

---

(27) Sien die volledige bespreking van deskundige mediese getuienis hieronder.

(28) Artikel 13 (1) en 13 (2) van Wet 58 van 1959; sien Gordon Turner & Price Medical Jurisprudence (1953) 333-334; LAWSA Vol 21 8; Timol v Magistrate Johannesburg supra 291; Wessels v Additional Magistrate Johannesburg supra 532-533; S v Ramaligela supra 429. Daar dien daarop gelet te word dat getuies in geregtelike doodsondersoeke, ander as in strafverhore, nie 'n reg tot stilsweye het nie en verplig is om te getuig; die verpligting om te getuig het die voorbehoud dat 'n getuie nie verplig is om inkriminerende vrae te beantwoord nie.

(29) Artikel 11 (2) bepaal: "Enig iemand anders wat die regterlike beampste oortuig dat hy 'n wesenlike en besondere belang in die uitslag van die ondersoek het, kan persoonlik of deur middel van 'n advokaat of prokureur die vrae wat die regterlike beampste toelaat, stel aan 'n getuie wat by die ondersoek getuienis aflê"; sien ook Strauss Doctor Patient and the Law 437; LAWSA Vol 21 9 ev.

publiek asook individuele mediese praktisyns (30). Die Raad is 'n kwasi-judisiële liggaam wat ten opsigte van geneeshere aldaar geregistreer oor ingrypende magte en bevoegdhede beskik, veral in gevalle waar dit beweer word dat 'n geneesheer hom aan onprofessionele gedrag skuldig gemaak het (31). Sodanige magte en bevoegdhede moet egter uitgeoefen word binne die riglyne wat deur die jare deur die Suid-Afrikaanse howe neergelê is. Een van die vernaamste riglyne, in hierdie verband, is dat 'n tugkomitee wat ondersoek instel na die beweerde onprofessionele gedrag van 'n geneesheer eerstens 'n bevinding moet maak op die feite, en daarna moet oorweeg of sodanige feite 'n skuldigbevinding regverdig (32).

Wanneer 'n tugkomitee van die Mediese Raad daaraan oorweging moet skenk of die feite voor die komitee 'n

---

(30) Veriava v President South African Medical and Dental Council 1985 (2) 293 (T); Strauss Doctor Patient and the Law 369 ev; Taitz "The disciplinary powers of the South African Medical and Dental Council" 1988 Acta Juridica 40; daar moet natuurlik in gedagte gehou word dat mediese nalatigheid met verwysing na die begrippe "onbetaamlike en skandelige gedrag" hier ter sprake is.

(31) Die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad is 'n skepping van die wetgewer ingevolge Wet 56 van 1974 . Die Minister van Nasionale Gesondheid en Bevolkingsontwikkeling het kragtens artikel 61 (1)(r) van Wet 56 van 1974 regulasies uitgevaardig. Die gewysigde regulasies is gepubliseer in die Staatskoerant R 2303 gedateer 28 September 1990. Die prosedure wat by 'n tugondersoek gevolg word, word uiteengesit in regulasie 10 van die gemelde staatskoerant. In hierdie verband beteken 'n "tugondersoek", 'n ondersoek wat kragtens Hoofstuk IV van die gemelde wet en regulasies uitgevoer word deur die Raad, of 'n komitee van die Raad kragtens bevoegdhede wat deur die Raad aan hom gedelegeer is.

(32) De la Rouviere v South African Medical and Dental Council 1977 (1) SA 85 (N) 104G; South African Medical and Dental Council v Lipron 1949 (3) SA 277 (A); South African Medical and Dental Council v McLoughlin 1948 (2) SA 355 (A) 410.

skuldigbevinding regverdig, is sodanige komitee (en ook inderdaad die Raad) gebonde aan die algemene beginsels van die bewysreg. In die saak van McLoughlin v South African Medical and Dental Council beslis Ramsbottom R:

"The Medical Council and the disciplinary committee are bodies of a very different nature. They are entrusted with the most important duties; they have the power to compel the attendance of witnesses; evidence is given on oath and any person who gives false evidence on oath before the Council or the committee or who refuses to answer commits an offence; the parties have the right to counsel and witnesses are examined and cross-examined; a legal assessor may be appointed to advise on matters of law procedure and evidence ... In my opinion a body of this kind (the Medical Council) should be held more strictly to the rules of evidence and procedure than a body such as the council of clubs, trade unions and the like"(33).

Daar is verder 'n bewyslas op die pro-forma-klaer om die saak teen die respondent-geneesheer op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys (34). Die tugkomitee moet dus tevrede wees dat daar voldoende feite op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys is om die aanklag teen die respondent te staaf, en moet dan besluit of die aanklag aldus gestaaf, onbetaamlike of skandelijke gedrag uitmaak of gedrag wat, indien die geneesheer se beroep in aanmerking geneem word, onbetaamklik of skandelik is (35). Die bewyslas in 'n tugondersoek is dus "ligter" as in 'n strafregtelike verhoor. Die vervolging by 'n tugondersoek het dus die voordeel van 'n ondersoek met 'n strafregtelike karakter, maar met 'n ligter sivileregtelike bewyslas. Dit moet egter beklemtoon word dat die doelstellings van

---

(33) McLoughlin v South African Medical and Dental Council supra 395; Strauss Doctor Patient and the Law 373; Taitz 1988 Acta Juridica 51.

'n tugkomitee van die Mediese Raad verskil van die doelstellings van 'n algemene strafhof. Die klem by tugondersoek is sterk ten gunste van die belange van die mediese professie (36).

'n Tugkomitee van die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad is inderwaarheid 'n administratiewe tribunaal (weliswaar met 'n strafregtelike karakter) en derhalwe is die algemene beginsels van die administratiefreg daarop van toepassing. Die Mediese Raad en die tugkomitee is derhalwe nie net verplig om hulle statutêre verpligtinge na te kom nie, maar ook om die reëls van natuurlike geregtigheid, wat deel is van ons gemenerereg en Grondwet, toe te pas (37). In hierdie verband is dit spesifiek die bepalings van artikel 24 in Hoofstuk 3 van die Grondwet wat toepassing vind (38).

Dié artikel bepaal die volgende:

---

(34) De La Rouviere v SA Medical and Dental Council supra 104A-G; Taitz 1988 Acta Juridica 56.

(35) Taitz 1988 Acta Juridica 56: "The criterion to be adopted by the court is whether sufficient facts have been proven to support the charge. In other words, the evidence against the accused must have been such that the court could reasonably have arrived at the decision"; sien De La Rouviere v SA Medical and Dental Council supra 104 G; SA Medical and Dental Council v Lipron supra 283; SA Geneeskundige en Tandheelkundige Raad v Strauss 1991 (3) SA 203 (A).

(36) Taitz 1988 Acta Juridica 59 60: "In a medical, disciplinary hearing situation the 'peer' judges should seek to balance the interests of the medical profession as a whole, the individual members of the medical profession, the complainant, the accused practitioner and the society as a whole. The emphasis is accordingly strongly biased towards the interests of the medical profession".

(37) Dabner v SAR & H 1920 AD 583 598: "Certain elementary principles, speaking generally, they (the authority) must observe: They must hear the parties concerned; those parties must have due and proper opportunity of producing their evidence and stating their contentions, and the



Elke persoon het die reg -

- (a) op regsgeldige administratiewe optrede waar enige van sy of haar regte of belange geraak of bedreig word;
- (b) op prosedureel billike administratiewe optrede waar enige van sy of haar regte of regmatige verwagtings geraak of bedreig word;
- (c) om skriftelik van redes voorsien te word vir administratiewe optrede wat enige van sy of haar regte of belange raak, tensy die redes vir sodanige optrede openbaar gemaak is; en
- (d) op administratiewe optrede wat regverdigbaar is met betrekking tot die redes wat daarvoor gegee is, waar enige van sy of haar regte geraak of bedreig word.

Dit is veral artikel 24 (c) en (d) wat van belang mag wees by die evaluering van die bewys van nalatigheid voor 'n tugkomitee van die Mediese Raad. Ingevolge artikel 24 (c) is 'n tugkomitee verplig, anders as in die verlede, om

---

statutory duties imposed must be honestly and impartially discharged. These elementary principles must be regarded as being embodied in the Act and regulations ... running counter to them could not be upheld". In hierdie dictum van Innes HR word daar twee beginsels van natuurlike geregtigheid onderskei: Ten eerste is daar die reg tot 'n billike en 'n regverdige verhoor, en tweedens die reg om aangehoor te word; sien ook Baxter Administrative Law (1991) 563-597; Boulle Harris & Hoexter Constitutional and Administrative Law (1989) 61-87; Wiechers Administratiefreg (1985) 208-228. Grondwetlik word administratiewe geregtigheid nou gereël deur artikel 24 in Hoofstuk 3 van Wet 200 van 1993.  
(38) Vir 'n bespreking en kommentaar op artikel 24 sien Cachalia et al Fundamental Rights in the New Constitution (1994) 72 ev.

redes te voorsien vir sy beslissing. Ingevolge artikel 24 (d) moet die beslissing van die tugkomitee, spesifiek met verwysing na die feitebevinding en die strafoplegging, regverdigbaar wees met die redes wat daarvoor gegee is. In die praktyk sal dit noodwendig beteken dat die tugkomitee uitspraak sal moet lewer of die feitebevinding of vasstelling wat gemaak is; 'n bevinding van skandelige of onbetaamlike gedrag teen die betrokke geneesheer "bewys" of regverdig. Hierdie spesifieke bepalinge van artikel 24 sal tot gevolg hê dat 'n tugkomitee nie meer bevindings van skandelige en onbetaamlike gedrag "in die lug" kan maak nie, maar daadwerklik aandag sal moet skenk aan juridiese bewysmaatstawwe en bewysmateriaal. Begrippe soos redelikheid, regverdigbaarheid en proporsionaliteit wat onderliggend is aan die toepassing van administratiewe geregtigheid, sal ook met die bewys van mediese nalatigheid in verband gebring moet word<sup>(39)</sup>. In hierdie verband sal die juridiese oordeel van die regsassessor, wat aangestel word om die tugkomitee oor regsangeleenthede wat gedurende die verrigtinge mag ontstaan, te adviseer, van besondere belang wees. Indien die tugkomitee se bevinding nie regverdigbaar is met betrekking tot die redes wat daarvoor gegee is nie, sal die betrokke geneesheer in alle waarskynlikheid sodanige bevinding van die tugkomitee, by wyse van versoë, na die volle Mediese Raad of op hersiening na die Hooggeregshof suksesvol ter syde kan te laat stel (40).

---

(39) Cachalia et al 74: "Section 24 (d) introduces another innovation into our administrative law. It requires administrative action to be justifiable in relation to the

reasons given. It is submitted that this introduces the requirement that administrative decisions must be rational, coherent and capable of being reasonably sustained having due regard to the reasons for such decisions. In short, there must be a rational link between the decisions and the reasons given therefor"; sien ook Burns "Administrative Justice" 1994 SA Public Law 347 352; De Ville "Proportionality as a Requirement of Legality in Administrative Law in Terms of the New Constitution" 1994 SA Public Law 360 371; vgl Carpenter "Administratiewe Geregtigheid - Meer Vrae as Antwoorde" 1994 THRHR 467. In essensie verskans artikel 24 die beginsels van natuurlike geregtigheid en billikheid - beginsels wat in die Amerikaanse reg as "due process" bekend staan. Hiervolgens bestaan fundamentele geregtigheid nie uit 'n geslote getal basiese regte nie. In die saak van S v Davids; S v Dladla 1989 (4) SA 172 (N) verwys Didcott R met goedkeuring na die Amerikaanse saak van Wolf v Colorado (1949) 338 US 25 waar daar na "due process" soos volg verwys word: "Representing as it does a living principle, due process is not confined within a permanent catalogue of what may at a given time be deemed the limits or the essentials of fundamental rights. To rely on a tidy formula for the easy determination of what is a fundamental right for purposes of legal enforcement may satisfy a longing for certainty, but ignores the movements of free society. It belittles the scale of the conception of due process. The real clue to the problem confronting the judiciary in the application of the due process is not to ask where the line is once and for all to be drawn, but to recognise that it is for the Court to draw it by gradual and empiric process of inclusion and exclusion" - daar word aan die hand gedoen dat tugkomitees van die Mediese Raad ook gebonde is om die beginsels van "due process" tydens tugsake toe te pas. Só is beslis in die saak van SA Geneeskundige en Tandheelkundige Raad v Strauss supra 204 dat 'n tugkomitee nie bloot 'n rubberstempel is nie en 'n onafhanklike diskresie moet uitoefen. Hierdie diskresie moet uitgeoefen word met verwysing na die algemene beginsels van die bewysreg, spesifiek die bewyslas, bewysmaatstawwe en bewysmateriaal.

(40) Ingevolge Regulasie 15 (1) kan die Mediese Raad die aanbevelings van 'n tugkomitee wysig of bekragtig of kan weier om dit te bekragtig, of kan die saak na die tugkomitee verwys vir verdere oorweging en verslagdoening: Alvorens die Mediese Raad optree in terme van Regulasie 15(1) mag die geneesheer-respondent ingevolge Regulasie 10 (5)(g) vertoë by wyse van 'n skriftelike memorandum tot die Raad rig ten aansien van die uitoefening van die Raad se diskresie. In verband met hersiening sien Strauss Doctor Patient and the Law 375; Taitz 1988 Acta Juridica 58; Taitz "Review of the Disciplinary Proceedings of the Medical and Dental Council" 1988 SALJ 25; Meyer v SA Medical and Dental Council 1982 (4) SA 450 (T); Pretorius v SA Geneeskundige en Tandheelkundige Raad 1980 (2) SA 354 (T); Veriava v President SA Medical and Dental

## 2 2 Deskundige mediese getuienis

'n Pasiënt sal in die reël deskundige mediese getuienis moet voorlê om sy bewerings van mediese nalatigheid teen 'n geneesheer te staaf. As sodanig is deskundige mediese getuienis van deurslaggewende belang by mediese wanpraktyk-sake (41). Die feit dat deskundige mediese getuienis noodsaaklik is om 'n geneesheer se nalatigheid te bewys, beteken nie dat die beslissing nou aan medici oorgelaat word nie. Dit bly die primêre taak van die hof om 'n finale beslissing op grond van juridiese maatstawwe te vel, al is deskundige mediese getuienis noodsaaklik in aangeleenthede waaroor die hof onbevoeg is om te oordeel (42). In hierdie verband geld die reël dat die hof hom nie aan die deskundige getuie se opinie hoef te onderwerp nie. In S v Gouws (43) verklaar Kotzé R in die algemeen:

"The prime function of an expert seems to me to be to guide the court to a correct decision on questions falling within his specialised field. His own decision should not, however, displace that of the tribunal which has to determine the issue to be tried".

Die waarde wat deur 'n hof aan deskundige mediese getuienis met betrekking tot die bewys van mediese nalatigheid geheg moet word, is 'n aspek wat enigszins

---

Council supra 293.

(41) Hoffmann & Zeffert 97; Schmidt 436.

(42) Schmidt 439; Castell v De Greef 1994 (4) SA 408 (K) 409I; Pringle v Administrator Transvaal 1990 (2) SA 379 (W) 395.

(43) 1967 (4) SA 527 (OK) 528.

problematies kan wees. In Van Wyk v Lewis (44) verklaar Innes HR 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".

Volgens Schmidt (45) hang die waarde wat aan deskundige getuienis geheg word vanselfsprekend van die kwalifikasies van die getuie af en van die hof se vermoë om dié getuie se getuienis te kontroleer. In mediese wanpraktyk-sake is die getuienis dikwels so tegnies dat die hof net nie in staat is om self 'n betroubare afleiding te maak nie en moet die hof hom dan ten volle op die deskundige se mening verlaat, selfs al gaan die deskundige se getuienis oor die einste vraag waaroor die hof moet beslis. Al wat die hof dan kan doen om die waarde van die getuienis te bepaal en teen misleiding te verseker, is om vas te stel dat die getuie geloofwaardig en werklik 'n deskundige is, om sy getuienis met dié van ander deskundiges te vergelyk en sy verduideliking te volg. Waar deskundiges van mekaar verskil, moet die hof besluit wie se opinie meer waarskynlik en die geloofwaardigste is. Faktore soos die deskundige se reputasie en ervaring mag dan 'n belangrike rol speel(46).

Opiniegetuienis van mediese deskundiges wat betwis word,

---

(44) supra 447-448.

(45) Schmidt 442.

(46) Hoffmann & Zeffert 103; Schmidt 440.

het 'n uitwerking op die kwantum van die getuienis wat aangebied moet word om die bewysmaatstaf te bevredig (47). In dié verband moet dit egter beklemtoon word dat die bewys van mediese nalatigheid, ten spyte van dikwels tegniese en ingewikkelde deskundige mediese getuienis, volgens die algemene beginsels van mediese nalatigheid beoordeel moet word. Só verklaar Barlow (48):

"This is not to say that the Court is [not] called on to decide conflicting medical theories. On the contrary, it should strictly avoid controversy of this type and confine its attention as to whether the accused - to whatever school of medicine he may belong - is guilty of negligence according to ordinary legal principles. To convict a medical man of culpable homicide, the Crown must adduce evidence showing that the accused did not bring sufficient care and skill to bear on the case and that his negligence resulted in the death of the deceased. Should the accused raise any ground of defence that the death was due to a cause other than his negligence, the Crown must bring evidence to rebut such ground of defence".

Die howe het in verskeie beslissings (49) die benadering wat nagevolg behoort te word by die beoordeling van deskundige mediese getuienis waar die bewys van mediese nalatigheid ter sprake is, uiteengesit. Dit is veral die benadering van die hof in die beslissing van Pringle v Administrator Transvaal (50) wat in dié verband navolgingswaardig is. Dié saak illustreer hoe die hof op 'n bykans "kliniese wyse" die deskundige mediese getuienis beoordeel het, en toe al die algemene bewysmaatstawwe opgeweeg het ten einde te beslis of mediese nalatigheid inderdaad bewys is al dan nie.

---

(47) Schmidt 442.

(48) 1948 THRHR 178.

(49) Coppen v Impey supra 309; Van Wyk v Lewis supra 438; Webb v Isaac 1915 OKPA 273.

In dié saak het die eiser skadevergoeding van die verweerder geëis vanweë die beweerde nalatigheid aan die kant van die chirurg wat in diens was van die verweerder. Die eiser het 'n mediastinoskopie ondergaan ten einde 'n klein groeisel aan haar bors te verwyder. Die partye was dit eens dat een van die eiser se are, die superior vena cava gedurende die operasie "geskeur" is, welke skeuring geweldige interne bloeding en permanente breinskade by die eiseres tot gevolg gehad het. Die chirurg wat die operasie uitgevoer het, het onmiddellik, toe hy die bloeding gewaar het die mediastinum geprop; hierna is X-strale geneem en 'n borskasinsnyding gedoen ten einde die vena cava toe te werk. Volgens die chirurg se weergawe, het hy toe hy die bloeding gewaar het, in 'n poging om die groeisel te verwyder met behulp van biopsietange, te veel krag aangewend aangesien die tange aanvanklik nie die groeisel wat verwyder moes word, behoorlik wou "vasvat" nie. Die eiseres het aangevoer dat die perforasie van die vena cava en die verdere gevolge veroorsaak is deur die nalatigheid van die chirurg; alternatiewelik, dat die mediastinoskopie wat hy uitgevoer het onder die omstandighede, nie die korrekte metode of toepaslike prosedure was nie. Die hof moes by die beoordeling van die korrektheid of toepaslikheid van die prosedure wat deur die chirurg aangewend is, uit die aard van die saak, sterk gesteun het op die getuienis van mediese spesialiste wat namens die eiseres en die verweerder

---

(50) supra; vgl ook Castell v De Greef supra.



getuig het.

Nadat die hof, by monde van Blum WnR, die pleitstukke en toepaslike regsbeginsels uiteengesit het, word die getuienis van die deskundige mediese getuies bespreek. Die hof gee eers 'n uiteensetting van die feitelike getuienis wat deur die eiser se deskundige getuie, 'n torakchirurg, gelewer is (51). Hierna gee die hof 'n uiteensetting van die feitelike getuienis wat deur die verweerder se deskundige getuie gelewer is (52). In wese maak die hof 'n bevinding oor die feitelike getuienis van die deskundiges, met inbegrip van getuienis wat onder kruisverhoor en herondervraging gelewer is en as bewese aanvaar kan word.

Nadat die feitelike getuienis vasgestel is, bepaal die hof of sodanige getuienis, met spesifieke verwysing na die eiser se saak soos uiteengesit in die pleitstukke, bewys dat die chirurg wat in diens van die verweerder is, nalatig was. Die hof merk soos volg op:

"In determining whether the plaintiff has proved that the defendant's servants, and more particularly Dr Schewitz, were negligent in failing to proceed immediately to the thoracotomy, one must weigh up the evidence of Dr Meintjies as against that of Dr Schewitz and Dr Kingsley" (53).

Dit is duidelik dat die getuienis van die deskundiges aan weerskante deur die hof teen mekaar opgeweeg word, ten einde te bepaal of mediese nalatigheid deur die eiseres bewys is

---

(51) Pringle v Administrator Transvaal supra 386E ev.

(52) Pringle v Administrator Transvaal supra 388J ev.

(53) Pringle v Administrator Transvaal supra 392H.

al dan nie. Die hof maak in dié proses dan gebruik van die algemene bewysmaatstawwe wat in die privaatreë geld ten einde tot 'n bevinding te kom:

"In the final analysis therefore I am not satisfied that the plaintiff has shown on a balance of probabilities that if the medical practitioners had proceeded to do a thoracotomy immediately the damage would not have been done, and that consequently any delay which occurred through waiting for the X-rays before making a diagnosis was unreasonable and therefore negligent"(54).

Ten einde die tweede been van die beweerde nalatigheid van die chirurg te bepaal, naamlik dat hy nalatig was toe hy die vena cava geskeur het, beoordeel die hof weer eens die deskundige getuienis aan die hand van die toepaslike beginsels. Die hof beklemtoon die beginsel dat die bestaan van mediese nalatigheid deur die hof bepaal moet word en nie deur die deskundiges nie (55). Verder volg die hof 'n holistiese benadering, met verwysing na al die getuienis en alle moontlike verduidelikings, wat deur die deskundiges en die chirurg gegee is waarom daar 'n perforasie van die superior vena cava en die mediastinale pleura plaasgevind het. Die hof bevind soos volg:

"However, in the light of all the evidence and the only possible explanations as to how the perforation of the superior vena cava and the mediastinal pleura occurred,

---

(54) Pringle v Administrator Transvaal supra 393C-D.

(55) Pringle v Administrator Transvaal supra 395A: "It is, however, a matter for the Court and not the expert witnesses to determine whether there has been negligence or not"; sien ook Castell v De Greef supra 409 I: "Although expert medical evidence would be relevant to determine what risks inhere in or are the result of a particular treatment and might also have a bearing on the materiality, this is not a question that ought to be answered on the basis of expert medical evidence alone ... that is a question for the Court and the duty of deciding cannot be delegated to any profession or group in the community".

I am driven to find that on this particular aspect, and by using the 'excessive force' which he concedes, Dr Schewitz did not apply that skill and diligence possessed and exercised at the time by the members of the branch of the profession to which he belonged ... I accordingly find that the tearing of the superior vena cava, while attempting to biopsy the lymph-node in the gland adjacent thereto, Dr Schewitz was negligent"(56).

Hierdie uitspraak illustreer die belangrike rol van deskundige getuienis by die bewys van nalatigheid. Alhoewel die hof in die finale instansie, met verwysing na die algemene bewysmaatstawwe en regsbeginsels met betrekking tot mediese nalatigheid, 'n beslissing moet maak, wil dit voorkom of die hof (as leek) noodwendig, na versigtige en deurdagte oorweging, 'n keuse moet maak tussen die getuienis van die verskillende deskundige getuies ten einde 'n bevinding van mediese nalatigheid te regverdig. Daar word aan die hand gedoen dat die hof eenvoudig moet beslis of die eiser op 'n oorwig van waarskynlikhede mediese nalatigheid aan die kant van die verweerder bewys het.

2 3 Res ipsa loquitur

2 3 1 Algemene toepassing

Die uitdrukking res ipsa loquitur (die feite spreek vanself) word in ons reg gebruik "wanneer daar getuienis voor die hof gele word aangaande 'n gebeurtenis en die hof dan gevra word om uit die prent wat deur die getuienis geskilder word,

---

(56) Pringle v Administrator Transvaal supra 396H-I.

'n afleiding te maak aangaande die oorsaak van die gebeurtenis"(57). In die praktyk word res ipsa loquitur byna uitsluitlik aangewend waar die hof gevra word om uit omstandighedsgetuigenis nalatigheid af te lei (58).

Res ipsa loquitur is nie 'n algemene vermoede dat die veroorsaker van skade of nadeel nalatig was nie. Daar moet ten minste 'n aanduiding wees dat die betrokke persoon skuld gehad het aan die intrede van 'n bepaalde gevolg ten einde dié spreuk aanwending te laat vind(59). Dit moet beklemtoon word dat res ipsa loquitur slegs 'n feitelike vermoede is en nie 'n regsvermoede nie. 'n Hof word ook nie deur dié stelreël gebind nie en is vry om elke geval selfstandig in die lig van al die beskikbare feite te beoordeel(60).

In die bekende saak van Arthur v Bezuidenhout en Miney (61) beslis Ogilvie Thompson AR met betrekking tot die aanwending en evaluering van dié stelreël dat dit verkeerd is om (a) van die eiser te verwag om feite wat prima facie dui op nalatigheid te bewys, en (b) dan van die verweerder te

---

(57) Per Rumpff AR in Groenewald v Conradie 1965 (1) SA 184 (A) 187 A; sien ook Hoffmann & Zeffert 551; Schmidt 163.

(58) Schmidt 163; Hoffmann & Zeffert 551: "There is no direct evidence about the defendant's conduct but an inference of negligence is drawn from the nature of the occurrence".

(59) Hoffmann & Zeffert 552; Schmidt 164.

(60) Schmidt 164; vgl egter Hoffmann & Zeffert 552 wat van mening is dat dié stelreël nie 'n vermoede is nie: "Res ipsa loquitur is therefore not a presumption. It is merely a permissible inference which the court may employ if upon all facts it appears to be justified". Volgens hierdie beskouing is dié stelreël in werklikheid slegs 'n regverdigbare afleiding wat aan die hand van die feite van elke geval gemaak kan word.

verwag om sodanige feite te weerle. Volgens die hof is die korrekte toepassing van die stelreël geleë in die vraag of die eiser, met inagneming van al die getuienis, op 'n oorwig van waarskynlikhede daarin geslaag het om 'n bewering van nalatigheid teen die verweerder te bewys(62). Die korrekte toepassing van die stelreël het tot gevolg dat sodra 'n eiser feite of 'n gebeurtenis bewys het wat aanleiding gee tot 'n noodwendige afleiding van nalatigheid aan die kant van 'n verweerder, die verweerder getuienis tot die teendeel moet aanbied, by gebrek waaraan die verweerder die risiko dra dat vonnis teen hom gegee kan word (63).

Waar 'n eiser op res ipsa loquitur steun, volg dit nie dat daar nou 'n bewyslas op die verweerder rus nie. Slegs 'n weerleggingslas rus op die verweerder, soos altyd die geval is wanneer daar prima facie bewys gelewer word. Soos by omstandigheidsgetuienis, verwerp ons howe die stuksgewyse benadering waarvolgens eers gevra word of 'n prima facie saak uitgemaak is en daarna of die saak weerle is. Die enigste vraag is of nalatigheid afgelei kan word, al dan nie. Só beslis Holmes AR in Sardi v Standard and General Insurance Co Ltd (64):

---

(61) 1962 (2) SA 566 (A).

(62) Arthur v Bezuidenhout & Mieny supra 574: "There is only one inquiry: namely has the plaintiff, having regard to all the evidence, discharged the burden of proving, on a balance of probabilities, the negligence he averred against the defendant".

(63) supra 575: "Once the plaintiff proves the occurrence giving rise to the inference of negligence on the part of the defendant, the latter must adduce evidence to the contrary. He must tell the remainder of the story, or take the risk of judgment being given against him".

(64) 1977 (3) SA 776 (A) 780; Hoffmann & Zeffert 554; Schmidt 165; sien ook S v Mudoti 1986 (4) SA 278

"The person, against whom the inference of negligence is sought to be drawn, may give or adduce evidence seeking to explain that the occurrence was unrelated to any negligence on his part. The court will test the explanation by considerations such as probability and credibility ... At the end of the case, the court has to decide whether, on all the evidence and the probabilities and the inferences, the plaintiff has discharged the onus of proof on the pleadings on a preponderance of probability, just as the court would do in any other case concerning negligence. In the final analysis, the court does not adopt the piecemeal approach of (a) first drawing the inference of negligence from the occurrence itself, and regarding this as a prima facie case, and then (b), deciding whether this has been rebutted by the defendant's explanation".

Hoffmann en Zeffert (65) stel drie vereistes vir die effektiewe aanwending van res ipsa loquitur: Eerstens, dat die gebeurtenis een is wat normaalweg, gemeet aan die algemene ervaring en waarskynlikhede, nie sou plaasgevind het sonder nalatigheid nie; tweedens, dat daar die afwesigheid van 'n verduideliking is - 'n afleiding van nalatigheid voortspruitend uit die gebeurtenis is slegs regverdigbaar waar die oorsaak daarvan onbekend is; derdens, dat die bewys van 'n res ipsa loquitur gebeurtenis slegs 'n antwoord of verduideliking van die verweerder verg, terwyl daar nie van hom verwag word om te bewys dat hy nie nalatig opgetree het nie. Indien die verweerder kan aantoon dat die feite wat aangebied is om die gebeurtenis te bewys van so 'n aard is dat dit gelykmatig kan inpas met sy verduideliking wat 'n afleiding van nalatigheid

---

(ZSC) 279H-280: "Since the test of liability is the same in both civil and criminal cases ... and only the standard of proof differs, I can see no basis for the argument that a process of reasoning which makes sense in a civil case should not also make sense in a criminal case. It must of course always be remembered that one is dealing with a rebuttable inference and not with the shifting of onus" (ten aansien van die aanwending van die stelreël in die strafreg).

uitsluit, is absolusie van die instansie 'n gepaste bevel wat die hof kan gee.

### 2 3 2 Toepassing in die mediese praktyk

Die vraag ontstaan of res ipsa loquitur aangewend kan word om mediese nalatigheid in die praktyk te bewys. Spreek die feit dat 'n pasiënt se toestand ná geneeskundige behandeling ernstiger is as daarvoor van nalatigheid aan die kant van die behandelende geneesheer? Vind die stelreël toepassing waar 'n betreklik seldsame, maar aan medici bekende, komplikasie intree? Strauss en Strydom (66) waarsku tereg dat daarteen gewaak moet word om uit die blote feit dat 'n siek pasiënt se toestand nie verbeter nie, dit wil sê, dat die genesing nie na wense vorder nie, 'n afleiding van nalatigheid te maak. Selfs die feit dat 'n pasiënt se toestand ná die geneeskundige ingryping ernstiger is as daarvoor, is nie op sigself aanduidend van nalatigheid aan die kant van die geneesheer nie, veral in die lig van besliste risiko's wat met baie vorme van behandeling gepaardgaan.

---

(65) 553; sien Arthur v Bezuidenhout en Mieny supra 566. Daar moet beklemtoon word dat daar in die strafreg nog steeds 'n redelike twyfel bewys moet word dat die geneesheer nalatig was - maw dat die dood van die pasiënt ingetree het as gevolg van die nalatige handeling van die geneesheer.

(66) Strauss & Strydom 275: "Die ongesteldheid van 'n pasiënt is tog nie deur die geneesheer veroorsaak nie en dit sou onbillik wees om uit die toestand wat bestaan het nog voordat die geneesheer op die toneel verskyn het, af te lei dat laasgenoemde nalatig was"; sien ook die bespreking deur Claassen & Verschoor 27; Gordon Turner & Price 114; Strauss Doctor Patient and the Law 290; Arthur "Res Ipsa Loquitur as Applied in Dental Cases" 1944 SALJ 220; Barlow 1948 THRHR 177; Hebblethwaite "Mishap or Malpractice? Liability in Delict for Medical Accidents" 1991 SALJ 38; Strauss "The Physician's Liability for Malpractice: A Fair Solution to the Problem of Proof" 1967 SALJ 419.



Daar kan wel omstandighede wees wat die prima facie toepassing van dié stelreël in die mediese praktyk regverdig: die aanwesigheid van 'n instrument in die pasiënt se liggaam ná afloop van 'n operasie; 'n infeksie wat op 'n inspuiting volg; die opdoen van 'n aansteeklike siekte in 'n hospitaal; brandwonde teweegbring deur 'n warmwaterbottel in 'n pasiënt se bed; besering van 'n gesonde liggaamsdeel langsaan die aangestaste liggaamsdeel; amputasie van/of operasie op die verkeerde liggaamsdeel (67).

Ten spyte van gemelde prima facie omstandighede wat die toepassing van die stelreël in die mediese praktyk sou regverdig, toon die Suid-Afrikaanse regspraak in die algemeen onwilligheid om hierdie stelreël met betrekking tot die bewys van mediese nalatigheid in die praktyk toe te pas. In Mitchell v Dixon (68) het die hof geweier om die stelreël aan te wend waar 'n naald in die loop van 'n aspirasie afgebreek het. In Coppen v Impey (69) het die hof eweneens geweier om die stelreël toe te pas waar 'n pasiënt ernstige brandwonde opgedoen het as gevolg van X-straalbehandeling; só ook in Webb v Isaac (70) waar 'n ledemaat korter was nadat 'n breuk geheel het en Allott v Paterson & Jackson (71) waar 'n pasiënt onder narkose

---

(67) Vgl Strauss & Strydom 277; Barlow 1948 THRHR 177: "It is submitted that the principle can only be applied where the practitioner had absolute control of all the instruments used and there is no other explanation possible. In medical cases death can easily arise from natural causes or factors completely beyond the practitioner's control and the mere death of a patient can seldom be in itself indicative of negligence".

beserings opgedoen het.

Alhoewel die Suid-Afrikaanse positiewe reg in beginsel teen aanwending van die stelreël in die mediese praktyk is, was daar nie altyd eenstemmigheid onder die geledere van die regbank ten aansien van die toepassing van die stelreël nie. Die toonaangewende saak van Van Wyk v Lewis (72) is 'n voorbeeld hiervan: Innes HR en Wessels AR was nie bereid om te aanvaar dat 'n depper wat deur 'n geneesheer in 'n pasiënt se liggaam gelaat is ná 'n operasie, die toepassing van die stelreël met 'n gepaardgaande afleiding van nalatigheid regverdig nie. Kotze AR het egter die teenoorgestelde mening gehuldig. In sy uitspraak beslis Innes HR dat die stelreël nie die onus beïnvloed nie en bevestig hy die beginsel dat die onus deurgaans op 'n eiser rus om nalatigheid te bewys. Hy verklaar:

"Clearly in the present case there has been no shifting of onus. The plaintiff alleged a lack of reasonable care and skill, and the correctness or otherwise of that allegation can only be determined on a

---

(68) 1914 AA 519 525: "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 movements of the patient for instance. So that the maxim res ipsa loquitur could have no application"; sien ook die bespreking deur Claassen & Verschoor 27 ev; Gordon Turner & Price 116; Strauss & Strydom 277 ev.

(69) 1916 KPA 309 320.

(70) 1915 OKPA 273 276 279.

(71) 1936 SR 221 226: "This maxim cannot be invoked where negligence or no negligence depends on something not absolute but relative. There is no room for it where, as in this case, all the surrounding circumstances are to be taken into consideration. The mere fact that injuries were sustained is not in itself prima facie proof of negligence. The burden of proving negligence remained throughout on the plaintiff".

(72) 1924 AD 438; vir 'n bespreking van die saak sien Claassen & Verschoor 27 ev; Gordon Turner & Price 114 ev; Strauss & Strydom 278 ev.

consideration of all the facts; there is no absolute test; it depends upon the circumstances. The nature of the occurrence is an important element, but it must be considered along with the other evidence in the case. Indeed it is impossible to appreciate the position, and to visualise, even imperfectly, the circumstances attending an abdominal operation of this nature without studying the mass of medical evidence placed before the court. In my opinion the onus of establishing negligence rested throughout this case on the plaintiff"(73).

Wessels AR verwerp res ipsa loquitur uitdruklik en beslis dat die bewyslas op die eiser rus om nalatigheid te bewys:

"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 a 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 loquitur has no application to cases of this kind ... The onus of proving negligence in a case of this kind is on the plaintiff from the beginning of the trial to the very end" (74).

Kotzé AR huldig egter die standpunt dat die stelreël wel aanwending kan vind:

"The placing of a foreign substance in a patient's body and leaving it there when sewing up the wound, unless satisfactory explained, establishes, in my opinion, a case of negligence"(75).

Dié verskillende dicta met betrekking tot die aanwending, al dan nie, van res ipsa loquitur by die bewys van mediese nalatigheid het positiewe sowel as negatiewe kritiek uit

---

(73) Van Wyk v Lewis supra 444-445;

(74) Van Wyk v Lewis supra 464.

(75) Van Wyk v Lewis supra 451-452.

die geledere van skrywers ontlok. In navolging van die positiewe reg en die uitsprake van Innes HR en Wessels AR, huldig Gordon Turner en Price die mening dat dié stelreël nie toepassing behoort te vind by die bewys van mediese nalatigheid nie en dat die bewyslas voortdurend op die eiser rus. Hulle voer aan dat ten einde die hof behulpsaam te wees, beide partye in mediese wanpraktyksake alles in hul vermoë moet doen om deskundige mediese getuienis voor die hof te lê. Indien die deskundige mediese getuies in so 'n mate van mekaar verskil dat dit vir die hof nie moontlik is om tot 'n bevinding te kom en die saak op 'n oorwig van waarskynlikhede te kan beslis nie, het die eiser hom nie van sy bewyslas gekwyd nie en behoort die eis te faal. Gemelde standpunt is in wese net 'n bevestiging van die algemene beginsels van die bewysreg soos dit in die regspraktyk toepassing vind.

Daarteenoor is Barlow van mening dat dié stelreël met groot versigtigheid aangewend moet word en slegs toepassing kan vind waar die geneesheer of chirurg absolute beheer oor instrumente uitoefen tydens 'n operasie en daar geen ander verduideliking vir die gebeurtenis moontlik is nie(77).

Strauss en Strydom kritiseer egter die ondubbelsinnige verwerping van res ipsa loquitur deur Innes HR en Wessels AR

---

(76) Gordon Turner & Price 116 -117.

(77) Barlow 1948 THRHR 177: "In medical cases death can easily arise from natural causes or factors completely beyond the practitioner's control and the mere death of a patient can seldom be in itself indicative of negligence"; sien ook Arthur 1944 SALJ 220.

en toon oortuigend aan dat dié stelreël in gepaste omstandighede wel toepassing behoort te vind:

"Hierdie verwerping berus klaarblyklik op 'n onjuiste vereenselwiging van die bewyslas en res ipsa loquitur. In 'n 1962-uitspraak van die Appélhof, Arthur v Bezuidenhout & Mieny wys appélregter Ogilvie Thompson tereg daarop dat onderskei moet word tussen bewyslas en die verpligting om getuienis aan te voer - 'weerleggingslas' .... Omstandighede soos dié wat ons hierbo genoem het (die toewerk van 'n instrument ens) is na ons mening so hoogs ongewoon en in só 'n mate buite verband met die genesingsoogmerk en -tegniek van 'n operasie, dat hulle 'hul eie verhaal vertel' en dat die verpligting om hulle te verduidelik op die geneesheer behoort te rus. Die opmerking van regter Innes in Van Wyk v Lewis dat weerlegging van 'n vermoede van nalatigheid deur die geneesheer so 'n moeilike taak sou wees 'in view of the lapse of time between operation and trial', is onoortuigend. Seer sekerlik is dit veel moeiliker vir 'n pasiënt om te verduidelik wat ten tye van die operasie gebeur het; die geneesheer was minstens in beheer van die operasie en is deskundig, terwyl die pasiënt, in 99,9 persent van gevalle geen deskundige kennis het nie en boonop nog op die kritieke tydstip bewusteloos was. Billikheid vereis dat die pasiënt net 'n kousale verband tussen die geneesheer se handelwyse en so 'n hoogs ongewonde resultaat moet aantoon en dat dit dan vir die arts is om 'n redelike verklaring vir die gebeure te verskaf. In die afwesigheid van so 'n verklaring behoort die pasiënt met sy aksie te slaag. Wat 'n redelike verklaring is, moet ex post facto beoordeel word met inagneming van al die feitelike omstandighede. Die geneesheer moet aantoon dat hy alle maatreëls wat redelikerwys in 'n dergelike situasie deur deursnee praktisyns in dieselfde vertakking van die geneeskunde getref sou word, aangewend het ten einde die intrrede van die nadelige gevolg te probeer verhinder" (78).

Alhoewel Strauss aanvanklik 'n voorstander was van die

---

(78) Strauss & Strydom 279-280; gemelde skrywers is ook van mening dat die stelreël aanwending moes gevind het in Allott v Patterson & Jackson supra en merk op (280): "Dit is voorts 'n onbillike resultaat dat van die pasiënt wat in droomland was, verwag moes word om aan die hof te verduidelik wat die handelwyse van die tandarts was wat tot sy letsel aanleiding gegee het"; Claassen & Verschoor 27-30 neem nie spesifiek standpunt in oor die aanwending van die stelreël nie - 'n uiteensetting word gegee van die positiewe reg en die menings van skrywers; sien ook Hoffmann & Zeffert 496 ev vir 'n bespreking van die verskil tussen 'n ware bewyslas en 'n weerleggingslas.

aanwending van die stelreël in bepaalde omstandighede, huldig hy tans, in navolging van die regspraak, 'n meer gematigde en versigtige standpunt (79).

Die moontlike toepassing van die stelreël met betrekking tot die bewys van mediese nalatigheid het eers in 1988 weer in die positiewe reg in die saak van Pringle v Administrator Transvaal (80) ter sprake gekom. Met betrekking tot die moontlike aanwending van res ipsa loquitur by die bewys van mediese nalatigheid, beslis Blum WnR soos volg:

"Secondly, there is no room for the application of the maxim res ipsa loquitur ... The maxim could only be invoked where the negligence alleged depends on absolutes. In the instant case the initial problem was caused by the perforation of the superior vena cava. If the evidence showed that by mere fact of such perforation negligence had to be present, then the maxim would have application. No such evidence, however, emerged before me, and since the question of whether negligence was present or not depends upon all the surrounding circumstances, this makes the application of the maxim totally inapplicable in cases such as the present"(81).

Volgens gemelde uitspraak wil dit voorkom of die stelreël wel onder bepaalde omstandighede toepassing mag vind: 1) Waar die beweerde nalatigheid berus op 'n absolute gegewe, en 2) waar die getuienis wat aangebied is aantoon dat die absolute gegewe (in die geval die perforasie) nie kon gevolg het sonder 'n noodwendige afleiding van nalatigheid nie. Waar sodanige getuienis ontbreek en nalatigheid bepaal moet word met verwysing na al die omringende omstandighede, sal

---

(79) Strauss 1987 TSAR 11.

(80) supra 379; 'n uiteensetting van die feite van dié saak is reeds hierbo gegee; sien ook Hebblethwaite 1991 SALJ 38.

(81) Pringle v Administrator Transvaal supra 384G-I.

die stelreël nie aanwending vind nie.

### 2 3 3 Eie beskouing

Na evaluering van die positiewe reg en die standpunte van skrywers, word daar aan die hand gedoen dat res ipsa loquitur wél onder bepaalde omstandighede by die bewys van mediese nalatigheid aanwending behoort te vind. In hierdie verband kan daar 'n aantal algemene "beginsels" vir die effektiewe toepassing en aanwending daarvan in die mediese praktyk neergele word:

- a) Res ipsa loquitur is prakties niks anders nie as 'n bewysreël wat deur 'n eiser aangewend kan word, om die bewys van beweerde mediese nalatigheid aan die kant van die verweerder te vergemaklik. 'n Eiser behoort bloot 'n feitelike basis (wat op 'n absolute gegewe berus) voor die hof te lê, welke basis kousaal verbind moet word met die nadelige gevolg. Die implikasie hiervan is dat die eiser dan nie noodwendig deskundige mediese getuienis, wat sy saak steun hoof voor te lê nie, aangesien die hof deur die basis wat gele is in die posisie geplaas word om voorlopig 'n afleiding van nalatigheid te maak (ten minste tot dié mate dat die verweerder op die verdediging geplaas behoort te word). Alhoewel daar nie 'n egte bewyslas op die geneesheer rus om te bewys dat hy nie nalatig was nie, rus daar 'n verpligting op hom ('n "weerleggingslas") om 'n redelike



verduideliking te gee van sy "ongewone" handelswyse wat tot die nadelige gevolg aanleiding gegee het. Die praktiese implikasie van 'n redelike verduideliking sal noodwendig meebring dat die geneesheer dan deskundige mediese getuienis sal moet aanbied ten einde aan te toon dat sy optrede medies gesproke aanvaarbaar was.

- b) Die stelreël kan nóg ondubbelsinnig verwerp word nóg simplisties en dogmaties aangewend word bloot omdat die "feite vir sigself spreek". Daar moet nog steeds noukeurig op die algemene bewysmaatstawwe gelet word: In siviele sake is die bewyslas op die eiser om op 'n oorwig van waarskynlikhede sy saak te bewys, terwyl die staat in strafsake die beskuldigde se skuld bo redelike twyfel moet bewys. As bewysreël doen res ipsa loquitur nie afbreuk aan hierdie algemene beginsels nie. Dit is bloot 'n hulpmiddel wat ten gunste van 'n eiser onder bepaalde omstandighede aangewend kan word ten einde sy bewyslas te vergemaklik, analoog aan byvoorbeeld die aanbied van soortgelyke feite om 'n bepaalde afleiding te regverdig.
- c) Daar word aan die hand gedoen dat waar 'n eiser (in siviele sake) of die staat (in strafsake) op die aanwending van hierdie stelreël wil steun, die eiser dit as sodanig in sy pleitstukke moet pleit en die staat dit ook voor die aanvang van die strafregtelike verrigtinge aan die hof behoort te openbaar.

- d) Waar 'n eiser of die staat op die stelreël steun, behoort die hof die aanwending al dan nie van dié stelreël met omsigtigheid te bejeën; juis vanweë die prosesregtelike implikasies wat dit vir die verweerder of beskuldigde (al na gelang van geval), mag inhou. In hierdie verband kan daar amper van 'n versigtigheidsreël, analoog aan dié by die getuienis van enkelgetuies geld, gepraat word.
- e) Wanneer daar bepaal moet word of die stelreël aanwending behoort te vind al dan nie, moet daar noukeurig gelet word op die elemente van onderskeidelik die delik of die misdaad wat bewys moet alvorens daar sprake kan wees van deliktuele of strafregtelike aanspreeklikheid.
- f) In navolging van 'n suiwere elementologiese benadering is dit veral die element van kousaliteit wat by die moontlike aanwending van dié stelreël van besondere belang is. Daar word in oorweging gegee dat eers bepaal moet word of daar 'n kousale verband tussen die hoogs ongewone gebeure (absolute gegewe) en die nadelige gevolg is, alvorens daar sprake kan wees van die moontlike aanwending van die stelreël. Só kan die voorbeeld genoem word van 'n pasiënt wat tydens 'n operasie beswyk aan 'n gebarste blindederm en perotinitis. Tydens die toewerk van die pasiënt se buik, word 'n depper en 'n knyptang per ongeluk in die buik agtergelaat. By die ontdekking van die knyptang en die depper tydens 'n latere post mortem-ondersoek, kan dit nouliks betoog word dat die stelreël

aangewend moet word bloot omdat die knyptang en depper in die buik aanwesig was. Dit is duidelik dat daar nie aan die kousaliteitsvereiste voldoen is nie, aangesien daar geen nexus tussen dood en handeling is nie. In hierdie verband is die dictum van Wessels AR, naamlik dat "the mere fact that a swab is left in a patient is not conclusive of negligence"(82), heeltemal korrek. Word die gemelde dictum effe aangepas om die element van kousaliteit te akkommodeer, verander die prentjie: "The mere fact that a swab is left in a patient which swab caused the patient pain, suffering or bodily injury, can be conclusive of negligence". 'n Verdere kwalifikasie sou seker bygevoeg kan word, naamlik " ... can be conclusive of negligence unless satisfactory explained". Só gesien, is die bevrediging van die kousaliteitsvereiste 'n vereiste vir die aanwending van die stelreël. Eers dan raak die verduideliking van die geneesheer relevant en moet die vraag gestel word of sy optrede in die omstandighede voldoen het aan die objektiewe maatstaf wat van regsweë vereis word.

g) Die stelreël behoort aanwending te vind waar die

---

(82) Van Wyk v Lewis supra; Kotze AR se uitspraak sou insgelyks soos volg aangepas kon word om die kousaliteitsvereiste te akkommodeer: "The placing of a foreign substance in the patient's body and leaving it there when sewing up the wound, causing pain, suffering or bodily injury, unless satisfactory explained, establishes, in my opinion, a case of negligence" (supra); daar moet natuurlik ook gelet word op die element van onregmatigheid of wederregtelikheid wat nie met die skuldvraag verwar moet word nie.

eiser feite (absolute gegewe) voor die hof plaas wat 'n prima facie afleiding van nalatigheid regverdig. Voorbeelde van omstandighede wat as 'n absolute gegewe beskou kan word wat die aanwending van die stelreël regverdig is die volgende: Waar 'n geneesheer tydens 'n operasie die verkeerde ledemaat amputeer of op die verkeerde ledemaat opereer; die aanwesigheid van instrumente in die pasiënt se liggaam ná 'n voltooide operasie; brandwonde teweeggebring deur 'n warmwaterbottel in 'n pasiënt se bed; besering van 'n gesonde liggaamsdeel langsaan die aangetaste liggaamsdeel waarop geopereer is; 'n operasie op 'n verkeerde pasiënt of die verkeerde operasie op 'n pasiënt; brandwonde wat gevolg het op X-straalbehandeling; die toediening van die verkeerde medikasie of verdowingsmiddels of 'n oordosis daarvan, veral waar dit bekend is dat 'n pasiënt allergies is daarvoor(83). Dit moet beklemtoon word dat daar nie 'n geslote lys van absolute gegewe of feite is wat die moontlike aanwending van die stelreël regverdig nie. Die omstandighede van elke geval sal aanduidend wees van sodanige aanwending al dan nie.

- h) Beginsels van billikheid, prosedurele regverdigheid en konstitusionele oorwegings (84) vereis dat die stelreël in bepaalde omstandighede aanwending sal vind. Vir die "afwesige" leke-pasiënt, wat tydens 'n operasie

---

(83) Sien die voorbeelde genoem deur Strauss & Strydom 276-277; Barlow 1948 THRHR 177.

onder narkose in "droomland" is, is dit haas onmoontlik om te bewys wat ten tye van die operasie gebeur het, terwyl die deskundige geneesheer wat minstens in beheer van die operasie was met binnekennis daarvan geen bewyslas dra nie. Die vraag ontstaan of besondere kennis of binnekennis nie as 'n faktor beskou moet word wat die ligging van die bewyslas mag beïnvloed of ten minste aanleiding behoort gee tot 'n "weerleggingslas" nie (85).

- i) Sodra 'n eiser 'n feitelike basis met 'n kousale verband tussen die handeling en die gevolg voor die hof geleë het, is sodanige basis prima facie getuienis waaruit 'n moontlike afleiding van nalatigheid gekonstrueer sou kon word. Daar is dan 'n verpligting

---

(84) Dit is veral die gelykheidsbeginsel soos omvat in artikel 8 van die Interim Grondwet, saamgelees met artikel 25 (selfs dan net in analogie daarvan) wat hier van toepassing mag wees; sien ook ten aansien van billikheidsvereistes Strauss & Strydom 279 -280.

(85) Mabaso v Felix supra 873E waar die hof besondere kennis as een van die faktore beskou wat die ligging van die bewyslas mag beïnvloed, veral in sake aangaande delikte teen die eiser se persoonlikheid of fisiese integriteit; Schmidt 46: "Daar was 'n stadium toe ons reg in navolging van die destydse Engelse reg bepaal het dat indien die factum probandum besonderlik binne die kennis van een van die partye val, daardie party dan die bewyslas dra. Die gedagte was dat dit onbillik sou wees om te verwag dat 'n party wat oor geen of geringe getuienis omtrent 'n feit beskik (of kan beskik) daardie feit moet bewys ... Oor die algemeen verkies ons howe egter deesdae om dit nie in ag te neem nie. Dit word tereg beskou as 'n faktor wat die kwantum van die getuienis wat van 'n party verwag kan word om voor te lê, bepaal, maar nie die bewyslas as sodanig nie"; sien ook Hoffmann & Zeffert 511-512: "It would seem that, at least as regards delicts affecting the plaintiff's personality and bodily integrity, the Appellate Division regards it as being in accord with 'experience and good common sense' to take into account, in determining the incidence of the onus, the fact that the circumstances are peculiarly within the defendant's knowledge".

op die verweerder/beskuldigde ('n "weerleggingslas") om 'n redelike verduideliking te gee van die aanwesigheid van die absolute gegewe of feite. Indien die verduideliking redelik is (met verwysing na die objektiewe kapstok wat van regsweë vereis word), het die eiser/staat (al na gelang van geval) nie sy saak op 'n oorwig van waarskynlikhede/bo redelike twyfel bewys nie, en moet die aksie faal/beskuldigde onskuldig bevind word. Indien die geneesheer se verduideliking nie aanvaarbaar is nie, word die prima facie getuienis afdoende getuienis wat meebring dat die eiser/staat sy saak op 'n oorwig van waarskynlikhede/bo redelik twyfel bewys het en gevolglik met sy aksie moet slaag of 'n skuldigbevinding regverdig (86). Daar word aan die hand gedoen dat hierdie benadering wat moontlik op 'n "piecemeal approach" neerkom (87) geen praktiese verskil aan die eindresultaat sal maak nie, selfs al word 'n holistiese benadering in die evaluering van die getuienis deur die howe gevolg. Die vraag bly nog steeds of die eiser/staat met behulp van res ipsa loquitur, wat net 'n bewysreël is wat die bewys van mediese nalatigheid in bepaalde omstandighede vergemaklik, daarin geslaag het om sy saak op 'n oorwig van waarskynlikhede/bo redelike twyfel te bewys. Dit is in elk geval moeilik om te sien hoe die howe, waar daar 'n beroep op die moontlike aanwending van res ipsa loquitur gedoen word, iets anders as 'n "stuksgewyse" benadering kan volg, spesifiek indien daar ag geslaan word op die verskillende elemente van die delik of misdaad wat bewys moet word en op die problematiek

rondom die "egte bewyslas en die "weerleggingslas".

- j) Erkenning behoort aan res ipsa loquitur as bewysreël wat ten gunste van die eiser in bepaalde omstandighede geld, gegee te word. Sonder sodanige erkenning is dié stelreël totaal kragteloos en van geen praktiese nut nie. Die stelreël behoort nie bloot negeer te word omdat die aanwending daarvan, waar dit inderdaad aangedui is, die geneesheer in sy verdediging sal verontrief nie.

### 3 Engeland

#### 3 1 Algemene bewysmaatstawwe

##### 3 1 1 Siviele verrigtinge

In siviele verrigtinge, waar nalatigheid aan die kant van 'n verweerder beweer word, is die eiser in die algemeen verplig om al die elemente van die delik op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys. Die eiser sal dus in die reël moet aantoon dat daar 'n regsplig ("duty of care") op die verweerder jeens die eiser gerus het om met redelike sorg op

---

(86) Schmidt 64: "As die bewyslasdraende party 'n prima facie-saak uitmaak, word sy teenstander met die weerleggingslas opgesaal. Die bewyslas gaan nie op hom oor nie. Soos dit soms gestel word: Prima facie-bewys verg 'n antwoord. As geen antwoord daarop verskaf word nie, word daardie bewys afdoende geag. As dit wel verskaf word, moet al die getuienis oorweeg word en indien die weegskaal dan in ewewig verkeer, verloor die bewyslasdraer". Hierdie beginsel is ook s6 van toepassing in strafsake: Schmidt 52, 88.

(87) Sien Sardi v Standard and General Insurance Co Ltd supra 780, soos hierbo bespreek.



te tree; dat die verweerder nie met die nodige sorg opgetree het nie en derhalwe nie sy regsplig nagekom het nie; en dat sodanige verbreking van sy regsplig skade vir die eiser tot gevolg gehad het (88). Nadat die getuienis namens die eiser aangebied is, moet die vraag gestel word of nalatigheid redelikerwys uit die bewese getuienis afgelei kan word (89). Die bewyslas rus deurgaans op die eiser om nalatigheid op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys(90).

Toegepas op die mediese praktyk sal 'n eiser, ten einde met 'n eis op grond van mediese nalatigheid te kan slaag, moet aantoon dat die geneesheer 'n regsplig jeens die eiser as pasiënt gehad het, welke regsplig die geneesheer verbreek het deur nie met die nodige sorg en vaardigheid op te tree nie en sodoende skade of persoonlikheidsnadeel vir die pasiënt veroorsaak het (91).

---

(88) Winfield & Jolowicz On Tort (1994) 66; sien ook Charlesworth & Percy On Negligence (1983) 315 ev; Clerk & Lindsell On Torts (1982) 474; Flemming The Law of Torts (1987) 284 ev; Weir Casebook on Tort (1983) 9-11.

(89) Charlesworth & Percy 315: "Hence it is for the plaintiff to give evidence of the facts, on which he bases his claim for damages. His evidence must consist of facts, either proved or admitted, and after it is concluded, two questions arise, (1) whether, on that evidence, negligence may be reasonably inferred and (2) whether assuming it may be reasonably inferred, negligence is in fact inferred"; hiervolgens kan nalatigheid ook met verwysing na omstandigheidsgetuienis bewys word - sien Cross & Tapper On Evidence (1985) 139 ev.

(90) Donoghue v Stevenson [1932] AC 652 622; dié beginsel is by herhaling in die regspraak bevestig; sien ook Dawson v Murex Ltd [1942] 1 All ER 483 (CA); Hotson v East Berkshire AHA [1987] 2 All ER 909 (HL).

(91) Martin The Law Relating to Medical Practice (1979) 486 ev; sien Kennedy & Grubb Medical Law Text and Materials (1994) 422; Powers & Harris Medical Negligence (1994) 15.

### 3 1 2 Strafregtelike verrigtinge

Die bewysmaatstaf in strafregtelike verrigtinge verskil van dié wat in siviele verrigtinge vereis word. In strafregtelike verrigtinge word vereis dat die vervolging die beskuldigde se skuld bo redelike twyfel moet bewys (92). In Miller v Minister of Pensions (93) beslis Denning R met betrekking tot die bewysmaatstaf wat in strafsake vereis word:

"That degree is well settled. It need not reach certainty, but it must carry a high degree of probability. Proof beyond a reasonable doubt does not mean proof beyond the shadow of doubt. The law would fail to protect the community if it admitted fanciful possibilities to deflect the course of justice. If the evidence is so strong against a man as to leave only a remote possibility in his favour, which can be dismissed with the sentence 'of course it is possible but not in the least probable' the case is proved beyond reasonable doubt, but nothing short of that will suffice" (94).

---

(92) Cross & Tapper 141: "When the evidential burden is borne by the Crown, it must be discharged ... by such evidence as, if believed, and if left uncontradicted and unexplained, could be accepted by the jury as proof. Proof in this context must mean proof beyond reasonable doubt, and in spite of occasional suggestions to the contrary, the standard must at least from a theoretical point of view, be higher than that required to discharge an evidential burden borne by a party to civil proceedings"; sien Glanville Williams "The Direction to the Jury on the Burden of Proof" 1954 CrimLR 464; Wood "The Quantum of Proof in Criminal Trials, The Submission of No Case to Answer" 1961 LQR 491; R v White (1865) 4 F & F 383; (93) [1947] 2 All ER 372 (KB) 373-374.

(94) In navolging van hierdie beslissing en verdere kwalifisering van die bewysmaatstawwe wat onderskeidelik in siviele en strafsake geld beslis Denning R weer in Bater v Bater [1951] P 35 36-37: "It is of course true that by our law a higher standard of proof is required in criminal cases than in civil cases. But this is subject to qualification that there is no absolute standard in either case. In criminal cases the charge must be proved beyond reasonable doubt, but there may be degrees of proof within that standard ... So also in civil cases the case must be proved by a preponderance of probabilities, but there may be

Toegepas op die mediese praktyk, sal die vervolging in strafregtelike verrigtinge, waar mediese nalatigheid aan die kant van die geneesheer beweer word (op 'n aanklag van "manslaughter"), die skuld van die geneesheer bo redelike twyfel moet bewys. 'n Geneesheer sal in die reël slegs strafregtelik aanspreeklik gehou word waar hy die dood van 'n pasiënt vanweë growwe nalatigheid veroorsaak het (95).

### 3 2 Deskundige mediese getuienis

In die reël word mediese nalatigheid in die Engelse reg deur deskundige mediese getuienis bewys. Van regsweë word dit van 'n eiser vereis om sy saak teen 'n geneesheer op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys deur aanbieding van deskundige mediese getuienis. In wese moet sodanige getuienis aantoon dat die geneesheer se professionele optrede teenoor die eiser onaanvaarbaar was met verwysing na die kapstok van die "redelike geneesheer" in "dieselfde omstandighede" (96). Wat die aard en omvang van sodanige deskundige getuienis behoort te wees om 'n hof behulpsaam te wees by die beoordeling van 'n geneesheer se moontlike aanspreeklikheid op grond van nalatigheid al

---

degree of probability within that standard. The degree depends on the subject-matter". Hierdie beslissing is by herhaling in die Engelse regspraak aanvaar - Blyth v Blyth [1966] AC 643 673; Thomas Bates & Son v Wyndhams (Lingerie) Ltd [1981] 1 All ER 1077 (CA); sien verder die bespreking deur Cross & Tapper 142 ev.

(95) Martin 486 ev; sien ook die bespreking in hoofstuk 2 supra oor strafregtelike aanspreeklikheid in die Engelse reg op grond van growwe nalatigheid.

dan nie, word treffend deur Jackson & Powell opgesom:

"In assisting the court on the question of liability, the expert witness has two principal functions. Firstly, he has an explanatory or didactic function, in that he explains the technical issues as fully as possible in language comprehensible to laymen. This generally involves explaining the nature of the patient's original condition, the nature of the treatment given, the consequences of the treatment and how those consequences flowed from the treatment given. This aspect of the expert evidence may be largely or totally uncontroversial ... At this stage of the inquiry the court is largely in the hands of the expert witnesses. It cannot speculate upon medical matters or come to conclusions or diagnoses which are not supported by at least one of the experts .... The second function of the expert witness is to assist the court in deciding whether the acts or omissions of the defendant constituted negligence. He will recount what was the current state of knowledge at the time the patient was treated, what was the general approved practice or what were the different schools of thought at that time relating to the patient's condition. He may also state what is the experience and skill usually displayed by medical practitioners with the particular qualifications of the defendant, when they are called upon to diagnose or treat the injury or illness from which the plaintiff was suffering. Ultimately, however, it is for the court to decide on the totality of the evidence and applying the Bolam test whether the defendant exercised the requisite degree of skill and care. The question whether the defendant was 'negligent' is a mixed question of fact and law. The court is not bound in every case by the opinion of the expert witnesses that there was or was not negligence, although in many cases the opinion of the expert witness on matters within their province leads inevitably to one or other of these conclusions" (97).

Volgens voorgaande opsomming is dit veral die tweede funksie van die deskundige getuie wat by die bewys van mediese nalatigheid van besondere belang is. In wese gee bogenoemde skrywers 'n uiteensetting van relevante omstandighede en

---

(96) Powers & Harris 15: "It follows that the plaintiff must establish either that the accepted practice was improperly so accepted or that no reasonable doctor could have behaved in the way that the defendant did".

(97) Jackson & Powell Professional Negligence (1987) 308-309 (eie onderstreping); sien ook Kennedy & Grubb 422; Powers & Harris 15-18.

faktore wat slaan op die algemene toets vir mediese nalatigheid (die Bolam-toets) (98), welke omstandighede en faktore 'n beduidende rol mag speel by die bepaling van die vraag of 'n geneesheer inderdaad nalatig was.

Die algemene beginsel dat mediese getuienis vir die bewys van mediese nalatigheid aangebied moet word, veroorsaak soms dilemmas in die Engelse regspraktyk omdat dié beginsel soms ontoereikend is. As voorbeeld hiervan kan verwys word na gevalle waar daar "geen algemeen aanvaarde mediese praktyk" of 'n "spesifieke gedagterigting" ("school of thought") binne die mediese praktyk bestaan waaraan die geneesheer-verweerder se gewraakte optrede gemeet kan word nie. By gebrek aan deskundige mediese getuienis aangaande wat 'n "algemeen aanvaarde mediese praktyk" daarstel, of welke mediese handeling geregverdig kan word binne 'n "spesifieke gedagterigting", moet die deskundige getuienis noodwendig spekulatief van aard wees omdat die deskundige getuie (om die hof behulpsaam te wees) net kan aantoon wat hy onder die bepaalde omstandighede sou gedoen het en/of wat ander mediese praktisyns onder dieselfde omstandighede moes gedoen het (99). Jackson & Powell bespreek dié dilemma met verwysing na die saak van Midland Bank v Hett Stubbs & Kemp (100) waarin die nalatigheid van 'n prokureur ter sprake gekom het. Die voorsittende regter, Oliver J, was van mening dat sodanige "spekulatiewe" getuienis (waarna sops verwys is), ontoelaatbaar is:

---

(98) Vir 'n volledige bespreking van die Bolam-toets, sien hoofstuk 2 supra.

(99) Jackson & Powell 310; Powers & Harris 16.

"I must say that I doubt the value, or even the admissibility, of this sort of evidence ... Clearly, if there is some practice in a particular profession, some accepted standard of conduct which is laid down by a professional institute or sanctioned by common usage, evidence of that can and ought to be received. But evidence which really amounts to no more than an expression of opinion by a particular practitioner of what he thinks he would have done had he been placed, hypothetically and without the benefit of hindsight, in the position of the defendants, is of little assistance to the court" (101).

Jackson & Powell is van mening dat dié dictum van Oliver J nie toepassing behoort te vind in gevalle van mediese nalatigheid nie, en dat sodanige deskundige getuienis (alhoewel op hipoteses gebaseer) wél deur die howe aanvaar behoort te word (102).

Sodanige deskundige mediese getuienis is dan ook inderdaad deur die Engelse howe aanvaar. Ter illustrasie hiervan kan verwys word na die saak van Maynard v West Midlands RHA (103), waar sodanige deskundige getuienis, as 'n beslissende faktor in die saak, wél toegelaat en aanvaar is. Die feite van die saak was soos volg: R, 'n spesialis-konsultant, en S, 'n chirurg, het die eiser se toestand gediagnoseer as tuberkulose. Beide spesialiste was dit eens dat daar 'n moontlikheid was dat die eiser nie tuberkulose het nie, maar inderdaad aan Hodgkin se siekte ly. Hodgkin se siekte het 'n

---

(100) [1979] Ch 384.

(101) 402 B-D.

(102) Jackson & Powell 310: "Certainly, in practice, evidence from expert witnesses as to what they would have done, or what they believe other medical practitioners would have done, in the particular circumstances is received and acted upon by the court"; sien egter die kritiek hierop deur Kennedy & Grubb 425: "The authors may accurately state what the courts do as a matter of practice, but is Oliver J not right as a matter of law?"



hoë mortaliteit tensy stappe daarteen reeds op 'n vroeë stadium van die siekte geneem word. R en S het besluit om 'n mediastinoskopie op die eiser uit te voer (ten einde 'n biopsie te bekom), eerder as om te wag vir die uitslag van 'n sputumtoets wat etlike weke sou duur. Die biopsie was negatief en die aanvanklike diagnose van tuberkulose is bevestig. Tydens die mediastinoskopie (wat volgens die getuienis met die nodige sorg en vaardigheid uitgevoer was), is die linker senuwee van die eiser se larinks egter beskadig, wat verlamming van die linker stemband tot gevolg gehad het. By die verhoor het die eiser getuienis van 'n deskundige aangebied, wat getuig het dat die aanvanklike diagnose van tuberkulose van die begin af korrek en aangedui was, en dat dit verkeerd was om 'n gevaarlike prosedure soos 'n mediastinoskopie uit te voer waar dit nie aangedui was nie. Namens die verweerders is die getuienis van mediese deskundiges aangebied wat van mening was dat die verweerders se optrede aanvaarbaar was en inderdaad in die besondere omstandighede aangedui was. Beide die Court of Appeal en die House of Lords het beslis dat die verhoorregter fouteer het deur te bevind dat die verweerders wel nalatig was. Lord Scarman, met wie die ander regters saamgestem het, het beslis:

"I have to say that a judge's preference for one body of distinguished professional opinion to another also professionally distinguished is not sufficient to establish negligence in a practitioner whose actions have received the seal of approval if those opinions, thruthfully expressed, honestly held, were not

---

(103) [1984] 1 WLR 634; sien ook die bespreking van die saak deur Jackson & Powell 310; Nelson-Jones Medical Negligence Case Law (1990) 271; Powers & Harris 16 ev.



preferred. If this was the real reason for the judge's finding, he erred in law even though elsewhere in his judgment he stated the law correctly. For in the realm of diagnosis and treatment negligence is not established by preferring one respectable body of professional opinion to another. Failure to exercise the ordinary skill of a doctor (in appropriate speciality, if he is a specialist), is necessary" (104).

Hierdie dictum bevestig die beginsel dat deskundige mediese getuienis voortdurend aan die objektiewe maatstaf wat van regsweë vir die bewys van mediese nalatigheid in die Engelse reg vereis word, getoets moet word. In die finale instansie is die vraag eenvoudig of die deskundige mediese getuienis wat aangebied is om die eiserse saak (dat die verweerder nie met die nodige sorg en vaardigheid opgetree het wat redelikerwys van hom in die bepaalde omstandighede verwag kon word nie) te ondersteun, wél daarin geslaag het om mediese nalatigheid op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys. Daar behoort dus by die beoordeling van mediese nalatigheid noukeurig op die algemene beginsels, ook wat die beoordeling van deskundige mediese getuienis betref, gelet te word (105).

### 3 3 Res ipsa loquitur

Dié stelreël is ook aan die Engelse reg bekend. Reeds in die ou beslissing van Scott v London & St Katherine Docks (106) is die aanwending van die stelreël soos volg geformuleer:

---

(104) Maynard v West Midlands RHA supra 639; sien ook Clark v Maclennan [1983] 1 All ER 416 (QB); McGhee v National Coal Board [1972] 3 All ER 1008 (HL).

(105) Sien die bespreking van die algemene beginsels met betrekking tot mediese nalatigheid in die Engelse reg in hoofstuk 2 supra.

"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" (107).

Res ipsa loquitur word in die Engelse reg aangewend om 'n eiser se bewyslas te verlig waar direkte getuienis nie beskikbaar is nie en die eiser op omstandighedsgetuienis steun(108). Klaarblyklik vind dié stelreël nie toepassing waar substantiewe getuienis aangebied kan word om 'n saak te bewys nie(109). Dié stelreël vind onder bepaalde omstandighede wel toepassing in die regpraktyk om mediese nalatigheid te bewys. As sodanig, beskou die Engelse howe die stelreël as 'n regsvermoede waarvolgens 'n feitelike afleiding geregverdig is indien die verweerder nie 'n verduideliking van die oorsaak van intrede van die nadelige of skadelike gevolg kan gee nie - bygevolg waarvan die eiser in sy aksie moet

---

(106) (1865) 3 H & C - in die saak het sakke suiker vanaf die boonste vloer van 'n stoor bo-op die eiser geval. Hierdie gebeure het 'n vermoede van nalatigheid geregverdig ten aansien van diegene wat in beheer van die suiker was. (107) 601; oor die toepassing van die stelreël in die algemeen sien Charlesworth & Percy 349 ev 350: "The maxim comes into operation:(1) on proof of the happening of an unexplained occurrence;(2) when the occurrence is one, which would not have happened in the ordinary course of things without negligence on the part of somebody other than the plaintiff; and (3) the circumstances point to the negligence in question being that of the defendant, rather than that of any other person"; Clerk & Lindsell 485 ev; Flemming 298 ev; Winfield & Jolowicz 99 ev veral vn 38: "The principle appears as early as Christie v Griggs (1809) 2 Camp 79; its Latin form is much later. It is untraceable in the civil law, although Prof Buckland and Mr Ashton-Cross state that phrases 'res ipsa loquitur' and 'res ipsa dixit' occur in Cicero and other lay literature"; sien ook Atiyah "Res ipsa loquitur in England and Australia" 1974 MLR 337.

moet slaag (110). Powers & Harris stel dit soos volg:

"When successful, the plea of res ipsa loquitur has the practical effect of shifting the argument of negligence to the defendant's shoulders; and, while it is always for the plaintiff to prove the case of negligence on the balance of probabilities (more likely than not), the defendant is put to an explanation of how the matter in hand (the res or event) could have occurred in the absence of negligence. If the plea is unsuccessful, the plaintiff may still continue with argument as to the defendant's alleged negligence, but without the court's assistance in making the defendant 'explain it away'"(111).

Reeds in die saak van Mahon v Osborne(112) is die aanwending van dié stelreël om mediese nalatigheid onder bepaalde omstandighede te bewys deur die Court of Appeal bevestig. Die feite van die saak was kortliks soos volg: Die eiseres se seun het 'n operasie ondergaan vir 'n maagseer, welke operasie deur die verweerder, 'n chirurg, uitgevoer is. Gedurende die operasie is daar gebruik gemaak van deppers wat in en om die operasiesnit in die maag gepak is. Na afloop

---

(109) Clerk & Lindsell 485; Barkway v South Wales Transport Co [1950] 1 All ER 392 (HL) 399.

(110) Barkway v South Wales Transport Co supra; Henderson v Jenkins & Sons [1969] 3 All ER 756 (HL); Saunders v Leeds WHA [1985] CLY 2320; Woods v Duncan [1946] 1 All ER 420 (HL); Clerk & Lindsell 490; Flemming 297-298; Atiyah 1972 MLR 337.

(111) Powers & Harris 18; Flemming 298: "The current formula at least has it that in order to exculpate himself, the defendant must rebut the presumption of negligence by proving either that the accident was due to a cause which does not connote negligence on his part or, if he can point to no specific cause, that he took all reasonable care"; sien verder Cameron Medical Negligence (1983) 25 ev; Jackson & Powell 312; Kennedy & Grubb 422: "It would seem to follow, therefore, that to prove his case the plaintiff must adduce medical evidence sufficient to satisfy the burden of proof. Is this always the case? Would for example, a plaintiff be non-suited if he demonstrated that his doctor had removed the wrong leg, but did not bring forward medical evidence to suggest that this was not accepted medical practice? ... An exception, at least in theory, is res ipsa loquitur"; Martin 396-399; Nelson-James 56 ev.

van die operasie het die chirurg en die teatersuster die dep- pers verwyder en getel alvorens die operasiesnit toegewerk is. Ongeveer twee maande ná afloop van die operasie, het die eiseres se seun ernstig siek geword. 'n Verdere operasie moes uitgevoer word. Tydens dié operasie, is 'n depper van die vorige operasie, wat 'n abses veroorsaak het, in die buik van die pasiënt gevind. Die pasiënt is die volgende dag oorlede. Dit was gemeensaak dat die pasiënt oorlede is as gevolg van die depper wat in sy buik agtergelaat is. Goddard LJ wend die res ipsa loquitur stelreël aan en beslis:

"I think it right to say that in my opinion the doctrine of res ipsa loquitur does apply in such a case as this, at least to the extent I mention below. The surgeon is in command of the operation, it is for him to decide what instruments, swabs and the like are to be used, and it is he who uses them. The patient, or, if he dies, his representatives, can know nothing about this matter. 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 it may be excuseable, 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 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."(113).

In die latere saak van Cassidy v Minister of Health(114) wat allerweë as die locus classicus vir die aanwending van res ipsa loquitur in gevalle van mediese nalatigheid beskou word, het Lord Denning, in 'n geval waar 'n pasiënt se vingers na 'n operasie "styf" geword het, dié stelreël toegepas en soos volg beslis:

---

(112) [1939] 2 KB 14.

(113) supra 50; vir 'n bespreking van dié saak sien Jackson & Powell 313; Kennedy & Grubb 424; Martin 397; Nelson-James 266; Powers & Harris 18.

(114) [1951] 2 KB 343, [1951] 1 All ER 574 (CA).

"If the plaintiff had to prove that some particular doctor or nurse was negligent, he would not be able to do so. But he was not put to that impossible task: He says, 'I went into the hospital to be cured of two stiff fingers. I have come out with four stiff fingers, and my hand is useless. That should not have happened if due care had been used. Explain it, if you can'. I am quite clearly of the opinion that that raises a prima facie case against the hospital authorities ... They have nowhere explained how it could happen without negligence. They have busied themselves in saying that this or that member of their staff was not negligent. But they have called not a single person say that the injuries were consistent with due care on the part of all members of their staff... they have not therefore displaced the prima facie case against them and are liable in damages to the plaintiff" (115).

In die meer onlangse beslissing van Saunders v Leeds Western Health Authority (116), het dié stelreël weer toepassing gevind: 'n Operasie is uitgevoer op die eiseres, 'n vierjarige meisie met 'n kongenitaal-ontwrigte heup. Tydens die operasie, ongeveer twee ure nadat narkose deur 'n spesialis-narkotiseur toegedien is, het die eiseres hartarres ontwikkel vir 'n periode van ongeveer dertig tot veertig minute. As gevolg van die hartarres en die gevolglike hipoksie, het die eiseres breinskade opgedoen. Namens die eiseres is daar aangevoer dat die hartarres

---

(115) supra 365-366; contra die uitspraak van Denning LJ in Whitehouse v Jordan [1980] 1 All ER 650 (CA) 658 (in hierdie geval het 'n baba by geboorte ernstige breinskade opgedoen as gevolg van die beweerde nalatigheid van die geneesheer): "In getting it wedged or stuck, or unwedged or unstuck, Mr Jordan caused asphyxia which in turn caused the cerebral palsy. In this respect Mr Jordan fell below the very high standard of professional competence that the law requires of him ... The first sentence suggests that because the baby suffered damage, therefore Mr Jordan was at fault. In other words res ipsa loquitur. That would be an error. In a high risk case, damage during birth is quite possible, even though all care is used. No inference of negligence should be drawn from it"; sien ook die kommentaar hierop van Kennedy & Grubb 424: "This is not to say that res ipsa will never be applied in medical cases, but merely to say that it will be exceptional".

ontwikkel het as gevolg van onvoldoende bloedvoorsiening, en dat die res ipsa loquitur stelreël toegepas moes word. Die verweerders het nalatigheid ontken en aangevoer dat die hartarres 'n gevolg van 'n moontlike lugembolie was. Die hof het bevind dat die stelreël wel van toepassing is, aangesien 'n gesonde hart nie sonder nalatigheid onder narkose in arres gaan nie. Die verduideliking van die verweerders is deur die hof verwerp en is hulle gevolglik aanspreeklik gehou.

Die Engelse howe was egter nie altyd geneë om in gevalle van beweerde mediese nalatigheid dié stelreël toe te pas bloot omdat die "gebeure skynbaar op sigself daarvan spreek nie". Só het die hof in Roe v Minister of Health (117) beslis dat die stelreël nie van toepassing was nie waar twee pasiënte, nadat spinale narkose aan hulle toegedien is, permanent verlam is. Die verweerders het aangevoer dat die narkosemiddel in glasampules in 'n fenol-oplossing geberg was. Die fenol-oplossing het die ampules binnegedring vanweë onsigbare krakies in die glasampules, welke onsigbare krakies die verweerders nie redelikerwys kon voorsien het nie. Die hof

---

(116) supra 232; vir verdere voorbeelde van regspraak in die Engelse reg waar res ipsa loquitur oorweeg is by die bewys van mediese nalatigheid sien Brazier v Ministry of Defenc [1965] 1 Lloyds Rep 26; Brown v Merton, Sutton and Wandsworth Area Health Authority [1982] 1 The Lancet 159 (CA); Clarke and Another v Worboys and Others [1952] The Times 18 Maart (CA); Fish v Kapur and Another [1948] 2 All ER 176 (KB); Fletcher v Bench [1973] 4 BMJ 118 (CA); James v Dunlop [1931] 1 BMJ 730 (CA); Leckie v Brent and Harrow Area Health Authority [1982] 1 The Lancet 634; Levenkind v Churchhill-Davidson [1983] 1 The Lancet 1452; Lock v Scantlebury and Another [1963] The Times 25 Julie; Morris v Winsbury-White [1937] All ER 494 (QB); Roe v Minister of Health and Another [1954] 2 QB 66.



het die verweerders se verduideliking aanvaar en bevind dat hulle derhalwe nie nalatig was nie. Ook in die saak van Brazier v Minister of Defence (118), waar 'n naald tydens 'n inspuiting in die pasiënt se boud afgebreek het, het 'n beroep deur die eiser op dié stelreël gefaal omdat die verweerders aangetoon het dat die naald vanweë 'n latente defek afgebreek het. In beide sake het die beroep op die aanwending van die stelreël nie geslaag nie, nie omdat daar nie prima facie-getuienis van nalatigheid was nie, maar omdat die verweerders hulself van hul weerleggingslas gekwyd het deur 'n redelike verduideliking van die gebeure te verskaf. Die verduideliking was aanduidend van die nodige sorg en vaardigheid wat deur die verweerders in hul behandeling van die pasiënte uitgeoefen is.

#### 4 Die Verenigde State van Amerika

##### 4 1 Algemene bewysmaatstawwe

##### 4 2 Siviele verrigtinge

Siviele eise gegrond op beweerde mediese nalatigheid word in die VSA gebaseer op delik ("tort") nieteenstaande die feit dat daar 'n kontraktuele verhouding tussen die pasiënt-eiser en die geneesheer-

---

(117) supra 66; sien ook Jackson & Powell 314.

(118) supra 26; vir verdere regspraak waar res ipsa loquitur nie geslaag het nie sien Fish v Kapur supra; Lock v Scantlebury supra; Levenkind v Churchill-Davidson supra; sien ook die bespreking deur Nelson-James 58 ev.



verweerder mag bestaan (119). In hierdie verband is daar 'n bewyslas op die pasiënt-eiser om die volgende elemente van die aksie te bewys: (1) Die bestaan van 'n regsplig wat die geneesheer van regsweë teenoor die pasiënt verskuldig is; (2) die nie-nakoming van sodanige regsplig deur die geneesheer; (3) skade of persoonlikheidsnadeel vir die pasiënt as gevolg van die nie-nakoming van die regsplig; en (4) 'n oorsaaklike verband tussen die nie-nakoming van die regsplig en die skade of persoonlikheidsnadeel wat gely is. Die eiser moet gemelde elemente van die eis op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys. Prakties gesproke beteken sodanige bewyslas dat die eiser die jurie moet oortuig dat die waarskynlikhede in die saak in sy guns is (120).

In gevalle van beweerde mediese nalatigheid (net soos in ander gevalle van nalatigheid), is dit dikwels moeilik om tussen die funksies van die verhoorregter en die jurie 'n onderskeid te tref. Nalatigheid word beoordeel en bewys aan die hand van regsvrae en feitevrae. Ingevolge die algemene reël is die vasstelling van die graad van sorg en

---

(119) King The Law of Medical Malpractice in a Nutshell (1977) 35; Malone v University of Kansas Medical Centre 220 Kan 371 552 P 2d 885 (1976).

(120) Ficarra Surgical and Allied Malpractice (1968) 142 ev; Holder Medical Malpractice Law (1978) 65 ev; Kramer Medical Malpractice (1972) 4 ev; Prosser Torts (1971) 208 ev; sien ook De Lousanoff Facilitations of Proof in Medical Malpractice Cases (1982) 15 ev; Annotasie "Physicians & Surgeons" 61 American Jurisprudence 2d (1981) 486: "In a suit for injuries caused by alleged malpractice, the burden is on the plaintiff to prove the want of reasonable and ordinary care or skill of the physician or surgeon and to prove that the physician's negligence was the proximate cause of the injury, since the ultimate burden of persuasion that the surgeon has been negligent remains with the plaintiff".

vaardigheid wat van regsweë van 'n geneesheer vereis word, 'n regspraak wat deur die verhoorregter bepaal moet word; tot welke mate die geneesheer van sodanige vasstelling afgewyk het (met ander woorde nalatig was), is 'n feitelike vraag wat deur die jurie beoordeel moet word (121).

#### 4 1 2 Strafregtelike verrigtinge

In strafregtelike verrigtinge waar nalatigheid aan die kant van die geneesheer beweer word, is die bewyslas swaarder as in siviele verrigtinge (122). Strafregtelike aanspreeklikheid berus daarop dat daar 'n "growwe oorskryding" van die algemene mediese standaard was wat die dood van 'n pasiënt nalatig veroorsaak het. Waar 'n geneesheer die dood van 'n pasiënt nalatig veroorsaak het, sal hy ingevolge die Amerikaanse reg, van "involuntary manslaughter" aangekla word, en sal die vervolging sodanige nalatigheid bo redelike twyfel moet bewys. Daar word ook vereis dat daar 'n kousale verband moet wees tussen die growwe nalatigheid van die geneesheer en die dood van die pasiënt. Die vervolging sal ook sodanige kousaliteit insgelyks bo redelike twyfel moet bewys (123).

---

(121) Prosser 205 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 487 ev;

(122) Prosser 208; Annotasie 61 Am Jur 2d 570;

(123) Ficarra 52; Holder 57; La Fave & Scott Criminal Law (1986) 235; Morris & Moritz Doctor and Patient and the Law (1971) 355; Perkins Criminal Law (1969) 71 ev; sien ook die bespreking van strafregtelike aanspreeklikheid in die Amerikaanse reg in hoofstuk 2 supra - dit wil voorkom of medici slegs strafregtelik aangekla sal word indien daar 'n growwe oorskryding van die aanvaarde standaard was - Annotasie 61 Am Jur 2d 570: "Ordinary negligence which gives rise to civil liability is not within the cognizance of criminal law, but culpable negligence may be. As applied to a physician or surgeon, such negligence exists where he exhibits, in the care and treatment of a patient, gross lack of competency, or inattention, or wanton indifference to the patient's safety,

4 2 Deskundige mediese getuienis

4 2 1 Aard en omvang

In die Amerikaanse reg is deskundige mediese getuienis in die reël noodsaaklik om mediese nalatigheid te bewys (124). Sodanige deskundige getuienis word dan deur die eiser aangewend om aan te toon dat die geneesheer se optrede afgewyk het van die algemeen aanvaarde mediese standaard, en dat sodanige optrede skade of persoonlikheidsnadeel veroorsaak het. In die saak van Pipers v Rosenow (125) beslis Hopkins R:

"Yet, the science of medicine is recondite; and, in the ordinary case of malpractice, a jury is not equipped to determine the issue of negligence simply as an inference from the circumstances ... the information obtained from an expert witness supplies the jury with the means by which it can evaluate the conduct of the party charged

---

arising either from his gross ignorance of the science or through gross negligence in applying its principles... while a physician is not criminally liable for an unsuccessful result of treatment alone, or even for an unsuccessful result when accompanied by simple negligence on his part, yet if his negligence was gross, or his conduct amounted to recklessness, he may be criminally liable for the result. What is gross negligence or reckless conduct is a question for the jury".

(124) Brooten & Chapman Malpractice (1987) 170 ev; De Lousanoff 17: "Thus, it has been held in the great majority of malpractice cases that there can be no finding of negligence in the absence of expert medical testimony to support it"; Ficarra 137 ev; Holder 65; Moore & Kramer Medical Malpractice Discovery & Trial (1990) 203 ev; Prosser 209: "In some types of cases, such as those of medical malpractice, where laymen on he jury are not competent to judge whether the actor's conduct meets the proper standard, expert testimony may be essential, and the burden of proof cannot be sustained without it"; Annotasie 61 Am Jur 2d 506 ev; met betrekking tot regspraak sien Collins v Hand 431 Pa 378 246 A2d 398; Nicodeme v Bailey (Tex Civ App) 243 SW 2d 397; Shea v Phillips (1957) 213 Ga 269; Smith v Curran 28 Colo App 358 472 P2d 769.

(125) 39 AD 2d 240 243, 333 NYS2d 480.

with malpractice" (125a).

Deskundige mediese getuienis is al aangewend om mediese nalatigheid te bewys in gevalle waar die verkeerde behandeling toegepas is; die verkeerde diagnose gemaak is; brandwonde, frakture, ontwrigtings en infeksies veroorsaak is; en, veral in gevalle van ortopedie, obstetrie en ginekologie (126).

By die beoordeling en aanwending van deskundige mediese getuienis om mediese nalatigheid te bewys, het die vraag al ter sprake gekom of deskundige getuies wat tot een mediese skool of gedagterigting behoort, getuienis kan aanbied oor die behandeling van geneeshere wat tot 'n ander mediese skool of denkrigting behoort. Skynbaar is die antwoord op hierdie vraag negatief, en word dit as algemene beginsel aanvaar dat geneeshere van een mediese denkrigting nie deskundige getuienis kan aanbied in wanpraktyksake teen geneeshere wat tot 'n ander mediese denkrigting behoort nie. In hierdie verband kan 'n geneesheer in 'n eis wat op mediese nalatigheid gegrond is daarop aandrang dat 'n deskundige getuie wat tot dieselfde mediese skool en denkrigting behoort, tydens die verhoor getuig (127). Hierdie beginsel is natuurlik nie van toepassing wanneer daar 'n dispuut ontstaan oor welke mediese skool of denkrigting meer aanvaarbaar

---

(125a) supra 480.

(126) Vir 'n bespreking van verskeie voorbeelde van hierdie gevalle in die regspraak sien Annotasies 13 ALR 2d 11; 45 ALR 2d 1271; 53 ALR 2d 142; 81 ALR 2d 597; 83 ALR 2d 7 78 81; 88 ALR 2d 297 298; 99 ALR 2d 1336 1341; 1 ALR 3d 1107.

of korrek is nie - die getuienis van deskundiges van verskillende mediese skole en denkrigtings is juis relevant om die hof by die bepaling van die bewys van nalatigheid behulpsaam te wees (128). Insgelyks geld die algemene beginsel ook nie in gevalle waar 'n geneesheer wat tot een mediese skool of denkrigting behoort, by die behandeling van 'n pasiënt terapeutiese en diagnostiese metodes aanwend wat tot 'n ander mediese skool of denkrigting behoort nie; deskundige mediese getuienis wat tot daardie mediese skool of denkrigting behoort, is dan relevant (129).

Verder vereis die Amerikaanse reg vereis dat 'n deskundige mediese getuie, by die bewys van mediese nalatigheid, moet aantoon dat hy oor die nodige kennis,

---

(127) Annotasie 61 Am Jur 2d 352: "Generally speaking, physicians of one school are regarded as incompetent to testify in malpractice actions against another physicians of other schools, and it has been held that the defendant in a malpractice action is entitled to the testimony of competent practitioners of his own school of medicine as to the teachings of that school and his conformity thereto in his treatment of his patient, on the issue of whether he exercised the requisite degree of skill and care in such treatment"; sien ook Annotasie 85 ALR 2d 1022; Bender v Dingwerth (CA5 Tex) 425 F2d 378; Bolles v Kinton 83 Colo 147 263 P 26 56 ALR 814; Kelly v Carroll 36 Wash 2d 482 219 P2d 79 19 ALR 2D 1174; Whipple v Grandchamp 261 Mass 40, 158 NE 270 57 ALR 974;

(128) Annotasie 61 Am Jur 2d 517; sien Darby v Cohen (1979) 101 Misc 2d 516 421 NYS 2d 337; Haisenleder v Reeder (1982) 114 Mich App 258 318 NW2d 634; Sandford v Howard (1982) 161 Ga App 495 288 SE2d 739; Steinbach v Barfield (1983) La App 428 So 2d 915.

(129) Annotasie 61 Am Jur 2d 518: "It has been stated that an exception to the general rule exists where the defendant steps out of his own school's methods and attempts to treat a patient by the methods of another school, and where defendant attempts to justify the course of treatment given by him by relying on the standards of another school"; sien ook Annotasie 85 ALR 2d 1022 1029; James v Falk 226 Or 535 360 P2d 546 85 ALR 2d 1014; Sheppard v Firth 215 Or 268 334 P2d 190.

ervaring en spesialisasie beskik om wél deskundige getuienis aan te bied; in hierdie verband is daar ook 'n bewyslas op die eiser, en word na dié vereiste verwys as "the necessity of showing a medical witness's familiarity with the particular medical and surgical technique alleged to have been negligently performed by the defendant physician or surgeon" (130). In navolging van hierdie beginsel sal 'n algemene praktisyn nie deskundige getuienis kan aanbied om die beweerde mediese nalatigheid van 'n spesialis (soos 'n ginekoloog of radioloog) te bewys nie (131). In wese is hierdie reël net 'n bevestiging van die algemene toets vir mediese nalatigheid wat, onder meer, bepaal word met verwysing na die besondere omstandighede van elke geval en die graad van spesialisasie van die verweerder (132).

---

(130) Annotasie 61 Am Jur 2d 354; sien ook Annotasie 46 ALR 3d 275; vir 'n bespreking van die algemene vereistes vir deskundige getuienis sien 31 Am Jur 2d par 105-107; Kershaw v Tilbury 214 Cal 679 8 P2d 109; Swanson v Chatterton 281 Minn 129 160 NW 2d 662 31 ALR 3d 1152.

(131) Annotasie 61 Am Jur 2d 520; Hilyer v Hole (1982) 114 Mich App 38 318 NW2d 598; Pearce v Linde 113 Cal App 2d 627 248 P2d 506: "A doctor specializing in internal medicine and without experience in orthopedica or surgery fails to qualify as an expert in a malpractice suit on the question whether the defendants used proper care and skill in operating on the plaintiff's heel". Dieselfde beginsel geld ten aansien van spesialiste: Só kan 'n radioloog se getuienis nie aangewend word om byvoorbeeld die nalatigheid van 'n psigiater te bewys nie - sien Burton v Youngblood (1985) Utah 711 P2d 245 (hier het die hof geweier dat 'n oogspesialis wat spesialiseer in plastiese snykunde as deskundige teen 'n gewone plastiese chirurg getuig). In hierdie verband kan ook verwys word na die invloed van die omgewing of "locality" waar die verweerder praktiseer op die bewyswaarde van deskundige getuienis: Alhoewel daar gesag is vir die standpunt dat slegs deskundige mediese getuienis van geneeshere wat in dieselfde "locality" as die verweerder praktiseer, aangebied mag word, wil dit voorkom of die Amerikaanse hove tans die mening huldig dat die omgewing waar die verweerder praktiseer nie meer 'n faktor is wat die deskundige getuienis van geneeshere wat in ander "localities" praktiseer, uitsluit nie - sien Annotasie 61 Am Jur 2d 356 ev; Annotasie 37 ALR 3d 420 ev; Annotasie 99 ALR 3d 1133;



Alhoewel deskundige mediese getuienis in die reël noodsaaklik is vir die bewys van mediese nalatigheid, is daar in die Amerikaanse reg omstandighede waaronder sodanige getuienis nie as 'n vereiste vir die bewys van mediese nalatigheid gestel word nie (133). In beginsel kan daar na die volgende omstandighede verwys word:

a) Waar die geneesheer nalatigheid erken

Waar die geneesheer self erken dat sy behandeling van die pasiënt nalatig was, sal dit uiteraard nie vir die pasiënt nodig wees om deskundige mediese getuienis voor te lê nie. In die saak van Wooten v Curry (134) het die geneesheer teenoor die pasiënt en haar familie erken dat, indien hy die nodige na-operatiewe ondersoek op die pasiënt uitgevoer het, hy dit kon voorkom het dat die pasiënt se vagina na 'n histerektomie deur hom uitgevoer, gesluit het.

---

Faulkner v Pezeshki 44 Ohio App 2d 186 337 NE2d 158: "Same or similar locality rule did not exclude the testimony of an expert witness where the medical standards to which he testified were minimum standards applicable wherever medicine is practised"; King v Williams (1981) SC 279 SE 2d 618 waar 'n geneesheer van Florida se deskundige getuienis toegelaat is teen 'n geneesheer van Suid-Carolina; Jenkins v Parrish (1981) Utah 627 P2d 533.

(132) Sien die bespreking van mediese nalatigheid in die Amerikaanse reg in hoofstuk 2 supra.

(133) Harolds "Overcoming Problems of Proof" Medical Malpractice-ATL Seminar (1966)(red Harolds & Block) 71 ev; Lambert "Malpractice Liability Concepts Affecting All Professionals" Medical Malpractice-ATL Seminar (1966)(red Harolds & Block) 3 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 513 ev.

(134) (1961) 50 Tenn App 549 93 ALR2d 307; Sheffield v Runner (1958) 163 Cal App 2d 48 328 P2d 828; Dictz v Aronsohn 244 AD 746 279 NYS 2d 66 (1935); sien ook Lambert 17 ev; Louisell & Williams Trial of Medical Malpractice Cases (1960)



b) Die leerstuk van "common knowledge"

Ingevolge die leerstuk van "common knowledge" is deskundige mediese getuienis nie nodig by die bewys van mediese nalatigheid nie. Hierdie leerstuk vind toepassing in gevalle wat nie tegniese van aard is nie, of gevalle wat só basies is dat dit van 'n leek verwag kan word om oor die nodige kennis te beskik, of waar daar só 'n flagrante gebrek aan sorg en vaardigheid aan die kant van die geneesheer tydens die behandeling van die pasiënt was dat deskundige getuienis onnodig is (135). Só het 'n geneesheer in die saak van Corn v French (136) 'n ingrypende mastektomie op 'n pasiënt uitgevoer, sonder om eers 'n biopsie op haar borste uit te voer om die aanwesigheid van enige kwaadaardigheid al dan nie, vas te stel. In hierdie omstandighede het die leerstuk toepassing gevind en het die jurie 'n afleiding van nalatigheid, sonder enige deskundige getuienis, teen die geneesheer gemaak.

---

421 ev; Moore & Kramer 218; Annotasie 61 Am Jur 2d 513 ev.

(135) Lambert 18; Annotasie 61 Am Jur 2d 513: "These so-called 'common knowledge' and 'gross negligence' exceptions to the requirement of expert testimony are applicable if the negligence of the physician is so grossly apparent or the treatment is such a common occurrence that a layman would have no difficulty in appraising it"; Annotasie 13 ALR 2d 11 34; Orthopedic Clinic v Butler 127 App DC 379 384 F2d 331: "Expert medical testimony is not required to establish the cause of an objective injury where there is competent evidence without such testimony, to establish the cause of the injury with reasonable certainty".

(136) (1955) 71 Nev 280 289 P2d 173; sien ook Carrasquillo v Rothschild (1981) 110 Misc 2d 758 443 NYS2d 113; Clapham v Yanga (1980) 102 Mich App 47 300 NW2d 727 - in hierdie saak is bevind dat 'n jurie, sonder enige deskundige getuienis, 'n afleiding van nalatigheid kan maak waar 'n geneesheer versuim het om 'n vrouepasiënt wat gekla het van die afwesigheid van

c) Res ipsa loquitur

Waar 'n geneesheer by die behandeling van 'n pasiënt tot só 'n mate afwyk van die aanvaarbare mediese praktyk dat daar gesê kan word dat die "feite vir sigself spreek", is 'n afleiding van mediese nalatigheid teen die geneesheer geregverdig, vind dié stelsel toepassing en is dit nie nodig vir die pasiënt om deskundige mediese getuienis voor te lê nie (137).

---

menstruele siklusse, naarheid en floutes, vir swangerskap te toets; Martin v Washington Hospital Centre (1980) Dist Col App 423 A2d 913; Sullivan v Russell (1983) 417 Mich 398 338 NW2d 181; Toppino v Herhahn (1983) 100 NM 564 673 P2d 1297. Vir verskeie voorbeelde in die Amerikaanse regspraak waar bevind is dat deskundige getuienis nie nodig is nie sien Annotasies: 13 ALR 2d 11 36; 41 ALR 2d 329 353 (brandwond veroorsaak deur X-strale); 53 ALR 2d 142 147 (narkose); 54 ALR 2d 200 205-207 (behandeling van frakture en ontwrigtings); 57 ALR 2d 379 392 432 444; 68 ALR 2d 426 429 (oogchirurgie); 81 ALR 2d 597 608; 83 ALR 2d 7 78 89 (tandartse); 88 ALR 2d 309 312 (urologie); 99 ALR 2d 599 609 (geestesongesteldheid). Inbegrepe by die leerstuk van "common knowledge" en growwe nalatigheid, is gevalle waar 'n geneesheer 'n pasiënt abandoneer deur die pasiënt te vroeg uit die hospitaal te laat ontslaan en dan enige verdere behandeling of opvolg-behandeling staak. In sodanige gevalle is dit ook nie, ingevolge die leerstuk, vir 'n pasiënt nodig om deskundige getuienis aan te bied nie - sien Meiselman v Crown Heights Hospital (1941) 285 NY 389 395 34 NE2d 367 waar die hof bevind het dat 'n prima facie saak van mediese nalatigheid uitgemaak is waar 'n kind wat aan 'n beensiekte gely het, te vroeg deur die verweerder uit die hospitaal ontslaan is en verdere behandeling gestaak is. Die hof bevind (395): "Common sense and ordinary experience and knowledge, such as possessed by laymen, without the aid of medical expert evidence, might properly have suggested to the jury that the condition of the boy at the time that he was left without hospitalization and abandoned by the defendant was not compatible with skilful treatment ... where the matters are within the experience and observation of the ordinary jurymen from which they may draw their own conclusions and the facts are of such a nature as to require no special knowledge or skill, the opinion of experts is unnecessary"; sien ook Harolds 92 ev. (137) Res ipsa loquitur word hieronder volledig bespreek; derhalwe word daar nie hier op die stelsel uitgebrei nie.

d) Waar gesteun word op die deskundige mediese getuienis wat deur die geneesheer aangebied word

'n Eiser is ingevolge hierdie uitsondering op die algemene reël nie verplig om deskundige mediese getuienis aan te bied waar sodanige getuienis duidelik uit die getuienis van die geneesheer self, of uit die getuienis van die deskundige mediese getuies wat namens die geneesheer getuig, blyk nie. Alhoewel die bewyslas op die eiser rus om sy saak te bewys, word die getuienis van die geneesheer as aanvullend tot dié van die eiser beskou en kan die hof uit sodanige getuienis 'n afleiding van mediese nalatigheid maak sonder dat die eiser deskundige mediese getuienis hoef aan te bied (138).

4 2 2 "Conspiracy of silence"

Voorgaande uitsonderings op die algemene beginsel dat deskundige mediese getuienis aangebied moet word om mediese nalatigheid te bewys, is in wese bewyshulpmiddele ten gunste van die pasiënt om sy bewyslas te vergemaklik, veral in gevalle waar dit vir die pasiënt moeilik is om geredelik deskundige mediese getuies te bekom wat bereid is om teen 'n kollega te getuig; vandaar die aantyging dat daar 'n sogenaamde "conspiracy of silence" by medici te bespeur is

---

(138) Lambert 18 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 512; Annotasie 81 ALR2d 597 625 648; Greenwood v Harris (Okla) 362 P2d 85; Lashley v Koerber 26 Cal 2d 83 156 P2d 441; MacDermott v Manhattan Eye, Ear & Throat Hospital (1964) 15 NY2d 20 255 NYS2d 65 203 NE 2d 469; Snyder v Pantaleo 143 Conn 290 122 A2d 21.

(139). Bogenoemde uitsonderings kan dan ook gesien word as 'n voortvloeiende van, of reaksie op, die "conspiracy of silence". Dié term is veral in die Amerikaanse reg beskryf, en die Amerikaanse hof het daaraan erkenning gegee(140). In die saak van Huffman v Lindquist (141) verwys Carter R só na die term:

"Anyone familiar with cases of this character knows the so-called ethical practitioner will not testify on behalf of a plaintiff regardless of the merit of his case. This is largely due to pressure exerted by medical societies and public liability insurance companies which issue

---

(139) De Lousanoff 17 ev; Ficarra 58; Giesen International Medical Malpractice Law (1988) 513: "Due to specific questions of medical science and technique involved in the alleged malpractice, plaintiffs are often obliged to introduce medical expert testimony; since physicians, however, hesitate to testify against each other - a situation often judicially labelled the 'conspiracy of silence' - plaintiff patients often fail to present sufficient direct proof. Thus the patient may face severe problems in getting information and expert witnesses whereas the defendant physician knows (or ought to know) all the details and has easy access to them and to colleagues who might testify in his favour" en ook vn 7 513: "It is a matter of common knowledge, often mentioned in judicial opinion and other authorities, that the plaintiff in a medical malpractice case is often unable to find a medical expert willing to testify against a fellow physician ... It goes without saying that the plaintiff's inability to obtain favourable expert testimony poses the possibility of great miscarriage of justice"; Giesen Arzthaftungsrecht (1981) 96 ev; Harolds 43; Holder 65 ev; Lambert 21; Strauss Doctor Patient and the Law 245; sien ook Belli "The Silent Medical Treatment: An Ancient Therapy Still Applied" 1956 Villanova Law Review 250; Kelner "The Silent Doctor-Conspiracy of Silence" 1970 University of Richmond Law Review 119 ev; Norton "Ethics in Medicine and Law: Standards and Conflicts" 1977 Legal Medicine Annual 206.

(140) Christie v Callahan (1941) 75 App DC 133 124 F2d 825 828; Cooper v Roberts 286 A2d 647 (Pa Super 1971) waar die term "community of silence" gebruik is; Faulkner v Pezeshki 337 NE2d 158 164 (Ohio App 1975); Graham v Sisco 449 SW2d 949 951 (Ark 1970); Morgan v Rosenberg (1963 Mo) 370 SW2d 685; Quinn v George Washington University 407 A2d 580 (DC 1979); Morris v Metriyakool 309 NW2d 910 (Mich App 1981); Salgo v Leland Stanford Bd Trustees 317 P2d 170 (Cal App 1957); Sisler v Whitten (1964 Okla) 393 P2d 417; Van Zee v Sioux Valley Hospital 315 NW2d 489 (SD 1982) waar die term beskryf is as 'n "shroud of silence". Vir verdere voorbeelde in die Amerikaanse regspraak van die omskrywing van dié begrip sien Louisell & Williams 421 ev.

(141) (1951) 37 Cal 2d 465 234 P2d 34 46, 29 ALR 2d 485.

policies of liability insurance to physicians covering malpractice claims ... Physicians ... flock to the defense of their fellow members charged with malpractice and the plaintiff is relegated, for his expert testimony, to the occasional lone wolf or heroic soul, who for the sake of truth and justice has the courage to run the risk of ostracism by his fellow practitioners and cancellation of his public liability insurance policy".

Só waarsku Belli ("King of torts") in 1956 ten aansien van dié situasie in die VSA:

"Doctors, take the advice from one who was brought up in a family of doctors and one who has sued more doctors conclusively perhaps than any other lawyer in the United States: Your public relations counsellors have urged you to leave your Cadillacs at home. When you follow this advice, for Hippocrates' sake, don't follow your insurance man's demands and leave your good conscience too in the driver's seat. The layman has learned about the medical conspiracy. He's damned mad about it, and in the jury room he's likely to express his rage. In your own enlightened self-interest, break this conspiracy before the public does it for you" (142).

Alhoewel die beskikbaarheid van deskundige mediese getuies wat bereid sou wees om namens 'n pasiënt teen 'n ander geneesheer te getuig sedert 1956 in die VSA ongetwyfeld verbeter het, is daar nog steeds 'n algemene onwilligheid onder geneeshere om in sake van beweerde mediese nalatigheid teen kollegas te getuig. Klaarblyklik is daar 'n groter gewilligheid indien dit vasstaan dat die betrokke geneesheer "grof" nalatig was (143). In die lig hiervan is pasiënte in sake van beweerde mediese nalatigheid steeds aangewese op bewysmaatstawwe wat hul bewyslas vergemaklik en die nodigheid van deskundige getuienis uitsluit, terwyl die howe nie werklik 'n ander keuse het as om sodanige bewysmaatstawwe toe te pas en in bepaalde gevalle selfs uit te brei nie (144).

---

(142) Belli Ready for the Plaintiff (1963) 91.

(143) Sien die regspraak waarna verwys is in vn 140

#### 4 3 Res ipsa loquitur

In die reël vind res ipsa loquitur wel by die bewys van mediese nalatigheid in die Amerikaanse reg aanwending. Die stelreël vind egter slegs aanwending waar daar omstandighedsgetuienis is wat 'n afleiding van nalatigheid aan die kant van die geneesheer regverdig. Die regverdiging vir die aanwending van die stelreël is daarin geleë dat dit hoogs onwaarskynlik volgens erkende en aanvaarde mediese praktyk is dat 'n bepaalde gevolg intree sonder dat daar nalatigheid aan die kant van die geneesheer was (144a). As algemene vereistes vir die effektiewe aanwending van die stelreël in die mediese praktyk moet die eiser 'n prima facie-saak uitmaak en aantoon dat (1) die gebeure en gevolge op nalatigheid dui, en in die reël nie sou ingetree het sonder

---

supra. Waar 'n geneesheer egter grof nalatig was óf waar 'n pasiënt op res ipsa loquitur steun, sal deskundige mediese getuienis in alle waarskynlikheid in elk geval nie nodig wees nie.

(144) Ficarra 58 verwys na pogings deur mediese verenigings om pasiënte behulpsaam te wees om deskundige getuies te bekom. So het mediese verenigings in die staat Kalifornië panele van mediese spesialiste saamgestel om pasiënte in hierdie verband by te staan, nie alleen om aan pasiënte deskundige getuies in gevalle met meriete beskikbaar te stel nie, maar ook om aan hulle te verduidelik dat die betrokke geneesheer se optrede of behandeling heeltemal aanvaarbaar was en dat daar nie 'n voortuitsig op sukses is indien die pasiënt die geneesheer sou dagvaar nie: "This assistance to the courts is of vital importance in preventing judicial retaliation to the medical profession through the expansion of such legal devices as res ipsa loquitur ... The Damocles sword may do some good for medicine. It is conceded that the fear of lawsuits is leading to a deeper study and reevaluation of some medical procedures". Meer filosofies is Kramer "A Plaintiff's Lawyer Replies" Medical Malpractice (1966) 45: "In summary, what is needed is a return to basics, namely to the first principle of medicine, primum non nocere (first no harm to the patient). Therein lies the answer to malpractice cases".



dat daar nalatigheid in een of ander vorm aanwesig was nie;  
(2) dat die gebeure veroorsaak is, of voortgespruit het uit  
omstandighede wat uitsluitlik onder die beheer van die  
geneesheer was; en (3) die eiser nie op enige stadium tot die  
gebeure of gevolge bygedra het nie (145).

Die aanwending van die stelreël in die praktyk is deur die  
Hooggeregshof van die VSA in die saak van Sweeney v  
Erving (146) soos volg geformuleer:

"Res ipsa loquitur means that the facts of the occurrence warrant the inference of negligence, not that they compel such an inference; that they furnish circumstantial evidence of negligence where direct evidence may be lacking, but it is evidence to be weighed, not necessarily to be accepted as sufficient; that they call for explanation or rebuttal, not necessarily that they require it; that they make a case to be decided by the jury, not that they forestall the verdict. Res ipsa loquitur, where it applies, does not convert the defendant's general issue into an affirmative defense. When all the evidence is in, the question for

---

(144a) De Lousanoff 18 ev; Ficarra 147 ev; Giesen International Malpractice 515 ev; Harolds 88 ev; Holder 65 ev; Lambert 18 ev; Moore & Kramer 212 ev; Hirsch et al "Res Ipsa Loquitur and Medical Malpractice - Does It Really Speak for the Patient?" 1984 Medical Trial Technique Quarterly 452; Podell "Application of Res Ipsa Loquitur in Medical Malpractice Litigation" 1977 Insurance Counsel Journal 634; Annotasie 61 Am Jur 2d 492; sien veral die belangrike saak van Klein v Arnold (1960 Sup) 203 NYS 2d 797: Hier is bevind dat die feit dat een van 'n pasiënt se organe tydens 'n operasie gebars het, prima facie bewys is van nalatigheid, en dat daar 'n plig op die geneesheer is om 'n verduideliking vir die gebeure te gee.

(145) De Lousanoff 21; Moore & Kramer 213; Prosser 214; Annotasie 61 Am Jur 2d 492; Fogal v Genesee Hospital (1973) 344 NYS 2d 552 bevind die hof dat die stelreël aanwending vind waar 'n pasiënt tydens narkose 'n onverklaarbare besering opgedoen het. Die stelreël word aangewend om 'n prima facie te vestig: "We think it self evident that a patient does not apprehend or accept amputation of the limbs due to frostbite as a normal risk of renal or vesicular surgery. It is not an ordinary or natural result of such an operation in the absence of negligence".

(146) 228 US 233 (1913); sien Quinn v George Washington University supra 582.



the jury is whether the preponderance is with the plaintiff".

Dié stelreël is in die praktyk al toegepas om mediese nalatigheid te bewys in die volgende gevalle: Waar voorwerpe in die pasiënt se liggaam na 'n operasie agtergelaat is (148); waar brandwonde opgedoen is tydens behandeling of die neem van X-strale(149); waar naalde in die pasiënt se liggaam afgebreek het(150); waar pasiënte onder narkose beseer is(151); en waar beserings of infeksies op bloedoortappings gevolg het(152). In sodanige gevalle is die feitelike gebeure as prima facie-getuienis van mediese nalatigheid beskou en was daar 'n verpligting op die geneesheer om 'n aanvaarbare verduideliking vir die gebeure te gee, by gebrek waaraan daar 'n bevinding van nalatigheid teen die geneesheer gemaak is. In die toonaangewende saak van Cho v Kempler (153) is gesê:

---

(147) supra 240.

(148) De Lousanoff 24 ev; Ficarra 148; vir verskeie voorbeelde in die Amerikaanse regspraak sien Annotasie 37 ALR 3d 470; 51 ALR 2d 970; 82 ALR 2d 1262 1315; 83 ALR 2d 7 57; 99 ALR 2d 1336 1384; Young v Caspers 311 Minn 391 249 NW2d 713 waar die stelreël toegepas is waar die punt van 'n skalpel in 'n pasiënt se liggaam afgebreek het.

(149) Annotasies 41 ALR 2d 329 359-363; 82 ALR 2d 1262; Greenberg v Michael Rees Hospital (1980) 83 Ill 2d 282 415 NE 2d 390; Rhodes v De Haan 184 Kan 473 337 P2d 1043.

(150) Annotasies 82 ALR 2d 1262 1308-1349; 88 ALR 2d 297 298; Benson v Dean (1921) 232 NY 62 133 NE 125 (gebreekte naald in maag); Hohenthal v Smith (1940) 72 App DC 343 114 F2d 494

(151) Ficarra 148; Kopple "Medical Malpractice - Res Ipsa Loquitur and Informed Consent in Anesthesia Cases" 1967 De Paul Law Review 432; Annotasies 61 Am Jur 2d 499; 53 ALR 2d 148; 82 ALR 2d 1262 1296 1333 1343; 49 ALR 4th 63;

Hoven v Rice Memorial Hospital (1986) Minn App 386 NW2d 752; Seneris v Haas 45 Cal 2d 811 291 P2d 915.

(152) Ficarra 152; Moore & Kramer 214; Annotasie 61 Am Jur 2d 494 ev.

(153) (1960) 177 Cal App 2d 342 2 Cal Rptr 167 76 ALR2d 774; vir voorbeelde in die Amerikaanse regspraak waar die howe nie bereid was om die stelreël toe te pas nie sien 61 Am Jur 2d 495 ev.

"In an integrated society where individuals become inevitably dependent on others for the exercise of due care, where these relationships are closely interwoven with our daily living, the requirement for explanation is not too great a burden to impose upon those who will be the instruments of injury and whose due care is vital to life itself"(154).

In die Amerikaanse reg word res ipsa loquitur, as bewysreël, nie alleen aangewend om die eiser by die bewys van mediese nalatigheid behulpsaam te wees nie, maar is dit deur die regspraak verder uitgebrei om 'n effektiewe bewyslas ("reversal of onus") op die geneesheer te plaas en om mediese nalatigheid teen meerdere verweerders ("multiple defendants") wat by die behandeling of operasie van 'n pasiënt betrokke was, te bewys (155). In gevalle waar meerdere verweerders betrokke is (byvoorbeeld 'n hele chirurgiese span), kan die stelreël aangewend word om as't ware 'n afleiding van "korporatiewe" nalatigheid te regverdig. In sodanige gevalle is daar 'n plig op elke verweerder om 'n aanvaarbare verduideliking van die gebeure te gee ten einde aanspreeklikheid te ontkom (156). So het die Hooggeregshof van Kalifornië in die toonaangewende saak van Ybarra v Spangard (157) beslis dat die stelreël wél ten gunste van 'n eiser aangewend kan word om 'n afleiding van nalatigheid teen meerdere verweerders (geneesheer, verpleegsters en assistente wat by die operasie betrokke was) te vestig. In dié saak is 'n blindedermperasie op die eiser uitgevoer. Hy het later geweldige pyn in sy arm ervaar, en met sy ontslag uit die hospitaal was sy arm en skouer heeltemal verlam. Die eiser het aangevoer dat sy arm en

---

(154) supra 774;

skouer beseer is terwyl hy onder narkose was. Gevolglik het hy teen die chirurg, narkotiseur, verpleegpersoneel en hospitaal 'n eis om skadevergoeding op grond van nalatigheid ingestel. In sy bevinding ten gunste van die eiser, merk die Hooggeregshof op:

"The present case is of a type which comes within the reason and spirit of the doctrine more fully perhaps than any other ... Viewed from this aspect, it is difficult to see how the doctrine can, with any justification, be so restricted in its statement as to become inapplicable to a patient who submits himself to the care and custody of doctors and nurses, is rendered unconscious and receives some injury from instrumentalities used in his treatment. Without the aid of the doctrine a patient who received permanent injuries of a serious character, obviously the result of someone's negligence, would be entirely unable to recover unless the doctors and nurses in attendance voluntarily choose to disclose the identity of the negligent person and the facts establishing liability. If this were the state of law of negligence, the courts, to avoid gross injustice, would be forced to invoke the principles of absolute liability, irrespective of negligence, in actions by persons suffering injuries during the course of treatment under anaesthesia. But we

---

(155) De Lousanoff 37: "The need for alleviation of the plaintiff's burden of proof in medical malpractice cases has induced courts to broaden the scope of applicability of *res ipsa loquitur*" veral 51 ev; King 135 ev; Prosser 228 ev; Broder "Res Ipsa Loquitur in Medical Malpractice Cases" 1969 De Paul Law Review 421; McCoid "Negligence Actions Against Multiple Defendants" 1955 Stanford Law Review 480; Annotasie 61 Am Jur 2d 493.

(156) De Lousanoff 40 ev; Giesen International Malpractice 523 verwys nie na korporatiewe aanspreeklikheid met betrekking tot meerdere verweerders nie, maar gebruik die begrip "organizational failure"; Annotasie 61 Am Jur 2d 493: "It is clear that the mere fact that more than one defendant is involved does not preclude the application of *res ipsa loquitur*. In fact the plaintiff may join as defendants all persons who had control over his body or over the instrumentalities that might have caused his injuries"; Annotasie 67 ALR 4th 544.

(157) 25 Cal 2d 486 154 P2d 687 (1944); vir 'n volledige bespreking van hierdie saak sien De Lousanoff 41-47; Rubsamen "Res Ipsa Loquitur in California Medical Malpractice Law - Expansion of a Doctrine to the Bursting Point" 1962 Stanford Law Review 251 ev; Seavey "Res Ipsa Loquitur: Tabula in Nuefragio" 1950 Harvard Law Review 643 648; Annotasie 61 Am Jur 2d 493 vn 24.

think this juncture has not yet been reached, and that the doctrine of *res ipsa loquitur* is properly applicable to the case before us" (158).

Volgens hierdie beslissing is dit duidelik dat beleidsoorwegings 'n beduidende rol by die aanwending van die stelreël speel, en dat regterlike diskresie ten gunste van die eiser inderdaad daardeur beïnvloed sal word (159).

5            Duitsland

5 1        Algemene bewysmaatstawwe

5 1 1     Siviele verrigtinge

5 1 1 1 Algemeen

In die Duitse reg word die sivileregtelike aanspreekheid van medici deur die beginsels van die kontraktereg, deliktereg en die bepalinge van die BGB beheers. Waar skadevergoeding op grond van beweerde mediese nalatigheid van 'n geneesheer geëis word, kan die aksie van die eiser óf op kontrak ("Dienstvertrag") óf op delik gebaseer wees. Skadevergoeding weens pyn en lyding ("Schmerzensgeld") kan

---

(158) Ybarra v Spangard supra 688-689;

(159) De Lousanoff 45: "Most of medical malpractice cases in which *res ipsa* was applied, are in reality mainly based on policy considerations; Giesen International Malpractice 524: "The decision no doubt emphasized the right points, using the maxim of *res ipsa loquitur* in effect 'as a straddle between fault and strict liability'"; die Ybarra-beslissing is met goedkeuring in die Amerikaanse regspraak aangehaal: Anderson v Somberg (1975 NJ) 338 A2d 1; Hoven v Rice Memorial Hospital supra; Marrero v Goldsmith 486 (1986 Fla) So2d 530; Summers v Tice 33 Cal 2d 80 199 P 2d 1 (1948).

egter net in terme van die deliktereg gevorder word. In siviele verrigtinge is die bewyslas en ander bewysregtelike beginsels in beide aksies (kontrak en delik) dieselfde (160).

In beginsel rus die bewyslas in siviele verrigtinge op die eiser. In navolging hiervan moet 'n eiser in 'n eis wat op beweerde mediese nalatigheid gegrond is, bewys dat sy beserings of persoonlikheidsnadeel veroorsaak is deur die gebrekkige behandeling van die geneesheer. Dit is dus vir die eiser om die handeling, skade, kousale verband tussen die handeling en die nadelige gevolg, onregmatigheid en skuld (in die vorm van nalatigheid) bo redelike twyfel te bewys (161). Die toepassing van hierdie algemene bewyslas, ook by die bewys van mediese nalatigheid, is deur die Duitse Federale Grondwetlike Hof bevestig in sy bevinding dat dié algemene bewyslas op 'n pasiënt nie ongrondwetlik is en 'n skending van prosedurele regverdigheid daarstel nie (162).

---

(160) Bappert Arzt und Patient als Rechtsuchende (1980) 123; De Lousanoff 81 ev; Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht (1992) 145; Giesen Arzthaftungsrecht (1992) 192; Gramberg-Danielsen Die Haftung des Arztes (1978) 31; Laufs Arztrecht (1984) 13 ev; Laufs & Uhlenbruck Handbuch des Arztrecht (1992) 666; Matz "Der ärztliche Kunstfehler und sein Beweis" Moderne Medizin und Strafrecht (1988) (red Kaufmann) 44; Rieger Lexikon des Arztrechts (1984) 220; sien paragraaf 611 BGB met betrekking tot die beginsels van die "Dienstvertrag" en paragraaf 831 BGB met betrekking tot die beginsels van die deliktereg; paragrafe 253 en 847 BGB is relevant by die verhalings van "Schmerzensgeld"; sien die algemene bespreking in hoofstuk 2 supra met betrekking tot deliktuele aanspreeklikheid in die Duitse reg.

(161) Bappert 123; De Lousanoff 82; Deutsch Arztrecht 145; Giesen Arzthaftungsrecht 192: "Deshalb muss der Patient, der seinen Schadenersatzanspruch auf einem Behandlungsfehler gründet, das Vorliegen eines Behandlungsfehlers, dessen Ursächlichkeit für den eingetretenen Schaden und das Verschulden des Schädigers beweisen"; Laufs 101; Laufs &

5 1 1 2 Aanvanklike prima facie bewys en die "Anscheinsbeweis"

In 'n eis gegrond op mediese nalatigheid teen 'n geneesheer is dit van kardinale belang vir die eiser om eers vas te stel of daar voldoende feite is waarop sodanige eis gegrond kan word. Ten einde sodanige vasstelling te kan maak, is die eiser dikwels aangewese op inligting wat vervat is in mediese verslae, rekords en ander dokumentasie wat gewoonlik in besit van die geneesheer of die hospitaal is. Sodanige inligting is gewoonlik vir die eiser se saak

---

Uhlenbruck 666-668; Uhlenbruck "Beweisfragen im Ärztlichen Haftungsprozess" 1965 NJW 1057-1064.  
(162) BVerfG 1979 NJW 1995; vir 'n bespreking van dié saak sien Stürner "Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und Arzthaftungsprozess" 1979 NJW 1225 1226; De Lousanoff 83: "It is generally believed, hence, that a change in the allocation of the burden of proof would result in the physician's liability for non-success or strict liability. Such a liability would, however, be conflicting with the physician's duty which is conduct oriented rather than success oriented; sien ook Giesen International Malpractice 514 veral vn 15 vir 'n verdere bespreking van die saak; in weerwil van hierdie benadering van die Grondwetlike hof is daar tog erkenning gegee aan die feit dat 'n pasiënt wel sekere bewysregtelike probleme ondervind by die bewys van mediese nalatigheid en dat 'n buigsame benadering deur die hof in individuele gevalle gevolg behoort te word ten einde die pasiënt se bewyslas te vergemaklik - in hierdie verband is onder andere verwys na die verskuiwing van die bewyslas in gepaste omstandighede na die geneesheer wanneer beleidsoorwegings dit regverdig; daar dien ook hier gemeld te word dat daar van deskundige mediese getuies gebruik gemaak word om mediese nalatigheid in die praktyk te bewys. In hierdie verband het die Federale Hooggeregshof hom al sterk uitgespreek teen die klakkelose aanvaarding van deskundige mediese getuienis deur die hof en veral teen die feit dat sodanige getuienis nie krities deur die hof gevalueer word nie. Die hof het beklemtoon dat 'n regter nie aanduidings van "professionele solidariteit" met 'n kollega deur 'n deskundige mediese getuie kan ignoreer nie, en derhalwe moet waak teen die subjektiewe vooroordeel aan die kant van die deskundige getuie - sien BGH 1975 NJW 1463. Daar word aan die hand gedoen dat die begrip "professionele solidariteit" die Duitse ekwivalent is aan die begrip "conspiracy of silence" in die Amerikaanse reg.



noodsaaklik om die gebrekkige behandeling deur die geneesheer te substansieer, alvorens 'n eis gegrond op beweerde mediese nalatigheid deur die eiser ingestel kan word (163). In hierdie verband is die gemelde vasstelling van voldoende feite vir die eiser by die bewys van mediese nalatigheid gewis problematies, veral in gevalle waar die eiser nie toegang tot sodanige mediese inligting kan verkry nie, of in gevalle waar die geneesheer of hospitaal nie sodanige mediese inligting en dokumentasie gehou het nie of dit vernietig het. In 'n poging om eisers in hierdie verband behulpsaam te wees, het die Duitse Federale Hooggeregshof beslis dat daar 'n substantiewe plig op 'n geneesheer en hospitaalowerhede rus om wel sodanige inligting en dokumentasie te hou (164).

Volgens die Duitse reg het 'n eiser 'n prima facie-saak van mediese nalatigheid uitgemaak indien hy voldoende feite van gebrekkige of onaanvaarbare behandeling deur die geneesheer aan die hof voorgelê het, welke feite, indien dit nie in dispuut geplaas word nie, 'n bevinding ten gunste van die eiser sou regverdig. In praktyk word die feite van die gebrekkige behandeling deur die hof gevalueer om te bepaal of hulle wel 'n skuldoorsaak openbaar wat 'n bevinding ten gunste van die eiser regverdig indien hulle nie in dispuut geplaas kan word nie. Sodoende

---

(163) Bappert 124; De Lousanoff 85; Deutsch Arztrecht 146; Giesen Arzthaftungsrecht 194; Laufs & Uhlenbruck 667.

(164) BGH 1972 NJW 1520; BGH 1978 NJW 2337 2338-2339; Laufs "Die Entwicklung des Arztrechts 1978/79" 1979 NJW 1230; Stürner 1979 NJW 1229-1230; sien bespreking van Giesen International Malpractice 521.



is die howe die eiser weer by die bewys van mediese nalatigheid behulpsaam; deur die aanvaarding van die eiser se prima facie-saak word die verweerder deur die hof regtens verplig om alle relevante inligting en dokumentasie met betrekking tot die saak onverwyld aan die eiser bloot te lê. Sodanige blootlegging maak dit dan vir die eiser makliker om sy aksie te substantsieer en om hom van sy bewyslas te kwyd (165). Hierdie "aanvanklike" prima facie-saak dui slegs op die feit dat die eiser beseer is en dat daar gebrekkige behandeling deur die geneesheer toegepas is. Die elemente van kousaliteit en skuld, as verdere vereistes vir deliktuele aanspreeklikheid, is nie op hierdie stadium ter sprake nie (166). Gebrekkige behandeling vir doeleindes van die vestiging van 'n prima facie saak dui op die geneesheer se versuim om met die nodige mediese sorg en vaardigheid op te tree. Voorbeelde van sodanige optrede (contra lege artis) is waar 'n vreemde voorwerp na 'n operasie in 'n pasiënt se liggaam agtergelaat word; waar 'n narkotiseur die operasiesaal tydens 'n operasie verlaat en nie sy pasiënt wat onder narkose is se narkosevlakke monitor nie (167); of waar 'n geneesheer morfieninspuitings, wat te vinnig op mekaar volg, aan 'n pasiënt toedien (168).

---

(165) Bappert 125; De Lousanoff 85; Deutsch Arztrecht 146; Giesen Arzthaftungsrecht 192 ev; Laufs & Uhlenbruck 667; Deutsch "Reform des Arztrechts" 1978 NJW 1657 1660; Franzki & Franzki "Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess 1975 NJW 2225 2227; BGH 1965 NJW 346; BGH 1968 NJW 2291; BGH 1978 NJW 587.

(166) De Lousanoff 87; Laufs 83 ev.

(167) BGH 1974 NJW 1424.

(168) BGH 1959 NJW 1583; sien Deutsch "Die Infektion als Zurechnungsgrund" 1986 NJW 757-759.

Die vestiging van 'n prima facie-saak van mediese nalatigheid deur die eiser onder bepaalde omstandighede en die Duitse howe se gebruik daarvan as 'n "meganisme" om die eiser se bewyslas by mediese nalatigheid te verlig, is in wese vergelykbaar met die toepassing van die leerstuk van res ipsa loquitur in die Engelse en Amerikaanse reg - in hierdie verband word daar in die Duitse reg van 'n "Anscheinsbeweis" gepraat (169). Bappert verwys na dié begrip soos volg:

"Der Beweis der ersten Anscheis kommt im ärztlichen Haftungsrecht immer dann zur Anwendung, wenn der Arzt einen Behandlungsfehler verschuldet hat, der nach medizinischer Erfahrung typischerweise die eingetretene Schädigung zur Folge hat, der nach medizinischer Erfahrung typischerweise auf einen schuldhaften Behandlungsfehler zurückzuführen ist" (170).

Die Anscheinsbeweis oftewel prima facie-getuienis word in die algemeen deur die Duitse howe as 'n bewysregtelike reël beskou wat aangewend kan word om getuienis te evalueer. Die effektiewe aanwending van dié reël stel die howe in staat om onder bepaalde omstandighede, 'n afleiding van mediese nalatigheid te maak. Waar die eiser, op wie die bewyslas rus,

---

(169) Deutsch Arztrecht 148 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 218 ev; Laufs 104; Laufs & Uhlenbruck 669 ev; ten aansien van die verskil tussen die leerstuk van res ipsa loquitur en die Anscheinsbeweis sien De Lousanoff 128-132; Giesen International Malpractice 519 vn 39: "The Anscheinsbeweis is similar but not identical with the Common law res ipsa loquitur maxim; the former is not confined to negligence cases nor restricted to cases in which the defendant had exclusive control over the cause of injury ... But Anscheinsbeweis, while much broader in concept and application, is stricter than res ipsa loquitur in that it means to convince the court beyond reasonable doubt rather than by preponderance of probabilities only. It is submitted, however, that in practice the substantial differences are not so impressive as to exclude both devices of circumstantial evidence from comparison".

(170) Bappert 128; vir erkenning van die Anscheinsbeweis in die regspraak sien BGH 1956 NJW 1639.

feite of omstandighede bewys wat volgens logika en algemene kennis en menslike ervaring (volgens die maatstaf van die sogenaamde "typischer Geschehensablauf") dui op gebrekkige behandeling aan die kant van die geneesheer, vestig hy sodoende 'n prima facie-saak van mediese nalatigheid. Prosesregtelik plaas die aanwending van die Anscheinsbeweis nie 'n bewyslas op die geneesheer nie, maar bied dit weerlegbare bewys van 'n feit in dispuut. Daar rus dan bloot 'n weerleggingslas op die geneesheer om aan te toon dat die buitengewone wending wat die gebeure geneem het, aan ander faktore toegeskryf kan word. Slaag die geneesheer met sy verduideliking daarin om die prima facie-getuienis te weerlé, verval die weerlegbare vermoede van mediese nalatigheid en moet die eiser die feite in dispuut volledig bewys (171).

In die reël word prima facie getuienis hoofsaaklik by die bewys van mediese nalatigheid aangewend om die elemente van kousaliteit en skuld te bewys. Indien die geneesheer nie

---

(171) Laufs & Uhlenbruck 669: "Bei typische Geschehensabläufen - wenn ein gewisser Tatbestand feststeht, der nach den Erfahrungen des Lebens auf eine bestimmte Ursache hinweist - mildert sich die Beweislast durch den Beweis des ersten Anscheins oder prima facie Beweis: Die beweisbelastete Partei hat dann lediglich einen Umstand darzutun, etwa das Zurücklassen einer Arterienklemmen, der nach der Lebenserfahrung auf einen bestimmten Grund - das schadensursächliche Verschulden des Arztes - hindeutet. Überzeugt sich das Gericht vom Vorliegen des Ausgangstatbestands, so ist damit die bestimmte Ursache bewiesen. Es bleibt Sache des Gegners, die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufes darzulegen, um damit dem Anscheinsbeweis die Grundlage zu entziehen und die Beweislast der anderen Seite wieder voll herzustellen. Eine abstrakte Vermutung genügt dafür aber nicht". Vir verdere voorbeelde in die regspraak sien BGH 1980 NJW 1333; BGH 1987 NJW 705; LG Koblenz 1988 NJW 1521; BGH 1989 NJW 2943.

daarin slaag om die vermoede van nalatigheid te weerlê nie, volg dit noodwendig dat die gebrekkige behandeling kousaal verbind kan word met die nadelige gevolg, en derhalwe nalatig uitgevoer is (173).

5 1 1 3 Plig tot dokumentasie ("Dokumentationspflicht")

Die Duitse howe is verder ook geneë om die eiser se bewyslas in sake van mediese nalatigheid te verlig in gevalle waar die beweerde gebrekkige behandeling aan die kant van die geneesheer gekoppel kan word aan die plig wat daar op die geneesheer of die hospitaal rus om relevante mediese dokumentasie met betrekking tot die eiser gedurende die siviele verrigtinge bloot te lê (174). Hierdie verpligting om dokumentasie (wat mediese rekords, kliniese aantekeninge, operasie en observasieverslae asook X-straal rekords insluit) te hou, verseker dat 'n geneesheer of hospitaal teen wie 'n eis op grond van mediese nalatigheid ingestel word nie inkriminerende dokumentêre getuienis kan vernietig ten einde aanspreeklikheid te ontduik nie. Dit behoef nouliks enige betoog dat 'n eiser, in die afwesigheid van sodanige ondersteunende dokumentêre getuienis, hom moeilik van sy bewyslas sal kan kwyd. In sodanige gevalle vergemaklik die howe die bewyslas van die eiser en kan die howe in hul diskresie, na opweging van al die omstandighede en in belang van geregtigheid, selfs die bewyslas "omkeer" en dit op die geneesheer of hospitaal plaas (175).

---

(173) De Lousanoff 98 106; Laufs 105; Uhlenbruck "Beweisfragen im Ärztlichen Haftungsprozess" 1965 NJW 1057-1064.

5 1 1 4 Growwe nalatigheid ("grober Behandlungsfehler")

Waar 'n geneesheer by die behandeling van 'n pasiënt grof nalatig was en sodanige nalatigheid die beserings of

---

(174) Sien gesag waarna verwys word in vn 164 en 165 supra; sien veral Deutsch Arzrecht 151; Giesen Arzthaftungsrecht 228; Laufs & Uhlenbruck 678; Laufs "Die Entwicklung des Arztrechts 1993/94" 1994 NJW 1562 1567; Peter "Die Beweissicherungspflicht des Arztes" 1988 NJW 751.

(175) Die toonaangewende saak in hierdie verband is die beslissing van die Duitse Federale Hooggeregshof - BGH 1978 NJW 2337 (die sogenaamde "Blinddarmurteil"-beslissing): Die pasiënt is oorlede nadat 'n blinddermoperasie op haar uitgevoer is. Voor die operasie is nóg bloedtoetse nóg urinetoeetse uitgevoer. Na die afsterwe van die pasiënt is daar ook nie 'n nadoodse ondersoek uitgevoer nie. Dit was duidelik dat daar bykans geen mediese dokumentasie deur die geneesheer of hospitaal gehou is nie en dat die dokumentasie wat wél beskikbaar was, gebrekking en onakkuraat was. Die oorledene se man en kinders het 'n eis op grond van onregmatige doodsveroorsaking ingestel. Die hof a quo het die eis van die hand gewys, maar in hoër beroep het die BGH die beslissing omvergewerp en ten gunste van die eisers bevind. Die BGH beslis dat daar 'n spesifieke plig op 'n geneesheer rus om behoorlike mediese rekords te hou (die hof beskou dit as deel van die geneesheer se terapeutiese plig teenoor die pasiënt), en in die afwesigheid van sodanige dokumentasie, volg daar in siviele verrigtinge sekere prosedurele gevolge wat die bewyslas beïnvloed; Stürner 1979 NJW 1225 beskou die plig tot dokumentasie as 'n prosedurele plig wat die geneesheer teenoor 'n pasiënt het; vir 'n volledige bespreking en kommentaar op hierdie beslissing sien De Lousanoff 90-96, veral 92 (ten aansien van die prosedurele invloed op die bewyslas): "The rule for the alleviation of the plaintiff's burden of proof in medical malpractice cases is remarkable under various aspects. It will help the plaintiff in many instances to overcome the great difficulty of proving the threshold-requirement for a cause of action: The defective treatment. If the tribunal of fact deems the defendant's documentation inadequate, it can decide the disputed facts as to the defective treatment in favour of the plaintiff by shifting the burden of proof. Since the defendant has already failed to fulfill his duty of documentation, he will hardly be able to meet the burden imposed on him and prove that there was no defective treatment. In such a case, the shift of the burden of proof will also relate to the questions of causation and fault". Vir meer onlangse voorbeelde in die regspraak sien BGH 1983 NJW 328; BGH 1986 NJW 2365; BGH 1987 NJW 1482; BGH 1989 NJW 2330; BGH 1993 NJW 797.

persoonlikheidsnadeel by die pasiënt veroorsaak het, geld die algemene beginsel dat die bewyslas met betrekking tot kousaliteit na die geneesheer (verweerder) verplaas word. Dit is dan vir die geneesheer om te bewys dat sy growwe nalatigheid nie die beserings of persoonlikheidsnadeel veroorsaak het nie. Indien hy hom nie van hierdie bewyslas kwyt nie, sal die eiser met sy aksie slaag (176). Ingevolge die Duitse regspraak, dui growwe mediese nalatigheid op 'n flagrante skending van die aanvaarbare norme van die mediese praktyk (lege artis)(177). Só, byvoorbeeld, het die BGH bevind dat 'n geneesheer grof nalatig was waar hy, nadat hy 'n operasie op 'n pasiënt se gebreekte vinger uitgevoer het, en daarna die pasiënt eers weer na twee en dertig uur besoek het, met die gevolg dat die pasiënt se vinger weens nekrose geamputeer moes word (178); of waar 'n pasiënt weens interne bloeding na 'n blindederموoperasie gesterf het sonder dat die chirurg, ten spyte van aanduidende simptome (soos lae bloeddruk), daaraan oorweging geskenk het om 'n verdere operasie uit te voer (179).

---

(176) Bappert 135; De Lousanoff 98 ev; Deutsch Arztrecht 152; Giesen Arzthaftungsrecht 221; Giesen International Malpractice 521; Laufs & Uhlenbruck 674; Deutsch "Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler" 1993 NJW 1509. In aansluiting by die beginsel dat die bewyslas in gevalle van growwe nalatigheid na die geneesheer verplaas word, kan daar ook verwys word na die beginsel dat die bewyslas, in gevalle waar meerdere verweerders by 'n aksie gegrond op mediese nalatigheid betrokke is (byvoorbeeld binne hospitaalverband)(sogenaamde "Organisationsverschulden"), dan ook "omkeer" en verplaas word na die meerdere verweerders - sien in hierdie verband Deutsch Arztrecht 155; Giesen Arzthaftungsrecht 243; Giesen International Malpractice 522; BGH 1980 NJW 1333; BGHZ 1985 NJW 2193.

(177) BGH 1968 NJW 1185; BGH 1974 NJW 1424; BGH 1983 NJW 2080; BGH 1986 NJW 1540; BGH 1987 NJW 2291; BGH 1988 NJW 1513; BGH 1989 NJW 2332.

(178) BGH 1967 NJW 1508.



Die Duitse howe regverdig die verplasing van die bewyslas in gevalle van growwe mediese nalatigheid na die geneesheer op grond van beleidsoorwegings en beginsels van gelykheid en prosedurele regverdigheid (180). In gevalle waar growwe mediese nalatigheid nie bepaal kan word nie (met die gevolg dat die bewyslas nie prosedureel na die geneesheer verplaas word nie), is die eiser nog steeds geregtig om 'n prima facie-saak van mediese nalatigheid teen die geneesheer te vestig, bygevolg waarvan daar dan 'n weerleggingslas op die geneesheer geplaas word (181).

#### 5 1 2 Strafregtelike verrigtinge

In strafregtelike verrigtinge geld die algemene beginsel dat die staat/vervolgung deurgaans die bewyslas dra om die beskuldigde se skuld bo redelike twyfel te bewys. Waar 'n geneesheer dus op 'n aanklag tereg staan dat hy die dood van 'n pasiënt nalatig veroorsaak het (182), of die liggaam van 'n pasiënt nalatig geskend het (183), rus daar geen bewyslas op hom om sy onskuld te bewys nie. Die staat moet al die elemente wat vir strafregtelike aanspreeklikheid vereis word, bewys. Klaarblyklik is strafregtelike vervolgings op grond van mediese nalatigheid

---

(179) BGH 1968 NJW 2291.

(180) BGH 1959 NJW 1583; BGH 1962 NJW 960; sien Franzki & Franzki 1975 NJW 2225 oor die begrip "Waffengleichkeit".

(181) Sien die bespreking van prima facie-getuienis en Anscheinbeweis supra; vir gevalle waar die verplasing van die bewyslas by growwe mediese nalatigheid deur die BGH ingeperk is sien BGH 1970 NJW 1230; BGH 1978 NJW 1683.



nie so algemeen soos sivilregtelike eise nie, en sal daar slegs in gevalle van growwe nalatigheid strafregtelik teen 'n geneesheer opgetree word (184).

---

(182) Ingevolge paragraaf 222 StGB - sien bespreking in hoofstuk 1 supra.

(183) Ingevolge paragraaf 230 StGB - sien bespreking in hoofstuk 1 supra.

(184) Bappert 123: "Im Strafprozess trifft den angeklagten Arzt keine Beweislast: er hat nicht seine Unschuld zu beweisen, sondern seine Schuld ist ihm nachzuweisen"; Laufs & Uhlenbruck 917 ev; Matz Moderne Medizin und Strafrecht 44: "Im Strafprozess liegt die Beweislast für alle Straf- und Massnahmevoraussetzungen beim Staat ...Strafanzeigen von Patienten haben dabei oftmals gar nicht unbedingt das Ziel einer strafrechtlichen Verfolgung des Arztes, sondern den Sinn, die schwierige Beweisermittlung für zivilrechtliche Haftungsansprüche dem Staatsanwalt zu übertragen"; Ulsenheimer Arztstrafrecht in der Praxis (1988) 242.

## 6 Samevatting

In hierdie hoofstuk is die bewys van mediese nalatigheid in die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse regstelsels ondersoek. Sodanige ondersoek is gedoen met verwysing na die algemene bewysmaatstawwe wat onderskeidelik in siviele verrigtinge en strafregtelike verrigtinge aanwending vind.

In siviele verrigtinge geld dieselfde algemene reël: Die bewyslas om mediese nalatigheid te bewys, rus deurgaans op die pasiënt. In hierdie verband moet die pasiënt al die elemente van die delik, te wete, die handeling, onregmatigheid, skade en kousaliteit, asook die nalatigheid van die geneesheer bewys. In die Suid-Afrikaanse, Engelse en Amerikaanse reg moet sodanige bewyslas op 'n oorwig van waarskynlikhede gekwyt word, terwyl die bewyslas in die Duitse reg bo redelike twyfel gekwyt moet word.

In strafregtelike verrigtinge geld dieselfde algemene bewysmaatstawwe: Die staat/vervolging moet nie alleen die nalatigheid van die geneesheer bo redelike twyfel bewys nie, maar ook die ander elemente van die misdryf waarvan die geneesheer aangekla word. In essensie gaan dit by strafregtelike vervolgings teen medici oor nalatige doodsoorsaaking of ernstige liggaamlike besering van pasiënte. In Suid-Afrika is die misdaad wat hier van belang is, strafbare manslag, terwyl "manslaughter" en "involuntary manslaughter" weer misdrywe is wat onderskeidelik in die Engelse en die

Amerikaanse reg van belang is. In die Duitse reg is die bepaling van paragrawe 222 en 230 StGB van belang.

Vervolgings vanweë strafregtelike mediese nalatigheid word in die reël selde ingestel. In die Engelse, Amerikaanse en Duitse reg moet 'n geneesheer grof nalatig wees alvorens hy op grond van nalatigheid strafregtelik aanspreeklik gehou sal word.

Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, is die bewys van mediese nalatigheid nie net relevant by strafregtelike en sivielregtelike verrigtinge nie, maar ook by geregtelike doodsondersoeke en tugkomitees (met betrekking tot 'n geneesheer se professionele gedrag) van die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad.

Universeel tot die verskillende regstelsels is die beginsel dat mediese nalatigheid in die reël deur deskundige mediese getuienis bewys moet word. Hierdie reël doen egter nie afbreuk aan die beginsel dat mediese nalatigheid in die finale instansie 'n juridiese vraagstuk is wat deur die hof vasgestel moet word nie. As sodanig is die hof nie gebonde aan die getuienis van deskundige mediese getuies nie en kan hulle sodanige getuienis aanvaar of verwerp of hul eie interpretasie daaraan gee.

Die beginsel dat mediese nalatigheid in die reël deur deskundige mediese getuienis bewys moet word, skep in die praktyk vir die pasiënt spesifieke probleme. Nie alleen is dit dikwels vir 'n pasiënt onmoontlik om 'n deskundige mediese

getuie te bekom wat bereid is om namens die pasiënt aan te voer dat 'n ander geneesheer nalatig was nie, maar baie pasiënte is gedurende die gewraakte handeling deur die geneesheer "afwesig" in dié sin dat hulle onder narkose is, en verder dra hulle as leke geen kennis van die diagnostiese of terapeutiese tegnieke of metodes wat op hulle toegepas en uitgevoer is nie. Desnieteenstaande is die bewyslas deurgaans op die pasiënt. Die onbekombaarheid en onwilligheid van geneeshere om namens verontregte pasiënte teen ander kollegas te getuig het aanleiding gegee tot die begrip "conspiracy of silence" wat in die Amerikaanse reg sy beslag gekry het. Hierdie begrip stem ooreen met die begrip "professionele solidariteit" wat wat weer in die Duitse regspraak bekend is. In 'n poging om eisers by die bewys van mediese nalatigheid behulpsaam te wees en om die noodsaaklikheid van deskundige mediese getuienis uit te skakel, wend die Engelse, Amerikaanse en Duitse reg sekere bewysmaatstawwe aan om die pasiënt se bewyslas te vergemaklik. Die belangrikste van hierdie bewysmaatstawwe is die leerstuk van res ipsa loquitur wat in die Engelse en Amerikaanse reg aangewend word. Die leerstuk stem ooreen met die aanvanklike prima facie-saak of Anscheinsbeweis wat in die Duitse reg toepassing vind. In die Suid-Afrikaanse reg is daar 'n besliste onwilligheid om hierdie leerstuk by die bewys van mediese nalatigheid aan te wend, en sal daar klaarblyklik slegs oorweging daaraan gegee word indien dit volgens die getuienis vasstaan dat die beweerde mediese nalatigheid op 'n absolute gegewe berus. Die algemene bewysmaatstawwe word in die Suid-Afrikaanse reg streng toegepas en daar word geen erkenning

verleen (met die uitsondering van enkele minderheidsuitsprake en menings van skrywers) aan enige bewysmaatstaf wat die bewyslas van 'n pasiënt by mediese nalatigheid vergemaklik nie.

In die onderhawige regstelsels waar die leerstuk wel toepassing vind, word die bewyslas wat op die eiser rus nie verplaas nie, maar deur die vestiging van 'n prima facie-saak ontstaan 'n feitelike vermoede van mediese nalatigheid wat 'n weerleggingslas op die geneesheer plaas om 'n aanvaarbare verduideliking vir die ongewone gebeure te gee. Dit is veral in die VSA en Duitsland waar beleidsoorwegings en beginsels van gelykheid en prosedurele regverdigheid die howe aldaar genoop het om die bewyslas van die eiser by mediese nalatigheid verder te vergemaklik. In dié verband is die leerstuk van res ipsa loquitur uitgebrei om 'n effektiewe bewyslas in gevalle van mediese nalatigheid op meerdere verweerders (byvoorbeeld binne hospitaalverband) te plaas. Dié verplasing van die bewyslas in sodanige gevalle word geregverdig deur die "korporatiewe versuim" van die hospitaalowerheid, of die chirurgiese span as geheel, om die pasiënt met die nodige sorg en vaardigheid te behandel. Laasgenoemde beginsel word in die Amerikaanse en Duitse reg toegepas, terwyl dit onbekend is aan die Engelse en die Suid-Afrikaanse reg.

Indien 'n geneesheer in Duitsland grof nalatig is, word die bewyslas met betrekking tot kousaliteit op die geneesheer geplaas, as 'n verdere hulpmiddel om 'n pasiënt se bewyslas

te vergemaklik. 'n Verdere hulpmiddel in Duitse reg om die pasiënt se bewyslas te vergemaklik, is die verpligting op medici en hospitale om relevante dokumentasie met betrekking tot die eiser gedurende siviele verrigtinge bloot te lê. Waar sodanige dokumentasie nie bestaan nie, of vernietig is, kan die hof insgelyks in sy diskresie 'n effektiewe bewyslas op die geneesheer of die hospitaalowerheid plaas.

In teenstelling met die Suid-Afrikaanse reg, en in 'n mindere mate die Engelse reg, is die benadering van die hofe met betrekking tot die bewys van mediese nalatigheid in die Amerikaanse en Duitse reg, minder rigied met verwysing na die realiteite van die mediese praktyk en die spesifieke dilemmas wat die eiser by die bewys van mediese nalatigheid in die gesig staar, en word daar voortdurend gepoog om in belang van prosedurele geregtigheid die bewyslas van die eiser by mediese nalatigheid te vergemaklik.

## HOOFSTUK IV

### BESONDERE GEVALLE VAN MEDIESE NALATIGHEID

#### 1 Inleiding

In hierdie hoofstuk word die aandag bepaal by individuele gevalle van mediese nalatigheid. Die fokuspunt is hier die strafregtelike en deliktuele aanspreeklikheid van die geneesheer vir sy nalatige optrede, en derhalwe word daar op gevalle van mediese nalatigheid in dié verband gekonsentreer. Dit sou 'n onbegonne taak wees om alle moontlike gevalle van mediese nalatigheid en al die beskikbare uitsprake in hierdie verband hier te bespreek. Daar moet in gedagte gehou word dat gevalle van mediese nalatigheid, wat die feite daarvan betref, selde absoluut identies is, en dat elke geval op sy eie meriete beoordeel word. Mediese nalatigheid word met verwysing na die besondere omstandighede van elke geval juridies vasgestel. Belangrik is nie die hoeveelheid uitsprake oor mediese nalatigheid nie, maar die algemene beginsels wat in sodanige uitsprake neergeleë is wat die praktiese aanwending van die nalatigheidskriterium illustreer (1).

---

(1) In hierdie hoofstuk word daar afgewyk van die sisteem wat in die vorige hoofstukke gevolg is, in dié sin dat gevalle van mediese nalatigheid nie afsonderlik in die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse reg bespreek word nie. Dit is hoofsaaklik vanweë praktiese oorwegings soos onnodige duplisering en die groot mate van ooreenkoms dat sodanige afsonderlike besprekings nie onderneem is nie. Daar dien ook gemeld te word dat elke geval van mediese nalatigheid wat bespreek word, nie noodwendig bespreek word met verwysing na die voorkoms daarvan in elk van die onderskeie regstelsels nie. Gevalle van mediese nalatigheid in Suid-Afrika, soos vervat in gerapporteerde en ongerapporteerde hofuitsprake, word deurgaans volledig



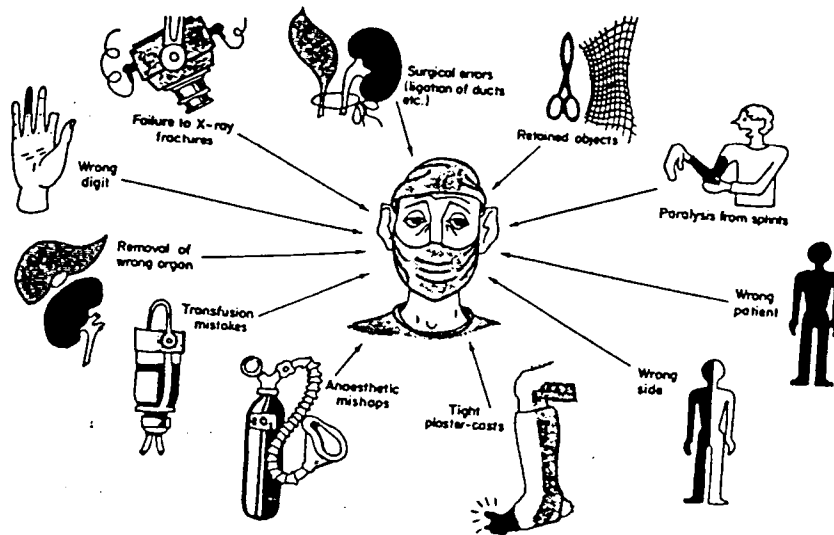
Die onderskeie gevalle van mediese nalatigheid wat hieronder bespreek word, is gevalle wat herhaaldelik prakties voorkom en sivielregtelike litigasie en strafregtelike vervolgings tot gevolg gehad het. Daar dien op gelet te word dat die oorgrootte meerderheid gerapporteerde sake met betrekking tot mediese nalatigheid voortgespruit het uit siviele litigasie, terwyl gerapporteerde regspraak ten aansien van gevalle waar die dood van 'n pasiënt ingetree het as gevolg van die beweerde nalatigheid van 'n geneesheer daarenteen beperk is. Dit is veral teatergeassosieerde sterftes, meer bepaald sterftes as gevolg van narkose en chirurgie wat strafregtelike vervolging van die betrokke geneesheer tot gevolg het.

Die voorkoms van algemene gevalle van mediese nalatigheid in die praktyk word treffend deur Knight(2) met die volgende grafiese voorstelling geïllustreer:

---

bespreek, terwyl gevalle van mediese nalatigheid in die ander regstelsels by wyse van spesifieke voorbeelde bespreek word. Waar van toepassing, word daar egter in die voetnote verwys na die relevante bronne in die onderskeie regstelsels waarin sodanige gevalle van mediese nalatigheid bespreek word. Waar toepaslik, sal 'n kliniese bespreking gegee word van mediese terme, prosedures en siektetoestande ten einde die toepassing van die mediese nalatigheidskriterium in perspektief te plaas.

(2) Knight Legal Aspects of Medical Practice (1976) 43; vir verdere klassifikasies van gevalle van mediese nalatigheid sien: In die Suid-Afrikaanse reg Claassen & Verschoor Medical Negligence in South Africa (1992) 31 ev; Gordon Turner & Price Medical Jurisprudence(1953) 117 ev; Strauss & Strydom Suid-Afrikaanse Geneeskundige Reg (1967) 285 ev; Strauss Doctor Patient and the Law (1991) 249 ev; Barlow "Medical Negligence Resulting in Death" 1948 THRHR 179 ev; in die Engelse reg Jackson & Powell Professional Negligence (1987) 323 ev; Nelson-Jones Medical Negligence Case Law (1990) 61 ev; Powers & Harris Medical Negligence (1994) 647 ev; in die Amerikaanse reg Ficarra Allied and Surgical



Daar is natuurlik nie 'n geslote getal gevalle van mediese nalatigheid nie en dit moet beklemtoon word dat die hieropvolgende klassifikasie van gevalle onderling noue aansluiting by mekaar kan vind en selfs met mekaar kan ooreenstem. Die kousale verloop van mediese behandeling kan ook 'n beduidende rol speel: So kan 'n verkeerde diagnose aanleiding gee tot die verkeerde behandeling van 'n pasiënt wat weer die dood of ernstige liggaamskending van 'n pasiënt tot gevolg kan hê. Die bespreking van professionele mediese nalatigheid in die vorige hoofstuk dien hier as die basis en agtergrond vir die bespreking van besondere gevalle van mediese nalatigheid.

---

Malpractice(1968) 169 ev; Harney Medical Malpractice (1987) 2 ev; Holder Medical Malpractice Law (1978) 71 ev; Snyder Medical Malpractice Digest(1991) 1 ev; in die Duitse reg Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht (1991) 92 ev; Laufs & Uhlenbruck Handbuch des Arztrechts (1992) 1033 ev; in die algemeen Giesen International Medical Malpractice Law(1988) 138 ev; daar dien hier vermeld te word dat hieropvolgende gesag in die voetnote eers sal verwys na die Suid-Afrikaanse reg en dan na die Engelse reg, die Amerikaanse reg en die Duitse reg sonder vermelding van die betrokke regstelsel.

## 2 Besondere gevalle

### 2 1 Diagnose

#### 2 1 1 Verkeerde diagnose

'n Verkeerde of onjuiste diagnose deur 'n geneesheer kan tot aanspreeklikheid lei. Dit is nie die verkeerde diagnose in sigself wat die geneesheer aanspreeklik stel nie, maar die onjuiste behandeling van die pasiënt wat daarop volg. 'n Verkeerde diagnose is gewoonlik die gevolg van die geneesheer se versuim om 'n pasiënt behoorlik te ondersoek, of om gebruik te maak van geskikte en beskikbare ondersoek-en-diagnostiese tegnieke, ten einde die volle omvang en aard van die pasiënt se kwaal vas te stel. In hierdie verband is die geneesheer veronderstel om 'n volledige mediese geskiedenis van die pasiënt te bekom (deur byvoorbeeld die pasiënt te ondervra), ten einde die simptome en kliniese beeld van die pasiënt se moontlike kwaal te kan bepaal. Afhangende van die klagtes waarmee die pasiënt presenteer, is 'n akkurate diagnose dikwels slegs moontlik nadat 'n volledige ondersoek uitgevoer is: Beluistering met 'n stetoskoop van die hart en ander organe, die monitering van bloeddruk, polsslag, asemhaling en liggaamstemperatuur; ondersoek van die pupille; en in gevalle waar infeksie vermoed word, die neem van bloedmonsters vir patologiese ontleding. In gevalle waar 'n pasiënt moontlik 'n fraktuur of hoofbesering opgedoen het, is

X-strale en ander radiologiese ondersoeke aangedui. Waar 'n pasiënt byvoorbeeld in beseerde toestand na 'n geneesheer gebring word, behoort die geneesheer by sy ondersoek en by die maak van 'n diagnose die aard en omstandighede waarin die pasiënt beseer is, in aanmerking te neem. Die omstandighede van die besering kan daartoe lei dat 'n deurtastende ondersoek noodsaaklik is (3).

---

(3) Hierdie beginsels vind toepassing in die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse regstelsels: Claasen & Verschoor 31; Gordon Turner & Price 117; Strauss & Strydom 292; Strauss Doctor Patient and the Law 252; Barlow 1948 THRHR 180: "The practitioner must not rest content with a superficial examination and, it is submitted, may be guilty of negligence if in diagnosing a case, he excludes one or more possibilities having good ground for doing so"; Van Oosten "Professional Medical Negligence in Southern African Legal Practice 1986 Medicine and Law 17; Jackson & Powell 325: "In determining whether an incorrect diagnosis was negligent, the court must have regard to all the circumstances at the time the diagnosis was made. These include, obviously, the symptoms exhibited by the patient, the information available to the doctor from other sources, the age of the patient and the rarity of the disease from which the patient was suffering"; Jones "Medical Negligence" Doctors Patients and the Law (1992) (red Dyer) 13; Martin Law Relating to Medical Practice(1979) 371; Nelson-Jones 61: "Diagnosis is the basis of clinical judgment as it determines, firstly, whether there is a need to treat and, secondly, the mode of treatment required. To make a proper diagnosis, the practitioner must, if possible take a full history, conduct a proper examination and, where appropriate, organise tests"; Harney 106: "Lack of skill or care in diagnosis can result in malpractice and often the fault lies in failure to perform or order appropriate tests. To assess intelligently a patient's condition, the general practitioner should employ the scientific advancements available to him ... also obtaining an appropriate medical history is an initial requirement in making a diagnosis, and failure to ask the patient correct questions or failure to pursue suspicions may be held to be below the standard of care"; Holder 71-89; Annotasie "Physicians and Surgeons" 61 American Jurisprudence 2d 378: "It is one of the fundamental duties of a physician to make a properly skilful and careful diagnosis of the ailment of the patient, and if he fails to bring to that diagnosis the proper degree of skill and care, and makes an incorrect diagnosis, he may be held liable to the patient for the damage caused just as readily as he must answer for the application of improper treatment"; Bappert Arzt und Patient als Rechtsuchende

Ter illustrasie van voormelde beginsels, kan daar verwys word na die Suid-Afrikaanse saak van Mitchell v Dixon(4) waar die eiser onder andere beweer het dat die geneesheer nalatig was deur verkeerdelik slegte spysvertering as 'n pneumo-toraks te diagnoseer. In hierdie verband beslis Innes WHR soos volg:

"Now a medical man is not necessarily liable for a wrong

---

(1980) 84; Laufs & Uhlenbruck 301 ("die ärztliche Untersuchungspflicht") 306 ("Begriff der Diagnose"): "Unter Diagnose versteht man begrifflich die Erkennung einer Krankheit. Die Diagnose ist nicht gleichzusetzen einer endgültigen Feststellung der Krankheit und ihrer Ursachen ... Den Weg zur Diagnose oder ihre allgemeine Methodologie bezeichnet man als 'Diagnostik'" 312 ("die Pflicht zur Indikationstellung"): "Die Indikationstellung ist unmittelbarer Bestandteil der Diagnostik"; Von Staudinger Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch (1985) 311 par 363: "Wer sich in ärztliche Behandlung begibt, muss grundsätzlich bei der Diagnose mitwirken und auf ihm verdächtig erscheinende Merkmale hinweisen. Die Pflicht des Arztes zur sorgfältigen Diagnose erstreckt sich auf alle Leiden, die für ihn nach der Untersuchung ... der Darstellung des Patienten erkennbar sind. Macht der Patient ein besonderes Leiden geltend, so darf sich der Arzt auf dessen laienhafte Meinung nicht verlassen, sondern muss allen vom Patienten angeführten Beschwerden nachgehen. Jedoch ist er nicht verpflichtet jeden Patienten hinsichtlich aller irgendwie in Betracht kommenden Krankheiten zu Patienten zur Inanspruchnahme eines Fachgebiet nicht genügend Bescheid, so muss er den Patienten zur Inanspruchnahme eines Facharztes veranlassen. Im allgemeinen muss die Behandlung nach dem vorliegenden Krankheitsbild erfolgen und ihm genügen ... Zur Diagnosesorgfalt gehört in Zweifelsfällen eine Untersuchung an Hand der einschlägigen wissenschaftlichen Literatur; es ist aber einem niedergelassenen Arzt nicht ohne weiteres zuzumuten, sich über Spezialveröffentlichungen regelmäßig zu informieren. Der Arzt muss all ihm zur Verfügung stehenden Diagnosemittel erschöpfen. Auch einem geschickten und gewissenhaften Arzt können Versehen unterlaufen; das ist aber kein Entschuldigungsgrund, wenn nach den gesamten Umständen der Fehler bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt vermeidbar gewesen wäre"; Hollmann "Das ärztliche Gespräch mit dem Patienten" 1973 NJW 1393.  
(4) 1914 AD 519; hierdie beslissing word later in hierdie hoofstuk onder "instrumente breek" 2 4 3 1 volledig bespreek.

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 his profession. If it were possible reasonably to conclude on the evidence that the plaintiff prior to the operation was only suffering from an attack of indigestion, that none of the indications of pneumothorax were present, and that his subsequent attack of that complaint was caused by the operation, then I think that it might be inferred that the defendant's diagnosis was not only wrong but so grossly mistaken as to establish negligence on his part, with its consequent liability"(5).

In die lig van al die getuienis bevind die hof dat dit nie gesê kan word dat die geneesheer nalatig die verkeerde diagnose gemaak het nie.

In Coppen v Impey(6) is daar ook beweer dat die geneesheer 'n verkeerde diagnose gemaak het. In hierdie verband beslis Kotzé R soos volg:

"Something was also attempted to be made of the fact that Dr Impey had diagnosed a case of tubercular rheumatism, while the medical witnesses for the plaintiff stated that they saw no indication of the tuberculosis in respect of the plaintiff's affected hand. In regard to that Dr Impey, who had made the diagnosis in May of 1913, saw the ulcers on the plaintiff's hand in March 1914, and he has informed the Court that these ulcers were, in his opinion of

---

(5) supra 526-527; Strauss Doctor Patient and the Law 252: "This dictum still holds good today, although medical science has made tremendous strides since 1914 and today's technological aids are vastly superior to those in 1914. Despite the advances of our century, medicine still is not - and probably never will be - an exact science comparable to mathematics. Much depends on the skill and experience of the individual practitioner"; Simons "The Legal Pitfalls of Medical Practice and How to Avoid Them" 1978 De Jure 123 - 133.

(6) 1916 KPA 309.



tubercular origin. Dr Anderson, who does not agree with this view as to the origin of the ulcers, admits nevertheless that given a swelling at the back of the hand, it would be a reasonable diagnosis to have suspected tubercular rheumatism in this case. But be that as it may, ...in diagnosing a case of tubercular rheumatism, the question is not whether a correct conclusion was come to by the defendant, but whether in his diagnosis he manifested a want of reasonable skill and judgment"(7).

Volgens dié twee vroeë Suid-Afrikaanse gewysdes is 'n geneesheer dus nie per se aanspreeklik vir 'n verkeerde diagnose nie, mits sodanige diagnose nie nalatig gemaak is nie - nalatig in dié sin dat die geneesheer sonder redelike vaardigheid en oordeel sodanige diagnose gemaak het(8).

Waar die geneesheer egter sonder redelike vaardigheid en oordeel 'n onjuiste diagnose maak, sal hy aanspreeklik gehou word. In die Suid-Afrikaanse saak van Prowse v Kaplan (9) is bevind dat 'n tandarts nalatig was waar hy versuim het om die ontwrigting van 'n pasiënt se kaak te diagnoseer en te behandel. Die hof bevind dat, indien die tandarts die pasiënt behoorlik ondersoek het, hy die ontwrigting van die kaak sou vasgestel het.

Die noodsaaklikheid vir 'n geneesheer om 'n pasiënt volledig te ondersoek ten einde die korrekte en mees effektiewe

---

(7) supra 321 (eie onderstreping).

(8) Tereg merk Gordon Turner & Price 118 op: "To establish liability it is not sufficient to prove that the diagnosis was wrong, let alone that other practitioners disagree with the defendant's opinion. It must be shown that the first opinion was not only wrong but it was given unskilfully, and therefore the doctor was negligent in not exhibiting that degree of skill which is expected of an ordinary medical practitioner, or, of course, of a specialist, if he is one".

(9) 1933 OKPA 257.



behandeling te kan toepas kan toegelig word met verwysing na die saak van Ramsaroop v Moodley and Another (10): Die eiser, 'n diabeet, het op 'n gebreekte bottel getrap en sy voet gesny. Die aand het hy die snywond met 'n ligte ontsmettingsmiddel gewas. Die volgende dag het hy na sy huisdokter gegaan ten einde behandeling te ontvang. Die huisdokter het die snywond gewas, dit met antiseptiese middels behandel en die voet verbind. Ten spyte van die feit dat die huisdokter bewus was van die feit dat die eiser aan suikersiekte gely het, het hy geen fisiese ondersoek op die eiser uitgevoer nie, en is die eiser se bloedsuikervlakke en bloeddruk ook nie getoets nie. Die eiser het tablette van die geneesheer ontvang en hy is aangesê om die snywond daaglik te ontsmet en te verbind. Die eiser is nie aangesê om sy voet rus te gee nie, hy is nie onfiks verklaar om te werk nie, en daar is ook geen instruksies aan hom gegee om die geneesheer weer vir 'n opvolg te besoek nie. Die eiser het voortgegaan om vir die volgende ses dae sy daaglikse werk te verrig. Alhoewel hy die geneesheer se instruksies met betrekking tot die behandeling van sy voet nagevolg het, was die voet teen die sesde dag pynlik en geswel terwyl die snywond 'n wit waterige vloeistof afgeskei het. Die huisdokter het die eiser op versoek tuis besoek. Tydens die besoek is 'n inspuiting toegedien en verdere tablette is voorgeskryf. Weer is die eiser nie fisies ondersoek nie en is sy bloedsuikervlakke nie getoets nie. Die eiser is ook nie aangesê om nie te gaan werk nie. Nieteenstaande die feit dat die huisdokter die eiser weer 'n week later op versoek

tuis besoek en behandel het, het die voet nie verbeter nie, en het die eiser besluit om 'n tweede geneesheer te raadpleeg. Laasgenoemde het die eiser se bloedsuikervlakke getoets, 'n inspuiting toegedien en antibiotiese en pynkapsules voorgeskryf. Hy het egter geen bedrus voorgeskryf nie. Ses dae later het die eiser weer dié geneesheer geraadpleeg omdat sy voet vererger het. Weer is tablette voorgeskryf en is 'n inspuiting toegedien. Die eiser is aangesê om vir ses dae in die bed te bly. Na verloop van 'n week was die pyn wat die eiser in sy voet ondervind het, ondraaglik en het die eiser 'n ander geneesheer geraadpleeg. Dié geneesheer het die eiser onmiddellik gehospitaliseer. Die eiser se toestand het só vererger dat twee tone en 'n gedeelte van sy voet afgesit moes word. Agt dae later was dit noodsaaklik om die eiser se regterbeen onder die knie te amputeer. Die eiser het sy huisdokter en die tweede geneesheer gedagvaar vir skadevergoeding op grond van kontrakbreuk en, in die alternatief, op grond van nalatigheid.

Na oorweging van al die getuienis, en met spesifieke verwysing na die getuienis van die deskundige getuies in dié saak, bevind die hof dat beide geneeshere nalatig was. Die hof aanvaar onder meer dat 'n redelike geneesheer onder dié bepaalde omstandighede en in die lig van die feit dat

---

(10) Ongerapporteerde 1991 NPA, gerapporteer in 1991 (4) SAPM 16; sien bespreking van die saak deur Strauss "Amputation of Leg: Doctors Held Liable for Failure to Instruct Injured Patient and to Monitor Progress" 1991 SAPM 16; Strauss "The Doctor and the Courts: The Last Decades Cases" 1993 SAPM 34.

die eiser 'n suikersiektelyer was, 'n behoorlike fisiese ondersoek sou uitgevoer het. Sodanige ondersoek sou behels het dat die eiser se bloedsuikervlakke en liggaams-temperatuur getoets moes word om vas te stel of daar nie moontlik 'n infeksietoestand aanwesig was nie. Indien wel, moes stappe dadelik geneem gewees het om sodanige infeksie te beheer. Beide geneeshere se optrede in hierdie verband was onaanvaarbaar (11).

By die maak van 'n diagnose word daar nie die hoogste moontlike graad van professionele vaardigheid en sorg van 'n geneesheer verwag nie, maar slegs redelike vaardigheid en sorg. Hierdie beginsel is al telkens in die verskillende regstelsels wat hier onder bepreking is, bevestig (12). In die Suid-Afrikaanse saak van Buls v Tsatsarolakis(13) het die eiser, 'n messelaar, sy gewrig beseer. Hy het na 'n hospitaal gegaan vir behandeling en is daar deur 'n mediese beampte ondersoek. X-strale wat van die gewrig geneem is het geen ontwrigtings of frakture aangetoon nie. Die eiser het egter later 'n ortopediese chirurg in privaat praktyk

---

(11) Van besondere belang in die saak was die geneeshere se versuim om die eiser instruksies te gee om nie sy voet te gebruik nie en om dit genoeg rus te gee - Strauss 1991 SAPM 17: "Of particular importance - and this was stressed by an expert witness called by the defendants - would be to advise the patient not to use the foot but to rest it. By treading on the foot the circulation is further impaired as the capillaries are compressed and the antibodies in the blood are unable to reach the infected site in sufficient numbers to fight the bacteria"; beide geneeshere het natuurlik ook versuim om die pasiënt behoorlik op te volg en te monitor. Die verweer geopper deur die geneeshere dat die amputasie gevolg het op 'n novus actus interveniens deur die nalatigheid van die eiser self is deur die hof verwerp en is beide geneeshere bygevolg aanspreeklik gehou en gelas om skadevergoeding aan die eiser te betaal.

geraadpleeg. X-strale wat weer geneem is het 'n ontwrigting van die skafoiedbeen van die regtergewrig aangetoon. Die eiser het aangevoer dat die mediese beampte nalatig was. Die hof bevind egter dat die mediese beampte nie nalatig was nie aangesien hy met dieselfde sorg en vaardigheid opgetree het as wat redelikerwys van 'n ander mediese beampte in dieselfde omstandighede verwag kon word.

'n Verdere voorbeeld is die Suid-Afrikaanse beslissing in Fowlie v Wilson(14): Die eiser, 'n ketelmaker en operateur by 'n industriële aanleg, het gedurende die uitoefening van sy pligte, terwyl hy besig was om 'n verstelling aan 'n groot oorhoofse klep aan te bring, 'n skerp "skeursensasie" in sy maag ervaar. Binne sekondes hierna het hy erge borspyn ervaar, tot so 'n mate dat hy byna nie kon asemhaal nie. Die eiser het 'n algemene praktisyn geraadpleeg wat sy toestand as 'n hiatus hernia gediagnoseer het en anti-inflammatoriese medikasie voorgeskryf het. Die medikasie het egter nie gehelp nie en die eiser is deur die algemene praktisyn na 'n spesialis-chirurg verwys. Nadat verskeie toetse (onder andere 'n gastroskopie en 'n barium-enema) op die eiser uitgevoer is, is daar vasgestel dat

---

(12) Sien die bespreking infra.

(13) 1976 (2) SA 89 (T); in die Rhodesiese saak Ex parte Rautenbach 1938 SR 150 het 'n getroude vrou 'n geneesheer geraadpleeg wat haar meegedeel het dat sy veneriese siekte het; dié feit het hy aan haar eggenoot meegedeel. 'n Ander geneesheer het later dié diagnose betwis. As gevolg van die mededeling het die eggenoot van die vrou haar mishandel en uiteindelik verlaat. Die vrou het aangevoer dat sy skade gely het in die vorm van mishandeling deur haar man en sy verlating weens die geneesheer se onjuiste diagnose. Die hof bevind dat selfs al was die geneesheer nalatig die skade te verwyderd was en derhalwe nie verhaalbaar was nie.

daar 'n verdikking van die maagwand was. Sodanige verdikking was moontlik aanduidend van gastriese lymphoma. Die chirurg het gevolglik 'n laporotomie op die eiser uitgevoer waartydens hy 'n gelokaliseerde kwaadaardigheid gediagnoseer het. Hierop het die chirurg 80 to 90 persent van die eiser se maag, milt, pankreas, gedeeltes van sy kolon en sy blindederm verwyder. Die histologiese toetse wat na die operasie op sodanige organe uitgevoer is, het egter aangedui dat daar geen kanker of ander kwaadaardighede aanwesig was nie. Die eiser het die chirurg vir skadevergoeding van meer as 'n miljoen rand gedagvaar op grond van die feit dat hy, onder andere, nie toegestem het tot die gastrektomie nie, en dat die chirurg nalatig was omdat hy die verkeerde diagnose gemaak het.

Die hof het, met betrekking tot die bewering dat die chirurg in sy diagnose en daaropvolgende ingrepe nalatig was, op die getuienis bevind dat die chirurg met die nodige redelike sorg en vaardigheid wat van regsweë vereis word, opgetree het. In hierdie verband het die hof sterk op die getuienis van ander chirurge gesteun en die eiser se aksie is van die hand gewys (15).

---

(14) Ongerapporteerde 1993 NPA, bespreek deur Strauss "Recent Cases" 1993 (2) SAPM 10-11: In hierdie saak is daar groot gewag gemaak van die gebrek aan ingeligte toestemming aan die kant van die eiser; die hof verwerp hierdie argument op die basis dat die eiser 'n toestemmingsvorm onderteken het.

(15) Strauss 1993 SAPM 11: "The judge found on the basis of the evidence of two eminent surgeons that Dr W had acted responsibly and efficiently and as would any skilled surgeon have acted in similar circumstances ... It had been contended ... that before performing the laporotomy, Dr W should first have conducted a further gastroscopy. According to the expert witnesses, however, even if this

Hierdie saak bevestig die toepassing van die algemene toets vir mediese nalatigheid en die belangrike rol van deskundige mediese getuienis vir die vasstelling daarvan, veral in gevalle waar beweer word dat die geneesheer nalatig was by die maak van 'n onjuiste diagnose (16).

---

had been done and a biopsy had been taken and proved negative, this would not have conclusively established the absence of malignancy ... One of the experts had given most convincing evidence as to why he would have followed exactly the same procedure as Dr W had done, even if he had known that the thickening was benign, not malignant. Ulcers had the habit of penetrating what in this case was the splenic artery. Tumours could grow quickly in size, and in this case could sever the splenic artery and cause severe and possibly fatal internal haemorrhage".

(16) Hierdie beginsel vind ook inslag in die Engelse reg waar daar menige voorbeelde is van gevalle waar geneeshere aanspreeklik gehou is vanweë die maak van 'n verkeerde diagnose - Jones Doctors Patients and the Law 13: "As with any type of error, an error of diagnosis is not necessarily negligent: this is measured by the standard of the Bolam test - whether the defendant acted as a reasonable doctor in all the circumstances, including the difficulty of making the diagnosis given the signs and symptoms, the diagnostic techniques available"; so is byvoorbeeld in die saak van Langley v Campbell [1975] CLY 2317 bevind dat die geneesheer nie nalatig was waar hy versuim het om malaria by 'n pasiënt te diagnoseer nie, maar die pasiënt se simptome was van so 'n aard dat die geneesheer moes besef het dat die pasiënt moontlik 'n tropiese siekte onder lede het, veral waar hy bewus was van die feit dat die pasiënt onlangs Uganda besoek het en vantevore al malaria gehad het. Bygevolg is die geneesheer aanspreeklik gehou vir die dood van die pasiënt. Vir verdere voorbeelde sien Barker v Nugent [1987] 3 MLR 182; Braisher v Harefield and Northwood Hospital Group [1966] 2 The Lancet 235 (versuim om 'n X-straal te neem by die maak van 'n diagnose); Burridge v Bournemouth and East Dorset Hospital Management [1965] 1 The Lancet 1065 (versuim om blindedermonsteking te diagnoseer); Chapman v Rix [1960] (HL) The Times 22 Desember 1960 (verkeerde diagnose van maagwond - pasiënt oorlede); Edler v Greenwich and Deptford Hospital [1953] The Times 7 Maart 1953 (kind oorlede as gevolg van geneesheer se versuim om blindedermonsteking te diagnoseer); Hogg v Ealing Hammersmith and Hounslow Area Health Authority [1982] 4 MLJ 174; Hotson v East Berkshire Health Authority [1987] 2 All ER 909 (HL) (versuim in diagnose lei tot avaskulêre nekrose van femorale been by pasiënt); Hucks v Cole [1968] The Times 9 Mei 1968 (geneesheer versuim om pasiënt se toestand betyds te diagnoseer en met penisillien te behandel); Hughes



Dit is veral die Amerikaanse reg wat treffende voorbeelde bied van gevalle waar 'n onjuiste diagnose aanleiding gegee het tot die dood van pasiënte met gevolglike strafregtelike aanspreeklikheid vir die betrokke geneeshere (17). Só is daar verskeie sake waar die versuim van 'n geneesheer om

---

v Hay Court of Appeal 13 April 1989 (ortopediese chirurg nalatig waar hy versuim om 'n ontwrigting van die pasiënt se skouer te diagnoseer); Hulse v Wilson [1953] 2 BMJ 890 (pasiënt se toestand verkeerdelik gediagnoseer as veneriese siekte terwyl hy eintlik aan kanker gely het met die gevolg dat sy penis geamputeer is); Hunter v Hanley [1955] SLT 217: "In the realm of diagnosis and treatment there is ample scope for genuine difference of opinion and one man clearly is not negligent merely because his conclusion differs from that of other professional men, nor because he has displayed less skill and knowledge than others would have shown. The true test in establishing negligence in diagnosis or treatment on the part of a doctor is whether he has been proved guilty of such failure as no doctor of ordinary skill would be guilty of if acting with ordinary care. The standard seems to be the same in England" (per Lord Clyde); Lamphier and Wife v Phipos (1838) 8 C & P 475; Maynard v West Midlands Regional Health Authority [1985] 1 All ER 635 (HL) (hier is beweer dat die geneeshere verkeerdelik die moontlikheid van Hodgkin's se siekte gediagnoseer het en derhalwe onnodig 'n mediastinoskopie uitgevoer het terwyl die pasiënt slegs aan tuberkulose gely het); Morgan v Gwent Health Authority [1988] 2 The Lancet 519 (versuim om die korrekte bloedgroep van die pasiënt vas te stel); Pudney v Union Castle Mial Steamship Company Ltd [1953] 1 Lloyds Rep 73 (versuim om akute arthritis tydens 'n skeepsreis te diagnoseer nie nalatig nie); Sadler v Henry [1954] 1 BMJ 1331 (geneesheer maak onjuiste diagnose van histeria by 'n pasiënt terwyl sy inderdaad aan akute breinvliesontsteking gely het. Alhoewel die pasiënt oorlede is, is die geneesheer nie aanspreeklik gehou nie omdat daar geen simptome by die pasiënt aanwesig was wat redelikerwys aanduidend was van breinvliesontsteking nie); Saumarez v Medway and Gravesend Hospital Management Committee [1953] 2 BMJ 1109 (versuim om fraktuur aan vinger met behulp van X-strale te diagnoseer. Vir verdere voorbeelde in die Engelse reg met betrekking tot diagnose sien Nelson-Jones 140; vir voorbeelde in die Duitse reg, sien Laufs & Uhlenbruck 306 ev; BGH 1959 NJW 1583; BGH 1972 NJW 1126; BGH 1979 NJW 1248 BGH 1983 NJW 1371; BGH 1985 NJW 2749; BGH 1986 NJW 2367; BGH 1987 NJW 718; BGH 1988 NJW 2304; BGH 1989 NJW 774; BGH 1989 NJW 2318; vir 'n algemene bespreking oor onjuiste diagnose in internasionale konteks (ook met verwysing na die Engelse en die Duitse reg) sien Giesen International Medical Malpractice Law 120 ev.



blindedermontsteking by 'n pasiënt te diagnoseer, tot die dood van die pasiënt aanleiding gegee het (18). In Lawless v Calaway (19) is 'n twaalfjarige seun met klagtes van maagpyn na 'n geneesheer se spreekkamer gebring. Die geneesheer is meegedeel dat die kind moontlik vleis geëet wat nie meer vars was nie. Die geneesheer het 'n diagnose van voedselvergiftiging gemaak. Die kind se toestand het egter nie verbeter nie, en nege dae later is die kind na 'n chirurg verwys. Die chirurg het dadelik geopereer om die kind se blindederms te verwyder, maar dit was reeds te laat; die blindederms het gebars en die kind is oorlede aan peritonitis. Ten spyte van die feit dat die betrokke geneesheer geen spesiale toetse op die kind tydens die aanvanklike konsultasie uitgevoer het nie, en ook nie 'n witbloedseltelling geneem het om moontlike infeksie vas te stel nie, is hy nie strafregtelik aanspreeklik gehou nie. Die hof het bevind dat dit onder die omstandighede nie gesê kon word dat die betrokke geneesheer van die algemeen aanvaarde mediese afgewyk het nie. Die hof beklemtoon die beginsel dat die feit dat 'n ander geneesheer moontlik anders met die maak van 'n diagnose sou opgetree het nie noodwendig aanduidend is van mediese nalatigheid nie.

---

(17) Vir 'n volledige oorsig van die Amerikaanse reg in dié verband Ficarra 29 30 219 227; Harney 35 (diagnose van blindedermonsteking) 90 (versuim om kanker te diagnoseer) 138 (versuim om swangerskap te diagnoseer) 178 (versuim om diagnose te maak ten aansien van ortopediese chirurgie) 199 (onjuiste diagnose by gevalle in neurochirurgie) 213 (onjuiste diagnose by gevalle van psigiatrie): "In psychiatry, as in any field of medicine, it is important to take a complete medical history of the patient and review records of previous treatment. Diagnosis is a matter of weighing various symptoms, physical signs, past diagnoses, past treatments and other relevant factors to try to figure out a correct conclusion as to what, if any, is the particular

illness from which the patient suffers, and hence, the proper treatment"; Holder 71 ev; Morris & Moritz Doctor and Patient and the Law (1960) 336-337; Nota 61 Am Jur 2d 378 ev; Nota "Malpractice: Diagnosis and Treatment of Brain Injuries, Diseases or Conditions" 29 ALR 2d 501; "Malpractice: Diagnosis of Fractures or Dislocations" 54 ALR 2d 273; "Malpractice in the Diagnosis or Treatment of Cancer" 55 ALR2d 453; "Malpractice: Diagnosis and Treatment of Conditions of Female Sexual Organs" 93 ALR2d 313. In beginsel is die basis van die geneesheer se aanspreeklikheid vir die verkeerde diagnose daarin geleë dat daar nie die nodige toetse en ondersoeke (sogenaamde "careful diagnosis") op die pasiënt uitgevoer is nie - só byvoorbeeld in die saak van Rostron v Klein 23 Mich App 288, 178 NW2d 675, het 'n pasiënt met sy kop op 'n sementblad geval. Die pasiënt het egter 'n geskiedenis van duiseligheid gehad. Hiervoor is hy dan ook gereeld deur sy geneesheer behandel. Toe die pasiënt dus weer by die hospitaal aanmeld, nadat hy sy kop gestamp het, het die geneesheer aanvaar dat die pasiënt maar net weer dieselfde klagtes het en het hy derhalwe nie X-strale aangevra nie. Die pasiënt is die volgende dag oorlede as gevolg van 'n massiewe epidurale bloeding wat gevolg het op 'n skedelfraktur. Die geneesheer is aanspreeklik gehou vanweë sy versuim om die pasiënt behoorlik te ondersoek en 'n behoorlike diagnose te maak; sien in dié verband Holder "Physician's Failure to X-ray" American Jurisprudence Proof of Facts 12 POF 2d 603 609; Holder "Time of Origin of Disease or Injury" American Jurisprudence Proof of Facts 5 POF 2d 315 ev.

(18) Holder "Physician's Misdiagnosis of Appendicitis" American Jurisprudence Proof of Facts 10 POF 2d 265 268: "An appendectomy is probably the most common surgical procedure undertaken ... As a result of the number of appendectomies, many actions alleging medical malpractice in the course of treatment have been litigated. The largest proportion of these have involved some sort of surgical malpractice ... Since abdominal pain is the most frequently presented complaint in a variety of ailments, including appendicitis and other, far more serious diseases, the determination of the cause of the pain requires careful medical evaluation ... In many cases, appendicitis has been diagnosed as some other disease, particularly intestinal flu, and the appendix has ruptured while the patient was being treated for another complaint"; Harney 35: "Although most patients present the classic symptoms of appendicitis, occasionally the diagnosis can be difficult, and sometimes even the best surgeons and diagnosticians can miss the diagnosis ... When appendicitis is suspected, many believe that the only adequate remedy is surgery, even perhaps in the face of other complicating factors .. It is much better to take out a sound appendix than to bury the patient with an appendix"; vir voorbeelde in die Duitse regspraak BGH 1968 NJW 2291; BGH 1978 NJW 2337 (die "Blinddarmurteil"-beslissing).

(19) 24 Cal 2d 81, 147 P2d 604; Bailey v Williams 189 Neb 484, 203 NW 2d 454; Rogers v United States 216 F Supp (Ohio 1963); Spike v Sellet 430 NE 2d 597 (Ill App 1981);

## 2 1 2 Blote oordeelsfoute

In aansluiting by die bespreking van die geneesheer se aanspreeklikheid vir die maak van 'n onjuiste diagnose, is die vraag of 'n geneesheer aanspreeklik is vir 'n blote oordeelsfout ("mere error of judgment") wat gedurende die behandeling of diagnose van 'n pasiënt gemaak word. As algemene beginsel is in die verlede aanvaar dat 'n geneesheer nie aanspreeklik is vir 'n blote oordeelsfout gedurende die behandeling of diagnose van 'n pasiënt nie. 'n Blote oordeelsfout deur 'n geneesheer is nie op sigself aanduidend van nalatigheid nie (20).

---

Tierney v Berg 458 NE 2d 1072 (Ill App 1984).  
(20) Claassen & Verschoor 19 ev; Gordon Turner & Price 118: "He (the doctor) is not responsible for the consequences of an honest mistake or error of judgment in his diagnosis or treatment where there is doubt as to what should be done in accordance with recognised authority and current good practice"; Strauss & Strydom 293 ev; Strauss Doctor Patient and the Law 249 ev; Jackson & Powell 327; Nathan Medical Negligence (1957) 43; Holder Malpractice Law 72; Annotasie 61 Am Jur 2d 378 ev; Zaslow "What is Malpractice in General Surgery" 1976 Legal Medicine Annual 260: "The one area that is most difficult to define, and to which the attitude of the judiciary has been changing, has been that wherein a question of judgment is concerned. The practice of medicine and surgery is far from an exact science; it is more art and judgment in both diagnosis and treatment. Even the courts are aware of this fact, and, as a result have promulgated the general rule that a physician or surgeon will not be liable for an error of judgment"; Bappert 29 ev; Giesen Arzthaftungsrecht/Medical Malpractice Law (1981) 167; Giesen Arzthaftungsrecht (1990) 55; Laufs & Uhlenbruck 308 ev. Daar dien hier gemeld te word dat aspekte rondom die begrip "blote oordeelsfout" hier bespreek word in aansluiting by onjuiste diagnose, aangesien medici juis in hierdie sfeer dikwels kliniese oordeelsfoute begaan tydens die maak van 'n diagnose. Kliniese oordeelsfoute kan natuurlik ook deur medici begaan word tydens die behandeling van pasiënte.

In veral die Engelse reg het die vraag of 'n blote oordeelsfout aan die kant van die geneesheer neerkom op nalatigheid, indringend aandag geniet in die House of Lords. In die saak van Whitehouse v Jordan (21) het dit gegaan oor die beweerde mediese nalatigheid van 'n verloskundige tydens die geboorte van 'n kind. Die eiser het aangevoer dat die verloskundige deur die gebruik van verlostange (dit was 'n besonder gekompliseerde bevalling) ernstige breinskade by die kind veroorsaak het. By die beoordeling van die vraag of die verloskundige 'n blote oordeelsfout gemaak het en, indien wel, of sodanige oordeelsfout aan sy kant op nalatigheid neerkom, merk Lord Edmund-Davies soos volg op:

"The principal questions calling for decision are: (a) in what manner did Mr Jordan use the forceps? and (b) was the manner consistent with the degree of skill which a member of his profession is required by law to exercise? Surprising though it is at this late stage in the law of negligence, counsel for Mr Jordan persisted in submitting that his client should be completely exculpated were the answer to question (b), 'Well, at the worst he was guilty of an error of clinical judgment!' My Lords, it is high time that the unacceptability of such an answer be finally exposed. 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 the exercising 'clinical judgment' may also be so glaringly below proper standards as to make a finding of negligence inevitable" (22).

Lord Fraser het soos volg op dié aspek kommentaar gelewer:

---

(21) [1981] 1 All ER 267 (HL); vir 'n verdere bespreking van dié saak sien Jackson & Powell 329 ev; Kennedy & Grubb Medical Law - Text and Materials (1994) 369 ev; Nelson-Jones 341; Strauss Doctor Patient and the Law 249.

(22) Whitehouse v Jordan supra 276H.

"Referring to medical men, Lord Denning MR said [1980] All ER 650 (at 658): 'If they are to be found liable [sc for negligence] whenever they do not effect a cure, or whenever anything untoward happens, it would do a great disservice to the profession itself! We must say, and say firmly, that, in a professional man an error of judgment is not negligent! Having regard to the context, I think that Lord Denning MR must have meant to say that an error of judgment is not necessarily negligent! But in my respectful opinion, the statement as it stands is not an accurate statement of law. Merely to describe something as an error of judgment tells us nothing about whether it is negligent or not. The true position is that an error of judgment may, or may not, be negligent; it depends on the nature of the error. If it is one that would have been made by a reasonable 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, then it is negligent. If on the other hand, it is an error that a man, acting with ordinary care might have made, then it is not negligence" (23).

Ook Lord Russell kom tot dieselfde gevolgtrekking:

"My Lords, I wish at the outset to emphasise one matter. Some passages in the Court of Appeal might suggest that if a doctor makes an error of judgment he cannot be found guilty of negligence. This must be wrong. An error of judgment is not per se incompatible with negligence, as Donaldson LJ pointed out. I would accept the phrase 'a mere error of judgment' if the impact of the word 'mere' is to indicate that not all errors of judgment show a lapse from the standard of skill and care required to be exercised to avoid a charge of negligence" (24).

---

(23) supra 281 (eie onderstreping); sien ook Hucks v Cole supra 469: "With the best will in the world things sometimes went amiss in surgical operations or medical treatment. A doctor was not held negligent simply because something went wrong" (per Denning MR).

(24) supra 281i; Sien Jackson & Powell 327 ev; Hatcher v Black QB The Times 2 Julie 1954: "It would be wrong, indeed bad law, to say that simply because a misadventure or mishap occurred, thereby the hospital and the doctors are liable. Indeed it would be disastrous for the community if it were so. It would mean that the doctor examining the patient, or a surgeon operating at the table, instead of getting on with his work, would forever be looking over his shoulder to see if someone was coming up with a dagger ... You must not therefore find him negligent



Die House of Lords het met hierdie beslissing definitiewe beperkings daargestel op die omvang van die verweer van 'n "blote oordeelsfout" wat dikwels deur geneeshere geopper word om "professionele foute" te verskoon. Die oordeelsfout in sigself moes nie gemaak gewees het vanweë onbedrewenheid of die nalatige versuim om alle relevante faktore en omstandighede in ag te neem nie. Om te bepaal of 'n "blote oordeelsfout" aan die kant van die geneesheer op nalatigheid neerkom, moet daar net soos in ander gevalle van beweerde mediese nalatigheid getoets word vir mediese nalatigheid aan die hand van die algemene nalatigheidskriterium wat op medici van toepassing is. Daar moet bepaal word of 'n redelike geneesheer in dieselfde omstandighede as die verweerder, met die uitoefening van 'n redelike graad van bedrewenheid en sorgsaamheid, ook sodanige oordeelsfout sou gemaak het. Indien wel, is die verweerder se oordeelsfout nie nalatig nie.

---

simply because something goes wrong, as for instance, if one of the risks inherent in an operation actually takes place, or because some implication ensues which lessens or takes away the benefits that were hopes for, or because in a matter of opinion he makes an error of judgment" (per Denning LJ ter voorligting van die jurie); Maynard v West Midlands Health Authority supra 635: "There is seldom any one answer exclusive to all the problems of professional judgment. A doctor is unlikely to succeed by saying he was not negligent because he had made an error of clinical judgment - an error of judgment is not itself compatible with negligence" (per Lord Scarman); vir verdere voorbeelde in die Engelse reg sien Ashton v Alexander and Trent Regional Health Authority [1988] Court of Appeal ongerapporteer The Times 28 Januarie 1988; Furstenau v Tomlinson [1902] 2 BMJ 496; Parkinson v West Cumberland Hospital Management Committee [1955] 1 BMJ 977.

In die Suid-Afrikaanse saak van Esterhuizen v Administrator Transvaal (24a) is die hospitaalowerheid gedagvaar vir skadevergoeding omdat 'n pasiënt ernstige beserings opgedoen het as gevolg van oormatige bestraling wat op haar vir die behandeling van kanker toegepas is. Namens die verweerder is daar onder meer aangevoer dat indien daar deur die betrokke terapeut in die behandeling van die pasiënt fouteer is, sodanige fout slegs 'n blote oordeelsfout was. Die eiser het egter aangevoer dat hier 'n "onredelike" oordeelsfout begaan is (25). Die hof het egter bevind dat die eiser se beserings nie gevolg het op 'n blote oordeelsfout aan die kant van die terapeut nie, maar wél omdat die betrokke terapeut nie met die nodige sorg en vaardigheid opgetree het nie.

In die latere beslissing van Pringle v Administrator Transvaal (26), is die hospitaalowerheid gedagvaar vir skadevergoeding nadat 'n pasiënt se vena cava "geskeur" is tydens 'n mediastinoskopie. Weer is die vraag gevra of die optrede van die betrokke chirurg op 'n blote oordeelsfout neergekom het. Die hof het met verwysing na die beslissing in Whitehouse v Jordan(27) bevind dat dit nie gesé kan word dat die betrokke chirurg se optrede of versuim in dié verband nalatig was nie. Nietemin bevind die hof dat die chirurg tydens die uitsnyding van die groeisel te veel krag aangewend het en derhalwe nie met redelike sorg en vaardigheid opgetree het nie. In hierdie opsig bevind die

---

(24a) 1957 (3) SA 710 (T) - hierdie beslissing word later in die hoofstuk volledig bespreek.

(25) supra 713B.



hof dat die chirurg nalatig was (28).

### 2 1 3 Volkman-gevalle

Gevalle het al voorgekom waar 'n geneesheer nalatig versuim het om die intrede van sogenaamde Volkmann se ischemiese kontraktuur (ook bekend as die kompartement-sindroom), wat permanente misvormheid van 'n ledemaat teweegbring, te

---

(26) 1990 (2) SA 379 (W) - hierdie beslissing word later in die hoofstuk volledig bespreek.

(27) supra; Pringle v Administrator Transvaal supra 385B-D 395A-F.

(28) supra 396I; in die latere beslissing van Castell v De Greef 1994 (4) SA 408 (K) 416I, waar inter alia die vraag beoordeel moes word of 'n geneesheer se versuim om na-operatiewe sepsis wat gevolg het na plastiese chirurgie op die eiseres se borste, vroegtydig te diagnoseer en te behandel, op nalatigheid neerkom, verwys die hof met goedkeuring na die Whitehouse beslissing supra se uiteensetting van die trefwydte en aanwending van die sogenaamde "error of judgment" in die mediese praktyk. Vir voorbeelde in die Amerikaanse en Duitse reg in hierdie verband sien Holder 77; Clark v United States 402 F2d 950 (CCA 1968): "There is a vast difference between an error of judgment and negligence in the collection of factual data essential to arriving at 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 in 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"; Annotasie 61 Am Jur 2d 342: "The rule that a physician or surgeon is not liable for an honest error of judgment or mistake of judgment is not ironclad, but rather it exempts the physician or surgeon from liability only where there is a reasonable doubt as to the nature of the physical condition involved or as to the proper course to be followed, or where good judgments may differ. Whether errors of judgment will or will not make a physician or surgeon liable for damages in a given case, depends not merely upon the circumstances that he may be ordinarily skilful as such physician and surgeon, but also upon the fact of whether he has exercised in the treatment of such case the degree of reasonable skill and diligence that is ordinarily exercised in his profession"; Laufs & Uhlenbruck 306; BGH 1988 NJW 1513; BGH 1989 NJW 2941.

diagnoseer. Die oorsaak van die Volkmann-kontraktuur is 'n gipspleister wat te styf aan 'n ledemaat (gewoonlik 'n arm) aangesit is, wat dan die vernietiging van weefsel tot gevolg het (29). Hierdie gevalle word spesifiek hier bespreek as praktiese illustrasies van mediese aanspreeklikheid wat gevolg het waar 'n verkeerde diagnose gemaak is, of waar daar versuim is om 'n diagnose te maak.

In die Suid-Afrikaanse saak van Dube v Administrator Transvaal(30) het die pasiënt 'n gebreekte arm opgedoen en is sy arm in gips geset deur geneeshere in diens van 'n hospitaalowerheid. Die eiser het die hospitaal drie dae later weer besoek. 'n Geneesheer het hom ondersoek en aangedui dat die eiser se arm in 'n bevredigende toestand was. 'n Paar dae later het die eiser weer die hospitaal

---

(29) Claassen & Verschoor 32 ev; Gordon Turner & Price 144: "This condition (ischaemic contracture) has been described as the bugbear of orthopaedic surgery. It seems clear that although it may be caused by neglect of a fracture or unduly tight bandaging or flexion of the limb, it may also appear without any warning and in spite of the utmost care and vigilance"; Strauss Doctor Patient and the Law 257 ev; Blyth v Van den Heever 1980 (1) SA 191 (A) 193: "'The classical symptoms of an impending ischemia are known as the 'five p's': pain, pallor pulselessness, paralysis and the para-anaesthesia (loss of sensation over and below the ischaemic area)"; Hearney 185: "A serious complication associated with plaster casts is circulatory impairment, which may be caused by (1) the cast being too tight, (2) the padding being applied too tightly, or (3) post-injury or post-operative swelling of the extremity. Early diagnosis is important in such cases. The danger signals are: Swollen, cold, numb, pale cyanotic toes or fingers, or complaints by the patient of pain, or that the cast is just too tight ... Infection is also a serious complication for fracture patients in casts because the bone should not be disturbed more than necessary for fear of interrupting the healing process. An axiom sometimes adopted here is 'It is much easier to treat a bony infection with a healed fracture than to treat both infection and non-union'".

besoek omdat sy arm geswel en septies was met beweegloosheid in die vingers. Die gips is vervang en met 'n kleiner gipsverband. Die behandelende geneesheer het die toestand van die hand as blote sepsis gediagnoseer. Die eiser is hiervoor behandel en na tien dae uit die hospitaal ontslaan. Die arm wou egter nie genees nie en het so versleg dat die voorarm uiteindelik afgesit moes word. In 'n eis om skadevergoeding bevind die hof dat die geneesheer in diens van die hospitaal nalatig versuim het om die intrede van Volkmann se ischemiese kontraktuur te diagnoseer. Die hof bevind voorts dat die eiser noukeurig gewaarsku moes gewees het dat indien simptome van swelling, pyn, blouheid of gevoelloosheid ingetree het, hy dadelik vir behandeling moes inkom. Die hospitaalowerheid is gevolglik aanspreeklik gehou en gelas om skadevergoeding aan die eiser te betaal.

Mediese nalatigheid vanweë versuim om Volkmann se kontraktuur te diagnoseer, het weer ter sprake gekom in die toonaangewende Suid-Afrikaanse beslissing van Blyth v Van den Heever(31): Die appellant het sy voorarm gebreek tydens 'n polowedstryd toe sy perd bo-op hom geval het. Beide die radius en die ulna was gebreek. Die appellant is hierna na 'n plaaslike hospitaal vervoer waar hy deur die respondent ondersoek is. 'n Oop reduksie van die arm is deur die respondent uitgevoer ten einde die gebreekte bene te heg. Hierna is die arm in gips geset. Die appellant is

---

(30) 1963 (4) SA 260 (T); Claassen & Verschoor 32; Strauss & Strydom 314; Strauss Doctor Patient and the Law 257.

gehospitaliseer vir ses dae, waarna hy na 'n stedelike kliniek oorgeplaas is. Op hierdie stadium het 'n massiewe sepsis reeds ingetree en groot gedeeltes spierweefsel en senuwees in die appellant se regter-voorarm vernietig. Die appellant het gevolglik 'n eis om skadevergoeding ten bedrae van R70 941 teen die respondent ingestel. Die verhoorhof het egter absolusie van die instansie gelas (32). Teen hierdie bevinding het die appellant appèl aangeteken. Die kern van die appellant se saak was dat die respondent nalatig versuim het om die intrede van Volkmann se kontraktuur te diagnoseer, en gevolglik nie met die nodige sorg en vaardigheid wat in die omstandighede van hom as geneesheer verwag kon word, opgetree het nie.

Die appèlhof (by monde van Corbett AR) was van mening dat daar in die onderhawige saak drie vraagstukke was wat beoordeel moes word: (1) Wat was die feitelike oorsaak van die uiteindelijke toestand van die appellant se voorarm wat beskryf is as "a shrunken, claw-like appendage of extremely limited functional value"?; (2) het die respondent se nalatigheid wesenlik tot die toestand bygedra, in dié sin dat indien hy met die nodige sorg en vaardigheid opgetree het, sodanige toestand voorkom sou gewees het?; (3) indien aanspreeklikheid aan die kant van die respondent bewys sou word, welke skadevergoedingsbedrag moes aan die appellant toegeken word?

---

(31) supra; sien die bespreking van die saak deur Claassen & Verschoor 33 ev; Strauss Doctor Patient and the Law 257 ev.

(32) Die uitspraak van die verhoorhof in hierdie saak in 1977 is nie gerapporteer nie.

Met betrekking tot die eerste vraag bevind die appèlhof, op die basis van deskundige mediese getuienis, dat die intrede van Volkmann se ischemiese kontraktuur die spierweefsel en senuwees van die appellant vernietig het.

By die beantwoording van die tweede vraag beslis Corbett AR dat die redelike algemene bekwame geneesheer wat hom in dieselfde omstandighede as die respondent bevind het, die intrede of moontlike intrede van Volkmann se kontraktuur sou gediagnoseer het en definitiewe stappe sou geneem het om sodanige toestand te voorkom. In hierdie verband het die respondent versuim om ag te slaan op duidelike simptome en/of komplikasies wat daarop gedui het dat Volkmann se kontraktuur besig was om in te tree (33).

Die appèlhof het verder bevind dat die respondent versuim het om redelike stappe te neem om die intreding van Volkmann te voorkom. Ten eerste was die hof van mening dat die respondent onmiddellik die gips moes verwyder het, alternatiewelik 'n splitsing van die gips moes bewerkstellig het, ten einde die vel te ontbloot. Indien die gips verwyder of gesplits was, sou die respondent die geleentheid gehad het om die arm weer te ondersoek en 'n

---

(33) Die simptome waarop die respondent moes gereageer het was (a) aanhoudende pyn en ongemak wat deur die appellant ondervind is; (b) inskrywings deur die verpleegpersoneel op die appellant se bedkaart nl "vingers baie styf" en "akute pyn"; (c) die feit dat twee verpleegsters die respondent telefonies geskakel het en hom meegedeel het dat die appellant se arm abnormaal geswel was.

diagnose te maak. Selfs 'n passiewe ekstensietoets kon uitgevoer gewees het. In die finale instansie kon die respondent, by gebrek aan enige verbetering van die arm, dit oorweeg het om 'n fasciotomie uit te voer. Die hof bevind dat 'n redelike bekwame geneesheer in dieselfde omstandighede as die respondent wél sodanige stappe sou geneem het - in hierdie verband het die respondent se optrede dus nie voldoen aan dié van die redelike geneesheer nie en het hy nie met die nodige sorg en vaardigheid opgetree nie. Hierdie versuim aan die kant van die respondent het kousaal bygedra tot die skade wat die appellant gely het. Bygevolg bevind die hof dat die respondent nalatig was (34).

Met betrekking tot die derde vraag, het die appèlhof skadevergoeding ten bedrae van R34 542-30 aan die appellant toegeken (35).

---

(34) Die hof het ook gewag gemaak van die feit dat die respondent nie tydig gereageer het op die inligting wat hy telefonies van die verpleegsters ontvang het nie, en dat hy verder sy regsplig teenoor die appellant verbreek het omdat hy die verpleegpersoneel toegelaat het om op die kritieke stadium die gips te splits terwyl dit onder die omstandighede aangedui was dat hy self die gips moes gesplits het.

(35) Die skadevergoedingsbedrag was soos volg saamgestel: huidige mediese uitgawes, R637-70; toekomstige mediese uitgawes, R2 868-60; koste verbonde aan 'n elektriese arm en amputasie, R3 500-00; verlies aan inkomste, R7 500-00; en algemene skade vir pyn, lyding en verlies aan lewensgenietinge R20 000-00; Geneeshere se versuim om Volkmann se kontraktuur te diagnoseer het ook aanleiding gegee tot litigasie in die Engelse, Amerikaanse en Duitse reg: Vir voorbeelde hiervan in dié onderskeie regstelsels sien Martin 374; Nelson-Jones 329; Powers & Harris 664; Speller Law of Doctor and Patient (1973) 77; Tyndall v Alcock [1928] 1 BMJ 528 (CA) waar die eiseres van 'n donkie afgeval het en haar arm gebreek het. Die verweerder het haar behandel en die gebreekte arm in 'n verband gespalk. Vyf dae later het Volkmann se kontraktuur

Die effek van 'n geneesheer se versuim om pasiënte se frakture behoorlik te set en/of te behandel en te moniteer met die gevolglike intrede van die kompartement-sindroom, kan verder geïllustreer word met verwysing na die Suid-Afrikaanse saak van Soumbasis and Another v Administrator of the Orange Free State and Another(36). In dié onlangse saak is die eiser, 'n mediese student aan 'n universiteit, gedurende 'n voetbalwedstryd beseer nadat hy deur 'n ander voetbalspeler op sy onderbeen raak geskop is. Na die toediening van die skop het die eiser geval en onmiddellik intense pyn ervaar. Hy is vervoer na die ongevalle-afdeling van die verweerder-hospitaal waar X-strale van sy besering geneem is en hy medikasie teen die pyn ontvang het. Later die aand is die eiser deur die verweerder, 'n ortopediese chirurg, ondersoek, wat 'n fraktuur van die tibula en die fibia gediagnoseer het. Nadat die gebruikelike toestemming van die eiser se vader verkry is, het die chirurg 'n standaard oop-reduksie op die been uitgevoer. Die been is hierna in gips geset, terwyl die tone oopgelos is. Die eiser het gedurende die nag en die vroeë oggend erge pyn ervaar, en alhoewel hy pynpille ontvang het, het die pyn voortgeduur.

---

ingetree en het die eiseres die gebruik van haar arm verloor. Die jurie het bevind dat die verweerder nalatig die arm gereduseer en gespalk het en derhalwe aanspreeklik gehou moes word. By appèl is dié bevinding bekragtig; Harney 115 183-188; Holder 112; Morris & Moritz 336-337; Annotasie 61 Am Jur 2d 382; Annotasie 54 ALR 2d 273; Atkins v Humes 107 So 253 Fla 1958; Hensom v Tom 473 SW 2d 258 (Tex Civ App 1971); Rose v Fridell 423 SW 2d 658 (Tex Civ App 1967); Sandhofer v Abbott-Northwestern Hosp 283 NW 2d 362 (Minn 1979); Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht 65; Laufs & Uhlenbruck 1039.



Die eiser is teen die middag ontslaan en het saam met sy ouers na sy tuisdorp vertrek.

Die volgende dag het die eiser nog steeds erge pyn ervaar. Die volgende oggend was die pyn onhoudbaar en het die eiser 'n ortopediese chirurg op sy tuisdorp gespreek. By nadere ondersoek, het die chirurg bevind dat die gipspleister nie te styf was nie. Hy het egter 'n fasciotomie uitgevoer en 'n hematoom gevind. Dit was gemeensaak dat die kompartement-sindroom (as komplikasie) hier ingetree het, ten gevolge waarvan die eiser se been ongeveer vier maande later net onder die knie afgesit moes word.

Die eiser, bygestaan deur sy vader, het die ortopediese chirurg wat hom aanvanklik behandel het en die hospitaalowerheid gedagvaar vir skadevergoeding op grond van beweerde nalatigheid. Daar is aangevoer dat die chirurg nie die eiser se been na-operatief behoorlik opgevolg en behandel het nie. Met betrekking tot die hospitaalowerheid, is aangevoer dat die verpleegpersoneel versuim het om die chirurg in kennis te stel toe die eiser van erge pyn gekla het, dat hy prematuur uit die hospitaal ontslaan is, en dat hulle versuim het om hom behoorlike instruksies te gee met betrekking tot die na-operatiewe versorging van sy been tuis en moontlike komplikasies wat

---

(36) 1989 OPA, ongerapporteer, bespreek deur Strauss Doctor Patient and the Law 262 ev; sien ook Magware v Minister of Health 1981 (4) SA 472 (Z) waar hospitaalpersoneel ook aanspreeklik gehou is vir die nalatige wyse waarop 'n gipspleister aan 'n pasiënt se enkel aangebring is.

mag intree.

Gedurende die verhoor het die ortopediese chirurg getuig dat hy wel die eiser die oggend voordat hy ontslaan is, ondersoek het. Volgens hom was daar geen abnormale swelling of ander komplikasies nie en was die kleur en sensasie in die eiser se tone normaal. Alhoewel die eiser gekla het oor pyn, kon die chirurg niks abnormaal vind nie en was hy tevrede dat die gipspleister ook nie te styf was nie. Hy het die eiser aangeraai om 'n verdere dag in die hospitaal deur te bring, maar die eiser wou graag huistoe gaan. Hy het die eiser pertinent meegedeel dat die pyn sou verbeter en dat die eiser onmiddellik sy huisdokter moes spreek indien die pyn vererger. Op die basis van hierdie getuienis en dié van deskundige mediese getuies wat namens die eiser getuig het, bevind die verhoorhof dat die chirurg nie nalatig opgetree het nie.

Die verhoorhof het egter bevind dat die verpleegpersoneel nalatig opgetree het, en wél omdat die verpleegsuster nie die verandering in die eiser se fisiese toestand onder die aandag van die chirurg gebring het voordat hy fisies ontslaan is nie, en daar verder nie voldoende instruksies aan die eiser gegee is nie. Gevolglik is die hospitaalowerheid aanspreeklik gehou.

Gemelde voorbeelde van Volkmann-gevallen en die intrede van die kompartement-sindroom, as bekende komplikasies wat volg op frakture wat in gips geset word, beklemtoon die

die regsplig wat daar op 'n geneesheer rus om met redelike sorg en vaardigheid op te tree. Mediese nalatigheid in hierdie gevalle lê primêr daarin dat die geneesheer versuim het om die simptome van hierdie komplikasies vroegtydig te diagnoseer en op te volg, ten einde die intrede daarvan effektief te voorkom. Van belang is nie net die behoorlike reduksie van die frakture en die set daarvan in gips nie, maar ook die na-operatiewe sorg wat deur die geneesheer uitgeoefen behoort te word (37).

---

(37) Hierdie basiese beginsels is al by herhaling in die onderhawige regstelsels bevestig: Powers & Harris 664: "The surgeon's duty is to anticipate swelling and to make certain that the cast is adequately padded and, if necessary split the cast before the patient is returned to the ward. The patient must be carefully monitored by the medical and nursing staff. If warning signs of impaired circulation appear (pain impaired sensation, pale skin, loss of arterial pulsation and failure to fully extend the digits because of pain) - urgent action is necessary and the cast must be split so as to expose the skin. Failure to take standard precautions or to act promptly when signs of trouble first appear is indefensible under any circumstances"; Bayliss v Blagg and Another [1954] 1 BMJ 709 (been ontwikkel infeksie onder gipspleister met die gevolg dat die eiseres gestrem is); Fowler v South-West Metropolitan Regional Hospital [1955] 2 BMJ 387 (eiseres se arm afgesit nadat gangreen onder gipspleister ontwikkel het); Junor v McNicol and Others [1959] The Times 26 Maart (HL) (nalatige behandeling van 'n "groenhout-fraktuur" ten gevolge waarvan 'n seun sy arm verloor het); Ficarra 305 ev; Harney 116: "At one time complications of tight plaster casts amounted for more medical malpractice suits than any other act or omission except leaving foreign objects in surgical patients" 186: "Many of the circulatory problems formerly classified under the 'tight cast syndrome' are now being attributed to 'compartment syndrome', a condition in which circulation and function within a closed space are compromised by increased pressure within that space. The problem is ischaemia, or insufficient blood supply, caused by the abnormally elevated pressure compressing the vessels"; Dewitt v Brown 669 F 2d 516 (8th Cir Ark 1982) (versuim om intrede van kompartement-sindroom aan eiser se been te diagnoseer); Flamm v Ball 476 SW 2d 710 (Tex Civ App 1972) (geneesheer het 'n gipspleister om eiser se gebreekte enkel geset, maar het die eiser nie opgevolg vir 'n periode van elf uur nie. Gangreen het ontwikkel en die eiser se been is onder die knie afgesit); Leong v Wright 478 SW 2d 839 (Tex Civ App 1972) (vierjarige seun

2 1 4 Versuim om diagnose en behandeling aan pasiënt  
mee te deel

2 1 4 1 Algemeen

Strauss en Strydom (38) voer aan dat versuim om 'n pasiënt die diagnose mee te deel, op nalatigheid kan neerkom. Die nalatigheid is geleë in die daaropvolgende versuim om die pasiënt die nodige behandeling te gee. Sodanige versuim kan tot aanspreeklikheid lei, en wel in die geval waar 'n geneesheer versuim om die volle erns en omvang van die diagnose, wat behandeling noodsaaklik maak, aan die pasiënt mee te deel. Indien die pasiënt nie die nodige geneeskundige behandeling ondergaan nie omdat hy meen dat sy gesondheid goed is en sy gesondheid verswak, kan die bestaan van 'n kousale verband

---

het as gevolg van 'n motorongeluk frakture van sy tibia en fibula opgedoen. Ortopediese chirurg het 'n oop reduksie uitgevoer en sy been in gips geset. Die chirurg het egter nie die seun behoorlik opgevolg nie en hom eers 72 uur later gesien. Op hierdie stadium het gangreen ingetree en die kind se been moes afgesit word. Skadevergoeding van \$150 000 is aan die seun toegeken); White v Mitchell 568 SW 2d 216 (Ark 1979)(skadevergoeding van \$300 000 toegeken aan 'n eiser waar 'n geneesheer versuim het om die intrede van die kompartement-sindroom onder 'n gipspleister te diagnoseer). In die Duitse reg word sodanige versuim in na-operatiewe nasorg ten opsigte van die behandeling van frakture as growwe nalatigheid aangemerkt: Laufs & Uhlenbruck 1039: "Es ist ein grober Behandlungsfehler, wenn eine operativ versorgte Fraktur mit Durchspiessungswunde nicht rundum inspiziert und wenn keine Wundrevision durchgeführt wird. Wegen der Gefahr der Entstehung eines Gasbrandes ist die stündliche Kontrolle des Patienten geboten; sien Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht 65; BGH 1967 NJW 1508. (38) 295; Claassen & Verschoor 36.

tussen die geneesheer se versuim en nadelige gevolg nie betwyfel word nie (39).

Strauss is van mening dat in die afwesigheid van 'n uitdruklike of stilswyende ooreenkoms tot die teendeel tussen geneesheer en pasiënt, daar geen plig op die geneesheer rus om die volle omvang van die diagnose aan die pasiënt mee te deel nie (40). In gevalle waar 'n pasiënt egter daarop aandring dat 'n volledige diagnose aan hom gegee moet word ten einde tot 'n operasie of verdere behandeling kan toestem, óf waar 'n operatiewe ingreep, byvoorbeeld chirurgie, nodig is ten einde 'n diagnose te kan maak, behoort 'n volledige diagnose wel aan die pasiënt meegedeel te word. Die mededeling van die diagnose is natuurlik ook nodig waar sodanige inligting materieel tot 'n pasiënt se besluit is om wel mediese behandeling te ondergaan of te weier (41). Die mededeling van die diagnose aan 'n pasiënt is ook aangedui waar die weerhouding daarvan fisiese of psigiese leed vir die pasiënt tot gevolg mag he (42).

---

(38) 295; Claassen & Verschoor 36.

(39) Strauss & Strydom 295 wat sodanige versuim sien as 'n direkte verbreking van 'n kontraktuele verhouding van die geneesheer teenoor die pasiënt; Gordon Turner & Price 129: "It cannot be suggested that it is culpable to keep information from the patient if the practitioner is reasonably satisfied that it would be better for him that he should not know ... it would undoubtedly be culpable to conceal from a patient, as well as from those with whom he may come in contact, that he is suffering from an infectious or contagious disease"; sien in dié verband R v Rautenbach supra 152-153.

(40) Doctor Patient and the Law 8: "The diagnosis concerns the question Why? It may be based on a complexity of symptoms and it involves scientific assessment of the case on the basis of the doctor's knowledge, skill and

Die dilemma vir die geneesheer uit die voorafgaande blyk duidelik: Aan die een kant is daar nie 'n verpligting op die geneesheer om die volle diagnose aan die pasiënt mee te deel nie (dit mag selfs in belang van die pasiënt se gesondheid wees om nie die diagnose te openbaar nie)(43); aan die ander kant kan die versuim van die geneesheer om die diagnose aan die pasiënt mee te deel, tot aanspreeklikheid lei. Die geneesheer se versuim om die diagnose aan die pasiënt mee te deel, al dan nie, staan in direkte verband met die inligtingsplig van die geneesheer (44), 'n apsek wat kontroversieel en problematies van aard is.

In dié verband merk Van Oosten tereg op:

---

experience. It may be impractical to attempt giving the patient, in layman's language, a general indication of the diagnosis"; Strauss & Strydom 219; sien ook Claassen & Verschoor 36; Van Oosten "Informed Consent: Patient's Rights and the Doctor's Duty of Disclosure in South Africa" 1989 Medicine and Law 443 449; Van Oosten The Doctrine of Informed Consent in Medical Law (LLD-proefskrif UNISA 1989) 431.

(41) Strauss Doctor Patient and the Law 8; Van Oosten 433-434 443.

(42) Van Oosten 435; Van Oosten "Castell v De Greef and the Doctrine of Informed Consent: Medical Paternalism Ousted in Favour of Patient Autonomy" 1995 De Jure 164 171: "Whether or not disclosure of the diagnosis is obligatory, is a moot point, but it is conceivable that diagnosis disclosure is imperative where: (a) It may affect the patient's decision whether or not to submit to the proposed intervention; (b) it is an express or implied term of the so-called 'diagnosis contract' between the doctor and the patient; or (c) it is essential for therapy and a failure to do so may cause the patient physical and/or mental harm"; sien Castell v De Greef 1993 (3) SA 501 (K) 518; Richter v Estate Hammann 1976 (3) SA 226 (K) 232; SA Medical and Dental Council v McLoughlin 1948 (2) SA 355 (A) 366.

(43) Claassen & Verschoor 36: "A physician may be confronted with a particularly delicate situation where the patient's condition, including his chances of recovery, could be prejudiced by revealing the full extent of his condition. Is the practitioner obliged to divulge to the patient that he is suffering from cancer



"Whether or not the doctor's duty of disclosure includes the obligation to inform the patient of the diagnosis, remains a thorny issue. There is much to be said for and there are convincing arguments against both the opinion that the diagnosis should be disclosed and the opinion that it should not ... On the one hand, the traditional reaction to the proposition that the diagnosis falls within the ambit of the doctor's duty to disclose is that this leads to untenable results where the condition diagnosed is a mortal disease. However, this reaction loses sight of the fact that by far the majority of diagnoses do not relate to the mortal diseases. In many instances disclosure of the diagnosis is hardly likely to have any harmful effect on the patient and may indeed be utilised to facilitate the therapeutic process. To reject a general obligation to disclose the diagnosis on the basis of the adverse effect it may have on the patient specifically in the case of mortal diseases, therefore not only represents a one-sided approach to the problem, but it is also reminiscent of the 'doctor-knows-best' and the 'patient-best-interest' principles, with medical paternalism looming in the background .... On the other hand, it should be borne in mind that the diagnosis, unlike treatment, does not require information, but is designed to produce information. The question of treatment only arises once the patient's condition has been diagnosed. That also means that whereas the requisite information for effective consent to the treatment proposed can be imparted ex ante, information about the diagnosis

---

and by so doing endanger the healing process, or is he entitled, for therapeutic reasons, to withhold the diagnosis of such a serious disease from the patient? Strauss & Strydom 219-220 voer aan dat daar nie 'n verpligting op die geneesheer is om inligting te openbaar wat tot nadeel van die pasiënt se gesondheid kan wees nie; Van Oosten "The Doctor's Duty of Disclosure and the Excessive Information Liability" 1992 Medicine and Law 633; Van Oosten 1995 De Jure 171: "The doctor may not only incur legal liability for imparting too little information, but also for imparting too much information, which effectively places him squarely between Scylla and Charybdis"; sien ook in die algemeen Dreyer "Redelike Dokter versus Redelike Pasiënt" 1995 THRHR 532.

(44) Strauss Doctor Patient and the Law 9 ev; Van Oosten 48 ev; Van Oosten 1995 De Jure 169; Jackson & Powell 336 ev; Kennedy & Grubb 215 ev; Powers & Harris 304 ev; Ficarra 754 ev; Holder 225 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 316 ev; Bappert 48 ev; Deutsch Arztrecht und Arzney-mittelrecht 43; Giesen Arzthaftungsrecht 99 ev; Laufs & Uhlenbruck 342 ev; Rieger Lexikon des Arztrechts (1984) 116 ev; Ulsenheimer Arztstrafrecht in der Praxis (1988) 51 ev; vir 'n regsvergelykende bespreking oor dié aspek sien Giesen International Medical Malpractice 252 ev.



can only be imparted ex post. Hence, except for information and consent relating to the nature and scope of diagnostic intervention as such, self-determination and freedom of choice do not come into the question when the result of the diagnostic intervention is at issue"(45).

Dit moet beklemtoon word dat die bespreking hier beperk is tot die vraag of 'n geneesheer se versuim om 'n pasiënt in te lig (ook met betrekking tot die diagnose) neerkom op nalatigheid. By die beantwoording van dié vraag moet daar, onder meer, rekening gehou word met die selfbeskikkingsreg van die pasiënt; die regsgevolge van mediese behandeling of ingrepe sonder ingeligte toestemming deur die pasiënt en die aard en omvang van die inligtingsplig van die geneesheer (46).

#### 2 1 4 2 Selfbeskikkingsreg van die pasiënt

Alvorens 'n geneesheer mediese behandeling op 'n pasiënt toepas of 'n operasie uitvoer, moet die pasiënt natuurlik toestem tot sodanige behandeling. Toestemming is dus 'n vereiste vir mediese behandeling en die grondslag waarop sodanige behandeling berus. In die afwesigheid van toestemming wat óf persoonlik deur die pasiënt gegee is, óf deur 'n persoon wat regtens gemagtig is om toestemming namens die pasiënt te gee, is die mediese behandeling onregmatig of wederregtelik (47).

---

(45) Van Oosten 431-433.

(46) Dit spreek vanself dat dit 'n onbegonne taak sou wees om die inligtingsplig van die dokter asook die hele spektrum van ingeligte toestemming hier volledig te bespreek. Op hierdie aspekte word slegs gekonsentreer vir sover dit relevant is vir mediese nalatigheid.

In hierdie verband is die selfbeskikkingsreg of outonomie van die pasiënt van primêre belang. In die Suid-Afrikaanse saak van Stoffberg v Elliot(48) is daar erkenning verleen aan die selfbeskikkingsreg van 'n pasiënt:

"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" (49).

In die Amerikaanse saak Schloendorff v Society of New York Hospital (50) het Cordozo R soos volg op dié aspek

---

(47) Claassen & Verschoor 57 ev; Gordon Turner & Price 155; Strauss & Strydom 178 ev; Strauss Doctor Patient and the Law 8 ev; Strauss Toestemming tot Benadeling as Verweer in die Strafreë en die Deliktereë (ongepubliseerde LLD-proefskrif 1961 UNISA) 48 ev; Van Oosten 33 ev; Burchell "Informed Consent - Variations on a Familiar Theme" 1986 Medicine and Law 293; Van Oosten 1989 Medicine and Law 443; Van Oosten 1995 De Jure 166; Jackson & Powell 334 ev; Kennedy & Grubb 171; Skegg Law Ethics and Medicine (1984) 79; Holder 225; Annotasie 61 Am Jur 2d 358; Bappert 48 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 102; Laufs & Uhlenbruck 432; vir 'n regsvergelykende studie sien Giesen International Malpractice 254 ev.

(48) 1923 KPA 148.

(49) Daar dien hier gemeld te word dat daar natuurlik wel regverdigingsgronde is wat die onregmatigheid of wederregtelikheid van mediese behandeling sonder toestemming sal uitsluit, byvoorbeeld noodsituasies of gevalle van saakwaarneming (negotiorum gestio). Geneeskundige ingrepe sonder toestemming word nie hier verder bespreek nie: Vir verdere bespreking sien Claassen & Verschoor 75 ev; Strauss & Strydom 237ev; Strauss Doctor Patient and the Law 91 ev; Van Oosten 33 ev; Burger v Administrateur Kaap 1990 (1) SA 483 (K) 489; Esterhuizen v Administrator Transvaal supra 716 ev; Ex parte Dixie 1950 (4) SA 748 (W) 751; Philips v De Klerk 1983 (T)(ongerapporteerde, bespreek deur Strauss Doctor Patient and the Law 29 ev); Rompel v Botha 1953 (T) (ongerapporteerde, bespreek in Esterhuizen v Administrator Transvaal supra 719); Stoffberg v Elliott supra 150. Met betrekking tot statutêre bevoegdheid sien artikel 37(2) van die Strafbepalingswet 51 van 1977; Kennedy & Grubb 105 290 ev; Holder 228 ev; Laufs & Uhlenbruck 370 ev;

kommentaar gelewer:

"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".

Die selfbeskikkingsreg van 'n pasiënt is van belang by die beoordeling van die vraag of 'n geneesheer regtens aanspreeklik sal wees indien hy versuim om die diagnose aan die pasiënt te openbaar. Indien die geneesheer versuim om die diagnose en/of ander inligting aan die pasiënt mee te deel, kan sodanige weerhouding op 'n skending van die pasiënt se selfbeskikkingsreg of

---

(50) 211 NY 125 129-130 105 NE 92 (1914); dié befaamde uitspraak van Cordozo word egter nie altyd ongekwalfiseerd aanvaar nie - Giesen International Malpractice 260: "Mr Justice Cordozo's reference to trespass is only rarely referred to without qualification in more recent decisions, and within the context of medical malpractice, battery has met with a deep seated judicial antipathy, rising almost to indignation in recent years" (met verwysing na Jones "Doctor Knows Best?" 1984 Law Quarterly Review 356); die Engelse regspraak gee nietemin erkenning aan die outonomie van die pasiënt: sien Sidaway v Bethlem Royal Hospital [1985] 1 All ER 643 (HL) 660: "It is clearly right to recognize that a conscious adult patient of sound mind is entitled to decide for himself whether or not he will submit to a particular course of treatment proposed by the doctor, most significantly surgical treatment under anaesthesia" (per Lord Bridge); Holder 225: "The doctrine that a patient who is subject to medical treatment without his consent has a cause of action against the physician or surgeon comes from our belief in the inalienable rights of men"; Bappert 51; Giesen Arzthaftungsrecht 105; Laufs & Uhlenbruck 345 (met verwysing na die Duitse grondwet wat die selfbeskikkingsreg van 'n pasiënt waarborg): "Die Patientenautonomie hat ihr Fundament im Grundgesetz. Das Erfordernis der Einwilligung zu diagnostischen, vorbeugenden und heilenden Eingriffen folgt aus den Verfassungsprinzipien, die zu Achtung und Schutz der Würde und der Freiheit des Menschen und seines Rechts auf Leben Unversehrtheit verpflichten"; sien BGH 1979 NJW 1925.

outonomie neerkom(51). Die vraag ontstaan of sodanige weerhouding van inligting van die pasiënt die geneesheer aanspreeklik kan stel en, indien wel, op welke basis.

#### 2 1 4 3 Regsgevolge van mediese behandeling sonder toestemming

Waar 'n geneesheer 'n pasiënt sonder ingeligte toestemming behandel kan sy optrede, wat die Suid-Afrikaanse reg betref, neerkom op 'n verbreking van sy kontraktuele verpligting (52), sivilregtelike of strafregtelike aanranding (wat geleë is in die skending van die pasiënt se fisiese integriteit (53), sivilregtelike of strafregtelike injuria (wat geleë is in die skending van

---

(51) Van Oosten 1995 De Jure 168-169 beskryf die doel en oogmerk van die geneesheer se inligtingsplig as tweeledig: (a) Om te verseker dat die pasiënt sy reg op selfbeskikking en vryheid van keuse kan uitoefen, en (b) om rasonale besluitneming aan te moedig ten einde die pasiënt in staat te stel om te besluit of hy homself aan die voorgestelde mediese behandeling gaan onderwerp of sodanige behandeling gaan weier; volgens Van Oosten 1995 De Jure 169 moet daar 'n onderskeid getref word tussen verskillende verskyningsvorme van die geneesheer se inligtingsplig; in wese is daar twee verskyningsvorme: (a) Die inligtingsplig met betrekking tot die selfbekikingsreg van die pasiënt (inbegrepe hierby is die plig om die diagnose, die verloop van die gebeure en die komplikasies aan die pasiënt te openbaar, en (b) die terapeutiese inligtingsplig; sien in die algemeen Van Oosten 394 ev; Giesen International Malpractice 258: "Thus the requirement of consent is reflective of two main levels, namely (i) that the decision to undergo or forego medical treatment should ultimately be that of the patient and not that of his physician, and (ii) that every person has the right to determine what shall be done to his or her body, a right which in the case of the patient requires that the physician be under a duty to impart adequate information to enable the patient to make, if he or she so wishes, a rational decision ... Both these ideals stem from the basic premise of the human right to self-determination which cannot be renounced"; Laufs & Uhlenbruck 347 349; BGH 1963 NJW 393.

die pasiënt se dignitas of privaatheid) (54), of nalatigheid (55). Sodanige optrede kan ook tot gevolg he dat die geneesheer nie sy professionele fooi van die pasiënt kan verhaal nie (56).

In die Engelse reg het die geneesheer se versuim om 'n pasiënt se ingeligte toestemming te verkry alvorens mediese behandeling toegepas word, tot gevolg dat die betrokke geneesheer aanspreeklik kan wees vir sivilregtelike en/of strafregtelike aanranding. Ingevolge die Engelse privaatreë kan die pasiënt skadevergoeding van die geneesheer vorder, op grond van óf aanranding (ook sogenaamde "battery or trespass"), óf nalatigheid (57).

---

(52) Behrman v Klugman 1988 (W)(ongerapporteerde bespreek deur Strauss Doctor Patient and the Law 176-177); Van Oosten 56; Van Oosten 1995 De Jure 166.

(53) Claassen & Verschoor 71 ev; Gordon Turner & Price 153; Strauss Doctor Patient and the Law 8 ev; Van Oosten 56 ev; Burchell 1986 Medicine and Law 298; Millner "The Doctor's Dilemma" 1957 SALJ 389; Van Oosten 1995 De Jure 166; Burger v Administrateur Kaap supra 489; Esterhuizen v Administrator Transvaal supra 718; Lampert v Hefer 1955 (2) SA 507 (A) 508; Layton & Layton v Wilcox & Higginson 1944 SR 48 50; Stoffberg v Elliott supra 148; S v Kiti 1994 (1) SASV 14 (0) 18; S v Sikunyana 1961 (3) SA 551 (OK) 551 is direkte gesag vir 'n bevinding van strafregtelike aanranding in gevalle van mediese behandeling sonder toestemming of enige ander regverdigingsgronde.

(54) Strauss Doctor Patient and the Law 8 ev; Stoffberg v Elliot supra 152; Van Oosten 57 vn 60 voer aan dat alhoewel Strauss in hierdie verband slegs melding maak van crimen iniuria daar in beginsel geen rede is waarom injuria uitgesluit behoort te word nie.

(55) Die aspek word hieronder volledig bespreek.

(56) Van Oosten 1995 De Jure 167; McCallum v Hallen 1916 OKPA 74; Recsei's Estate v Meine 1943 OKPA 227.

(57) Martin 67-68; Mason & McCall Smith Law and Medical Ethics (1987) 141 ev; Nathan 156 ev; Skegg 79 ev; Speller 16 ev; Jones "Doctor Knows Best" 1984 LQR 355; Kennedy "The Patient on the Clapham Omnibus" 1984 MLR 454; Lee "Operating under Informed Consent" 1985 LQR 316 ev;

In die Amerikaanse reg het mediese behandeling sonder ingeligte toestemming tot gevolg dat die geneesheer aanspreeklik kan wees aan óf strafregtelike óf sivilregtelike aanranding (sogenaamde "battery") en/of nalatigheid (58). In die Duitse reg het mediese behandeling sonder ingeligte toestemming tot gevolg dat die geneesheer sivilregtelik, of strafregtelik, op die basis van Körperverletzung aanspreeklik kan wees (59).

2 1 4 4 Versuim om die pasiënt in te lig - geneesheer aanspreeklik op grond van nalatigheid

Op die vraag of die versuim van 'n geneesheer om 'n pasiënt in te lig op nalatigheid kan neerkom, is daar

---

Robertson "Informed Consent to Medical Treatment" 1981 LOR 102 ev; Sommer "Comparison of Informed Consent in English and German Law" 1986 Medicine and Law 353 ev.

(58) Holder 230 ev; Holder "Failure to Inform Patient of Nature and Hazards of Surgery" 8 Proof of Facts 2d 145 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 331 ev; Nota "Malpractice: Failure of Physician to Notify Patient of Unfavourable Diagnosis or Test" 49 ALR 3d 501; Nota "Liability of Physician or Surgeon for Extending Operation or Treatment beyond that Expressly Authorised" 56 ALR 2d 695 ev; Nota "Malpractice: Physician's Duty to Inform Patient of Nature and Hazards of Disease or Treatment" 79 ALR 2d 1028 ev.

(59) Laufs & Uhlenbruck 369 ev; Laufs "Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge" 1974 NJW 2025 ev; Laufs "Die Entwicklung des Arztrecht 1993/1994" 1994 NJW 1566; Tempel "Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung" 1980 NJW 609 616; BGH 1980 NJW 1903; LG Lübeck 1985 NJW 2197; BGH 1989 NJW 2318; die begrip Körperverletzung dui op 'n skending van 'n pasiënt se liggaamlike integriteit en persoonlikheidsregte en kan óf opsetlik óf nalatig gepleeg word.



gesag in die Suid-Afrikaanse regspraak wat bevestigend hierop antwoord. In Lymbery v Jefferies (60) is die pasiënt se kwaal gediagnoseer as fibromioom van die uterus. Na 'n suksesvolle operasie het die pasiënt diep X-straalbehandeling op voorskrif van die geneesheer ontvang. Tydens dié behandeling het die pasiënt egter brandwonde opgedoen. Die pasiënt het die geneesheer vir skadevergoeding gedagvaar omdat hy haar onder meer nie ingelig het oor die moontlikheid dat sodanige X-straalbehandeling gevaarlik was en verder ook tot steriliteit kan lei nie. In dié verband bevind die verhoorhof dat die betrokke geneesheer wél die eiseres meegedeel het dat sy nie weer sou menstrueer nie en dat sy as 'n middeljarige vrou moes bewus gewees het van die feit dat sy as gevolg van die behandeling nie weer kinders sou kon kry nie. Gevolglik bevind die hof dat die geneesheer nie nalatig was nie. Die hof het egter nie die vraag afdoende beantwoord of die geneesheer se versuim om die pasiënt in te lig, wel op nalatigheid neerkom al dan nie (61).

In die saak van Prowse v Kaplan(62) het die hof 'n tandarts vir skadevergoeding, op grond van sy nalatigheid, aanspreeklik gehou weens sy versuim om die pasiënt in

---

(60) supra; alhowel dié saak nie direkte gesag is vir die standpunt dat versuim om 'n pasiënt in te lig wel op nalatigheid neerkom nie, het die vraag wel in dié saak ter sprake gekom.

(61) Lymbery v Jefferies supra 240: "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"; sien ook Van Oosten 40 vn 19.



te lig dat hy haar kaak gebreek het in 'n poging om 'n ontwrigting wat deur hom gedurende 'n vorige operasie veroorsaak is, te reduseer. Insgelyks, in Dube v Administrator Transvaal (63), het die hof 'n hospitaalowerheid vir skadevergoeding aanspreeklik gehou op grond van nalatigheid, nie alleen omdat die geneesheer in diens van die hospitaal versuim het om die intrede van Volkmann se ischemiese kontrakisie by die pasiënt se arm te diagnoseer nie, maar ook omdat die pasiënt nie ingelig en gewaarsku is omtrent die simptome van dié toestand nie. Indien die pasiënt behoorlik ingelig was, sou hy dadelik na die hospitaal vir behandeling teruggekeer het by die intrede van die simptome (64).

Die vraag of 'n geneesheer nalatig is indien hy versuim om 'n pasiënt behoorlik in te lig, het besliste regterlike erkenning gekry in Richter v Estate Hammann(65): Die eiseres, 'n jong getroude vrou, het op die skerp kant van 'n stoel geval en haar stuitjie beseer. Die verweerder, 'n ervare neurochirurg, het die eiseres met

---

(62) supra 260-261; vgl egter Allott v Paterson & Jackson 1936 SR 221-224 waar die hof die standpunt verwerp het dat 'n tandarts se versuim om 'n pasiënt aangaande die moontlike probleme rondom die trek van 'n tand in te lig, op nalatigheid neerkom.

(63) supra; sien die bespreking van dié saak hierbo.

(64) Dube v Administrator Transvaal supra 269-270:  
"In the present case I have found that the Plaintiff was not given any instruction or warning on the 28th June, about returning if any abnormality manifested itself. If he had been given such instruction or warning he would have returned on the Thursday or Friday when the swelling started, and his hand should and would probably then have been saved, especially as at that stage no sepsis had supervened to preclude surgical remedial measures being taken immediately. Hence my conclusion that some servant of the hospital was negligent in this respect too".

fenol ingespuut ten einde sekere senuweepunte te verdoof en sodoende die pyn te verlig. Alhoewel die inspuiting die verlangde effek gehad het en die pyn inderdaad verlig het, het die inspuiting tot gevolg gehad dat die eiseres kontrole oor haar blaas, seksuele gevoel en krag in haar regterbeen en voet verloor het. In 'n daaropvolgende eis vir skadevergoeding vanweë die nalatige versuim van die geneesheer om die eiseres oor die gevare van sodanige inspuiting in te lig, merk Watermeyer R soos volg op:

"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 in 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(66). 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"(67).

---

(65) supra.

(66) Gordon Turner & Price 157; SA Medical & Dental Council v McLoughlin supra 366 waar Watermeyer R opmerk: "It may sometimes even be advisable for a medical man to keep secret from his patient the form of treatment which he is giving him; sien ook Van den Heever "The Patient's Right to Know" 1995 De Rebus 53.

(67) Richter v Estate Hammann supra 232H; (eie onderstreping); ook in die beslissing van Soumbasis v Administrator Orange Free State supra is die versuim van die verpleegpersoneel om die pasiënt behoorlike instruksies te gee en in te lig aangaande die behandeling wat hy tuis op sy been moes toegepas het, as nalatigheid en nie privaatregtelike aanranding nie gesien.

Die hof bevind dat die neurochirurg ten aansien van sy inligtingsplig nie onreëlmatig opgetree het nie, en derhalwe ook nie nalatig was nie. Die hof bevind dat daar nie 'n plig op 'n geneesheer rus om 'n pasiënt in te lig oor die risiko van die moontlike intrede van onwaarskynlike komplikasies nie.

Bogemelde dictum in die Richter-saak is in die onlangse beslissing van Castell v De Greef (68) met goedkeuring nagevolg. In dié saak is 'n chirurgiese operasie, bekend as 'n subkutane mastektomie, op die eiseres deur die verweerder, 'n plastiese chirurg, uitgevoer. Die operasie was egter nie 'n sukses nie en die eiseres het die verweerder vir skadevergoeding op grond van sy beweerde nalatigheid gedagvaar (69). Die verhoorhof moes, onder andere, die vraag beoordeel of die verweerder verplig was om die eiseres vóór die operasie in te lig ten aansien van die inherente risiko's en moontlike komplikasies van en alternatiewe tot die gemelde prosedure, en of die versuim om die pasiënt in te lig op nalatigheid neerkom. Scott R merk soos volg op:

"I turn now to the question of the warning the defendant was obliged to give with regard to the risks inherent in the operation. Before dealing with the particular aspects in which it is alleged the defendant failed to warn the plaintiff, it is convenient to make general observations in this

---

(68) 1993 (3) SA 501 (K); daar moet egter gelet word op die volbankbeslissing van Castell v De Greeff 1994 (4) SA 408 (K) waarin dié standpunt verwerp is - dié uitspraak word egter hieronder volledig bespreek.

(69) Die feite van dié saak word volledig hieronder bespreek met betrekking tot mediese nalatigheid wat met plastiese chirurgie in verband staan.

regard. A medical practitioner undoubtedly has a duty to warn his patient of the risks involved in surgery or other medical treatment and, if he fails to do so, may incur liability for negligence. The difficulty is to determine when that duty arises and what the nature of the warning must be. In Richter and Another v Estate Hamman Watermeyer J (as he then was) adopted the approach of measuring the conduct of the doctor in question against the standard of the reasonable doctor faced with the same problem .... I respectfully agree with this approach and purpose to follow it. The 'reasonable doctor' test is one which is well established in our law and is applied in relation to both medical diagnosis and treatment. It affords the necessary flexibility and if properly applied does not, in my view 'leave the determination of a legal duty to the judgment of doctors'" (70).

Voorgaande dictum waarin erkenning gegee word aan die sogenaamde "redelike geneesheer"-benadering waaraan 'n geneesheer se versuim om 'n pasiënt in te lig gemeet moet word, is in ooreenstemming met die Engelse regspraak, en wel die sogenaamde "Bolam"-toets, soos uiteengesit in die beslissing van Bolam v Friern Hospital Management Committee(71):

"The duty of the doctor is to explain what he intends to do, and its implications, in the way a careful and reasonable doctor in similar circumstances would have done".

---

(70) Castell v De Greef 1993 supra 517-518; die uitspraak van Ackermann R in Castell v De Greef 1994 supra wat dié dictum verwerp, word hieronder volledig bespreek.  
(71) [1957] 1 WLR 582; sien Kennedy & Grubb 215: "Obviously if there is an action it is important to establish which action, for example negligence or battery, since in the latter action a patient would not need to prove, in order to maintain the action, that he has suffered injury as a result of the doctor's conduct. Which ever action can be brought, there is no doubt that any mistake made by the doctor must be reasonable before the law (if at all) will excuse him. An unreasonable mistake would seem to give rise prima facie to a negligence action and, in any event, would not excuse the doctor even if battery was relied upon (Fletcher v Fletcher (1859) 1 E & E 420)".

In die Engelse beslissing van Chatterton v Gerson and Another (72) is die Bolam-toets in dié verband ook met goedkeuring toegepas. In die saak het die verweerder, 'n mediese spesialis, die eiseres behandel vir chroniese pyn in haar lies vanweë 'n vroeëre breukoperasie. Die pyn was gesentreer rondom die letsel wat deur die breukoperasie opgedoen is. Die behandeling het daaruit bestaan dat die spesialis die pasiënt naby die rugstring met 'n oplossing van fenol ingespuut het, ten einde die senuwees wat die pyn veroorsaak het te vernietig. Twee operasies is op die eiseres uitgevoer met 'n tussenpose van tien maande wat tussen die eerste en die tweede operasie verloop het. Die eiseres het vanweë die operasie die gevoel in haar regterbeen en voet verloor en gevolglik die spesialis gedagvaar vir skadeverdoeding omdat hy onder meer nalatig was deur haar nie voldoende in te lig oor die komplikasies van sodanige behandeling nie. Die hof (by monde van Bristow R) bevind in navolging van die Bolam-toets dat dit in beginsel aanvaar kan word dat die versuim van 'n geneesheer om 'n pasiënt aangaande die risiko's en komplikasies van mediese behandeling in te lig, op nalatigheid kan neerkom. In die spesifieke omstandighede van dié saak beslis die hof egter dat die verweerder wél die eiseres voldoende aangaande die risiko's van die behandeling ingelig het en bygevolg nie nalatig was nie(73).

---

(72) [1981] 1 QB 432, [1981] 1 All ER 257 (CA); sien Jackson & Powell 336 ev; Kennedy & Grubb 215 ev.

(72) Chatterton v Gerson [1981] QB 444: "In my judgment there is no obligation on the doctor to canvass with the patient anything other than the inherent implications

In die beslissing van Hills v Potter (73), het die hof ook die Bolam-toets toegepas en die beweerde versuim van die geneesheer om die pasiënt voldoende in te lig, beoordeel aan die hand van die "redelike geneesheer". In hierdie geval het die eiser 'n spastiese gebrek aan sy nek gehad wat gevolg het op 'n operasie wat deur die eerste verweerder, 'n spesialis, op hom uitgevoer is. Die operasie was gekompliseerd en volgens getuienis was die kans op sukses in sodanige operasies tussen 70 en 80 persent. Verskeie pasiënte wat dié tipe van operasies ondergaan het, het ná afloop van sodanige operasies ook probleme ondervind om te sluk. Die verweerder het wel die eiser in die algemeen ingelig, maar het nie 'n gedetailleerde verduideliking van die operasie aan die eiser gegee nie. Ná oorweging van die deskundige getuienis van drie neurochirurge wat aangevoer het dat die verweerder se optrede nie onredelik was nie, bevind die hof met toepassing van die "redelike geneesheer"-maatstaf dat die verweerder nie nalatig was nie.

---

of the particular operation he intends to carry out. He is certainly under no obligation to say that if he operates incompetently he will do damage. The fundamental assumption is that he knows his job and will do it properly. But he ought to warn of what may happen by misfortune however well the operation is done, if there is a real risk of misfortune inherent in the procedure"; en supra [1981] All ER 257 (CA): "In my judgment once the patient is informed in broad terms of the nature of the procedure which is intended, and gives her consent, that consent is real, and the cause of the action on which to base a claim for failure to go into risks and implications is negligence, not trespass"; interessant genoeg word daar ook na die Suid-Afrikaanse beslissing van Stoffberg v Elliott supra in dié saak verwys. (73) [1984] 1 WLR 641 (QB); Jackson & Powell 337.

In die beslissing van Sidaway v Governors of Bethlehem Royal Hospital (74) het die meerderheid van die House of Lords finaal erkenning aan die toepassing van die Bolam-toets gegee as die toepaslike maatstaf waaraan die versuim van 'n geneesheer om sy pasiënt voldoende in te lig, beoordeel moet word. In dié saak is 'n operasie op die eiseres uitgevoer ten einde pyn wat sy in haar nek, regterskouer en arms ervaar het, te verlig. Alhoewel die operasie met redelike sorg en bedrewenheid uitgevoer is, was die eiseres na afloop van die operasie gedeeltelik verlam. Die hof bevind dat die chirurg die aard en omvang van die operasie, asook die moontlikheid dat 'n senuweewortel gedurende die operasie beskadig mag word, aan die pasiënt verduidelik is. Die chirurg het egter nie die moontlike beskadiging van die rugmurg óf die feit dat die operasie nie noodsaaklik was nie, aan die eiseres verduidelik nie. Die hof bevind dat die inherente risiko's verbonde aan die operasie geleë was in die beskadiging van die senuweewortels van die rugmurg. Die risiko van sodanige beskadiging was egter tussen 1 en 2 persent. Die verhoorhof (by monde van Skinner R) het bevind dat die waarskuwing wat die verweerder aan die eiseres ten aansien van moontlike intrede van sekere gevolge gegee het, voldoende en in ooreenstemming met die aanvaarde mediese praktyk was, en dat die verweerder in navolging van die Bolam-toets derhalwe nie nalatig was nie. Die eiseres se appèl na die Court of Appeal(75) en die House of Lords(76) was onsuksesvol.



Die House of Lords (by monde van Lord Diplock) merk soos volg op:

"To determine what risks the existence of which a patient should be voluntarily warned of and the terms in which such warning, if any, should be given, having regard to the effect that the warning might have, is as much an exercise of professional skill and judgment as any other part of the doctor's comprehensive duty of care to the individual patient, and expert medical evidence on this matter should be treated in this way. The Bolam test should be applied"(77).

---

(74) [1985] 1 All ER 643 (HL); vir 'n bespreking van die saak sien Jackson & Powell 337 ev; Kennedy & Grubb 248 ev; Powers & Harris 310 ev; Jones 1984 LOR 355; Kennedy 1984 MLR 454.

(75) [1984] 1 QB 493; in wese het die Court of Appeal die verhoorhof se bevinding eenparig bevestig en die Bolam-toets toegepas.

(76) supra; sien Teff "Consent to Medical Procedures; Paternalism, Selfdetermination or Therapeutic Alliance" 1985 LOR 432.

(77) supra 658-659; Lord Bridge en Lord Keith het hiermee saamgestem. Lord Templeman het die geneesheer se inligtingsplig in ander terme gestel wat in wese neerkom op dieselfde resultaat as die Bolam-toets. Lord Scarman het egter nie saamgestem met die meerderheidsbelissing nie en het die standpunt gehuldig dat die beginsels soos neergelê in die Amerikaanse beslissing van Canterbury v Spence 464 F 2d 772 (CA Columbia 1972) toegepas behoort te word; vgl die kommentaar van Scott R in Castell v De Greef supra 1993 518: "Returning to the approach adopted in the Richter case, it seems to me that there can be little doubt that a reasonable doctor from whom advice is sought regarding a 'high risk' prophylactic operation, such as in the present case, would give his patient a full account of the risks involved. Indeed as observed by Lord Bridge of Harwick in the Sidaway case at 660h (All ER): 'It is clearly a right to recognise that a conscious adult patient of sound mind is entitled to decide for himself whether or not he will submit to a particular course of treatment proposed by the doctor, most significantly surgical treatment under general anaesthesia'; sien ook verder Jackson & Powell 338 vn 41: "The Sidaway case has established that there is no place in English law for a rigid doctrine of informed consent. But it has underwritten a high level of information and consultation as an essential part of good clinical practice today".

In die Engelse reg geld die beginsel dus dat die versuim van 'n geneesheer om 'n pasiënt voldoende in te lig, eerder op nalatigheid as op aanranding ("trespass") neerkom en dat die geneesheer se versuim in sodanige gevalle aan die hand van die Bolam-toets beoordeel sal word.

In die Amerikaanse reg is die standpunt aanvanklik gehuldig dat 'n geneesheer se versuim om 'n pasiënt voldoende in te lig, op aanranding neerkom (78). In 1960 het die Hooggeregshof van die staat Kansas, in die beslissing van Natanson v Kline(79) bevind dat 'n geneesheer se aanspreeklikheid om 'n pasiënt voldoende in te lig, eerder op nalatigheid as op aanranding ("battery/assault") berus. In dié saak is die beginsel aanvaar dat die geneesheer se inligtingplig deel uitmaak van sy professionele regsplig ("duty of care") om met die nodige sorg en vaardigheid op te tree en derhalwe moet 'n skending van dié plig gesien word as nalatigheid. 'n Verdere rede vir dié beginsel is geleë in tradisionele persepsies en beleidsoorwegings: Aanranding het 'n negatiewe en anti-sosiale konotasie, terwyl dit nie die geval is met

---

(78) Holder 230 ev; Holder 8 Proof of Facts 2d 170 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 320 ev; Mohr v Williams 95 Minn 261 104 NW 12 (hier het 'n pasiënt tot 'n operasie aan haar regteroor toegestem. Tydens narkose het die chirurg besluit om eerder die operasie aan haar linkeroor wat in 'n erger toestand was uit te voer. Die Hooggeregshof van Minnesota bevind dat die chirurg se optrede op aanranding neerkom); O'Grady v Wickman Fla App 213 So 2d 321 (hier het die pasiënt tot 'n laparotomie toegestem, maar die chirurg het 'n histerektomie uitgevoer. Die hof bevind dat sy optrede op aanranding neerkom).

(79) 350 P 2d 1093 (Kan 1960).

die tradisionele persepsie omtrent nalatigheid nie (80). Die gevolge van 'n eis wat teen 'n geneesheer op grond van óf aanranding óf nalatigheid ingestel word vanweë sy versuim om die pasiënt behoorlik in te lig, verskil in die Amerikaanse reg. In hierdie verband merk Holder soos volg op:

"The differences between an action in assault and battery and an action in negligence may be of substantial significance. First punitive damages are almost never awarded in cases of medical negligence but are frequently given in substantial amounts in cases of ordinary assault ... Thus there is some possibility of recovery of punitive damages if the action is grounded in assault and battery and a very remote possibility of such in a negligence case ... Secondly, the statute of limitations are usually different for assault and battery and for negligence and may be the controlling factor in a given situation ... Thirdly, most malpractice insurance policies specifically exempt coverage for battery cases and therefore, if a patient recovers damages for assault or battery, the doctor's insurance carrier will undoubtedly not pay any judgment ... Most importantly, proof of assault and battery does not require expert medical testimony on behalf of the plaintiff" (81).

In navolging van die Natanson-beslissing, het die howe

---

(80) Holder 231; Prosser Law of Torts (1970) 160: "Beginning with a decision in Kansas in 1960 [Natanson v Kline] it began to be recognised that it was really a matter of the standard of professional conduct, since there will be some patients to whom disclosure may be undesirable and even dangerous for the success of the treatment or the patient's own welfare; and that what should be done is a matter of professional judgment in the light of the applicable medical standard. Accordingly, the prevailing view now is that the action, regardless of its form, is in reality one for negligence in failing to conform to the proper standard to be determined on the basis of expert testimony as to what disclosures should be made"; Holder 8 Proof of Facts 2d 173; Ludington "Medical Malpractice: Liability Based on Misrepresentation of the Nature and Hazards of Treatment" 42 ALR 4th 543 ev.

(81) Holder 8 Proof of Facts 2d 174.

egter in verskeie state van VSA beslis dat die aanspreeklikheid van 'n geneesheer wat versuim het om sy pasiënt voldoende in te lig, gegrond is op nalatigheid en nie op aanranding nie (82). Daar dien egter op gewys te word dat daar in die Amerikaanse reg oor die afgelope jare, in navolging en in die uitbreiding van die leerstuk van "ingeligte toestemming", wegbeweeg word van die inligtingsmaatstaf van die "redelike geneesheer" en groter klem geplaas word op die selfbeskikkingsreg van die pasiënt (83).

---

(82) Sien veral Trogun v Fruchtman 58 Wis 2d 596 207 NW2d 297; vir 'n breedvoerige bespreking van dié saak sien Holder 231; Holder 8 Proof of Facts 2d 172; daar dien gemeld te word dat daar spesifieke gevalle in die Amerikaanse reg is waar 'n geneesheer se optrede sonder enige twyfel op aanranding sal neerkom: (a) waar 'n pasiënt mediese behandeling ontvang sonder enige toestemming (met uitsondering van gevalle soos byvoorbeeld noodsituasies, rampe ens); (b) waar 'n pasiënt se toestemming by wyse van bedrog verkry is; (c) waar 'n wesenlike wanvoorstelling aangaande materiële feite aan die pasiënt gemaak word; (d) waar mediese behandeling buite die omvang van die pasiënt se toestemming toegepas word - sien in hierdie verband Ludington 42 ALR 4th 543-578; Hively v Higgs 120 Or 53 ALR 1052 (eiseres dagvaar chirurg vir die verwydering van haar mangels sonder enige toestemming. Die hof bevind dat die chirurg se optrede op aanranding neerkom); Wall v Brimm 138 F2d 478 (CA5 Ga) (hier het 'n chirurg 'n ander operasie op die pasiënt uitgevoer as waartoe die pasiënt toegestem het; die hof hou die chirurg aanspreeklik op grond van aanranding); in die Duitse reg het mediese behandeling sonder ingeligte toestemming tot gevolg dat 'n geneesheer siviëlregtelik of strafregtelik op die basis van Körperverletzung aanspreeklik kan wees ongeag of die mediese behandeling met die nodige sorg en vaardigheid toegepas is. Die begrip Körperverletzung dui op 'n skending van die pasiënt se fisiese integriteit en persoonlikheidsregte en kan óf opsetlik óf nalatig gepleeg word. In die reël word hierdie regte egter nalatig geskend - sien die bespreking onder 2 1 4 3 supra; vir 'n verdere regsvergelende bespreking in dié verband sien Giesen International Malpractice 262 ev.

(83) Annotasie 61 Am Jur 2d 320: "In recent years, an ever expanding number of courts have declined to apply a professional standard of care in informed consent cases instead a general or lay standard of reasonableness set by

2 1 4 5 Versuim om die pasiënt in te lig - eerder  
aanranding as nalatigheid en erkenning van  
pasiënt se outonomie

Die standpunt dat 'n geneesheer se versuim om 'n pasiënt voldoende in te lig eerder op nalatigheid as aanranding neerkom word nóg deur sommige skrywers nóg deur onlangse regspraak en universele tendense in ander regstelsels ondersteun. In die algemeen wil dit voorkom of die klem verskuif het van mediese paternalisme (met spesifieke verwysing na die "redelike geneesheer"-maatstaf) na pasiënt outonomie (84).

In die Suid-Afrikaanse reg is daar skrywers (85) wat van mening is dat 'n geneesheer wat versuim om 'n pasiënt voldoende in te lig, op grond van aanranding

---

law and independent of medical custom. These decisions recognise the protection of the patient's fundamental right of physical self-determination - the very cornerstone of the informed consent doctrine - mandates that the scope of a physician's duty to disclose therapeutic risks and alternatives be governed by the patient's informational needs ... In support of the lay standard of reasonableness, the argument has been advanced that such standard provides the patient with effective protection against a possible conspiracy of silence where ever it may exist among physicians. Moreover, since the patient must suffer the consequences, and since he or she bears all the expenses of the medical treatment, fundamental fairness requires that the patient be allowed to know what risks a proposed treatment entails, what the alternatives thereto are and the relative probabilities of success"; sien Annotasie 88 ALR 3d 1044.

(84) Soos blyk uit die bespreking hieronder; sien veral Giesen International Malpractice 289 ev; Giesen "From Paternalism to Self-Determination to Shared Decision-making" 1988 Acta Juridica 107; Van Oosten 1995 De Jure 164 ev.

aanspreeklik is. Sodanige standpunt is ook in ooreenstemming met die algemene beginsels van die Suid-Afrikaanse reg (86).

---

(85) Boberg The Law of Delict (1984) 751; Strauss Doctor Patient and the Law in kommentaar op die Richter-beslissing 268: "It is to be noted the court did not conclusively decide that failure of the doctor to adequately inform the patient would in fact constitute negligence. If this were to be decided, a new principle would be introduced into our law. Traditionally our courts have dealt with non-compliance of doctors with the duty to obtain an informed consent on the basis of assault. It is submitted that to consider failure to inform as negligence would not be in accordance with the Roman-Dutch concept of culpa which until now has been defined as the failure to foresee the damaging consequence and to take reasonable measures to avoid it. The essence of negligence in the medical context is unskilful treatment ... (en verder in kommentaar op die Chatterton-beslissing) I would submit that these precedents and the ruling in Chatterton's case should not be followed by our courts. Where there has been no consent to a medical procedure - or what is legally the same, where the consent in fact given was so 'uninformed' as to the nature of the procedure or consequences thereof that may well manifest themselves, that it cannot be said that there was 'real' consent - the patient will have an action based upon assault"; Burchell 1986 Medicine and Law 298 ev; Millner 1957 SALJ 389 ev; Strauss 1964 SALJ 184 ev; sien in die algemeen die bespreking deur Van Oosten Informed Consent 56 ev; ook sommige Engelse skrywers het sterk standpunt ingeneem teen die Engelse regspraak (spesifiek die Sidaway-beslissing en die verwerping van die leerstuk van ingeligte toestemming in die Engelse reg): sien in dié verband Jones 1984 LOR 360; Kennedy 1984 MLR 456 470-471; Robertson 1981 LOR 125 ev; Teff 1985 LOR 432; vgl Giesen International Malpractice 262: "Endeavours to narrow down the availability of the battery action or to do away with it in this area entirely or except in the most extravagant cases, led courts throughout the Common law world to indulge in 'mental and legal gymnastics' which eventually resulted in the strange notion of two categories of consent whereas before as in the Civil law countries there was only one. The two Common law categories are now i) consent to the procedure as such and ii) consent to risks inherent in the procedure, and only the first gives rise to an action in trespass for battery while the second gives rise to an action in negligence"; vir 'n voorbeeld in die Duitse regspraak wat die standpunt van die skrywers ondersteun sien BGH 1986 NJW 1541.

(86) Strauss Doctor Patient and the Law 268; Burchell 1986 Medicine and Law 298-299; Van Oosten Informed Consent 58.



In die onlangse en ingrypende beslissing van die volbank van die Hooggeregshof van die Kaapse Provinsiale Afdeling in Castell v De Greef (87) is daar onomwonde regterlike erkenning gegee aan die standpunt dat die versuim van 'n geneesheer om 'n pasiënt voldoende in te lig nie op nalatigheid neerkom nie, maar wel op aanranding. Na 'n gedetailleerde beoordeling van plaaslike en oorsese regspraak en regsopinie, neem die hof (by monde van Ackermann R [Friedman RP en Farlam J het saamgestem]) sterk standpunt in ten gunste van die aanvaarding van die leerstuk van ingeligte toestemming, met die klem op die pasiënt se selfbeskikkingsreg soos die leerstuk in die Duitse, Amerikaanse, Kanadese en Australiese regstelsels toepassing vind - in teenstelling met die standpunt wat deur die Engelse regspraak gehuldig word.

Die hof het die standpunt verwerp dat die "redelike geneesheer"-maatstaf die kapstok is waaraan die geneesheer se versuim om 'n pasiënt voldoende in te lig, gemeet moet word, asook die beginsel dat dié maatstaf in wese beteken dat die vasstelling van 'n geneesheer se inligtingplig aan die oordeel van medici oorgelaat word(88). Hiermee het die hof die dicta in die Richter

---

(87) supra (1994) - dié uitspraak spruit voort uit die appél vanaf die KPA (Castell v De Greef supra (1993)) na die volbank van die KPA; vir 'n bespreking van dié saak sien Strauss "Informed Consent: Cape Supreme Court Rules in Favour of 'Patient-Orientated' Standard" 1994 (3) SAPM 14 ev ; Van Oosten 1995 De Jure 164 ev; daar moet hier gemeld word dat slegs die relevante gedeeltes van die volbankuitspraak wat by die onderhawige bespreking van toepassing is, hier bespreek word.



v Hamman(89) en Castell v De Greef(90)-beslissings uitdruklik verwerp. Die hof bevind verder dat daar nie alleen regverdiging daarvoor is nie, maar dat dit inderdaad 'n noodsaaklikheid is vir die toepassing van die pasiënt-geörienteerde leerstuk van ingeligte toestemming ook in ons reg (91).

Van belang vir die onderhawige bespreking is die bevinding van die hof met betrekking tot die vraag of die versuim van die geneesheer om die pasiënt in te lig op nalatigheid neerkom al dan nie. Die hof bevind dat die geneesheer se inligtingsplig:

"In South African Law ... treated not as one of negligence, arising from the breach of a duty of care, but as one of consent to the injury involved and the assumption of an unintended risk. In the South African context the doctor's duty to disclose a material risk must be seen in the contractual setting of an unimpeachable consent to the operation and its sequelae" (92).

Die effek en gevolge van die Castell-beslissing (93), binne die konteks van die onderhawige bespreking op die geneesheer se inligtingsplig, kan saamgevat word met verwysing na die kommentaar van Van Oosten wat onder meer tereg opmerk:

"[T]he court's prefers to place the doctor's duty of disclosure and its concomitant, the patient's informed consent, within the framework of the wrongfulness element (with volenti non fit

---

(88) supra (1994) 418-419.

(89) supra 232.

(90) supra (1993) 517-518.

(91) supra (1994) 420 425 426.

(92) supra (1994) 425 420.

(93) supra (1994).

iniuria or voluntary assumption of risk of harm as justification) rather than the fault element (intention - which the court, incidentally, does not refer to in this context - or negligence) of delict. This is certainly correct where a medical intervention has been performed without the patient's informed consent, but with due care and skill and has proved to have been beneficial to the patient's health: Here the appropriate action would be assault or injuria, as the case may be, rather than negligence" (94).

Van Oosten is egter verder van mening dat 'n nalatigheidseis nie uitgesluit kan word in gevalle waar mediese behandeling met die nodige sorg en bedrewenheid uitgevoer is, maar die risiko's en gevare verbonde aan sodanige behandeling nie aan die pasiënt geopenbaar is nie en sodanige risiko's en gevare dan inderdaad materialiseer (95).

2 1 5 Versuim om die pasiënt na 'n ander geneesheer, spesialis of hopitaal te verwys

2 1 5 1 Algemeen

By die diagnose van 'n pasiënt se kwaal of potensiële kwaal is 'n geneesheer verplig om, indien die omstandighede dit verg, die pasiënt na 'n ander geneesheer of spesialis te verwys. Omstandighede wat hier ter sprake kom is, onder meer, waar die geneesheer nie in staat is om 'n diagnose te maak nie omdat hy nie oor die nodige deskundigheid beskik nie, of omdat hy nie die nodige

---

(94) Van Oosten 1995 De Jure 178; sien ook Van den Heever 1995 De Rebus 56.

(95) Van Oosten Informed Consent 452.

mediese toerusting het om wel 'n kliniese diagnose te kan maak nie. Ander omstandighede wat 'n verwysing mag regverdig is, onder meer, waar 'n pasiënt nie gunstig op 'n geneesheer se behandeling reageer nie, of waar die geneesheer nie meer in staat is om verdere behandeling toe te pas nie en "niks meer vir die pasiënt kan doen nie". 'n Voorbeeld van laasgenoemde is die geval van 'n terminale kankerpatiënt wat nie langer gunstig reageer op enige konvensionele mediese behandeling nie, maar moontlik baat mag vind by bestraling en chemoterapie. In sodanige geval rus daar ten minste 'n plig op die behandelende geneesheer om die pasiënt in te lig van die moontlike ander alternatiewe en die pasiënt vir sodanige behandeling na 'n spesialis te verwys. Dit spreek vanself dat die pasiënt moet toestem tot sodanige verwysing (96).

## 2 1 5 2 Gebrekkige kennis en ervaring

By bespreking van die begrip "professionele nalatigheid"

---

(96) Gemelde beginsels word in al die regstelsels wat hier onder bespreking is ondersteun - sien Claassen & Verschoor 51 ev; Gordon Turner & Price 121; Strauss & Strydom 286; Barlow 1948 THRHR 183; Jackson & Powell 332 ev; Martin 368 ev; Speller 71; Ficarra 89; Harney 125 ev; Holder 50 ev; Director "Malpractice: Physician's Failure to Advise Patient to Consult Specialist or One Qualified in a Method of Treatment which Physician is not Qualified to Give" 35 ALR 3d 349-376; Locke "Failure of General Practitioner to Seek Consultation with or Refer Patient to Specialist" 1 American Proof of Facts 2d 373 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 362; Giesen Arzthaftungsrecht 62; Laufs & Uhlenbruck 306 ev; BGH 1961 NJW 969; BGH 1974 NJW 1422; BGH 1980 NJW 633; BGH 1989 NJW 2321; vir 'n algemene regsvergelijkende bespreking in dié verband sien Giesen International Malpractice 128-132.

met spesifieke verwysing na die stelreël imperitia culpa adnumeratur in 'n vorige hoofstuk (97), is reeds daarop gewys dat die geneesheer wat sonder die nodige kennis en ervaring behandeling toepas of 'n operasie onderneem, op grond van nalatigheid aanspreeklik gehou kan word. Die geneesheer behoort minstens 'n ander te raadpleeg indien hy nie oor die kennis of vaardigheid beskik om 'n betroubare diagnose te maak nie (98).

Die gevolge vir 'n geneesheer wat sonder die nodige kennis en ervaring mediese behandeling toepas, kan treffend geïllustreer word aan die hand van die Suid-Afrikaanse beslissing van S v Mkwetshana (99). Die beskuldigde in dié saak was 'n jong geneesheer wat sy internskap in 'n hospitaal gedoen het in die 12 maande nadat hy sy

---

(97) hoofstuk 2 supra.

(98) Strauss & Strydom 286; Gordon Turner & Price 121: "For a general practitioner to continue to treat a case after he has become aware, or should have become aware, that it is beyond his powers will lay him open to blame in the event of untoward results"; Jones v Manchester Corporation [1952] 2 All ER 125 (CA) 131C: "A physician's failure to seek proper consultation or follow specialist advice when he is not himself trained to deal with the particular problem is a prime example of actionable negligence: The physician has a duty to guard against his own competence" (per Denning LJ); Wilsher v Essex AHA [1986] 3 All ER 801 (CA); Annotasie 61 Am Jur 2d 362: "The physician's duty to advise the patient as to consultation has been said to arise when the physician knows or should know that he does not possess the requisite skill, knowledge, or facilities to treat the patient's ailment properly or that the method by which he is treating the patient's ailment is not providing relief or effecting a cure"; Giesen Arzthaftungsrecht 62: "Wenn sich ein Arzt aufgrund unzureichender Fachkenntnisse auf einem Spezialgebiet nicht in der Lage sieht, eine Diagnose zu stellen, dann muss er von der Behandlung absehen und entweder selbst einen Spezialisten konsultieren oder aber auf den Patienten einwirken, einen Spezialisten oder ein Krankenhaus zur weiteren Behandlung aufzusuchen".

kwalifikasies behaal het. Een van die pasiënte, 'n vrou het aan bronchiale asma gely. Gedurende 'n akute aanval van asma het die beskuldigde 20 cc aminophylline - 'n erkende middel teen asma - bestel en binne-aars aan die vrou toegedien. Haar toestand het egter nie verbeter nie en vervolgens het die beskuldigde, menende dat dit moontlik epilepsie was, 20 cc paraldehyd binne-aars toegedien. Die vrou is 'n rukkie later oorlede. dit blyk dat 20 cc van laasgenoemde geneesmiddel 'n dodelike oordosis was. Die beskuldigde is op 'n aanklag van strafbare manslag skuldig bevind. By appèl is daar namens die geneesheer aangevoer dat hy nie nalatig was nie aangesien hy op die stadium toe die insident plaasgevind het, 'n intern was met betreklik min ervaring. Hy was die betrokke dag alleen aan diens en was voor 'n noodtoestand gestel. Onder dié omstandighede het hy gedoen wat hy kon en was daar nie geleentheid om handboeke of sy seniors te raadpleeg ten einde die korrekte dosis vas te stel nie. Die appèlhof (by monde van Caney R) verwerp hierdie betoog en beslis soos volg:

"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 ... For him to have done that in the light of his inexperience, and particularly his inexperience of the drug and its uses, marks him as being negligent ... There can be no excuse for a medical man, even though just setting out on his career, if he neither knows these doses and uses, not troubles to have them available to him."(100).

---

(99) 1965 (2) SA 493 (N); vir 'n verdere bespreking van dié saak sien Strauss & Strydom 286-287.

Gevolgtlik is die skuldigbevinding van die geneesheer gehandhaaf.

'n Verdere Suid-Afrikaanse beslissing wat in hierdie verband toepassing vind is S v Nel (101). Die beskuldigde, 'n algemene praktisyn, het 'n vroulike pasiënt bygestaan tydens die geboorte van haar derde kind. Onmiddellik nadat die pasiënt geboorte geskenk het, het die beskuldigde probleme ondervind om die plasenta uit die pasiënt se uterus te verwyder. Die pasiënt het erg begin bloei en is diesefde aand as gevolg van bloedverlies en skok oorlede. Na die geboorte van die baba het daar blykbaar komplikasies ingetree in dié sin dat die plasenta in die pasiënt se uterus agtergebly het. Die beskuldigde het verskeie onsuksesvolle pogings aangewend om die plasenta te verwyder. Hy het onder meer gepoog om met die Brandt-Andrews-metode en met sy hande die plasenta te verwyder. Die pasiënt se man was ook teenwoordig en het waargeneem dat die beskuldigde probleme ondervind om die plasenta te verwyder, terwyl sy vrou in erge pyn verkeer het. By die latere strafszaak het die man getuig dat die beskuldigde kort na die geboorte van die kind sy hand in die pasiënt se vagina geplaas het en so hard aan die naelstring getrek het dat dit geskeur het en die verpleegsuster vol bloed gespuit het. 'n Hewige argument het tussen die beskuldigde en die verpleegsuster gevolg. Hierna het die beskuldigde weer sy hand twee keer in die

---

(100) supra 497.

pasiënt se vagina geplaas en daar vir ongeveer 30 sekondes gehou. Sodanige pogings was egter ook onsuksesvol en die beskuldigde het die kraamsaal verlaat. Die pasiënt se man het van die matrone verneem dat daar 'n spesialis in die kraaminrigting teenwoordig was. Hierdie inligting het hy aan die beskuldigde meegedeel. Die beskuldigde het egter die pasiënt se man meegedeel dat hy 'n spesialis sou inroep indien dit nodig was. Die beskuldigde het later 'n narkotiseur ingeroep. Die narkotiseur het opgemerk dat die pasiënt al baie bloed verloor het, dat daar geen bloedmonsters geneem is nie, dat geen bloedplasma bestel is nie en geen intraveneuse infusie in posisie geplaas is nie. Die narkotiseur het onmiddellik die pasiënt se bloeddruk geneem, 'n infusie in posisie geplaas en 'n narkosemiddel, pentothal, aan die pasiënt toegedien. In hierdie stadium het die beskuldigde die matrone versoek om die spesialis wat beskikbaar was in te roep. Die spesialis het dadelik begin om effektiewe behandeling toe te pas. Hy het die plasenta met gemak uit die pasiënt se uterus verwyder en was nog besig met ander behandeling toe die pasiënt gesterf het.

Die beskuldigde het later tereg gestaan op 'n aanklag van strafbare manslag in die streekhof. Die hof het bevind

---

(101) 1987 TPA ongerapporteerde, bespreek deur Strauss Doctor Patient and the Law 280-281; vir voorbeelde van sake in hierdie verband in die Engelse reg sien Colston v Frap [1941] 1 The Lancet 490; Connolly v Rubra [1937] 1 The Lancet 1005; Wilson v McKechnie [1973] 2 The Lancet 163; in die Amerikaanse reg Larsen v Yelle 246 NW 2d 841 (Minn 1976); Niles v City of San Rafael 161 CalRptr 733 (1974); in die Duitse reg BGH 1982 NJW 2121; BGH 1987 NJW 2291; RG 1938 JW 2203.



dat hy in verskeie opsigte nalatig opgetree het. Hy het onder meer versuim om 'n spesialis ginekoloog in te roep ten spyte van die oorledene se man se versoek om dit te doen. Die hof bevind dat die beskuldigde se nalatigheid die dood van die oorledene veroorsaak het.

By appèl na die Transvaalse Provinsiale Afdeling van die Hooggeregshof is daar namens die geneesheer aangevoer dat dit nie bo redelike twyfel bewys is dat sy versuim die dood van die pasiënt veroorsaak het nie. Daar is gewag gemaak van die getuienis van 'n spesialis-narkotiseur wat gedurende die verhoor getuig het dat die pasiënt se dood veroorsaak kon gewees het deur die toediening van narkosemiddels pentothal en halotaan deur die narkotiseur in die kraaminrigting. Die hof van appèl het egter hierdie argument verwerp en die skuldigbevinding bekragtig.

'n Geneesheer kan ook op grond van nalatigheid aanspreeklik wees indien hy, wel wetende dat hy te onervare of onkundig is om 'n bepaalde operasie uit te voer, heeltemal tereg dan nie die operasie uitvoer nie, maar nietemin versuim om die pasiënt na 'n ander geskikte geneesheer of spesialis te verwys; of waar hy die pasiënt na 'n ander geneesheer of spesialis verwys wel wetende dat sodanige geneesheer of spesialis ook nie bevoeg is om sodanige operasie uit te voer nie(102); of waar hy nie in staat is om 'n diagnose te maak nie, maar nietemin voortgaan om die pasiënt te behandel (103).

Die potensiele aanspreeklikheid van 'n geneesheer weens nalatigheid omdat hy 'n pasiënt na 'n ander geneesheer of spesialis vir behandeling verwys het, terwyl die geneesheer daarvan bewus was dat die ander geneesheer of spesialis nie bevoeg is om sodanige behandeling toe te pas nie, het ter sprake gekom in die Suid-Afrikaanse saak van Lymbery v Jefferies(104). In dié saak is die pasiënt se kwaal gediagnoseer as 'n fibromioom van die uterus. Nadat 'n operasie op die pasiënt uitgevoer is, het die geneesheer aanbeveel dat die pasiënt diep X-straalbehandeling moes ontvang. Die geneesheer het egter nie oor die nodige toerusting beskik om sodanige behandeling toe te pas nie, en was hy ook van mening dat hy nie die nodige kennis en ervaring gehad het om die X-straal behandeling sêlf toe te pas nie. Gevolglik het hy die pasiënt verwys na 'n ene mnr Ensor wat in beheer was van die X-strale-afdeling van die Pretoria hospitaal. Dit was die gebruik van verskeie geneeshere in Pretoria op daardie stadium om hulle pasiënte na mnr Ensor te verwys, en dat hy, na die

---

(102) Claassen & Verschoor 51 ev; Holder 51 ev; Giesen International Malpractice 131; Rise v United States 630 F2d 1068 (5 Cir 1981) - in dié saak het 'n geneesheer in diens van die Amerikaanse weermag 'n pasiënt met 'n aneurisme na 'n privaathospitaal verwys wel wetende dat dié hospitaal nie oor die mediese toerusting beskik om chirurgie uit te voer op 'n pasiënt met 'n aneurisme nie. Die verwysende geneesheer is aanspreeklik gehou.

(103) Buck v United States 433 F Supp 896 (MD Fla 1977) - in dié saak het 'n geneesheer 'n pasiënt behandel vir 'n slangbyt sonder dat hy enige kennis en ervaring in dié verband gehad het. Die geneesheer is aanspreeklik gehou omdat hy versuim het om die pasiënt na 'n spesialis te verwys, alternatiewelik omdat hyself versuim het om die korrekte metode van behandeling van slangbyt by 'n ervare geneesheer of spesialis vas te stel.

nodige voorligting, die pasiënte behandel het.  
As gevolg van die behandeling het die pasiënt ernstige  
brandwonde opgedoen. Alhoewel die geneesheer nie  
betrokke was by die X-straalbehandeling nie, het die  
pasiënt nietemin aangevoer dat die geneesheer onder meer  
nalatig was omdat hy haar na mnr Ensor verwys het,  
wel wetende dat laasgenoemde nie 'n radioloog was en  
derhalwe nie bevoeg was om sodanige behandeling op haar  
toe te pas nie. Die pasiënt het verder aangevoer dat mnr  
Ensor haar op 'n nalatige wyse behandel het en dat die  
geneesheer regtens vir die skade wat sy gely het  
aanspreeklik is. Die appêlhof het egter hierdie argument  
van die pasiënt (appellant) eenparig verwerp. Die hof,  
(by monde van Wessels AR) merk soos volg op:

"Although, therefore, Mr Ensor possessed no diploma at the time when he treated Mrs Lymbery, yet he had had a long practical experience, and in the opinion of some of the principal medical practitioners of Pretoria, he was an expert X-ray operator to whom they could entrust their patients without scruple or fear. They regarded his anatomical knowledge as so satisfactory that they merely indicated the disease for which the treatment was required and left the actual application of the X-rays to him ...  
In these circumstances was it negligence on the part of Dr Jefferies to send Mrs Lymbery to the Pretoria Hospital to be treated with X-rays for fibrosis uteri by Mr Ensor without being present during the application? I cannot see upon what principle Dr Jefferies can be said to have been negligent in that respect ... The learned judges in the court below came to the conclusion that Ensor was well qualified to administer the treatment and to know what to do when he was informed that the case was one of fibrosis uteri, and I can see no reason to take any other view ... If a medical practitioner or surgeon advises his patient to be treated by some third person, either because it is treatment he cannot carry out himself or which he is customary to

---

(104) supra; die feite van dié saak is reeds hierbo in 'n ander konteks bespreek.

entrust to a third person, then the latter does not as a general rule act as the agent of the medical practitioner or surgeon"(105).

### 2 1 5 3 Kommunikasie

'n Verdere aspek wat in direkte verband met die geneesheer se verwysingsplig staan, is die geneesheer se plig om met die geneesheer, spesialis of hospitaal na wie hy sy pasiënt verwys, effektief te kommunikeer. Kommunikasie in hierdie verband verwys na die simptome waarmee die pasiënt by die verwysende geneesheer gepresenteer het, die aanvanklike diagnose wat gemaak is (indien dit moontlik was), die aard van die behandeling (indien enige) wat toegepas is en die rede waarom die pasiënt verwys is. Dit is ook noodsaaklik vir die verwysende geneesheer om alle relevante dokumentasie, mediese rekords en ander tersaaklike inligting aan die geneesheer, spesialis of hospitaal waarheen die pasiënt verwys is, beskikbaar te stel. Indien die verwysende geneesheer versuim om aldus effektiewelik met die ander geneesheer, spesialis of hospitaal te kommunikeer, kan hy op grond van nalatigheid aanspreeklik gehou word (106).

Dit is veral die Engelse regspraak wat in dié verband interessante voorbeelde bied. In die saak van Coles v Reading and District Hospital Management Committee(107),

---

(105) supra 241; sien ook Holder 203.

(106) Gordon Turner & Price 124; Strauss & Strydom 315; Jackson & Powell 332; Martin 368; Speller 69; Holder 49 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 62 ev; Giesen International Malpractice 131.

is die hospitaalowerheid en 'n geneesheer vir die dood van 'n pasiënt weens 'n gebrek aan effektiewe kommunikasie aanspreeklik gehou. Die pasiënt het sy vinger ernstig beseer vanweë 'n groot stuk steenkool wat daarop geval het. Die pasiënt het hierna mediese behandeling by 'n klein hospitaaltjie ontvang, waar die verpleegpersoneel hom meegedeel het dat hy na 'n groter hospitaal vir verdere behandeling moes gaan. Die aard en erns van sy besering is nie aan hom verduidelik nie en hy het ook nie 'n inspuiting teen tetanus ontvang nie. Die pasiënt het egter nie na 'n groter hospitaal gegaan nie, maar later sy eie huisdokter geraadpleeg. Hier het hy ook nie 'n inspuiting teen tetanus ontvang nie. Die wond het later besmet geraak, tetanus het ontwikkel en die pasiënt is oorlede. Die hof het bevind dat die hospitaalowerheid se nalatigheid daarin geleë was dat die pasiënt na 'n ander hospitaal verwys is sonder enige tasbare inligting (byvoorbeeld 'n verwysingsbrief) wat die erns van die pasiënt se toestand aangedui het (108).

In 'n ander Engelse saak Chapman v Rix(109) het die

---

(107) The Times 30 Januarie 1960 en [1963] 107 SJ 115; sien bespreking van dié saak deur Jackson & Powell 332 ev.

(108) supra 116: "The National Health Service had been developed on the basis that a patient might well be transferred for treatment from one person to another so that the responsibility for the patient shifted ... By proper communication his Lordship meant that which was reasonably necessary for safeguarding a patient's interests. It might not matter if the communication was made to the next person by writing a message or telephoning or whether in the case of a suitable patient it was made direct to the patient ... Any system which failed to provide for adequate communication was wrong and negligently wrong (per Sachs J)".

pasiënt, wat in 'n slaghuis werksaam was, 'n wond in sy maag opgedoen toe die mes waarmee hy gewerk het, geglip het. 'n Telefoonoproep is na 'n klein hospitaaltjie ("cottage hospital") gedoen. Dié hospitaal het nie inwonende geneeshere gehad nie, maar die verweerder was toevallig teenwoordig. Hy het na die slaghuis gegaan, die pasiënt ondersoek en bevind dat die mes nie die buikwand deurdring het nie en dat die wond oppervlakkig was. Hy het die wond toegewerk en die pasiënt meegedeel dat dit oppervlakkig was en hom aangeraai om sy eie geneesheer daardie aand te raadpleeg. Laasgenoemde het opgedaag en is meegedeel dat die verweerder gesê het dat die wond oppervlakkig was. Gevolglik het die pasiënt se geneesheer die wond nie as ernstig beskou nie en daaropvolgende pyn en naarheid by die pasiënt aan ander oorsake toegeskryf. Die volgende dag het die pasiënt se toestand egter versleg en, menende dat hy moontlik akute blindedermontsteking gehad het, is hy deur die geneesheer na 'n hospitaal gestuur. 'n Verdere ondersoek het 'n halfduim-lange wond in die klein-derm aan die lig gebring. Dit was egter te laat en die pasiënt is oorlede. Mediese getuienis was dat die bepaling van die diepte van 'n maagwond uiters moeilik is. Die hof bevind egter dat reëlins getref behoort te gewees het om die pasiënt noukeurig te moniteer. Die verweerder moes ook toegesien het dat die pasiënt se eie geneesheer behoorlik ingelig was. Die hof bevind bygevolg dat die verweerder nalatig was. By appèl handhaaf die Court of Appeal(110) egter die verweerder se appèl. Ook die House of Lords (111) was van mening dat die verweerder nie

nalatig opgetree het nie, aangesien hy redelike stappe geneem het om met die oorledene se huisdokter te kommunikeer deur hom in te lig dat die wond nie ernstig was nie, en daar ook nie enige risiko was wat aangedui het dat die pasiënt onder observasie geplaas moes word nie.

'n Geneesheer, spesialis of hospitaal wat 'n pasiënt opneem wat deur 'n geneesheer of hospitaal verwys is, is verplig om die aard en omvang van die pasiënt se toestand onafhanklik en opnuut te diagnoseer, ongeag die inligting en mediese dokumentasie wat van die verwysende geneesheer ontvang is. Sodanige inligting en dokumentasie kan egter die geneesheer, spesialis of hospitaal behulpsaam wees om 'n diagnose te maak of om die

---

(109) The Times 19 November 1959, ongerapporteer - sien bespreking deur Jackson & Powell 333; Speller 69.

(110) [1959] 103 SJ 940 (CA).

(111) The Times 22 Desember 1960 (HL)(Lords Goddard, Morton en Hodson was die meerderheid, terwyl Lords Keith en Denning die minderheidsuitspraak gelewer het - beide was van mening dat die verweerder versuim het om die oorledene se huisdokter in te lig en derhalwe nalatig was. Vir 'n meer onlangse voorbeeld in dié verband sien Bell v Secretary of State [1985] 3 All ER 661 (CA) - 'n pasiënt wat in 'n Britse weermaghospitaal in Duitsland opgeneem is met 'n hoofbesering en hierna na 'n burgerlike hospitaal in Duitsland oorgeplaas is. Die verwysende hospitaal het egter verkeerde inligting aangaande die pasiënt se toestand aan die ander hospitaal oorgedra. Daar is nie melding gemaak van die pasiënt se hoofbeserings nie; gevolglik het die pasiënt by die hospitaal met 'n diagnose van "oormatige alkohol"-inname aangekom. By dié hospitaal is 'n diagnose van 'n hoofbesering later gemaak, maar dit was te laat om die pasiënt te red en is hy kort daarna oorlede. Die verwysende hospitaal is vanweë die nalatige versuim om behoorlike inligting aan die ander hospitaal oor te dra aanspreeklik gehou; vir voorbeelde in die Amerikaanse reg sien McCaine v Alger 388 NW 2d 349 (Mich App 1986) - verpligting op 'n verwysende hospitaal om alle relevante mediese dokumentasie aan 'n ander hospitaal waarheen pasiënt verwys word, beskikbaar te stel; Reed v Bascon 499 NE2d 594 (Ill App 1986).



pasiënt doeltreffend te behandel (112).

2 2 Mediese nalatigheid by spesialisgebiede

2 2 1 Chirurgie

2 2 1 1 Aard en omvang

Mediese nalatigheid by chirurgie beslaan 'n wye veld en kan basies op enige operatiewe ingreep dui wat nie met die nodige sorg en bedrewenheid uitgevoer is nie. Vanweë die kompleksiteit van en inherente risiko's en gevare verbonde aan operasies, is dit onvermydelik dat chirurge van tyd tot tyd "foute" begaan, selfs waar sodanige operasies met redelike sorg en vaardigheid uitgevoer is. Die feit dat 'n bepaalde en bekende komplikasie (byvoorbeeld 'n hart-arres) gedurende 'n operasie intree, regverdig nie noodwendig die afleiding dat die betrokke chirurg nalatig was nie. Mediese nalatigheid moet steeds beoordeel word met verwysing na die maatstaf wat van regsweë vereis word (113).

---

(112) Giesen International Malpractice 131-132: "A physician to whom a patient is referred for further or specialist examination and treatment is always under a duty to the patient to see that his examination and treatment are performed in a proper manner and, where the patient is to be transferred back to the referring physician, to ensure that the results are also communicated to him. It is no defence that there is also a corresponding duty upon the referring physician to take steps to find out the results".

(113) Claassen & Verchoor 37; Gordon Turner & Price 143; Strauss & Strydom 302; Nathan 61 ev; Powers & Harris 883 ev; Ficarra 54 ev; Harney 33; Holder 106 ev; Pegalis & Wachsman American Law of Medical Malpractice (1980) 172; Zaslow 1976 Legal Medicine Annual 259 ev; Deutsch Arzrecht und Arzneimittelrecht 65 ev.

operasie op 'n pasiënt uitgevoer word; waar 'n operasie op die verkeerde liggaamsdeel van 'n pasiënt uitgevoer word (byvoorbeeld op die linkerbeen in plaas van die regterbeen); en waar 'n gesonde liggaamsdeel van 'n pasiënt tydens 'n operasie beseer word (byvoorbeeld gedurende chirurgie vir prostaatkanker word die blaas of uretra geperforeer). Chirurge kan ook op grond van nalatigheid aanspreeklik wees in gevalle waar hulle versuim om betyds te opereer of om 'n operasie uit te voer waar dit aangedui is, of waar hulle operasies onnodig uitvoer (114).

---

(114) Daar is 'n haas onoorsienbare hoeveelheid voorbeelde van hierdie gevalle in die verskillende regstelsels wat hier onder bespreking is; sien Gordon Turner & Price 143; Strauss & Strydom 302-303; Jackson & Powell 331; Powers & Harris 887 ev; Holder 108 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 392 ev; Ficarra "Medicosurgical Negligence in Appendectomy 1977 Legal Medicine Annual 65 ev; O'Byrne "Malpractice: Admissibility of Evidence that Defendant Physician Has Previously Performed Unnecessary Operations" 33 ALR 3d 1056; Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht 65-66; Laufs & Uhlenbruck 1036 ev; vir 'n omvangryke regsvergelykende bespreking met verwysing na spesifieke voorbeelde in die internasionale regspraak, sien Giesen International Malpractice 138; in Engeland het 'n ongevraagde besnydenis 'n ruk gelede opspraak gewek. 'n Baba van twee maande is met 'n breuk na 'n kliniek verwys. Die moeder van die baba het bevestigend geantwoord toe sy gemeen het sy word gevra: "Is this the child to see a surgeon?" Wat die verpleegster eintlik gesê het was: "Is this the child for a circumcision?" Die chirurg en die verpleegpersoneel het nie die baba se verwysingsbrief of toestemming vir die operasie nagegaan nie en sonder meer die verkeerde operasie uitgevoer. Die ouers van die baba het verbasend genoeg geen eise ingestel nie (sien verslag van dié saak in Rapport 2 Augustus 1981; 'n interessante Amerikaanse saak waarin aangevoer is dat 'n chirurg 'n onnodige operasie uitgevoer het is Conzales v Nork, ongerapporteer California Superior Court (1974)(bespreek deur Wecht "The Interfaces of Law and Medicine" 1975 AJML 99): Die eiser het die verweerder, 'n chirurg, vir skadevergoeding gedagvaar op grond van die nalatige en onnodige uitvoering van 'n rugoperasie. Gedurende die verhoor het die chirurg nie net erken dat hy onnodig 'n operasie op die eiser uitgevoer het nie, maar dat hy ook onnodige operasies op 36 ander pasiënte uitgevoer

Alhoewel bogenoemde voorbeelde nuttige illustrasies bied van gevalle van mediese nalatigheid in die algemene chirurgiese praktyk, moet in gedagte gehou word dat daar ook 'n gespesialiseerde chirurgiese praktyk is, soos ortopediese chirurgie (115), plastiese chirurgie (116), hartchirurgie (117), neurochirurgie (118) en chirurgie spesifiek binne die raamwerk van obstetrie/ginekologie(119), urologie(120) en optomologie(121). In elk van hierdie gespesialiseerde praktyke moet mediese nalatigheid beoordeel word met verwysing na die spesifieke omstandighede van en vereistes vir die spesifieke spesialisgebied. Dit spreek vanself dat die beweerde mediese nalatigheid van 'n ortopediese chirurg nie getoets kan word aan die spesifieke omstandighede en vereistes wat in die praktyk van die plastiese chirurg mag geld nie (122).

---

het! Die hof het skadevergoeding van \$3,7 miljoen onderskeidelik toegestaan; daar moet ook in gedagte gehou word dat mediese nalatigheid in die chirurgiese praktyk ook kan verwys na instrumente, deppers en ander voorwerpe wat deur 'n chirurg na 'n operasie in 'n pasiënt agtergelaat word - hierdie gevalle van nalatigheid word volledig onder 2 4 3 infra bespreek.

(115) Powers & Harris 647 ev; Ficarra 339 ev; Harney 177 ev; Laufs & Uhlenbruck 1056; groter spesialisasie in chirurgie het nuwe velde van spesialisasie tot gevolg - byvoorbeeld ortopediese chirurgie wat in pediatriese chirurgie of kinderchirurgie spesialiseer.

(116) Strauss Doctor Patient and the Law 285 ev; Powers & Harris 997 ev; Ficarra 469 ev; Harney 237 ev; Laufs & Uhlenbruck 1054 ev - gevalle van mediese nalatigheid met betrekking tot plastiese chirurgie word onder 2 2 1 3 1 infra bespreek.

(117) Powers & Harris 975 ev; Ficarra 219 ev; Harney 223 ev; Laufs & Uhlenbruck 1036.

(118) Powers & Harris 667 ev; Ficarra 185 ev; Harney 199 ev; Laufs & Uhlenbruck 1054.

(119) Powers & Harris 920 ev; Ficarra 383 ev; Harney 137 ev; Laufs & Uhlenbruck 1042 ev - gevalle van mediese

## 2 2 1 2 Algemene chirurgie

By die bespreking van algemene chirurgie kan die vraag gestel word watter chirurgiese ingrepe in die huidige praktyk as algemene chirurgie beskou word, in teenstelling met die ander chirurgiese spesialisgebiede. Powers & Harris beantwoord die vraag soos volg:

"General surgery is a changing speciality, at present encompassing gastroenterology, vascular, breast, endocrine, head and neck, and hernia surgery. An alternative way of identifying general surgery is as those aspects of surgery which remain after specialists have taken their areas. Yet another way is to define general surgeons as those who are prepared to act in the front line. They cope with the problems of patients admitted as emergencies with

---

nalatigheid met betrekking tot obstetrie en ginekologie word onder 2 2 2 infra bespreek.

(120) Powers & Harris 905; Ficarra 487 ev; Harney 295 ev; Nota "Malpractice in Diagnosis and Treatment of Male Urinary Tract and Related Organs" 88 ALR 2d 309; Laufs & Uhlenbruck 1061; vir 'n voorbeeld van 'n uroloog se nalatigheid tydens chirurgie sien Correira v Berwind 1986 (4) SA 60 (Z):

Eiseres het die verweerder, 'n uroloog, vir skadevergoeding gedagvaar weens sy beweerde nalatigheid gedurende 'n chirurgiese prosedure as gevolg waarvan die eiseres 'n nier verloor het. Die verweerder het 'n "tegniese" verweer geopper dat die eiseres se eis op delik fundeer was en nie op kontrak nie, dat daar in die eiseres se pleitstukke nie sodanige kontrak beweer word nie, en dat sy, in die afwesigheid daarvan, derhalwe nie kan slaag nie. Die hof het hierdie verweer verwerp en beklemtoon dat 'n geneesheer 'n regsplig teenoor 'n pasiënt het om met redelike sorg en vaardigheid op te tree, welke regsplig onafhanklik van enige kontrak bestaan; vir 'n verdere bespreking sien Strauss 1988 (2) SAPM 18.

(121) Powers & Harris 1041; Ficarra 188 ev; Harney 261 ev; Laufs & Uhlenbruck 1055

(122) Sien die bespreking van professionele mediese nalatigheid met betrekking tot spesialiste in hoofstuk 2 supra; daar dien hier gemeld te word dat die gesag waarna hierbo in vn 115 tot 121 verwys word, 'n kliniese beeld weergee van die omstandighede en vereistes wat in elke chirurgiese spesialiteit geld; voorbeelde van gevalle van mediese nalatigheid in dié spesialisgebiede word ook bespreek.

surgical conditions, dealing with initial assessment, resuscitation and early investigations. Some patients will be transferred to specialist surgeons. The area of surgery undertaken by a general surgeon will vary, with some surgeons developing a special interest within general surgery ... The results of surgery by specialists within the sphere of general surgery are clearly better, with a lower morbidity and lower mortality. It should be understood that the term general surgeon covers a vast spectrum of individuals of different interests, experience and skill"(123).

In die Suid-Afrikaanse beslissing van Pringle v Administrator Transvaal (124), het die nalatigheid van 'n chirurg ter sprake gekom. In dié saak het die eiseres skadevergoeding (in totaal R97 228) van die verweerder geëis op grond van nalatigheid aan die kant van die chirurg en sy assistent wat in diens van die verweerder was. Die eiseres, wat 'n geskiedenis van karsinoom gehad het en ook 'n strawwe roker was, het met 'n klein groeisel aan haar een bors gepresenteer. Die chirurg wat haar ondersoek het, het aanbeveel dat 'n bronchoskopie en 'n mediastinoskopie op haar uitgevoer word. Die eiseres is in die verweerder

---

(123) Powers & Harris 884; sien Harney 33: "Because of development of specialities and subspecialities in surgery, especially in the larger medical centres 'general surgeons' of today do not perform the wide range of operations they once did. Just where the scope of general surgery ends, and at what point, if any, a general surgeon is expected to seek consultation with another specialist in an area falling within both specialities is not clear ... General surgeons still perform most types of abdominal surgery, especially appendectomies, intestinal operations, gallbladder surgery and hernia repairs as well as operations on the thyroid gland and the breast"; dit is veral met betrekking tot blindedermoderasies en mangeloperasies dat daar verskeie voorbeelde van mediese nalatigheid in algemene chirurgiese praktyke voorkom: Sien S v Kramer 1987 (1) SA 887 (W)(dié saak word hieronder volledig bespreek); Ball v Howard [1924] The Lancet 253; Harney 35 ev; Holder 85-94; Ficarra 1977 Legal Medicine Annual 65; Holder American Jurisprudence Proof of Facts 5 POF 2d 315; Annotasie 61 Am Jur 2d 402; Spike v Sellett 430 NE 2d 597 (111 App 1981); BGH 1978 NJW 2337 (die sogenaamde "Blinddarmurteil"-beslissing).

se hospitaal opgeneem. Die chirurg het die eerste prosedure, die bronchoskopie, suksesvol uitgevoer en alles het normaal verloop. 'n Mediastinoskopie is hierna uitgevoer ten einde die klein groeisel aan die eiseres se bors te verwyder. Tydens dié prosedure is een van die eiseres se are, die superior vena cava, "geskeur", welke skeuring geweldige interne bloeding en permanente breinskade by die eiseres tot gevolg gehad het. Die chirurg het onmiddellik toe hy die bloeding waargeneem het die mediastinum geprop; hierna is X-strale geneem en 'n borskasinsnyding gedoen ten einde die vena cava toe te werk. Volgens die chirurg se eie weergawe, het hy toe hy die bloeding gewaar het in 'n poging om dié groeisel met behulp van die biopsietange te verwyder, te veel krag aangewend aangesien die tange aanvanklik nie die groeisel wat verwyder moes word, behoorlik wou "vasvat" nie. Die eiseres het onder meer aangevoer dat die perforasie van die vena cava en die gevolge daarvan deur die nalatigheid van die chirurg veroorsaak is (125).

---

(124) supra; vir 'n verdere bespreking van dié saak sien Strauss Doctor Patient and the Law 282-284; Carstens "Nalatigheid en Verskillende Gedagterigtings ('Schools of Opinion') Binne die Mediese Praktyk" 1991 THRHR 673-676; Hebblethwaite "Mishap or Malpractice? Liability in Delict for Medical Accidents" 1991 SALJ 38-43; sien ook die bespreking van dié saak in hoofstuk 2 supra (in konteks met mediese nalatigheid en verskillende gedagterigtings) en hoofstuk 3 supra (in konteks met die rol van deskundige getuienis by die bewys van mediese nalatigheid).

(125) Die eiseres het onder meer ook aangevoer dat die mediastinoskopie wat die chirurg uitgevoer het in dié omstandighede nie die korrekte metode of toespaslike prosedure was nie en dat die uitvoering daarvan 'n "breach of duty" teenoor die eiseres daargestel het - hierdie aspek is reeds bespreek in hoofstuk 2 supra; soos aangetoon, het hierdie argument van die eiseres nie geslaag nie (388). Dit was onder meer gemeensaak tussen die partye (nadat daar by die voorverhoor-konferensie so ooreengekom



By die beoordeling van die vraag of die perforasie van die vena cava deur die nalatigheid van die chirurg veroorsaak is, het die hof uit die aard van die saak sterk gesteun op die getuienis van die chirurg, asook die mediese spesialiste wat namens die eiseres en die verweerder getuig het. Die erkenning deur die chirurg onder kruisondervraging dat hy te veel krag aangewend het om die groeisel te verwyder en "te hard" daaraan getrek het (126), was van deurslaggewende belang in die hof se bevinding teen die chirurg. Die hof (by monde van Blum WnR) beslis soos volg:

"I am mindful too of all the pressures and the tensions which operate on a surgeon at a time like this. However, in the light of all the evidence and the only possible explanations as to how the perforation of the superior vena cava and the mediastinal pleura occurred, I am driven to find that on this particular aspect, and by using 'excessive force' which he concedes, Dr Schewitz did not apply that skill and diligence possessed and exercised at the time by the members of the profession to which he belonged ... I accordingly find that in tearing the superior vena cava, while attempting to biopsy the lymph-node in the gland adjacent thereto, Dr Schewitz was negligent" (127).

---

is) dat die eiseres se vena cava gedurende die uitvoering van die mediastinoskopie geskeur is en dat sy as gevolg hiervan permanente breinskade opgedoen het (382). (126) supra 395: "In retrospect I would have to say that I tugged too hard"; die chirurg het ook aangevoer dat hy nie nalatig opgetree het nie en dat die "skeur" van die vena cava 'n komplikasie was wat nie as nalatigheid beskou kan word nie (394); die hof aanvaar egter nie hierdie argument nie en merk soos volg op 396: "I am mindful of the test of foreseeability which has to be applied, namely: Ought Dr Schewitz to have reasonably foreseen that if excessive force was used to excise the lymph-node, damage could be caused, more particularly to the superior vena cava? The evidence is that the perforation of the superior vena cava is one of the recognised complications of mediastinoscopy, albeit, in Dr Kinsley's view, of rare occurrence". (127) supra 396; vir 'n bespreking van soortgelyke voorbeelde in die Amerikaanse reg sien Holder



Die hof ken 'n totale skadevergoedingsbedrag van R93 482 aan die eiseres toe(128).

In die Engelse beslissing van Ashcroft v Mersey Regional Health Authority(129) het die eiseres 'n operasie aan haar linker oor ondergaan. Die verweerder, 'n ervare chirurg met 'n goeie reputasie in mediese kringe, het die operasie uitgevoer. Die operasie het ingehou dat die chirurg korrelagtige weefsel op die oordrom van die eiseres moes verwyder. Gedurende die operasie is die eiseres se gesigsenuwees beskadig, met die gevolg dat die linkerkant van die eiseres se gesig gedeeltelik verlam geraak het. Die gesigsenuwees is beskadig toe die chirurg met behulp van 'n verlostang ("forceps"), in 'n poging om die korrelagtige weefsel te verwyder, die gesigsenuwee met die tang vasgeklem het. Die eiseres het skadevergoeding op grond van nalatigheid van die chirurg geëis. Die hof het egter bevind dat die eiseres se skade deur 'n "onvoorsienbare ongeluk" veroorsaak is en gevolglik haar eis van die hand gewys(130).

---

"Negligent Performance of Biopsy" 11 POF 2d 319 333-335; Hoven v Rice Memorial Hospital 386 NW 2d 752 (Minn App 1986)(pasiënt se armsenuwee beskadig gedurende 'n hernia-operasie); Schaffner v Cumberland County Hospital 326 SE 2d 116 (NC App 1985)(pasiënt se hand gebrand tydens 'n operasie aan sy oor).

(128) Dié bedrag sluit algemene skade (R16 000) en verlies aan toekomstige inkomste (R77 482) in (397-398); sien ook Correira v Berwind supra (verlies van regternier deur mediese nalatigheid van 'n uroloog); vir 'n verdere voorbeeld van die beweerde nalatigheid van 'n chirurg in die Suid-Afrikaanse reg, sien Fowlie v Wilson supra - sien die volledige bespreking van die saak onder 2 1 1.

(129) [1983] 2 All ER 245 (QBD).

(130) supra 248: "The question for consideration is

In 'n Duitse saak wat voor die Bundesgerichtshof(131) gediën het, het 'n chirurg 'n blindedermoperasie op 'n mede-geneesheer uitgevoer. Die middag na die operasie het die pasiënt se bloeddruk drasties gedaal. Die chirurg het medikasie voorgeskryf in 'n poging om die bloeddruk te stabiliseer.

---

whether on a balance of probabilities it has been established that a professional man has failed to exercise the care required of a man possessing and professing special skill in circumstances which require the exercise of that special skill. If there is an added burden, such burden does not rest on the person alleging negligence; on the contrary, it could be said that the more skilled a person is, the more the care that is expected of him. It is preferable in my judgment to concentrate on and to apply the test which has long been established in the law and to avoid all commentary or gloss" (per Kilner Brown J); interessant is die vroeë Hancke v Hooper [1835] 7 C&P 81: die eiser het die verweerder (mnr Hooper) wat 'n chirurg was, by sy spreekkamers in Londen gaan besoek. Die eiser wou "gebloei" word. Twee van die chirurg se assistente was in die spreekkamer teenwoordig terwyl die chirurg in 'n aangrensende vertrek met 'n operasie besig was. Die eiser het aan die assistente verduidelik dat hy 'n siekte in sy kop het en gebloei moes word. Hy is al vantevore gebloei en het groot verligting na 'n bloedlating ervaar. Hierop het die assistente hom begin bloei; hulle het egter opgemerk dat die bloed wat gelaat word, veel sterker as gewoonlik vloei. Die chirurg is ingeroep en hy het die bloedlating verder beheer. As gevolg van die bloedlating het die eiser geweldige pyn ervaar en het sy arm wat gebloei is, ook erg opgeswel en van kleur verander. As gevolg hiervan moes die eiser vir 'n maand in die bed bly. Die eiser het aangevoer dat die chirurg en sy assistente nalatig was. Veskeie chirurge het egter by die verhoor getuig dat die gevolge wat die eiser ervaar het, normaal was en aanduidend was van 'n operasie wat behoorlik uitgevoer is, bygevolg het die jurie die eiser se eis van die hand gewys; vir verdere voorbeelde van chirurgiese nalatigheid in die Engelse regspraak sien Sidaway v Board of Governors of Bethlem Royal Hospital supra (sien die bespreking van die saak hierbo); Woodhouse v Yorkshire Regional Health Authority [1984] 1 The Lancet 1306 - in dié saak het 'n chirurg 'n operasie op die eiseres, 'n pianis, uitgevoer ten einde 'n abses te verwyder. Dit het nodig geblyk om twee operasies uit te voer. Gedurende die eerste operasie is die senuwee van die linker ulna beskadig. Gedurende die tweede operasie is die senuwee van die regter ulna beskadig. As gevolg hiervan het die eiseres die gebruik van haar vingers verloor en verder 'n histeriese toestand ontwikkel. Die hof bevind dat die chirurg nalatig was.

Die pasiënt se bloeddruk het egter nie gestyg nie. Eers in die aand het die chirurg vermoed dat die daling in bloeddruk moontlik te wyte was aan 'n geruptuurde bloedvat naby die operasiewond. 'n Tweede operasie op die pasiënt het die vermoede bevestig, maar die pasiënt het gesterf. Dit was nie duidelik of 'n vroeër operasie moontlik die pasiënt se lewe kon gered het nie. Die hof het egter bevind dat daar growwe nalatigheid aan die kant van die chirurg was, en die bewysreël toegepas waarvolgens die bewyslas in sodanige geval op die chirurg oorskuif om aan te toon dat 'n vroeër operasie nie die pasiënt se lewe sou gered het nie, selfs al is die geskeurde bloedvat betyds opgespoor. Die chirurg kon hom nie van dié bewyslas kwyt nie en is gevolglik aanspreeklik gehou.

2 2 1 3 Gespesialiseerde chirurgie:

Plastiese chirurgie

Plastiese snykunde en kosmetiese chirurgie is gebiede waarop daar talle interessante gevalle van mediese nalatigheid, veral in die VSA, voorgekom het (132).

Holder waarsku tereg:

---

(131) BGH 1968 NJW 2291; Deutsch Arztrecht un Arzneimittelrecht 70; Laufs & Uhlenbruck 1036; vir verdere voorbeelde van chirurgiese nalatigheid in die Duitse regspraak sien BGH 1976 NJW 1157; BGH 1979 NJW 1925; BGH 1980 NJW 1333; BGH 1988 NJW 1511; BGH 1989 NJW 1541.

(132) Ficarra 469; Harney 237 ev; Holder 115 ev; Pegalis & Wachsman 223; De Mere "The Plastic Surgeon and Legal Matters" 1975 Legal Medicine Annual 239 ev; Holder "Plastic Surgeon's Liability in Cosmetic Surgery Cases" 22 POF 2d 721 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 411; Annotasie "Cosmetic

"This sort of patient is the one who may be quite hard to please under any conditions and if there is any excuse for doing so, can become quite litigation-minded with little difficulty" (133).

Die aard, omvang en toepassing van plastiese chirurgie in die praktyk word deur Harney soos volg beskryf:

"The practice of plastic surgery involves the reconstruction or restoration of body structures that are defective or damaged by injury or disease. This includes the treatment of burns, correction of birth defects, surgery of the hand, treatment of traumatic facial injuries, control and reconstructive treatment of certain malignant diseases of the head and neck, as well as cosmetic or aesthetic surgery. In essence, plastic surgery is the surgery of 'deformity', whether it be congenital, traumatic, or malignant in origin" (134).

---

Surgery: Liability of Physician or Hospital in the Performance of Cosmetic Surgery Upon the Face" 54 ALR 3d 1255.

(133) Holder 115; sien Holder 22 POF 2d 725: "Plastic surgery presents psychological problems which are usually absent in other types of surgery. Some of the persons who seek to have cosmetic surgery performed are generally unhappy about their social lives and consider themselves unattractive solely as a result of their physical problems. If the surgery does not prove to be a panacea for these problems, it may very well be that the patient will have serious adjustment traumas when he realizes that his difficulties were caused by more factors than his looks. This type of emotional reaction to an encounter with any type of medical or surgical treatment not infrequently leads to allegations that the physician, not the patient, is at fault".

(134) Harney 237; sien Pegalis & Wachsmann 229: "Cosmetic surgery consists of those procedures performed on functionally body parts, primarily for reasons of appearance. Procedures in facial plastic surgery can be divided into three groups: Those performed for wrinkling and sagging (rhytidectomy, blepharoplasty), those performed to correct conspicuous contour deformities (rhinoplasty, otoplasty) and those performed to correct or camouflage blemishes of the skin itself (dermabrasion, tattooing). From the surgeon's point of view, patient selection should be based on patient's having a correctable deformity, such as bags under the eyes, a prominent nasal hump, or a recessive chin. A patient who is overly concerned with a minimal preoperative deformity is likely to be unhappy with small postoperative discrepancies. It is the responsibility of the physician to evaluate the realism

Teen hierdie agtergrond is daar dus 'n besondere plig op die plastiese chirurg nie net om redelike sorg en bedrewenheid aan die dag te lê ten aansien van die chirurgie nie, maar ook om toe te sien dat die pasiënt behoorlik ingelig (135) word aangaande die resultaat van die operasie, en om die pasiënt se persoonlike persepsies oor hoe sy of haar voorkoms gaan verander ná die operasie realisties te benader, veral in gevalle van kosmetiese chirurgie gerig op die "verbetering" van voorkoms" - verkleining of vergroting van borste, neusoperasies, wangbeenrekonstruksies en oorreduksies. Uiteraard kan die plastiese chirurg slegs onderneem om die voornemende kosmetiese chirurgie met redelike sorg en bedrewenheid uit te voer en behoort hy nie waarborge(136) te gee dat resultate suksesvol sal wees nie. In hierdie verband kan daar verwys word na die volgende verweer van 'n chirurg, weliswaar ten aansien van 'n nalatige vasektomie, maar wat ewe goed op die gebied van plastiese snykunde van toepassing is:

---

of the true magnitude of the procedures. A patient who wishes simply to 'look better' and who is displeased with some aspect of his or her appearance will likely gain significant improvement and satisfaction from the plastic surgical treatment to what truly amounts to an existing correctable deformity"; Powers & Harris 999: "The plastic surgeon is the expert in reducing or totally cutting off the blood supply to a piece of tissue without actually killing it. From a practical aspect plastic surgery skills are used in filling defects of skin or other tissue, in minimising cutaneous scarring, in hand surgery and cosmetic surgery".

(135) Die belang van ingeligte toestemming van die pasiënt by plastiese chirurgie word deur die skrywers en regspraak beklemtoon: Strauss Doctor Patient and the Law 289; Castell v De Greef supra (1994) 408; Powers & Harris 999; Corder v Banks [1960] The Times 9 April 1960; Holder 115; De Mere 1975 Legal Medicine Annual 296; Golan & Ben-Hur "Informed Consent in Plastic Surgery" 1983 Medicine and Law

"I am not a plumber. One is dealing with healing tissues. Despite all the efforts one makes to separate the ends, they have been known very occasionally to join up. Having said that, just as there is a danger in being knocked down when one crosses the road, one does not stop crossing the road because of that"(137).

Hierdie stelling beteken natuurlik nie dat die plastiese chirurg vrye teuels het en as't ware roekeloos met kosmetiese chirurgie kan eksperimenteer en 'n spreekwoordelike Frankenstein-monster skep nie. Die chirurg moet steeds met die sorg en bedrewenheid optree wat van die "redelike" en bevoegde plastiese chirurg in dieselfde omstandighede verwag word. Waar 'n plastiese chirurg egter sekere resultate waarborg, hoe onwys dit ook mag wees, kan hy aanspreeklik gehou word vir enige nadelige gevolge (138).

---

113; Holder 22 POF 2d 734; Campbell v Oliva 424 F2d 1244 (CA 6 Tenn); Hunter v Brown 502 P 2d 1194 (Wash); Laufs & Uhlenbruck 1054; OLG Celle 1987 NJW 2304 2305; BGH 1991 NJW 2349.

(136) In dié verband kan na die Amerikaanse saak van Lerner v Huber 139 NYS 2d 549 (NY Supp) verwys word: Die eiseres, 'n oorlewende van 'n Nazi-strafkamp vir Jode gedurende die Tweede Wêreldoorlog, het 'n plastiese chirurg geraadpleeg ten einde 'n tatoeëermerk wat in die strafkamp op haar arm aangebring is te verwyder. As gevolg van die daaropvolgende operasie is 'n onaansienlike groot letsel op die eiseres se arm gelaat. Sy het die chirurg vir skadevergoeding gedagvaar. Die hof bevind dat 'n plastiese chirurg nie resultate kan waarborg nie en in die afwesigheid van getuienis dat hy die operasie nalatig uitgevoer het, is die eiseres se eis van die hand gewys word.

(137) Thake and Another v Maurice [1985] 2 WLR 222.

(138) Strauss Doctor Patient and the Law 288 290: "If a practitioner ventures beyond his own area of training, expertise and skill, he should realize that he is skating on thin ice, legally speaking, because the law will hold him to reasonable standards applying to the field into which he ventures. An ancient legal principle warns: Imperitia culpae adnumeratur ('lack of skill amounts to negligence'). A general practitioner who practises plastic surgery must therefore be expected to be judged by the standards set by specialist plastic surgeons"; Ficarra 469; Holder 115; vgl De Mere 1975 Legal Medicine Annual 294 wat aantoon dat



In die Suid-Afrikaanse saak Castell v De Greef(139), het die beweerde nalatigheid van 'n plastiese chirurg pertinent ter sprake gekom. Die saak het gevolg op 'n subkutane mastektomie wat deur die verweerder, 'n plastiese chirurg, op die eiseres in 1989 uitgevoer het. Dié operasie was egter nie suksesvol nie en die eiseres het die verweerder vir skadevergoeding in die bedrag van R94 952-12 gedagvaar.

Die eiseres het in 1982 chirurgie ondergaan ten einde klonte in haar bors te verwyder. In 1989 is verdere klonte in die bors gediagnoseer. In die lig van die eiseres se familie-geskiedenis van borskanker het haar ginekoloog aanbeveel dat 'n mastektomie as 'n voorkomende operasie uitgevoer moes word; vir dié doel is die eiseres na die verweerder verwys. Die verweerder het aanbeveel dat 'n chirurgiese prosedure uitgevoer word, wat behels het dat soveel as moontlik borsweefsel verwyder moes word, terwyl daar, gelyktydig met dié prosedure, voortgegaan moes word met die rekonstruksie van die eiseres se borste by wyse van silikooninplantings. Gemelde chirurgiese prosedure is ongeveer twee maande later uitgevoer. Borsweefsel is bilateraal verwyder en 'n protese van 280 ml is aan beide kante ingeplant, terwyl die

---

daar in 1975 min aksies weens nalatigheid teen plastiese chirurgie in die VSA ingestel is. Die verskynsel skryf hy toe aan die besondere graad van sorgsaamheid wat deur dié medici toegepas word, juis vanweë die risiko's wat aan plastiese chirurgie verbonde is. (139) supra (1993); sover vasgestel kon word is dié saak die eerste gerapporteerde saak in die Suid-Afrikaanse regspraak waar die die beweerde nalatigheid van 'n plastiese chirurg ter sprake gekom het; vir 'n bespreking van die uitspraak van die verhoorhof sien Strauss "Unsuccessful Mastectomy and Breast Reconstruction" 1992 (2) SAPM 4.



areolae en tepels ook herposisioneer is. Aangesien die eiseres se borste reeds preoperatief effe "gehang" het ("drooped"), was sodanige herposisionering chirurgies aangedui.

Dit was gemeensaak dat die chirurgiese prosedure uiters riskant was met verwysing na bekende komplikasies wat moontlik as gevolg van die operasie kon intree. In die besonder was nekrose van die vel en onderliggende weefsel (insluitend die areolae en tepels) in hierdie verband bekende komplikasies. As gevolg van die operasie wat op die eiseres uitgevoer is, het daar inderdaad komplikasies ingetree: Nekrose en verkleuring van die tepels en areolae het voorgekom. Die eiseres is met antibiotika behandel, maar het koorsig gevoel, pyn ervaar en ook 'n afskeiding ontwikkel. Gevolglik het die verweerder 'n prosedure uitgevoer waartydens dooie weefsel verwyder is. 'n Bakteriese infeksie het egter ingetree wat die areolarweefsel aan die linkerbors en vel onder die tepel van die regterbors aangetas het. Verskeie chirurgiese prosedures is hierna deur 'n ander plastiese chirurg uitgevoer ten einde die vorige rekonstruktiewe chirurgie te korrigeer.

Die eiseres het die verweerder vir skadevergoeding gedagvaar. Haar eis het in wese op twee gronde berus: Eerstens, dat die chirurg nalatig was, en tweedens dat daar nie ingeligte toestemming aan haar kant was nie (140).

---

(140) Die tweede grond van die eiseres se eis met

Die eiseres se beweringe van nalatigheid teen die chirurg blyk uit die besonderhede van vordering (welke besonderhede later gewysig is), wat soos volg opgesom kan word: (a) Die verweerder het die mastektomie en die inplanting van die prostese gelyktydig gedoen, in plaas daarvan om sodanige prosedures in twee fases uit te voer; (b) die aerolae is onnodig verwyder en herposisioneer; (c) die herposisionering van en gevolglike verlies aan sensasie was 'n verbreking van die ooreenkoms tussen die eiseres en die verweerder dat laasgenoemde sou toesien dat die eisers nie enige verlies aan sensasie sal ondervind nie; (d) 'n groter prostese as waarop ooreengekom is, is ingeplant; (e) die verweerder het versuim om stappe te neem om die steke te verwyder toe die borsweefsel begin afsterf het; (f) die verweerder het versuim om die intrede van die infeksie te voorkom en te beheer; (g) die verweerder het versuim om die borste simmetries te posisioneer; en (h) die tegniek wat die verweerder toegepas het vir die aanbring van steke, was onder dié omstandighede ontoereikend (141).

Na aanhoor van die getuienis (buiten die verweerder wat self getuig het, het vier plastiese chirurge en 'n mikrobioloog ook getuig), het die advokaat namens die eiser die beweringe soos vervat in punte a, b, d en g van die

---

betrekking tot die afwesigheid van ingeligte toestemming en die effek van die uitspraak in die onderhawige beslissing, asook die volbankbeslissing (supra 1994), is reeds onder 2 1 4 supra volledig bespreek; derhalwe word die onderhawige bespreking beperk tot die eerste grond van die eiseres se eis.

(141) supra (1993) 508-509.

opsomming, hierbo, laat vaar. Dit was derhalwe net nodig vir die hof om 'n beslissing te gee (wat nalatigheid betref) op die beweringe soos vervat in punte c, e, f en h van die opsomming hierbo. Na oorweging van al die getuienis (veral dié van die verweerder en die ander deskundiges) en verwysing na die regsposisie, bevind die hof onder meer dat dit nie gesé kon word dat die verweerder nalatig was met betrekking tot sy versuim om die steke uit te haal nie, aangesien 'n redelike plastiese chirurg in dieselfde omstandighede dieselfde benadering sou gevolg het (142). Die hof bevind dat die eiseres ook nie bewys het dat daar wel 'n infeksie was nie en dat die verweerder gevolglik op dié aspek ook nie aanspreeklik kon wees nie (143). Bygevolg bevind die hof dat die eiseres se eis van die hand gewys moet word. Die verweerder het 'n teeneis ingestel en die partye het ooreengekom dat indien die eiseres se eis sou faal, die verweerder geregtig sou wees op vonnis met betrekking tot sy teeneis. Dit het behels dat die eiseres die verweerder 'n bedrag van R2 400 sou betaal ter vereffening van die verweerder se professionele fooi en die koste van die prostese. Die hof staan gevolglik vonnis teen die eiseres toe met koste van die geding (144).

By appèl na die volbank van die Hooggeregshof van die Kaapse Provinsiale Afdeling(145) het die eiseres (appellant)

---

(142) supra 512; in hierdie verband bevind die hof dat die chirurg se optrede op 'n kliniese oordeelsfout neergekom het wat nie as nalatig beskou kan word nie. Scott R aanvaar die dictum in Whitehouse v Jordan supra - sien die bespreking onder 2 1 2 supra.

(143) supra 515.

(144) supra 520.

aangevoer, wat die beweerde nalatigheid van die verweerder (respondent) betref (146), dat die verhoorhof fouteer het deur nie te bevind dat (1) die respondent se versuim om die intrede van nekrose te voorkom of te beperk; en (2) die respondent se versuim om die post-operatiewe sepsis wat ingetree het, nie tydig te behandel nie, wel nalatig was nie. Die hof (by monde van Ackermann R [Friedman RP en Farlam R het saamgestem]) bevind ten aansien van (1) dat die chirurg nie nalatig opgetree het nie(147). Die hof bevind egter dat wat (2) betref, die appellant wel bewys het dat sy post-operatief sepsis in haar borste ontwikkel het. Die respondent was hiervan bewus, asook van die feit dat die organisme/s wat die infeksie veroorsaak het, weerstand gebied het teen die behandeling met antibiotika wat deur die respondent voorgeskryf is. Die hof bevind dat die respondent in hierdie opsig nalatig was, omdat hy versuim het om tydig 'n monster van die sepsis te neem en weg te stuur vir patologiese ontleding. Indien hy dit gedoen het, sou die appellant vroeër met doeltreffender antibiotika behandel kon gewees het. Die hof bevind dat die respondent se optrede in hierdie verband nie in ooreenstemming was met dié van die "redelike" plastiese chirurg in dieselfde omstandighede nie. Dit was egter nie moontlik vir die hof om op die getuienis te bevind dat die respondent se nalatigheid 'n rol gespeel het by die uiteindelijke skade of nadeel wat die appellant gely het nie. Die appellant was egter onder die omstandighede geregtig om vergoed te word vir 'n periode van twaalf dae, waartydens sy pyn, lyding en ongemak verduur het vanweë die respondent se versuim om

die sepsis tydig en doeltreffend te behandel. Gevolglik ken die hof skadevergoeding in die bedrag van R7 500-00 met koste aan die appellant toe (148).

Soortgelyk aan die Castell-beslissing, is die Amerikaanse saak van Henderson v Heyer-Schulte Corporation of Santa Barbara(149): Die eiseres het 'n operasie om haar borste te vergroot ondergaan. Die plastiese chirurg in diens van die verweerder het kunsmatige borste wat met sagte silikoonjellie gevul was, ingeplant. Na die operasie het die borste egter geswel en sepsis het ingetree. Die eiseres is weer gehospitaliseer, die kunsmatige borste is verwyder en 'n nuwe inplanting is gedoen. Die sepsis het egter voortgeduur en die eiseres se toestand is uiteindelik as silikonomas gediagnoseer - 'n toestand wat op 'n verstopping by die inplantings dui wat deur die akkumulاسie van silikoonjellie veroorsaak word. Die eiseres het as gevolg hiervan twintig verdere operasies ondergaan. In 'n daaropvolgende eis om skadevergoeding teen die chirurg weens sy beweerde nalatigheid, het die jurie bevind dat die chirurg nie nalatig was nie. 'n Plastiese chirurg, as deskundige getuie, het getuig dat die chirurg nie afgewyk het van die

---

(145) supra (1994).

(146) Daar moet hier gemeld word dat die ander grond van appèl gerig was teen die chirurg se versuim om die appellant behoorlik in te lig oor die risiko's en komplikasies van die chirurgiese prosedure. Die hof se bevinding in hierdie verband en die effek daarvan op die vraag of 'n geneesheer se versuim om 'n pasiënt behoorlik in te lig op nalatigheid neerkom, is reeds breedvoerig onder 2 1 4 supra bespreek.

(147) supra (1994) 434: "The plaintiff has not demonstrated that Scott J erred on this issue. In fact, I am satisfied that he was correct".

(148) supra (1994) 436 ev.

algemene chirurgiese praktyk in dié geval nie. Dit was, onder meer, die algemene praktyk onder plastiese chirurge om nuwe inplantings herhaaldelik te doen waar sodanige infeksies voorgekom het.

---

(149) 600 SW 2d 844 (Texas 1980); sien Gluckstein v Lipsett 209 P 2d 98 (Cal 1949): 'n Chirurg het plastiese snykunde op die "excessively pendulous" borste van 'n 50-jarige vrou uitgevoer. Na die operasie is gevind dat een van die vrou se borste veel groter as die ander een was en dat beide borste heeltemal uit posisie was. Die jurie het bevind dat die vrou "had been horribly disfigured". Die chirurg is op grond van sy nalatigheid aanspreeklik gehou en skadevergoeding van \$115 000-00 (wat 'n klein fortuin in 1949 was) is aan die vrou toegeken; vir 'n bespreking van plastiese chirurgie op borste (weliswaar 'n kliniese beeld) sien Pegalis & Wachsmann 229: "Surgery on the breast is sometimes an indicated procedure for malignant and pre-malignant disease. However, there are several elective cosmetic surgical procedures involving breast reconstruction. Enlargement of the female breasts can cause not only physiological strain associated with deformity, but in addition, postural deformity, backache and other abnormalities. Many varieties of procedures are available. Augmentation of breast size for cosmetic purposes has become an acceptable procedure in carefully selected patients. A multiplicity of prosthetic breasts are available. The silicone breast has been used most and has the greatest longevity of clinical procedures. Complications have been reported with these procedures"; vir verdere voorbeelde in die Amerikaanse reg in dié verband Harney 243; Holder 22 POF 2d 731; vir 'n voorbeeld in die Engelse reg Corder v Banks supra (plastiese chirurg wat 'n operasie onder eiseres se oë uitvoer. Eiseres is nie ingelig dat dié tipe operasie bloeding tot gevolg kan hê nie. As gevolg van die steke onder die oë het bloeding ingetree. Die toestand is nie dadelik behandel nie en eiseres het letsels onder haar oë opgedoen. Die plastiese chirurg is vanweë sy nalatigheid aanspreeklik gehou; vir voorbeelde in die Duitse reg OLG Celle 1987 NJW 2304 (hier het dit meer gegaan oor die inligtingsplig van die chirurg by kosmetiese chirurgie); BGH 1991 NJW 2349 (hier is 'n kosmetiese operasie op 'n 57-jarige eiser uitgevoer vir die verwydering van 'n velvou of plooi onder die eiser se ken. Die operasie was egter nie 'n sukses nie en die eiser het skadevergoeding van die plastiese chirurg geëis. Die hof bevind dat die plastiese chirurg die eiser besonder omslagtig en volledig ingelig het oor die moontlike komplikasies en risiko's van die operasie en dat die eiser nalatigheid aan die kant van die chirurg bewys het nie. Gevolglik is die chirurg nie aanspreeklik gehou nie); LG Bielefeld 1976 NJW 1156 (verkleining van 'n 36-jarige vrou se borste).

2 2 2 Obstetrie en ginekologie

2 2 2 1 Aard en omvang

Gevalle van mediese nalatigheid rondom obstetrie en ginekologie is uiteenlopend en verdien besondere aandag.

Holder merk tereg op:

"Obstetrics and gynaecology is a fertile field for damage suits; Of course, one reason is that the obstetrician is involved with two patients, mother and baby, instead of one, as is true in other surgery. Several decisions have involved injuries to the baby which occurred during or immediately after delivery. Several cases have involved brain and spinal damage caused by negligent use of forceps. In these cases, if negligence can be proved, the mother or baby has a good case. In some cases babies' arms and legs have been fractured during difficult deliveries. If a forceable delivery is necessitated by a serious threat to the life of the mother or child, a broken bone is a calculated risk, and the physician is not liable if it occurs. In the absence of such a life or death emergency, however, this type of injury to the infant would undoubtedly be enough to allow a jury to infer negligence"(150).

In die Engelse saak van Whitehouse v Jordan stel Lord

Denning dit treffend soos volg:

"Being born is dangerous for the baby. So much so that an eminent professor in this case tells us: 'That

---

(150) Holder 110; vir verdere beprekings van die aard en omvang van mediese nalatigheid wat met obstetrie en ginekologie in verband staan sien Ficarra 53; Harney 137; Powers & Harris 920: "Nowhere is the escalation in the number of medical negligence actions and the size of damages awarded more apparent than in the speciality of obstetrics and gynaecology. An analysis by the Medical Defence Union of United Kingdom indemnity payments made in 1989 shows that a quarter of all claims arose from obstetrics and gynaecology, accounting for nearly one third of the damages paid".



throughout history, birth has been the most dangerous event in the life of an individual and medical science has not yet succeeded in eliminating that danger. He parodies the Psalmist by referring to 'the valley of the shadow of birth'" (151).

Bekende gevalle van mediese nalatigheid op die gebied van obstetrie en ginekologie, is onder meer die volgende: Versuim om 'n swangerskap te diagnoseer; versuim om 'n swangerskap te beëindig; versuim om komplikasies gedurende die swangerskap te voorkom of te behandel; beserings van die moeder of baba gedurende geboorte; versuim om komplikasies wat na die geboorte ontstaan te behandel; versuim om komplikasies en probleme rondom sterilisasie, aborsie, histerektomie, kongenitale afwykings te behandel of doeltreffend te behandel en die diagnose en behandeling van borskanker (152).

---

(151) Whitehouse v Jordan supra 652 (HL); in hierdie saak het dit gegaan oor die beweerde nalatigheid van 'n verloskundige tydens die geboorte van 'n kind. Daar is aangevoer dat die verloskundige deur die gebruik van verlostange (hierdie was 'n besondere gekompliseerde bevalling) ernstige breinskade by die kind veroorsaak het. Alhoewel die verhoorhof bevind het dat die verloskundige nalatig was, het die Court of Appeal en die House of Lords beslis dat die verloskundige 'n blote oordeelsfout gemaak het en derhalwe nie nalatig was nie - sien die volledige bespreking van die saak supra.

(152) In hierdie verband is daar bykans 'n onoorsienbare hoeveelheid voorbeelde van dié gemelde gevalle in die onderskeie regstelsels wat hier onder bespreking is: Sien Claassen & Verschoor 79 ev; Strauss Doctor Patient and the Law 169 ev; Kennedy & Grubb 807 ev; Powers & Harris 920 ev; Ficarra 53 ev; Holder 110 ev; Harney 137 ev; Gee "Physician's Failure to Perform Timely Caesarean Section" 19 POF 2d 285; Holder "Physician's Failure to Diagnose Pregnancy" 7 POF 2d 57; Holder "Malpractice Liability in Genetic Counselling" 19 POF 2d 485; Annotasie "Malpractice in Connection with the Care and Treatment of Woman in Pregnancy and Childbirth" 99 ALR 2d 1336; Annotasie "Medical Malpractice and Measure of Elements of Damage in Connection with Sterilization or Birth Control Procedures" 27 ALR 3d 906; Annotasie 61 Am Jur 2d 420; Deutsch Arztrecht und Arzneimittelerrecht 159 ev; Laufs & Uhlenbruck 724 ev; Hermes & Walther "Schwangerschaftsabbruch zwischen

2 2 2 2 Algemene gevalle

Gevalle van mediese nalatigheid met betrekking tot obstetrie en ginekologie kan met verwysing na enkele voorbeelde in die regspraak van die onderhawige regstelsels geïllustreer word.

In die afgelope aantal jare het daar veral in die Engelse reg verskeie sake in dié verband voorgekom (153). In die saak van Clark v MacLennan and Another (154) is die eiseres, wat op die punt gestaan het om aan haar eerste kind geboorte te skenk, in 'n hospitaal opgeneem. Na die geboorte van die kind het die eiseres aan 'n spannings-toestand begin ly wat nie 'n ongewone na-geboorte-toestand is nie, maar wat tot gevolg gehad het dat die eiseres normale blaaskontrole verloor het wanneer sy aan 'n ligte graad van spanning onderwerp is. Konvensionele behandeling van dié toestand was nie suksesvol nie, en die verweerder, 'n ginekoloog, het 'n operasie ("anterior colporrhaphy")(155) op haar uitgevoer. Volgens die normale ginekologiese praktyk word sodanige operasies egter nie uitgevoer vir ten minste drie maande na die geboorte van die kind nie, aangesien die risiko van bloeding te groot is. Die operasie was egter nie suksesvol nie en twee verdere operasies is op die eiseres uitgevoer. Beide die operasies was insgelyks onsuksesvol en het tot gevolg gehad dat die spanningstoestand by die eiseres

---

Recht und Unrecht" 1993 NJW 2237.

permanent van aard was. Die omvang van hierdie toestand is soos volg deur die hof beskryf:

"The account she gave me of her present condition, which I accept, is that although she is a lot better after the last repair she is still incontinent if she sneezes or coughs on a full bladder. Whenever she goes out socially she has to wear a pad and she is very conscious of the smell. If she hears a bell ring at home she gets tense and leaks. The trouble is worse in cold weather. Shivering induces leaking. She cannot run without leaking or play tennis, although she has tried jogging recently when wearing a towel. She is embarrassed when she dances. She had to give up her part-time job which involved lifting basketware. She would like to work in an office as a shorthand typist, which she did before marriage. But she would not have confidence to do that because of her incontinence"(156).

Die hof het bevind dat die verweerder, deur af te wyk van die normale prosedure ten aansien van die operasie wat s6 kort na die geboorte op die eiseres uitgevoer is, nalatig opgetree het; gevolglik het hy sy "duty of care" teenoor die pasiënt nie nagekom nie en is skadevergoeding aan die

---

(153) Veral sake wat oor nalatige of beweerde nalatige sterilisasies handel (gevalle van sogenaamde "wrongful birth/wrongful life") - hierdie sake word hieronder meer volledig in dié bepaalde konteks bespreek.

(154) [1983] 1 All ER 417 (QB).

(155) Volgens die deskundige getuienis in dié saak is die operasie soos volg verduidelik (419g): "Anterior colporrhaphy is a specialist operation performed frequently by gynaecologists. The purpose of the operation is to restore the bladder to its natural position if it has descended and then to support the bladder neck by stitches which are inserted on either side of the urethra and then drawn so tight so that they pull the connective tissue in underneath the bladder and bladder neck. Entry is made through the vagina. The surgeon opens the vaginal wall by incision. He then turns the vaginal skin back on either side of the incision by dissecting the skin off the underlying tissue. This exposes the bladder neck and urethra which he frees from the attachments to the deeper structures"; sien Annotasie "Malpractice: Diagnosis and Treatment of Conditions of Female Sexual Organs" 93 ALR 2d 313.

(156) supra 421h.

eiseres toegeken. Treffend is die opmerking van die hof ten aansien van die argument van die verweerder se regsverteenvoerder dat die verweerder 'n onbesproke reputasie in mediese kringe geniet en dat dit 'n faktor is wat by die nalatigheidskriterium deur die hof in aanmerking geneem moet word:

"Counsel for the defendants has referred to Professor Turnbull's Olympian reputation. I hope Professor Turnbull will take comfort in the thought that even Apollo, the god of healing, and the father of Aesculapius, had his moments of weakness"(157).

In 'n ander Engelse beslissing, Wilsher v Essex Area Health Authority(158), het 'n baba as gevolg van 'n vroeë geboorte 'n suurstoftekort ondervind. Die baba is in 'n spesiale eenheid opgeneem en tydens sy behandeling daar, is daar by twee geleenthede suurstof binne-aars aan hom toegedien. Later het dit geblyk dat 'n oormaat suurstof aan die baba toegedien is, met 'n gevolglike beskadiging van die baba se retina met uiteindelijke blindheid. Die beskadiging van die retina kon deur die toediening van 'n oormaat suurstof veroorsaak gewees het, maar ander siektetoestande wat gewoonlik by vroeggebore babas voorkom, kon ook sodanige beskadiging veroorsaak het. Beide die verhoorhof en die hof van appél het die eiser se eis om skadevergoeding, weens die hospitaal se nalatigheid, toegestaan. Die House of Lords het egter die appél van die verweerder gehandhaaf, die eis om skadevergoeding ter syde gestel en die saak vir herverhoor terugverwys. Dié hof beslis soos volg:

---

(157) supra 433 per Pain J.

"Where a plaintiff's injury was attributable to a number of possible causes, one of which was the defendant's breach of duty and the plaintiff's injury did not give rise to a presumption that the defendant had caused the injury. Instead the burden remained on the plaintiff to prove the causative link between the defendant's negligence and his injury, although the link could legitimately be inferred from the evidence. Since the plaintiff's condition could have been caused by any one of a number of different agents and it had not been proved that it was caused by failure to prevent excess oxygen being given to him, the plaintiff had not discharged the burden of proof as to causation"(159).

---

(158) [1987] 1 QB 730; vir 'n bespreking van dié saak sien Brahams "The Wilsher Case" 1988 Medico Legal Journal 49.

(159) supra [1988] 1 All ER 871 (HL) 872 883; vir verdere voorbeelde in die Engelse reg Kralj and Another v McGrath and Another [1986] 1 All ER 54 (QB) (skadevergoeding aan 'n eiseres toegeken as gevolg van verloskundige se nalatigheid: Eiseres was swanger met 'n tweeling. Die geboorte van die eerste baba was sonder komplikasies. Probleme het egter met die geboorte van die tweede baba ontstaan. Die eiseres het geweldige pyn ervaar. Die verloskundige het sy arm via haar vagina by haar ingedruk. Eiseres het gepoog om hom te keer, maar die verpleegpersoneel het haar vasgedruk. Hierdie proses het vir 40 minute aangehou. Die eiseres is toe na 'n operasiesaal geneem waar sy geboorte geskenk het aan die tweede baba nadat 'n keisersnee op haar uitgevoer is. Die tweede baba was egter baie swak en het breinskade gehad. Die kind is sowat agt weke later oorlede. As gevolg van die prosedure en die optrede van die verloskundige, het die eiseres geweldige pyn en vaginale bloeding vir drie maande ervaar. Verder was sy ook erg geskok oor die afsterwe van die tweede baba. Die hof het bevind dat die verloskundige se optrede heeltemal onaanvaarbaar was. Beide die verloskundige en die hospitaal het aanspreeklikheid aanvaar); Leckie v Brent and Harrow Area Health Authority [1982] 1 The Lancet 634 ('n baba se gesig is tydens geboorte deur die maak van 'n keisersnee deur 'n kliniese assistent in diens van die verweerder ernstig raakgesny. Die stelreël res ipsa loquitur is toegepas en die verweerder is aanspreeklik gehou); interessant is die ou saak van Rich v Piermont [1862] 3 F & F 35: Die eiseres (mev Rich) was swanger. Haar man het die verweerder, 'n geneesheer (Piermont) versoek om die eiseres tydens haar swangerskap by te staan. Beide die eiseres en haar man was geheelonhouers en het uitdruklik die verweerder versoek om op geen stadium die eiseres met drank of ander spiritualie te behandel nie. As gevolg van die feit dat die eiseres baie moeg en naar was het die verweerder voorgestel dat sy 'n bietjie jenever ("gin") in warm water drink. Die verpleegsuster het vir die verweerder 'n botteltjie met deursigtige vloeistof gegee en, menende dat die botteltjie

In die Engelse saak R v Bateman(160) het die strafregtelike aanspreeklikheid van 'n geneesheer tydens die geboorte van 'n kind ter sprake gekom. Die verweerder, 'n algemene praktisyn, is deur 'n vroedvrou ontbied om 'n vrou tydens geboorte van haar kind by te staan. Die verweerder het chloroform aan die vrou toegedien en gepoog om met behulp van instrumente die geboorte van die kind te induseer. Hierdie poging was egter onsuksesvol. Die verweerder het hierna 'n prosedure ('n sogenaamde "version") op die vrou uitgevoer. Dié spesifieke prosedure het die aanwending van redelike krag genoodsaak. Die verweerder het vir ongeveer 'n uur dié prosedure op die vrou toegepas en sy het uiteindelik geboorte aan 'n doodgebore baba geskenk. Die verweerder het egter met die verwydering van die plasenta ook per ongeluk 'n gedeelte van die vrou se uterus verwyder. Hy het die vrou twee keer per dag

---

inderdaad jenerwer bevat het, het die verweerder die vloeistof in 'n glas water gegooi wat die eiseres toe gedrink het. Die botteltjie het egter wynsteensuur en nie jenerwer bevat nie. Die eiseres het later aan 'n dooie kind geboorte geskenk. Die eiseres het aangevoer dat die verweerder die kind se dood nalatig veroorsaak het. Die hof (by monde van Earl CJ) het egter die jurie toegelig "that it was not enough to make Mr Piermont liable because some medical men, of far greater experience and ability, might have used a greater skill, nor even that he might possibly have used some greater degree of care. The question was whether there had been a want of competent care and skill to such an extent as to lead to a bad result. The mistake about the tartaric acid turned out to have been of no consequence" - gevolglik is die verweerder nie aanspreeklik gehou nie. In die Amerikaanse saak Graham v Sisco 449 SW 2d 949 (Arkansas 1970) is 'n baba se gesig ook tydens geboorte deur die maak van 'n keisersnee deur die verloskundige ernstig raakgesny. Op die basis van res ipsa loquitur is die verloskundige aanspreeklik gehou; vir verdere voorbeelde in die Amerikaanse reg, sien Ficarra 53; Holder 110; Harney 144.



-496-

besoek, maar nieteenstaande versoeke van die vrou se man en die vroedvrou om die vrou na 'n hospitaal oor te plaas, het hy nie hieraan gehoor gegee nie. Toe die vrou uiteindelik in die hospitaal opgeneem is, was dit te laat en is sy oorlede.

'n Nadoodse ondersoek is op die vrou uitgevoer: Haar blaas en gedeelte van haar rectum was geskeur; haar kolon was vergruis en haar uterus bykans heeltemal verwyder. Die verweerder is vir "manslaughter" aangekla. Daar is aangevoer dat die verweerder nalatig was deur (1) die interne organe van die oorledene te skeur deur die uitvoering van die "version"; (2) die verwydering van die uterus saam met die plasenta; en (3) sy versuim om die oorledene na 'n hospitaal te verwys. Die verweerder is skuldig bevind en tot ses maande gevangenisstraf gevonniss.

By appèl is daar aangevoer dat die verweerder, ten einde aanspreeklik vir "manslaughter" te wees, grof nalatig moes opgetree het en dat daar getuienis te dien effekte moes wees. Aangesien daar nie getuienis was om die aanklag genoem in (1) te bewys nie en dit onduidelik was of 'n jurie sodanige bevinding op die klagtes genoem in (2) en (3) sou gemaak het, is die skuldigbevinding en vonnis tersyde gestel (161).

---

(160) [1925] 94 LJKB 791.

(161) Vgl in hierdie verband die Suid-Afrikaanse saak van S v Nel supra: 'n Huisarts is weens die dood van 'n 22-jarige vrou kort na haar derde bevalling aan strafbare manslag skuldig bevind - sien die volledige bespreking van dié saak onder 2 1 5 supra.



'n Verdere voorbeeld van die mediese nalatigheid van 'n verloskundige, en wel weens die versuim om betyds 'n bloedoortapping op 'n pasgebore baba toe te pas, word in die Duitse regspraak(162) gevind. 'n Verloskundige het versuim om geelsug by 'n pasgebore baba in verband te bring met die onverenigbaarheid van Rhesus-faktore en om derhalwe onmiddellik 'n bloedoortapping op die baba toe te pas. Dié prosedure is egter eers twee dae later toegepas, maar ten spyte van verskeie bloedoortappings, is die baba dood. Selfs al sou die bloedoortappings onmiddellik toegepas gewees het, sou die baba moontlik nog gesterf het. Die hof bevind dat die verloskundige se versuim grof nalatig was en dat die bewyslas op die verloskundige "oorskuif" om te bewys dat selfs al sou die bloedoortapping onmiddellik en betyds toegepas gewees het, sodanige prosedure nie die baba se dood sou voorkom het nie. Die verloskundige kon hom nie van sodanige bewyslas kwyd nie en is gevolglik vir die dood van die baba aanspreeklik gehou.

2 2 2 3 "Wrongful birth" , "wrongful pregnancy" en  
wrongful life"

Gedurende die afgelope paar dekades was daar 'n toename van

---

(162) BGH 1978 NJW 584; vir 'n verdere bespreking van dié saak sien Deutsch "Judgment of the German BGH" 1979 IJML 248; vir verdere voorbeelde in die Duitse reg OLG Frankfurt 1988 NJW 1522; BGH 1989 NJW 1538-1541;

sake, veral in die VSA, waar skadevergoeding van geneeshere geëis is op grond van hul beweerde nalatigheid met betrekking tot kontrasepsie, sterilisasie en aborsies wat die geboorte van 'n sogenaamde ongewenste ("unwanted") kind tot gevolg gehad het. In sommige gevalle was die kind nie net "unwanted" nie, maar is die kind met een of ander gebrek gebore. Hierdie gevalle het aanleiding gegee tot die ontwikkeling van aksies teen geneeshere op grond van nalatigheid vir "wrongful birth", "wrongful conception" of "wrongful pregnancy" en "wrongful life" (163).

---

(163) Claassen & Verschoor 79 ev; Strauss Doctor Patient and the Law 175 ev; Blackbeard "Die Aksie vir 'Wrongful Life': To Be or Not To Be" 1991 THRHR 199; Boberg "An Action for Wrongful Life" 1964 SALJ 498; Brownlie "Wrongful Life: Is It a Viable Cause of Action in South Africa?" 1985 Responsa Meridiana 18; Cleaver "Wrongful Birth - The Dawning of a New Action" 1991 SALJ 47; Lind "Wrongful Birth and Wrongful Life Actions" 1992 SALJ 428; Louw "Wrongful Life: 'n Aksie Gebaseer op die Onregmatige Verorsaking van Lewe" 1987 TSAR 199; Strauss "Voluntary Sterilisation for Convenience: The Case of The Unwanted Child" 1990 Consultus 93 ev; Kennedy & Grubb 807 ev; Hilliard "Wrongful Birth: Some Growing Pains" 1985 MLR 224; Robertson "Wrongful Life" 1982 MLR 697; Holder 33; Annotasie 61 Am Jur 2d 430 ev; Chapman "Debating the Question of Wrongful Life" 1982 Medicine and Law 105; Cohen "Park v Chessin: The Continuing Development of the Theory of Wrongful life" 1978 American Journal of Law and Medicine 232; Foutz "Wrongful Life: The Right Not to Be Born" 1980 Tulane Law Review 480; Lehr & Hirsh "Wrongful Conception Birth and Life: A Question of Validity" 1983 Medicine and Law 199; Robertson "Civil Liability Arising from Wrongful Birth Following Unsuccessful Sterilization Operation" 1978 American Journal of Law and Medicine 131; Snyderman "Wrongful Life and Wrongful Birth Claims: Judicial Recognition and Acceptance" 1985-1986 Medical Trial Technique Quarterly 15; Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht 160 ev; Laufs & Uhlenbruck 724; Laufs 1994 NJW 1568; Stoll "A Doctor's Liability for the Unwanted Birth of a Child" 1989 CILSA 206; Waibl "Kindesunterhalt als Schaden ('wrongful life') 1987 NJW 1513-1521 (vir 'n omvattende bespreking in Duitse reg); vir 'n regsvergeljke bespreking in die onderhawige regstelsels Giesen International Malpractice 242 ev. In die bespreking hier sal die terme "wrongful birth", "wrongful life" en "wrongful conception" deurgaans gebruik word sonder om die begrippe in die Afrikaanse idioom te probeer vertaal.

2 2 2 3 1 Omskrywing van die begrippe

Eise teen geneeshere op grond van "wrongful birth" , "wrongful pregnancy" en "wrongful life" moet van mekaar onderskei word. In 'n onlangse Suid-Afrikaanse saak, Friedman v Glicksman (164) is dié begrippe soos volg van mekaar onderskei en omskryf:

"Wrongful pregnancy' refers to those cases where the parents of a healthy child bring a claim on their own behalf for the damages they themselves suffered as a result of giving birth to an unwanted child ... 'Wrongful birth' are those claims brought by parents who claim they would have avoided conception or terminated the pregnancy had they been properly advised of the risk of the birth defects to the potential child ... 'Wrongful life' actions are those brought by the child on the basis that the doctor's negligence - his failure to adequately inform the parents of the risk - has caused the birth of the disabled child. The child argues that, but for the inadequate advice, it would not have been born to experience pain and suffering attributable to the disability"(165).

Aksies op grond van "wrongful pregnancy/conception" en "wrongful birth" kan óf op delik óf op kontrak gebaseer wees. Gewoonlik word hierdie aksies egter op delik gebaseer mits die eiser al die ander elemente van die delik kan bewys (166). Waar sodanige aksies egter op kontrak gebaseer is, moet die eiser natuurlik aantoon dat die geneesheer en die eiser 'n kontrak gesluit het en dat die eiser skade gely het (167).

---

(164) 1996 (1) SA 1134 (W); die feite van die saak word hieronder volledig bespreek.

(165) supra 1138 (eie onderstropping); hierdie omskrywing is in die algemeen in ooreenstemming met verskeie omskrywings en uiteensettings soos blyk in die literatuur wat in vn (163) supra vermeld word.

2 2 2 3 2 Eise gebaseer op "wrongful conception/  
pregnancy/birth"

(166) Administrator, Natal v Edouard 1990 (3) SA 581 (A) 590: "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 ... although an unwanted birth as such cannot constitute a 'legal loss' (ie a loss recognised by law), the burden of the parents' obligation to maintain the child is indeed a legal loss for which damages may be recovered"; Friedman v Glicksman supra 1139: "I intend dealing first with the question of whether or not our law can recognise a 'wrongful birth' claim arising either from breach of contract or delict. The defendant submitted that, inter alia, plaintiff had no cause of action ... This submission misconstrues the nature of a 'wrongful birth' claim. The claim is based upon the fact that, but for the defendant's negligent advice, the plaintiff would have had her pregnancy terminated. Thus the defendant is responsible and caused the child, with her disabilities, to be born ... The negligent failure to implement medical procedures properly was causative of the birth of the child ... The requirements for such an action are a wrongful act committed with the fault (either negligent or intentional) of the defendant which causes the plaintiff to suffer some harm. A doctor acts wrongly if he either fails to inform his patient or incorrectly informs his patient of such information she should reasonably have in order to make an informed choice of whether or not to proceed with her pregnancy or to legally terminate such pregnancy. The fault element of the delict is to be found in the foreseeability of harm which the doctor-patient relationship gives to the doctor ... I am accordingly satisfied that in regard to her claims ... plaintiff's particulars of claim contain averments sufficient to sustain an action. This cause of action appears to me to be a logical extension of the principle enunciated by the Appellate Division in Edouard's case supra". Hierdie beginsel (dat 'n geneesheer in hierdie gevalle deliktueel aanspreeklik kan wees) geld ook in die Engelse, Amerikaanse en Duitse reg: Hilliard 1985 MLR 224; Davidson "Torts - Wrongful Pregnancy - Ordinary Costs of Raising Healthy Child Not Recoverable" 1987 Tennessee Law Review 153 156 ev; Stoll 1989 CILSA 206; Waible 1987 NJW 1513; BGH 1980 NJW 1903.

(167) Die fokus in die onderhawige bespreking is op die deliktuele aanspreeklikheid van die geneesheer in hierdie gevalle; die kontraktuele aanspreeklikheid van die geneesheer val buite die bestek van hierdie proefskrif en derhalwe word die aspek nie verder bespreek nie. Daar dien gemeld te word dat geneeshere in Engeland, die VSA en Duitsland natuurlik ook kontraktueel aanspreeklik gehou kan word.

Eise om skadevergoeding teen geneeshere op grond van hul beweerde nalatigheid het in hierdie gevalle, vir sover vasgestel kon word, hul ontstaan in die VSA gehad(168). Reeds in 1957 in die saak van Shaheen v Knight(169) is 'n eis teen 'n geneesheer op grond van sy nalatige versuim om 'n vrou suksesvol te steriliseer, ingestel. As gevolg van die onsuksesvolle sterilisasie is 'n normale en gesonde (dog ongewenste) kind gebore. Die hof het die eis om skadevergoeding egter afgewys op die basis dat sodanige eis nie 'n skuldoorsaak openbaar nie en in elk geval teen die gemeenskapsbelang ("public policy") indruis.

Die Amerikaanse howe huldig vandag nie meer hierdie standpunt nie en erken bykans universeel die beginsel dat 'n nalatige "wrongful conception/pregnancy/birth" wel 'n eisoorzaak daarstel (170). In die beslissing van Troppe v Scarf (171) is die gemeenskapsbelang en ander beleidsoorweginge, as regverdiging vir die negering van enige eisoor sake in hierdie gevalle, uitdruklik soos volg verwerp:

---

(168) Holder "Malpractice Liability in Genetic Counselling" 19 POF 2d 485 494; Holder 7 POF 2d 586; Annotasie 61 Am Jur 2d 430 ev; in die onderhawige bespreking word daar afgewyk van die algemene verwysingsmetode met betrekking tot die volgorde van verwysing na die verskillende regstelsels: Aangesien dié aksies hul ontstaan eerste in die VSA gehad het en die ander regstelsels onder bespreking die Amerikaanse reg in sommige opsigte nagevolg het, word daar eers na die Amerikaanse reg en dan na die Engelse, Duitse en Suid-Afrikaanse reg verwys.

(169) 11 D & C 2d 41 (1957).

(170) Holder 19 POF 495; Lehr & Hirsh 1983 Medicine & Law 199; Custodio v Bauer 59 Cal Rep 463 (1967); Gleitman v Cosgrove 49 NJ 22 (1967); volgens Davidson 1987 Tennessee

"To say that for reasons of public policy contraceptive failure can result in no damage as a matter of law ignores the fact that tens of millions of persons use contraceptives daily to avoid the very result which the defendant would have us say is always a benefit, never a detriment. These tens of millions of persons, by their conduct, express the sense of the community" (172).

In Custodio v Bauer (173) het die aard en omvang van die skadevergoeding waarvoor 'n geneesheer in hierdie gevalle aanspreeklik gehou kan word, ter sprake gekom. Die eiseres het skadevergoeding van die verweerder gevorder as gevolg van 'n onsuksesvolle sterilisasie wat deur hom uitgevoer is. Daar is aangevoer dat die verweerder tydens die prosedure die Fallopieaanse buise nalatig beskadig het. As gevolg daarvan het die eiseres swanger geraak en aan 'n normale en gesonde kind (weliswaar haar tiende) geboorte geskenk. Die hof bevind dat die konsepsie en geboorte van die kind deur die verweerder se

---

LR 156 is dit nog net in die staat Nevada wat hierdie aksies nie erken word nie.

(171) 187 NW 2d 511 (Mich App 1971).

(172) supra 517; die beginsel in hierdie saak is in navolging van uitsprake van die Amerikaanse Hooggeregshof, (Griswold v Connecticut 382 (US) 479 (1965) en Roe v Wade 410 US 113 (1973)) waarin die grondwetlike regte van swanger vroue pertinent beskerm is; sien Berman v Allan 404 A 2d 8 (New Jersey 1979); Sherlock v Stillwater Clinic 260 NW 2d 169 (Minn Supp 1977) 169 174: "Pretermittting moral and theological considerations, we are not persuaded that public policy considerations can properly be used to deny recovery to parents of an unplanned, healthy child of all damages proximately caused by the negligent performed sterilization operation. Analytically, such an action is indistinguishable from an ordinary medical negligence action where a plaintiff alleges that a physician has breached a duty of care owed to him with resulting injurious consequences. Where the purpose of the physician's actions is to prevent conception or birth, elementary justice requires that he be held legally responsible for the consequences which have in fact occurred".



nalatigheid veroorsaak is. Op die basis van die gewone deliktuele beginsels ken die hof volle skadevergoeding aan die eiseres toe. Benewens die normale skadevergoeding (koste van die onsuksesvolle sterilisasie, en kostes met betrekking tot pyn en lyding en finansiële verlies) maak die hof 'n spesifieke toekenning vir die opvoeding en die onderhoud van die onwelkome kind.

Die meeste howe van die verskillende state in die VSA is tot op hede nie bereid om volle skadevergoeding (met insluiting van skadevergoeding vir opvoeding en onderhoud ("child-rearing costs")) aan eisers in hierdie gevalle toe te staan nie. In die meerderheid van uitsprake was die Amerikaanse howe slegs bereid om skadevergoeding vir mediese onkoste en emosionele en finansiële verlies toe te ken (174).

---

(173) supra; sien Speck v Feingold 439 A 2d 110 (Pa 1981) (kind gebore met neurofibromatose as gevolg van 'n nalatige sterilisasie en aborsie wat deur die verweerder uitgevoer is; volle skadevergoeding is aan die eisers toegeken); in Park v Chessin (gerapporteer in Becker v Schwartz 413 NYS 3d 895 (NY 1978)) is skadevergoeding ook toegeken vir die opvoeding en onderhoud van die kind, maar nie vir die emosionele verlies van die ouers nie; vir 'n bespreking van dié saak Cohen 1978 American Journal of Law and Medicine 232.

(174) Berman v Allen supra; Flowers v District of Columbia 478 A 2d 1073 (DC 1984); Turpin v Sortini 174 Cal Rptr 128 (Cal App 1981); Davidson 1978 Tennessee LR 163: "United States courts have reasoned in particular that full recovery would place an unreasonable burden on the defendant, that it would have been reasonable for the mother to abort the foetus or give the child up for adoption, or that one cannot place a value on the life of a child"; vir verdere voorbeelde van sake waar howe in VSA nie bereid was om skadevergoeding vir die opvoeding en onderhoud van 'n "unwanted" kind toe te staan nie: Holder 19 POF 2d 496 ev; Holder 7 POF 586 ev; Lehr & Hirsch 1983 Medicine and Law 200; contra die kommentaar en kritiek wat Giesen International Malpractice 245 op hierdie standpunt van die Amerikaanse regspraak het: "It can well be



Udale v Bloomsbury Area Health Authority (175) is een van die eerste sake in die Engelse reg waar skadevergoeding van 'n geneesheer op grond van "wrongful birth" gevorder is. In die saak het die eiseres en haar man om finansiële redes besluit om nie meer kinders te hê nie (die egpaar het reeds vier dogters gehad). 'n Sterilisasie deur 'n geneesheer, wat in diens van die verweerder was, is op die eiseres uitgevoer. Die prosedure was egter nie suksesvol nie en die eiseres het ontdek dat sy swanger was. Haar swangerskap was te ver gevorder om 'n aborsie te ondergaan en het sy aan 'n normale en gesonde seun geboorte geskenk. Die geboorte van die kind het meegebring dat die egpaar hulle beskeie huis moes vergroot en verdere finansiële uitgawes aangaan. In 'n daaropvolgende eis om skadevergoeding weens die nalatige onsuksesvolle sterilisasie, het die verweerder toegegee dat die hospitaalowerheid aanspreeklik was vir die onkoste van die sterilisasie, mediese uitgawes, emosionele skok en verlies aan inkomste wat die eiseres as gevolg van die swangerskap gely het. Die hof moes gevolglik slegs beslis of die eiseres geregtig was op skadevergoeding met betrekking tot onkoste vir die

---

argued that denying child-rearing costs in wrongful birth actions involving healthy children goes directly against traditional tort (and delict) law principles, and also against the public policy in favour of holding professionals responsible for the consequences of their negligence. To deny child-rearing expenses would also interfere with the constitutional right to choose not to procreate"; ook (245 vn 197): "Further it ignores the fact that both pregnancy and the child-rearing costs are foreseeable consequences of a negligently performed sterilization which but for the physician's negligence would have been forestalled".

aanbouing van die huis, en onkoste vir die opvoeding en onderhoud van die kind tot en met sy seftiende verjaarsdag. Die hof het wel skadevergoeding vir die onkoste ten aansien van die aanbouing van die huis toegeken, maar was op die basis van gemeenskapsbelange ("public policy") nie bereid om enige skadevergoeding vir die kind se opvoeding en onderhoud toe te staan nie (176).

---

(175) [1983] 2 All ER 522 (QB); sien die vroeëre saak van Scuriaga v Powell [1979] 123 SJ 406 (eis om skadevergoeding vir 'n onsuksesvolle aborsie ten gevolge waarvan 'n gesonde kind gebore is; 'n eis vir die opvoedingskoste van die kind is egter nie ingestel nie). (176) supra 527-528: "The considerations [of public policy] that particularly impress me are the following: 1) it is highly undesirable that any child should learn that a court has publicly declared his life or birth to be a mistake, a disaster even, and that he or she is unwanted and rejected. Such pronouncements would disrupt families and weaken the structure of society. 2) A plaintiff such as Mrs Udale would get little or no damages because her love and care for the child and her joy, ultimately, at his birth would have to be set off against and might cancel out the inconvenience and financial disadvantages which naturally accompany parenthood. By contrast, a plaintiff who nurtures bitterness in her heart and refuses to let her material instincts take over would be entitled to large damages. In short virtue would go unrewarded; unnatural rejection of womanhood and motherhood would be generously compensated ... 3) Medical men would be under subconscious pressure to encourage abortion in order to avoid claims for medical negligence ... 4) It has been the assumption of our culture from time immemorial that a child coming into the world even if as some say, 'the world is a vale of tears', is a blessing and an occasion for rejoicing" (per Jupp J); sien egter die kritiek, myns insiens tereg, op dié uitspraak van Cleaver 1991 SALJ 55: "It is submitted that the judgment of the court is not logical. The same criticism applies here as applied to the limited damage rule in the United States. To accept that there was damage and award damages for loss of earnings, anxiety, shock medical expenses and even costs of altering the house, but then not to award damages for the rearing of the child on the basis that this does not constitute damage is illogical. All the damage stemmed from the self-same cause - the negligent sterilization. An unwanted child cannot both be damage and not damage at the same time. In fact, one might say that the court has allowed damages for loss of earnings caused by the granting of a blessing (a healthy child), as well as damages for the cost of housing a 'blessing', but not for the cost of feeding, education

In 'n verdere Engelse saak, Emeh v Kensington and Chelsea and Westminster Area Authority (177), het die eiseres nadat 'n nalatige sterilisasie op haar uitgevoer is, aan 'n kind met 'n kongenitale gebrek geboorte geskenk. Die eiseres het eers gedurende die twintigste week van haar swangerskap uitgevind dat sy inderdaad swanger was. Die verhoorhof het beslis dat die eiseres nie op enige skadevergoeding geregtig was nie omdat sy nie haar eie skade beperk het deur nie 'n aborsie te ondergaan nie.

By appèl het die Court of Appeal (178) die eiseres se appèl gehandhaaf en skadevergoeding aan haar toegeken vir onder meer pyn, lyding en verlies aan toekomstige genietinge. Die hof het geen bevel met betrekking tot die opvoeding en onderhoud van die kind gemaak nie.

In Thake & Another v Maurice (179), het die Thake-egpaar besluit om weens finansiële oorwegings nie meer kinders te hê nie. Die verweerder, 'n chirurg, het 'n vasektomie op mnr Thake uitgevoer, nadat die egpaar 'n standaard toestemmingsvorm vir dié prosedure onderteken het. Die chirurg het aan die egpaar voorgelê dat mnr Thake ná die vasektomie heeltemal steriel sou wees. Die effek van die vasektomie was egter nie permanent van aard nie en mev

---

and caring for the 'blessing'"; vir 'n verdere bespreking van die Engelse reg Kennedy & Grubb 807 ev; Hilliard 1985 MLR 224; Symmons "Policy Factors in Actions for Wrongful Birth" 1987 MLR 269.

(177) [1984] 3 All ER 1044 (QB).

(178) supra [1985] QB 1012 (CA).

Thake het later swanger geraak. Die egpaar het 'n eis om skadevergoeding (gebaseer op kontrak en delik) teen die verweerder ingestel. Die eis gebaseer op kontrak is afgewys op die basis dat meerderheid van die Court of Appeal(180) van mening was dat die verweerder geen waarborg aan die eisers gegee het dat die vasektomie tot permanente steriliteit sou lei nie. Die eisers se eis wat op delik gebaseer was, het egter geslaag en skadevergoeding is aan hulle toegeken. Die vraag of die eisers geregtig was op skadevergoeding vir onkoste met betrekking tot die opvoeding en onderhoud van hul kind wat normaal gebore is, is egter nie deur die hof aangespreek nie(181). Hierdie vraag is ook nie deur die Engelse hof in die meer onlangse saak van Gold v Haringey Health Authority(182) aangespreek nie, en derhalwe wil dit voorkom of daar in dié verband in die Engelse reg nog nie uitsluitel is nie. Engelse howe is egter wel bereid om skadevergoeding toe te ken vir die onderhoud van 'n "unwanted child".

In die Duitse reg het die Bundesgerichtshof (183), na verskeie teenstrydige beslissings van laer howe (184), bepaalde algemene beginsels neergelê met betrekking tot

---

(179) supra [1984] 2 All ER 513 (QB).

(180) supra [1986] 1 ALL ER 497 (CA).

(181) Die verhoorhof het wel skadevergoeding aan die eisers vir onderhoud vir die kind toegeken en hierdie aspek is nie by appél geopper nie.

(182) [1987] 2 All ER 888 (CA); sien Eyre v Measday [1986] 1 All ER 488 (CA) ('n onsuksesvolle sterilisasie wat tot gevolg gehad het dat eiseres se kind gebore is. Haar eis om skadevergoeding is egter van die hand gewys omdat sy geen nalatigheid aan die kant van die geneesheer kon bewys nie).

eise om skadevergoeding teen geneeshere, voortspruitend uit nalatige sterilisasies en aborsies. In gevalle van onsuksesvolle sterilisasies is die geneesheer se privaatregtelike aanspreeklikheid beperk tot sogenaamde "Planungsschadung": Hiervolgens is 'n eiseres slegs geregtig op skadevergoeding met betrekking tot basiese onderhoud van die kind wat as gevolg van die nalatige sterilisasie gebore is. In gevalle waar 'n geboorte van 'n kind gevolg het op 'n onsuksesvolle en nalatige aborsie, is die geneesheer se aanspreeklikheid nie net beperk tot "Planungsschadung" nie, maar kan die eiseres alle finansiële skade wat gevolg het op die nalatige optrede van die geneesheer en die ongewenste swangerskap vorder (185).

---

(183) BGH 1980 NJW 1450 1452; Laufs & Uhlenbruck 727: "Der ersatzpflichtige Schaden besteht in dem Unterhaltsanspruch des Kindes gegen die Eltern und entsprechen in den Unterhaltspflichten der Eltern gegenüber dem Kind"; sien OLG Düsseldorf 1975 NJW 595; LG Freiburg 1977 NJW 340; BGH 1987 NJW 2934-2935

(184) Stoll 1989 CILSA 206 vir voorbeelde van dié regspraak; Waibl 1987 NJW 1514; BGH 1987 NJW 2934.

(185) BGH 1980 NJW 1452; Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht 164 ev; Giesen International Malpractice 247 ev; Laufs & Uhlenbruck 727; Waibl 1987 NJW 1518; sien OLG Braunschweig 1980 NJW 643; BGH 1981 NJW 630; BGH 1981 NJW 2002; OLG Frankfurt 1983 NJW 341; BGH 1983 NJW 1371; BGH 1984 NJW 2625; sien die kritiek op die beslissing van die BGH 1980 NJW 1450 1452 deur Cleaver 1991 SALJ 58: "It is submitted that this construction arrived at by the Bundesgerichtshof is both illogical and contrary to the normal principles of damages. Having made the 'quantum leap' of accepting that a child could be damaged, the court then tried to limit the amount of damages awarded. It is surely illogical to say that at stage one the child is damaged, but at stage two it may not in fact be so ... It seems that what the Bundesgerichtshof in fact did was, having decided that a child could be damaged to balk at the idea of actually awarding damages for it - owing probably to an unarticulated fear of rampant and indeterminate liability should full damages be awarded. Two further points need to be stressed. The first is that the Bundesgerichtshof has striven to confine awards of

In die Suid-Afrikaanse saak van Behrmann and Another v Klugman(186) het 'n eis op grond van "wrongful conception" vir die eerste keer in die Suid-Afrikaanse reg ter sprake gekom. Die eisers (mnr en mev B) het skadevergoeding in die bedrag van R299 609 van die verweerder, 'n chirurg, gevorder op grond van die geboorte van 'n gesonde kind nadat die verweerder 'n onsuksesvolle vasektomie op mnr B uitgevoer het. Die eisers se eis was op beide kontrakbreuk en nalatigheid aan die kant van die verweerder gebaseer. Die eisers het onder meer aangevoer dat die chirurg onderneem het om die vasektomie suksesvol uit te voer met die nodige sorg en vaardigheid en dat die prosedure permanente steriliteit by mnr B tot gevolg sou hê. Die verweerder het ontken dat hy kontraktueel of deliktueel aanspreeklik was. Die hof bevind egter dat die eisers nie op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys het dat die ooreenkoms tussen die partye wel 'n uitdruklike of stilswyende bepaling bevat het waarvolgens die verweerder permanente sukses van die vasektomie gewaarborg het nie (187).

---

damages to those injuries which the procedure was designed to avoid; thus, if a woman underwent a sterilization because she feared her future children would be born handicapped, and as a result of the doctor's negligence the operation failed and a healthy child was born, no damages will be awarded to the parents. Secondly, even when damages are rewarded for maintenance, they cover only ordinary maintenance costs computed on a fixed basic scale and do not include additional expenditure which well-off parents may incur on a child".

(186) 1988 (W) ongerapporteer; bespreek deur Strauss Doctor Patient and the Law 176 ev; Strauss 1988 SAPM 6.



In die eerste gerapporteerde Suid-Afrikaanse beslissing in dié verband, Edouard v Administrator Natal(188), is die feite soos volg: Die eiser, in sy hoedanigheid as administrateur van die gesamentlike boedel van hom en sy vrou met wie hy binne gemeenskap van goedere getroud was, het die verweerder as die uitvoerende gesag van die Natal se Provinsiale Administrasie (NPA) vir skadevergoeding gedagvaar, op grond van die NPA se versuim om 'n sterilisasie-operasie op die eiser se vrou uit te voer. Terwyl die eiser se vrou met hul derde kind swanger was, het die eiser se vrou, behoorlik bygestaan deur die eiser, 'n ooreenkoms met die NPA gesluit waarvolgens die NPA onderneem het om die eiser se vrou te steriliseer. Die prosedure het behels dat die vrou se buise afgebind sou word ten tye van die bevalling van haar derde kind. Gedurende die geboorte van die derde kind met 'n keisersnee, het die NPA egter nalatig versuim om die vrou se buise te laat afbind. 'n Paar maande later het die eiser se

---

(187) Die hof (by monde van Melamet R) het tot dié bevinding in navolging van die Engelse regspraak, Eyre v Measday supra, gekom. Alhoewel die hof bevind het dat die geneesheer nie kontraktueel aanspreeklik is nie, wil dit voorkom of die hof dit nie nodig geag het om die moontlike deliktuele aanspreeklikheid van die geneesheer aan te spreek nie; vgl Chalk v Fassler 1995 WLD ongerapporteer, bespreek deur Strauss 1995 SAPM 12 (in dié saak het die eiseres skadevergoeding van die verweerder, 'n geneesheer, gevorder vir die geboorte van haar kind weens die beweerde nalatige versuim van die verweerder om 'n aborsie op die eiseres uit te voer. Nadat die aborsie op haar uitgevoer is, het die eiseres agtergekom dat sy nog steeds swanger was. Sy het egter later besluit om die kind te hou en nie weer 'n verdere aborsie te ondergaan nie. Die eis teen die geneesheer het egter nie geslaag nie omdat die hof van mening was dat "even with the exercise of requisite degree of care and skill abortions do occasionally fail". Die hof bevind dat die verweerder nie nalatig was nie.



vrou egter weer swanger geraak. Die eiser het 'n eis om skadevergoeding teen die NPA op grond van kontrakbreuk ingestel (189). Dit was gemeensaak dat die eiser en sy vrou, na die geboorte van hul derde kind, redelikerwys geglo het dat haar buise wel afgebind was en dat dit nie meer nodig sou wees om voorbehoedmiddels te gebruik nie.

Die hof het die argument van die verweerder, dat alhoewel die ooreenkoms vir die sterilisasie geldig en afdwingbaar was, die skadevergoeding wat die eiser op grond van die kontrakbreuk vorder nie verhaalbaar is weens gemeenskapsbelange, verwerp (190). Die hof het skadevergoeding nie net vir die onkoste van 'n verdere sterilisasie nie, maar ook 'n bedrag van R22 500 ten aansien van die onderhoud van die kind tot en met haar agtiende verjaarsdag, aan die eiser toegeken (191).

---

(188) 1989 (2) SA 368 (D); vir 'n verdere bespreking van dié saak Claassen & Verschoor 82; Strauss Doctor Patient and the Law 177 ev; Cleaver 1991 SALJ 59 ev.

(189) Alhoewel hierdie saak 'n voorbeeld is van die kontraktuele aanspreeklikheid van 'n geneesheer in hierdie gevalle, is dieselfde beginsels mutatis mutandis ook op deliktuele aanspreeklikheid van toepassing - daar kan dus in hierdie opsig saamgestem word met Cleaver 1991 SALJ 61: "In this regard it is significant that the action was based in contract ... However, there appears no reason why such action should not be brought in delict in South Africa. There can be little quarrel with an action brought in delict by a parent for damages for wrongful birth, at least in so far as certain of the damages are concerned. Provided, of course, that the doctor was negligent in performing the operation, all the other elements of a delict should be easy to establish. Thus recoverability of damages for the costs of the pregnancy, loss of earnings while pregnant, loss of the amenities of life, costs of re-sterilization and pain and suffering ought to present no special problems". Sien ook die regterlike erkenning van die beginsel in ons regspraak soos bespreek in vn (166) hierbo met verwysing na die Eduoard (Van Heerden AR se uitpraak by appèl) en Friedman v Glicksman supra. (190) supra 381: "The arguments in favour of denying

Die appèl van die verweerder na die Appèlafdeling was onsuksesvol(192). Die verhoorhof het die eiser se eis vir algemene skade (vir pyn, lyding en verlies van toekomstige lewensgenietinge) wat die eiser namens sy vrou gevorder het, van die hand gewys op die basis dat eiser se eis slegs op kontrak gebaseer was en die hof was nie bereid om skadevergoeding wat eie aan deliktuele eise is by vorderings wat op kontrak gebaseer is, te inkorporeer nie(192). Hierdie aspek van die verhoorhof se bevinding is by appèl deur die Appèlafdeling bekragtig(193).

By appèl het is daar namens die Administrateur (die

---

the parents' claim, in wrongful birth actions, for damages in respect of maintenance of the child have an emotive quality which tends to obscure the fallacies underlying the reasoning ... The loss which the parents complain of is an economic loss which cannot and need not be weighed against the value of life of the child. The emotional benefits which the birth of the child bestows on the parents do not increase their patrimony and are irrelevant in the determination of the quantum of damages" en verder: "The community would rather ... see that the child is adequately provided for, even if this means imposing liability on the doctor who failed to perform a promised operation or who did so carelessly. It would be fair and equitable that liability to provide for the maintenance of the child should fall on the doctor through whose neglect it was born, rather than ... on the parents who, because of their inability to provide adequately for the child, had not wanted to have it" (per Thirion R) - die Appèlafdeling het met hierdie bevinding van die verhoorhof saamgestem: supra 589-592.

(191) supra 395.

(192) supra 588-593.

(193) supra 593-597 veral 597: "Ex delicto such damages may only be claimed if the tortfeasor acted intentionally or negligently. By contrast, fault is not a requirement for a claim for damages based upon a breach of contract. The proposed extension of liability would therefore result in the anomalous situation that damages may be recovered ex contractu under circumstances where no action ex delicto would lie".

appellant) ook aangevoer dat 'n ouer in regsplig het om sy kind te onderhou - 'n regsplig wat ingevolge die toekenning van die verhoorhof van die vader van die kind na die appellant verskuif is. Sodanige verskuiwing van dié regsplig, só is aangevoer, druis in teen die gemeenskapsbelang. Hierdie argument is ook deur die Appèlafdeling verwerp. Dié hof was van mening dat daar nie 'n verskuiwing van die vader se regsplig plaasgevind het nie; dat die vader regtens verplig is om die kind te onderhou; en dat die toekenning van die skadevergoeding deur die verhoorhof die vader ten minste in staat sou stel om wél die kind te kan onderhou (194).

Na die uitspraak in die Edouard-beslissing is dit duidelik volgens die Suid-Afrikaanse reg dat in gevalle waar eise om skadevergoeding teen geneeshere op grond van nalatige "wrongful conception/pregnancy/birth" ingestel word, geneeshere deliktueel vir die onderhoud van die "ongewensde" kind aanspreeklik gehou kan word (195).

---

(194) supra 592-593; daar dien gemeld te word dat die Edouard-beslissing oor kontraktuele aanspreeklikheid en nie deliktuele aanspreeklikheid gegaan het nie - vgl vn (189) supra.

(195) Strauss Doctor Patient and the Law 179 197; Cleaver 1991 SALJ 65: "Perhaps the most valuable aspect of both decisions in Edouard is that both courts recognise that the birth of a child can, in principle, be damage" - met spesifieke verwysing na die uitspraak van Van Heerden AR 590: "The 'wrong' consists not of the unwanted child as such, but of the prior breach of contract (or delict) which led to the birth and the consequent financial loss"; sien Friedman v Glicksman supra 1139 A-D waar die hof die Appèlhof se uitspraak in die Edouard-beslissing toepas (hierdie saak word hieronder bespreek in die konteks van "wrongful life"); sien Chalk v Fassler supra.

2 2 2 3 3 Eise gebaseer op "wrongful life"

Eise om skadevergoeding op grond van "wrongful life"(196) het, net soos in die bovermelde gevalle, in die VSA ontstaan. In die saak van Zepeda v Zepeda(197) het die bestaansreg van 'n eis gebaseer op "wrongful life" vir die eerste keer ter sprake gekom. In dié saak het die eiser, wat die buite-egtelike seun van die verweerder was, skadevergoeding van die verweerder op grond van "wrongful life" gevorder. Die eiser het aangevoer dat sy skade lê in die feit dat hy 'n buite-egtelike kind is, welke status onregmatig teweeggebring is deur die verweerder se versuim om met die eiser se moeder in die huwelik te tree. Die verweerder het vir etlike jare 'n buite-egtelike verhouding met die eiser se moeder bedryf; ten spyte van herhaaldelike beloftes dat hy wel met haar sou trou, het hy dit nooit gedoen nie omdat hy reeds getroud was. Die eiser het onder meer aangevoer dat sy geboorte deur die bedrog van die verweerder veroorsaak is. Die Appêlhof van Illinois wys die eiser se eis van die hand en verklaar:

"The plaintiff seeks damages for the deprivation of his right to be a legitimate child, to have a normal home, to have a legal father, to inherit from his

---

(196) Sien die omskrywing van dié begrip supra.

(197) 190 NE 2d 849 (Ill App 1963); alhoewel dié saak nie betrekking het op nalatige "wrongful life" nie, word daar na die saak verwys as "beginpunt" van dié aksie: sien ook Williams v State of New York 223 NE 2d (NY App 1966), waar die hof in navolging van die Zepeda-beslissing die eiser se eis op grond van "wrongful life" afgewys het: "Being born under one set of circumstances rather than another or to one pair of parents rather than another is not a suitable wrong that is cognizable in court".

parental ancestors and for being stigmatised as a bastard ... Recognition of the plaintiff's claim means creation of a new tort; a cause of action for wrongful life. The legal implications of such a tort is vast, the social impact could be staggering. If the new litigation were confined just to illegitimates it would be formidable ... That the doors of litigation would be opened wider might make us proceed cautiously in approving a new action, but it would not deter us ... What does disturb us is the nature of the new action and the related suits which would be encouraged. Encouragement would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. 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"(198).

Teen hierdie agtergrond, openbare gemeenskapsbelange en beleidsoorwegings, wat die moontlike aanwending van "wrongful life" in die mediese wanpraktyklitigasie betref, het die meerderheid van die Amerikaanse houe oor die afgelope dekades beslis dat eise gegrond op "wrongful life" in beginsel geen bestaansreg het nie. Die Amerikaanse regspraak in dié verband bevestig die eeu-oue skeppingsbeginsel dat die mens en die inhoud van menslike lewe voorrang in die skeppingsleer geniet en dat enige vorm van menslike lewe, selfs verwronge en gestrem, meer aanvaarbaar is as geen vorm van lewe nie (199).

---

(198) supra 849 ev; hierdie dictum is relevant aangesien uiteensetting gegee word van die aard en omvang van dié aksie en regterlike voorbehoude stel vir die nie-erkenning daarvan; sien Nota "Tort Liability for Wrongfully Causing One to Be Born" 83 ALR 3d 15 ev.

(199) Vir verdere bespreking en voorbeelde in die Amerikaanse reg: Holder 19 POF 2d 500; Annotasie 61 Am Jur 2d 432; Lehr & Hirsh 1983 Medicine and Law 203 ev; Gleitman v Cosgrove supra; Philips v United States 508 F Supp 537 (South Carolina 1980)(eis van "wrongful life" deur die hof verwerp); Speck v Finegold supra 508: "Thus a cause of action brought on behalf of an infant seeking recovery for a 'wrongful life' on grounds she should not

In die Engelse saak van McKay and Another v Essex Area Health Authority and Another (200) het 'n swanger vrou Duitse masels in 'n vroeë stadium van haar swangerskap opgedoen. Alhoewel daar roetine bloedtoetse op haar in hierdie stadium deur haar geneesheer uitgevoer is, het hy egter nie 'n infeksie gediagnoseer nie en gevolglik is die kind met ernstige liggaamlike gebreke gebore. In 'n eis om skadevergoeding teen die geneesheer en hospitaal weens nalatigheid, is daar namens die kind aangevoer dat die geneesheer nalatig versuim het om die infeksie te diagnoseer en te behandel en ook nie die vrou beraad het oor die wenslikheid om 'n aborsie te ondergaan nie. Die kind het onder meer skadevergoeding geefs vir haar "entry into a life in which her injuries were highly debilitating". Die eis om skadevergoeding was nie net gebaseer op die beweerde nalatigheid van die geneesheer nie, maar ook op "wrongful life". Die hof beslis dat die eis gebaseer op "wrongful life" teen die openbare

---

have been born, demands calculation of damages dependant on a comparison between Hobson's choice of life in an impaired state and non-existence. This the law is incapable of doing"; contra Berman v Allen supra (die hof het die ouers se eis op grond van "wrongful life" toegestaan, maar nie dié van die kind nie); Curlender v Bio-Science Laboratories 165 Cal Rptr 477(Cal Dist Ct App 1980) (geneesheer aanspreeklik gehou op grond van "wrongful life" waar kind gebore is met sogenaamde "Tay-Sachs"-siekte) 488: "The reality of 'wrongful life' concept is that such a plaintiff both exists and suffers due to the negligence of others ... The certainty of genetic impairment is no longer a mystery. In addition, a reverent appreciation of life compels recognition that a plaintiff, however impaired she may be, has come into existence as a living person with certain rights"; Park v Chessin supra; Turpin v Sortini supra; sien ook die bespreking in Giesen International Malpractice 248 ev.



belang is en derhalwe nie bestaanreg het nie(201).

Alhoewel die reg van ouers om skadevergoeding op grond van "wrongful birth" te eis, in die Duitse reg erken word, word daar nie erkenning gegee aan die reg van kinders om op grond van "wrongful life" skadevergoeding van 'n geneesheer te eis nie(202). In die afgelope dekade het daar in die Duitse regspraak egter 'n neiging ontwikkel om wel erkenning te gee aan ouers se reg om wel die geboorte van 'n gebrekklike kind te voorkom. Die versuim van 'n geneesheer om 'n swanger vrou te beraad dat haar kind moontlik gebrekklik gebore kan word, kan gevolglik in die Duitse reg tot aanspreeklikheid lei. In sodanige gevalle ontnem die geneesheer die vrou die geleentheid om 'n regmatige aborsie op grond van 'n embrionale abnormaliteit te ondergaan (203). Skadevergoeding in hierdie gevalle dek

---

(200) [1982] 2 All ER 771 (CA).

(201) supra 772 779 780: "The duty owed to an unborn child was a duty not to injure it and, on the facts, the child had not been injured by either the doctor or the health authority but by the infection contracted by the mother without any fault on their part. If the child's action were to succeed, it could do so on the basis of a right not to be born deformed or disabled, which in the case of a child deformed or disabled before birth by nature or disease meant a right to be aborted; and although the doctor owed a duty to the mother to advise her of the infection and its potential and serious effects and on the desirability of an abortion in those circumstances, it did not follow that the doctor was under a legal obligation to the fetus to terminate its life or that a fetus had a legal right to die. Such a claim for 'wrongful life' would be contrary to public policy as a violation of the sanctity of human life. Furthermore, it would be impossible for the court to evaluate damages by comparing the value of non-existence and the value of existence in a disabled state. Accordingly the claim showed no reasonable cause of action"; sien ook die bespreking deur Kennedy & Grubb 840 ev; Robertson 1982 MLR 697; Symmons 1987 MLR 269; Teff "The Action for 'Wrongful Life' in England and the United States" 1985 ICLO 423 ev.



alle onderhoudsonkoste van die kind asook verdere onkoste van spesiale versorging wat deur die kind se gebrek benodig mag word(204).

In die Suid-Afrikaanse gerapporteerde regspraak het eise om skadevergoeding teen geneesheer op grond van "wrongful life" slegs by een geleentheid aandag geniet (205). In die onlangse saak van Friedman v Glicksman(206) het die beweerde nalatigheid van 'n geneesheer op grond van "wrongful life" ter sprake gekom (207).

In dié saak het die eiseres (as respondent) aangevoer dat sy tydens haar swangerskap die verweerder (as eksipiënt), 'n ginekoloog, geraadpleeg het ten einde haar te adviseer of haar swangerskap normaal was en of daar 'n risiko van enige abnormaliteit of gebrek by haar ongebore baba aanwesig was. Indien daar abnormaliteite of gebreke by die ongebore baba aanwesig sou wees, was die eiseres van plan om haar swangerskap wettig te beëindig. Nadat die verweerder sekere mediese toetse uitgevoer het, het hy die

---

(202) BGH 1984 NJW 658; sien Laufs & Uhlenbruck 728; Waibl 1987 NJW 1515.

(203) BGH 1984 NJW 658; BGH 1987 NJW 2934-2935; OLG Düsseldorf 1987 NJW 2306-2307.

(204) BGH 1985 NJW 671; Waibl 1987 NJW 1515 ev.

(205) Strauss Doctor Patient and the Law 179 197; Blackbeard 1991 THRHR 199; Boberg 1964 SALJ 498; Brownlie 1985 Responsa Meridiana 18; Lind 1992 SALJ 428; Louw 1987 TSAR 199.

(206) supra; sien bespreking van dié saak deur Strauss "First South African Case On Wrongful Life" 1995 SAPM 12.

(207) Hierdie saak is die eerste gerapporteerde saak met betrekking tot "wrongful life" in die Suid-Afrikaanse regspraak, alhoewel aanvaar kan word dat sake in dié verband al wel voorgekom het maar in alle waarskynlikheid buite die hof geskik is.

eiseres beraad dat daar nie groter risiko as die normale risiko's verbonde aan die geboorte van 'n abnormale, of gebreklige kind onder die omstandighede aanwesig was nie, en dat sy derhalwe met die swangerskap kon voortgaan. Hierdie advies van die verweerder was egter nie korrek nie, en die eiseres het aan 'n gebreklige babadogter geboorte geskenk. In 'n daaropvolgende eis vir skadevergoeding het die eiseres aangevoer dat die verweerder kontraktueel en deliktueel aanspreeklik is. Haar eis om skadevergoeding teen die verweerder was tweeledig van aard: (1) Skadevergoeding in haar persoonlike hoedanigheid vir onkoste met betrekking tot die onderhoud en opvoeding van die kind, asook toekomstige mediese en hospitaalokoste; en (2) skadevergoeding in haar verteenwoordigende hoedanigheid namens die kind vir algemene skade en toekomstige verlies aan inkomste (hierdie gedeelte synde die eis op grond van "wrongful life").

Die verweerder het eksepsie teen die eiseres se besonderhede van vordering aangeteken op die basis dat die besonderhede nie 'n skuldoorsaak openbaar wat in die Suid-Afrikaanse reg erken word nie. Die verweerder het verder aangevoer dat die ooreenkoms tussen die eiseres en verweerder op grond van die openbare belang onafdwingbaar is, en dat die afdwinging daarvan aborsie sou aanmoedig met gevolglike onhoudbare grondwetlike implikasies.

Die hof bevind egter dat die kontrak tussen die eiseres en die verweerder nie teen die openbare belang indruis nie,

maar inderdaad in ooreenstemming met die moderne mediese praktyk is (208). Die hof wys verder die eksepsie met betrekking tot die skadevergoedingseis in (1) van die hand, op die basis dat die feite soos uiteengesit in die eiseres se besonderhede van vordering wél 'n skuldoorsaak in terme van die Aquiliese aksie openbaar (209).

Die hof het egter die verweerder se eksepsie met betrekking tot die eiser se eis om skadevergoeding in (2) gehandhaaf, en beslis dat eise op grond van "wrongful life" in die Suid-Afrikaanse reg geen eisoorzaak openbaar nie. In navolging van die Amerikaanse en Engelse regspraak beslis die hof soos volg:

"In my view the reasoning of the American Courts holding that no cause of action exists in regard to a 'wrongful life' claim and the very cogent reasoning of the English Court of Appeal along the same lines are correct and I agree with the conclusions reached and the reasons therefor. In my view, South African law similarly cannot recognize that the facts alleged by the plaintiff on behalf of Alexandra are sufficient to sustain a cause of action ... In my view, it would be contrary to public policy for Courts to have to

---

(208) supra 1138: "In my view the contract entered into between the plaintiff and the defendant was sensible, moral and in accordance with modern medical practice. The plaintiff was seeking to enforce a right, which she had, to terminate her pregnancy if there was a serious risk that her child might be seriously disabled ... The Appellate Division in Administrator Natal v Edouard 1990 (3) SA 581 (A), in upholding a 'wrongful pregnancy' claim, found such claim not to be contrary to public policy ... A fortiori. It seems to me, that a "wrongful birth' claim is not contra bonos mores" (per Goldblatt R).

(209) Ná oorweging van die Edouard-beslissing en die Amerikaanse reg: supra 1139 1140: "I am accordingly satisfied that in regard to her claims in her personal capacity plaintiff's particulars of claim contain averments sufficient to sustain an action. This cause of action appears to me to be a logical extension of the principle enunciated by the Appellate Division in Edouard's case supra".

hold that it would be better for a party not to have the unquantifiable blessing of life rather than to have such life albeit in a marred way ... Further to allow such a cause of action would open the door to a disabled child being entitled to sue its parents because they may have for a variety of reasons allowed such a child to be born knowing of the risks inherent in such decision. Merely to state this proposition is to indicate the unacceptable burden that would be placed on such unfortunate parents ... Finally to allow damages to be claimed on the basis alleged by the plaintiff is completely contrary to the measure of damage allowed for in the law of delict. The defendant was in no way responsible for the child's disabilities and yet he is being asked to compensate the child for such disabilities. This proposition is, in my view, illogical and contrary to our legal system. The only measure of damages can be the difference in value between non-existence and existence in a disabled state. No criteria, in law, can exist in establishing such difference or even in establishing whether any damage has been sustained"(210).

In die lig van gemelde uitspraak en in navolging van die Engelse, Amerikaanse en Duitse reg, is dit duidelik dat eise op grond van "wrongful life" ook nie in die Suid-Afrikaanse regspraak erkenning geniet nie. Alhoewel die Friedman-saak 'n beslissing van die Hooggeregshof van die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling is en nie op die ander afdelings van die Hooggeregshof bindend is nie, word daar aan die hand gedoen dat hierdie beslissing met betrekking tot die nie-erkenning van "wrongful life" deur die ander afdelings van die Hooggeregshof ook toegepas sal word (211).

---

(210) supra 1142-1143.

(211) Die "voorspellings" van nie-erkenning van dié aksie in die howe deur sommige Suid-Afrikaanse skrywers, is dus nou bewaarheid: Sien Strauss Doctor Patient and the Law 179-180 197; Louw 1987 TSAR 201-202; contra Brownlie 1985 Responsa Meridiana 33 wat van mening is dat die deliktereg buigsaam genoeg is om dié aksies onder die actio legis Aquiliae te akkommodeer.

2 2 3 Psigiatrie

2 2 3 1 Aard en omvang

Psigiatrie is ongetwyfeld een van die mees gekompliseerde afdelings in die mediese professie en wetenskap en 'n besondere graad van spesialisasie en mediese kennis word op hierdie gebied vereis. Die onderhawige bespreking word derhalwe beperk tot die nalatige optrede van die psigiater, met betrekking tot diagnostiese en terapeutiese prosedures. In die algemeen kan die rol van die psigiater in dié verband soos volg omskryf word:

"The psychiatrist, being a physician, is qualified to diagnose and treat the more severe mental illness and those of organic nature. However, his primary interests may be either in the physical aspects of mental disease or in the psychological problems involved in such conditions ... The psychiatrist is ultimately responsible for examining and interviewing hospitalized patients, and for prescribing the types of treatment to be carried out. When the treatment has been decided upon, the psychiatrist supervises the treatment. When he feels that patients are ready to leave hospital or to terminate treatment, he makes the necessary recommendations. Within the limits of available time, he supervises and participates in individual and group therapy. The psychiatrist also is likely to be involved in research studies, training functions, hospital and clinic administration, and community relations ... A psychiatrist ordinarily is consulted when the personality breakdown is severe, when it is suspected that the condition has an organic cause, when the disorder is so serious that hospital care is needed, and when court commitment to a hospital is involved" (212).

Teen hierdie algemene agtergrond kan daar na die volgende algemene voorbeelde van psigiatriese nalatigheid verwys

---

(212) Kisker The Disorganised Personality (1964) 20; sien Powell & Harris 824; Ficarra 551 ev; Harney 211 ev; Holder 119 ev.

word: Waar 'n psigiater op 'n nalatige wyse elektriese skokbehandeling vir terapeutiese doeleindes op 'n pasiënt toepas; pasiënte verkeerdelik as geestelik versteurd sertifiseer of geestelik versteurde pasiënte verkeerdelik ontslaan; pasiënte met selfmoordneigings weens die nalatige toepassing van psigoterapie daartoe beweeg om selfmoord te pleeg; nalatig versuim om derdes te waarsku teen die moontlike gewelddadige optrede van "gerehabiliteerde" pasiënte na ontslag; seksuele praktyke met pasiënte gedurende psigoterapie beoefen, en oormatige beteuelingsmeganismes ("restraint") aangewend word om pasiënte onder bedwang te bring (213).

---

(213) Vir 'n bespreking van verskeie van hierdie voorbeelde in die onderhawige regstelsels sien Kruger Mental Health Law in South Africa (1980) 125; Snyman "Die Deliktuele Aanspreeklikheid van die Psigiater of Inrigting vanweë Gewelddade Gepleeg deur die Gehospitaliseerde Geestesongestelde Pasiënt" 1982 De Jure 227; Jackson & Powell 344; Nelson-Jones 37; Powers & Harris 832 ev; Davidoff The Malpractice of Psychiatrists (1973) 6 ev; Ficarra 542 ev; Harney 213 ev; Holder 118 ev; Davidoff "Insanity Intimacy and Infidelity: Trends in Psychiatric Malpractice" 1977 Trial 27; Davidoff "The Malpractice of Psychiatrists" 1966 Duke Law Journal 696; Felthous "Negligence Without Malpractice: Broadening Liability for Psychiatrists Who Release Dangerous Mental Patients" 1985 Medicine and Law 453; Lielbriedis "Psychiatric Liability in Patient Suicide" 1984 Medicine and Law 225; Morse "The Tort Liability of the Psychiatrist" 1966-67 Buffalo Law Review; Rigelhaupt "Liability of the Doctor, Psychiatrist or Psychologist for Failure to Take Steps to Prevent Patient's Suicide" 17 ALR 4th 1128 ev; Shieber "Psychiatric Diagnosis: Is It an Instrument of Help or One of Doom?" 1987 Medicine and Law 165; Shieber "Psychiatrists in the Community vs The District Psychiatrist: The Two Sides of the Coin. The Problem of Involuntary Commitment" 1990 Medicine and Law 1236; Slawson "Psychiatric Malpractice: Recent Clinical Loss Experience in the United States" 1991 Medicine and Law 129; Slawson "Psychiatric Malpractice: Ten Years' Loss Experience" 1989 Medicine and Law 415; Tinsley "Therapist's Liability for Injury Caused by Nonverbal Therapy" 20 POF 2d 421; Nota 61 Am Jur 2d 421; Nota "Medical Malpractice: The Liability of Psychiatrists" 1973 Notre Dame Law 693; Nota "Psychiatric Negligence" 1974 Drake Law Review 640;



Nieteenstaande dié gemelde voorbeelde is die voorkoms van wanpraktyklitigasie teen psigiaters, in vergelyking met ander mediese spesialiteite, relatief beperk (214). Die redes hiervoor is onder meer dat die psigiater nie chirurgie uitvoer nie; riglyne met betrekking tot psigiatrisiese behandeling nie altyd presies is nie (veral in die "grysgebiede" van psigiatrie) en dit is derhalwe moeilik om vas te stel tot welke mate die psigiater in sy behandeling van die aanvaarbare en redelike psigiatrisiese praktyk afgewyk het; die psigiatrisiese pasiënt gewoonlik nie psigies in staat is om nadeel wat hy as gevolg van psigiaters se nalatige behandeling gely het, te evalueer nie - in teenstelling met die "geestelik-gesonde" pasiënt wat as gevolg van mediese nalatigheid van 'n geneesheer of spesialis fisies waarneembare skade of nadeel gely het; en die vertrouensverhouding tussen die pasiënt en psigiater 'n besondere aard en omvang het (215).

---

Nota "Civil Liability for Doctor or Psychologist for Having Sexual Relationship with Patient" 33 ALR 3d 1393; Nota "Malpractice Liability with Respect to Diagnosis and Treatment of Mental Disease" 99 ALR 2d 599; Nota "Liability of Doctor or Dentist Using Force to Restrain or Discipline Patient" 89 ALR 2d 983; Nota "Intercourse Accomplished Under the Pretext of Medical Treatment as Rape" 70 ALR 2d 824; Deutsch Arztrecht und Arzneimitttelrecht 187 ev; Giesen Arzthaftungsrecht 240 ev; Laufs Arztrecht 126; Laufs & Uhlenbruck 1058.

(214) Veral die Amerikaanse regspraak is daar 'n onoorsienbare hoeveelheid sake ten aansien van psigiatrisiese nalatigheid; in die Engelse regspraak is die voorkoms van gerapporteerde sake in dié verband veel minder, terwyl die Duitse regspraak net hier en daar enigsins voorbeelde bied; in die Suid-Afrikaanse reg kon geen gerapporteerde saak spesifiek met betrekking tot psigiatrisiese nalatigheid opgespoor word nie; in die onderhawige bespreking word daar gevolglik gekonsentreer op 'n bespreking van voorbeelde in die Amerikaanse en Engelse reg.

(215) Davidoff 43; Harney 211; Tinsley 20 POF 2d 432:



By die beoordeling van die bestaan van nalatigheid al dan nie aan die kant van die psigiater, sal sy optrede getoets word aan die graad van mediese bedrewenheid en sorg wat van 'n redelike psigiater onder dieselfde omstandighede verwag kan word (216).

### 2 2 3 2 Sertifisering

Verskeie interessante gevalle het in die VSA voorgekom waar 'n psigiater vanweë verkeerde diagnose 'n pasiënt as geestelik versteurd gesertifiseer het(217). In die saak van Mabin v Rankin(218) het die eiseres se man die verweerder, 'n psigiater, meegedeel dat hy van mening was dat die eiseres geestelik versteurd is en in 'n gestig opgeneem moet word. Die verweerder het die eiseres gaan besoek, met haar gepraat en haar 'n inspuiting gegee. Hy het haar geensins ondersoek nie en sy was ook nie bewus van die feit dat hy 'n psigiater was nie. Toe sy haar bewussyn herwin, het sy haar in 'n sielsieke inrigting bevind. Onder

---

"A number of reasons have been advanced to explain why the probable incidence of therapeutic negligence and malpractice has not resulted in a greater number of legal actions. In addition to the legal obstacles in such actions, various non-legal reasons have been advanced. The therapist-patient relationship lies at the heart of these reasons ... The therapist-patient relationship is one of great intimacy and trust, in which the therapist encourages the patient to confide in the therapist, and the therapist has a corresponding fiduciary responsibility to the patient. As a result of this intimate and confidential relationship, a patient may often be extremely reluctant to sue his therapist, even when he is positive that the therapist has mistreated or taken advantage of him"; sien Nota 1973 Notre Dame Law 694. (216) Sien die bespreking van professionele nalatigheid in hoofstuk 2 supra.

hewige verset het sy elektriese skokbehandeling ontvang. In die daaropvolgende geding teen die psigiater is bevind dat die eiseres geensins versteurd was nie. Die psigiater is vanweë sy nalatige diagnose en onregmatige sertifisering en aanhouding van die eiseres aanspreeklik gehou en gelas om skadevergoeding te betaal (219).

### 2 2 3 3 Elektriese skokbehandeling

Die nalatige toediening van elektriese skokbehandeling (as terapeutiese hulpmiddel)(220) deur psigiaters het ook interessante gevalle opgelewer.

---

(217) Holder 75 ev; vir verskeie voorbeelde in die Engelse regspraak met betrekking tot nalatige sertifisering De Freville v Dill [1927] 96 LJKB 1056; Everett v Griffiths and Another [1920] 3 KB 163 (CA); Re Frost [1936] 2 All ER 182 (CA); Hall v Semple [1862] 3 F & F 337; Harnett v Fisher [1927] AC 573 (HL); Winch v Jones and Others [1985] 3 All ER 97 (CA).

(218) 358 P 2d 681 (Cal 1961).

(219) Harney 213 beklemtoon die psigiater se regsplig om in hierdie gevalle 'n behoorlike diagnose te maak: "It is important to take a complete medical history of the patient and review records of previous treatment".

(220) Vir 'n bespreking van die terapeutiese effek van elektriese skokbehandeling sien Kisker 517: "Electroshock therapy (EST) is most useful in affective reactions ... EST has several advantages over other convulsive methods. One advantage is that the brain stimulation can be limited to where it is needed, that is, the motor area of the frontal lobe. Convulsant drugs are more likely to cause a generalised excitation of the entire brain. Another advantage of EST is that toxins are not introduced into the blood circulation. There is an immediate loss of consciousness and the patient is relatively free from the fright and anxiety associated with other forms of treatment. There is less psychomotor excitement following the treatment, and the muscular convulsions are less violent with fewer chances of injury. The method is simple, and there is a minimal expense involved. Finally, there are no prolonged after effects such as headache, nausea and similar symptoms. EST is not indicated in cases with brain pathology and spinal disorders, or in most cases of pregnancy, metabolic disturbance, or cardiac pathology. The treatment is not without certain risks in

In die Amerikaanse saak Dunwoody v Trapnell (221) is 'n manlike pasiënt met 'n swak hart in 'n sielsieke inrigting opgeneem. Sy familie het die psigiater ingelig dat die pasiënt 'n hartlyer is en hom opdrag gegee om nie elektriese skokbehandeling op die pasiënt toe te pas nie. Alhoewel die psigiater sy volle versekering gegee het dat sodanige behandeling nie toegepas sou word nie, het die pasiënt nietemin skokbehandeling ontvang ten gevolge waarvan hy gesterf het. Die hof bevind dat die psigiater nalatig was en staan skadevergoeding aan die familie van die oorledene toe.

Na die toepassing van elektriese skokbehandeling is pasiënte gewoonlik in 'n beswyming en selfs semi-bewusteloos en is dit vir die psigiater van belang om besondere sorgsaamheid aan die dag te lê. Versuim aan die kant van die psigiater in dié verband kan tot aanspreeklikheid lei(222). In 'n Amerikaanse saak Brown v Moore(223) het 'n pasiënt kort nadat hy elektriese skokbehandeling ontvang het, sy nek gebreek en gesterf toe hy by die trappe van die hospitaal afgeval het. Die

---

the form of fractures and brain damage"; vir 'n kliniese beskrywing van anoksiese skokterapie en psigochirurgie (veral gevalle waar lobotomie toegepas is) in die psigiatrisiese praktyk sien Kisker 518-525; oor die nadele verbonde aan elektriese skokbehandeling sien Harney 218: "The following hazards [must] be mentioned (1) fractures; (2) a post-convulsive disturbance in memory and orientation which is usually transient; and (3) the small but definite risk of cardiorespiratory distress related to anaesthesia". (221) 247 Cal Rptr 859 (Cal 1975); vir verdere voorbeelde in die Amerikaanse reg: Harney 217 ev; Nota 99 ALR 2d 622.

psigiater is aanspreeklik gehou omdat hy nalatig versuim het om behoorlike nasorg toe te pas en die pasiënt te gou na die behandeling ontslaan het.

'n Verdere risiko verbonde aan elektriese skokbehandeling is die moontlikheid dat pasiënte frakture gedurende sodanige behandeling kan opdoen. Ten einde risiko's te vermy, word pasiënte gewoonlik ingespuut met 'n spierverslappingsmiddel voordat die behandeling toegepas word. In die bekende Engelse beslissing Bolam v Friern Hospital Committee(224) het die eiser wat aan depressie gely het, frakture opgedoen gedurende die toepassing van elektriese skokbehandeling. Daar is aangevoer dat die verweerdere onder meer nalatig was deur nie spier-verslappingsmiddels aan die eiser toe te dien wat die risiko van frakture sou uitgeskakel het nie. Gedurende die verhoor is die getuienis aangebied van medici wat ten gunste was van die praktyk om pasiënte met medikasie te kalmeer alvorens elektriese skokbehandeling toegepas word; ander medici wat getuig het was egter van mening dat die toediening van sodanige medikasie nie noodwendig aangedui is nie. Die hof het bevind dat die verweerdere nie nalatig opgetree het nie, aangesien dit nie bevind kon word dat die verweerdere nie in ooreenstemming met 'n aanvaarde mediese praktyk opgetree het nie, selfs al was daar ander mediese denkrigtings wat 'n ander mening in dié verband gehuldig het (225).

---

(222) Harney 217; Holder 165; Powers & Harris 835.

(223) 247 F 2d 711 (CCA 1957).

(224) supra; vir 'n verdere voorbeeld in die Engelse reg

2 2 3 4 Psigoterapie

Gevalle van psigiatriese nalatigheid geassosieer met die toepassing van psigoterapie, kom ook soms in die praktyk voor. Hier kan veral verwys word na gevalle waarin daar van "psigoanalitiese oordrag" ("transference") as terapeutiese hulpmiddel gebruik gemaak word. In dié psigoanalitiese situasie behels 'n "oordrag" die verplasing van effek van een objek na 'n ander. In die psigoterapeutiese situasie kom dit daarop neer dat die pasiënt gevoelens wat hy of sy teenoor 'n ander persoon koester tydens die terapie na die terapeut verplaas. Só byvoorbeeld, kan die pasiënt die haat teenoor sy of haar vader op die terapeut rig. Die gevaar vir die psigiater of terapeut by 'n pasiënt wat met "transference"-terapie behandel word, is dat die pasiënt 'n oordrewe emosionele afhanklikheid van die psigiater kan ontwikkel - 'n situasie waarin die pasiënt se realiteitstoetsing heeltemal versteur kan word. Dit het dan ook in die praktyk al gebeur dat psigiaters hierdie afhanklikheid onder die dekmantel van terapie aanmoedig,

---

Davies v Horton Road and Another [1954] 1 BMJ 883.  
(225) Vir 'n soortgelyke geval in die Duitse reg: BGHZ 1956 NJW 1106 - die eiser, wat aan endogene depressie gelyk het, het 'n fraktuur aan sy borsbeen opgedoen nadat die verweerder, 'n geneesheer, elektrokokoterapie op hom in 'n sielsieke-inrigting toegepas het. Later het dit geblyk dat die eiser se regterbeen ook verlam was en dat hy hartprobleme ontwikkel het. Die hof bevind dat die risiko van frakture wat gedurende sodanige behandeling kan ontstaan, 'n bekende risiko is waarvan die eiser ingelig moes gewees het. Die geneesheer is vir skadevergoeding aanspreeklik gehou omdat hy versuim het om die eiser dienooreenkomstig in te lig; BGH 1966 NJW 1855.

en verder vir seksuele of ander gewin uitbuit. Benewens die skending van die vertrouensverhouding tussen terapeut en pasiënt en die voor-handliggende strafregtelike implikasies van die psigiater se optrede in sodanige gevalle, kan die psigiater ook op grond van mediese nalatigheid aanspreeklik wees (226).

Die aard en omvang van psigoanalitiese oordrag kan met verwysing na die Amerikaanse saak Zipkin v Freeman(227) toegelig word: 'n Psigiater (dr Freeman) het 'n pasiënt (mev Zipkin) vir 'n fisiese ongesteldheid, wat na sy mening psigosomaties van aard was, behandel. By die behandeling van Zipkin het Freeman tot sy eie voordeel van die psigoanalitiese oordragsverskynsel gebruik gemaak. Hy het Zipkin onder meer daarvan oortuig dat sy op hom verlief is en hy op haar. Onder sy leiding en aanmoediging het Zipkin bisarre gedragswyses begin openbaar. Freeman het haar verskeie sosiale byeenkomste laat bywoon, insluitende 'n naakte swemparty saam met sy ander pasiënte en dié se gades. Zipkin se vorige belangstellings het gaandeweg vervaag om plek te maak vir 'n toenemende toegeneëntheid jeens Freeman. Nadat sy eers haar intrek in Freeman se woonstel bokant sy spreekkamers geneem het, het sy na sy plaas verhuis. Op bevel van Freeman het sy nie alleen haar man vir 'n egskeiding gedagvaar nie, maar ook sy huis geplunder.

---

(226) Vir 'n volledige bespreking van "transference" sien Kisker 540-542; Davidoff 92-95; Harney 221 ev; Tinsley 20 POF 2d 447; Nota 33 ALR 3d 1393.

Freeman het voorts ook aanbeveel dat sy 'n pistool gebruik in 'n opvolgstrooptog op haar man se vee op sy plaas. Die doel van die strooptog sou 'n terapeutiese effek op Zipkin gehad het (aldus Freeman), omdat sy met dié optrede ontslae sou raak van haar vyandiggesindheid teenoor haar man. Hierbenewens het Freeman haar ook daartoe beweeg om haar man se pakke klere te steel sodat hy dit tot sy voordeel kon gebruik. Freeman het haar gedreig dat hy haar sou laat sertifiseer indien sy na haar man sou terugkeer. In 'n latere eis om skadevergoeding teen Freeman (sy professionele versekeraar) is hy op grond van nalatigheid aanspreeklik gehou (228).

---

(227) 436 SW 2d 753 (Mo 1968); vir 'n bespreking van dié saak sien Snyman 1982 De Jure 229; Tinsley 20 POF 449; dit is natuurlik nie net gevalle van "transference" wat tot psigiatriese aanspreeklikheid op grond van nalatigheid aanleiding gee nie: Psigiater het hulself al dikwels onder vaandel van terapie skuldig gemaak aan verskillende vorme van seksuele wanpraktyk: Sien Marston v Minneapolis Clinic of Psychiatry & Neurology 329 NW 2d 306 (Minn 1983)(psigiater aanspreeklik wat sy pasiënte seksueel teister terwyl hy "relaxation"-terapie toepas); Hartogs v Employers Mut Lab Ins Co 391 NYS 2d 962 (NY 1977) (in hierdie saak het die psigiater onder andere "fornication"-terapie op 'n lesbiese pasiënt toegepas ten einde haar van haar seksuele voorkeur te genees).

(228) Daar kan saamgestem word met Snyman 1982 De Jure 230 wat opmerk: "Aan die hand van die feite van dié saak, moet egter toegegee word ... dat die optrede van dokter Freeman beswaarlik as 'psigoterapie' beskou kan word. Verder moet ook toegegee word dat sodanige positiewe optredes aan die kant van psigiater, prakties gesproke, selde sal voorkom"; sien Tinsley 20 POF 2d 449: "The Zipkin-case has been widely cited for the proposition that not only will such conduct support a finding of negligence and malpractice, but also for the premise that courts will not tolerate manipulation by a therapist of a vulnerable patient under the guise of therapy".



Die Engelse saak van Landau v Werner (229) bied 'n verdere voorbeeld: Die verweerder, 'n psigiater, het die eiseres, 'n middeljarige vrou, vir neurose behandel. In hierdie geval het die psigiater ook van psigoanalitiese oordragsterapie gebruik gemaak. As gevolg van dié terapie het die eiseres op die verweerder verlief geraak. Die verweerder het gereeld sosiaal met die eiseres verkeer deur haar vir tee of ete uit te neem. Hierdie sosiale geleentheid het die eiseres se fisiese en emosionele aangetrokkenheid tot die verweerder versterk en haar toestand het verswak. In 'n daaropvolgende eis vir skadevergoeding is daar mediese getuienis tydens die verhoor aangebied dat die sosiale kontak en verhouding tussen die verweerder en die eiseres in stryd met die algemeen aanvaarde mediese praktyk was. Die hof bevind dat alhoewel die verweerder te goeder trou opgetree het, sy optrede op nalatigheid neerkom. Dié bevinding is later deur die Court of Appeal bevestig (230).

---

(229) [1961] 105 SJ 257; sien Jackson & Powell 344 ev.  
(230) supra 1008: "A doctor might not be negligent if he tried a new technique but if he did he must justify it before the Court. If his novel or exceptional treatment had failed disastrously he could not complain if it was held that he went beyond the bounds of due care and skill as recognised generally" (per Sellers LJ); vir 'n soortgelyke voorbeeld in die Duitse reg OLG Düsseldorf 1990 NJW 1543-1544: Die verweerder, 'n psigoterapeut, het die eiseres vir seksuele probleme behandel. As gevolg van die behandeling het daar 'n intieme verhouding tussen die eiseres en die verweerder ontwikkel. Die eiseres het in so 'n mate van die verweerder afhanklik geword dat sy aan alkohol en pille verslaaf geraak het en ook selfmoordneigings getoon het. In 'n eis om skadevergoeding bevind die hof dat die terapeut grof nalatig was omdat hy toegelaat het dat 'n liefdesverhouding tussen hom en die eiseres ontwikkel.

## 2 2 3 5 Aanwending van beteuelingsmeganismes

Die voorkoms van psigiatriese toestande soos histerie, angsneurose ensovoorts onder sielsieke pasiënte het soms tot gevolg dat beteuelingsmeganismes (byvoorbeeld "straightjackets") deur 'n psigiater of ander verpleegpersoneel aangewend moet word ten einde effektiewe behandeling toe te pas. Waar 'n psigiater redelike sorg en vaardigheid in die aanwending van beteuelingsmeganismes uitoefen, sal sy optrede nie op nalatigheid neerkom nie; waar beteuelingsmeganismes egter oormatig en op 'n onbeheerbare wyse aangebring word en die pasiënt as gevolg daarvan beserings opdoen, of selfs sterf, kan die psigiater aanspreeklikheid opdoen (231).

'n Treffende voorbeeld van die oormatige aanwending van beteuelingsmeganismes om 'n pasiënt onder bedwang te bring, is te vinde in die Amerikaanse saak van Bellandi v Park Sanitarium(232): Die oorledene, wat beskryf is as "of robust stature and health, but with great shyness toward the feminine sex", het op die vooraand van sy

---

(231) Powers & Harris 834; daar dien op gewys te word dat beteuelingsmeganismes (met die uitsondering van afsondering) nie meer vandag algemeen op psigiatriese pasiënte aangewend word nie. Gevaarlike en gewelddadige pasiënte word in die moderne psigiatriese praktyk met medikasie kalmeer en beteuel - in dié verband merk Holder 165 tereg op: "Since medication is now available to calm and control violent patients, it is far more likely that courts would find liability for injuries from the use of restraints than they would have in the years before the discovery of Thorazine and other tranquilizing drugs".

vertrek om sy moeder in Italië te gaan besoek, tekens getoon van neurasthania ('n neurotiese reaksie wat deur swakheid, uitputting en gebrek aan fisiese aktiwiteit gekenmerk word). As gevolg hiervan is hy in 'n sanatorium opgeneem. Op pad na die toilet, sonder enige klere, net met 'n laken om sy lende, is hy onverwags deur 'n verpleegster gekonfronteer. Hy het aan haar gesê: "Don't touch me, if you do I will kill you, I am Italian". Hy is hierna in 'n "strong room" toegesluit, maar het daarin geslaag om uit te breek. In 'n poging om klere te bekom, het hy verskeie persone in die sanatorium aangeval. Hierna is hy uiteindelik deur die psigiater en die matrone gekonfronteer. Die psigiater het hom in die gang met 'n stoel rondgejaag ten einde hom onder bedaring te bring; die poging was onsuksesvol en die pasiënt het uiteindelik op die vloer geval. Die psigiater het verpleegsters opdrag gegee om die pasiënt op die vloer vas te druk. Die psigiater het vervolgens 'n knelverband om die pasiënt se nek geplaas en dit so styf gedraai dat die bloedtoevoer na die brein afgesny is. Terselfertyd is 'n dosis eter aan die pasiënt toegedien. Hy het sianose ontwikkel en gesterf. In 'n daaropvolgende eis teen die sanatorium en die psigiater vir die onregmatige veroorsaking van die pasiënt se dood, het die hof dit nie eens nodig geag om te bepaal of die psigiater onredelik opgetree het deur nie die nodige sorg en vaardigheid aan die dag te lê nie: "For the reason that scientific knowledge is not essential for the determination of an obvious fact". Die hof bevind

dat die psigiater 'n gevaarlike beteuelingsmeganisme op 'n ombeheilige en oormatige wyse aangewend het. Die sanitorium en die psigiater is gevolglik aanspreeklik gehou.

2 2 3 6 Aanspreeklikheid vir pasiënt se selfmoord en  
gewelddade teenoor derdes

Probleme wat dikwels in die mediese praktyk ten aansien van psigiatriese gevalle voorkom, is waar pasiënte onder psigiatriese behandeling vanweë geestesongesteldheid (psigopatie, neurose, skisofrenie ensovoorts) tot gewelddade in staat is. Dié gewelddade kan op die pasiënt self (byvoorbeeld selfmoord) of op andere (byvoorbeeld aanranding en selfs moord) gerig wees(233). Die potensiële gewelddadigheid van 'n geestesongestelde is dan ook een van die belangrikste maatstawwe wat gestel word vir die gedwonge institutionalisering van geestesongesteldes. Die vraag kan gestel word of 'n psigiater of 'n sielsieke-inrigting waarin die pasiënt opgeneem is, op grond van nalatigheid aanspreeklik gehou kan word vir sodanige gewelddade waar sodanige gewelddade gerig is teen 'n pasiënt self (selfmoord), of gerig is teenoor derdes nadat die pasiënt opgeneem is of as "gerehabiliteerd" ontslaan is.

---

(232) 472 6 P 2d 508 (Cal 1931); vir verdere voorbeelde in die Amerikaanse regspraak, sien Nota 99 ALR 2d 620.  
(233) Kruger 126; Snyman 1982 De Jure 228; Powers & Harris 833; Felthous 1985 Medicine and Law 453; Rigelhaupt 17 ALR 4th 1128; Williams "Liability of One

Daar heers min twyfel oor dat die psigiater of inrigting inderdaad 'n plig het om te voorkom dat die pasiënt selfmoord pleeg óf aanrandings of ander vorme van geweld teenoor derdes pleeg (234).

In die Amerikaanse saak Meier v Ross General Hospital (235) is die pasiënt vanweë sy onsuksesvolle poging om selfmoord te pleeg (hy het sy polse gesny), opgeneem in die psigiatriese afdeling van 'n hospitaal onder beheer van die psigiater. Aldaar pleeg die pasiënt selfmoord deur by 'n venster uit te duik. Die

---

Treating Mentally Afflicted Patient for the Failure to Warn of Protect Third Persons Threatened by Patient" 83 ALR 3d 1201; Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht 195; Giesen Arzthaftungsrecht 240; Laufs 126. (234) Kruger 126: "The hospital and treating psychiatrist owe a duty of care to the suicidal patient, and should there be a failure of such liability in damages for the death of such patient will follow upon the negligence of the hospital or psychiatrist. The duty of care entails being aware of the patient's mental condition as analysed previously and taking adequate precautions against dangerous situations"; sien Boberg "The Wrongfulness of an Omission" 1975 SALJ 362; Snyman 1982 De Jure 230; Strauss "Strafregtelike Aanspreeklikheid vanweë 'n Late" 1968 THRHR 282; Jackson & Powell 344; Felthous 1985 Medicine and Law 460: "In tort law there is no universal or absolute duty for a physician or anyone else to protect the individual from the dangerous acts of another ... A duty to take protective action obtains only if a special relationship exists ... in hospital psychiatry the special relationship is traditionally the doctor-patient relationship"; Rigelhaupt 17 ALR 4th 1132; Deutsch Arztrecht 195; Giesen Arzthaftungsrecht 240; Laufs 126: "Der selbstmorgefährdete Patient bedarf ständiger Aufsicht und einer im Rahmen der Gegebenheiten. Die Sicherheit des Patienten muss auch bei der stationären Behandlung in einer psychiatrischen Krankenanstalt oberstes Gebot sein. Auf die durch geeignete Sicherungsmassregeln entstehenden Kosten oder den sonstigen personellen und sächlichen Aufwand kann es jedenfalls dann nicht ankommen, wenn diese nicht ausser allem Verhältnis zu der drohenden Gefahr stehen und diese Gefahr keine nur gang entfernte ist".

verhoorhof het aanvanklik ten gunste van die psigiater beslis, maar by appèl is die saak terugverwys vir herverhoor op die basis van die stelreël res ipsa loquitur. Alhoewel die psigiater nie vanweë nalatige behandeling die dood van die pasiënt veroorsaak het nie, het daar 'n plig op die psigiater gerus om redelike sorg aan die dag te lê dat die pasiënt nie selfmoord pleeg nie. Die hof bevind dat die psigiater aanspreeklik is omdat hy versuim het om hierdie plig na te kom.

Die vraag kan gestel word of 'n psigiater of inrigting teenoor die slagoffer van die geestesongestelde se aggressie aanspreeklik gehou kan word uit hoofde daarvan dat die psigiater of inrigting versuim het om sodanige slagoffer vooraf dienooreenkomstig te waarsku, veral in gevalle waar die geestesongestelde as "gerehabiliteer" uit 'n inrigting vrygelaat of ontslaan word.

Volgens die literatuur is dit duidelik dat 'n psigiater of inrigting, vir sover dit gevaarlike geestesongesteldes aangaan, 'n beskermingsplig teenoor die gemeenskap het. Sodanige beskermingsplig bring mee dat die psigiater of hospitaalowerheid redelike stappe moet neem ten einde dreigende skade te voorkom. "Redelike stappe" verwys na alle objektief redelike stappe. Sodanige stappe behels dat 'n psigiater of hospitaalowerheid in gepaste gevalle die potensiële

---

(235) 445 P 2d 519 (Cal 1968).

slagoffer(s) van 'n pasiënt se aggressiewe daade teen sodanige aggressie moet waarsku (236).

Die Amerikaanse reg bied talle voorbeelde in dié verband: In die saak van St George v State(237) het 'n negetienjarige pasiënt vier dae nadat hy as "gerehabiliteer" uit 'n sielsieke-inrigting ontslaan is, sewe persone aangerand. Vier van die persone het weens steekwonde gesterf. Die weduwee van een van die oorlede slagoffers het 'n eis teen die inrigting ingestel vanweë die onregmatige veroorsaking van die dood van die slagoffer wat teweeggebring is deur die nalatige ontslag van die pasiënt. Die pasiënt was as 'n psigopaat gediagnoseer en was volgens die psigiater geneig tot gewelddade. Die pasiënt is nietemin ontslaan omdat "his assaultive behaviours were not considered to be delusionary motivated". Die betrokke psigiater se verslag het gelui "psychosis and psychopathic personality, incidence of emotional instability". Die

---

(236) Snyman 1982 De Jure 233 ev; Minister van Polisie v Ewels 1975 (3) SA 590 (A) 596 H; Powers & Harris 833; Perr "Liability of Hospital and Psychiatrist in Suicide" 1965 American Journal of Psychiatry 631 ev; Rabinowitz & Salagnik "Dangerous Psychiatric Patient: Part 1: The Epidemiology, Etiology and Predication" 1989 Medicine and Law 131; Deutsch Arztrecht 190; Giesen Arzthaftungsrecht 241; daar dien hier gemeld te word dat 'n pasiënt se gevaarlike neigings, veral gewelddade wat teenoor andere gepleeg mag word, besliste benadeling of skade vir onskuldiges mag inhou. Selfs selfmoord deur die pasiënt kan meer tot gevolg hê as sy blote afsterwe. Die naasbetaandes van 'n pasiënt wat selfmoord pleeg, mag byvoorbeeld ten gevolge van die selfmoord emosionele skok of psigiatriese beserings opdoen. Hierdie beginsel is in die Suid-Afrikaanse regspraak erken: Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy 1973 (1) SA 769 (A); Clinton-Parker v Administrator Transvaal 1996 (2) SA 37 (W).



verhoorhof bevind dat hier van die algemeen aanvaarde psigiatriese praktyk afgewyk is deur die pasiënt vry te laat en hou die hospitaal en psigiater gevolglik aanspreeklik. By appèl, bevind die hof egter ten gunste van die hospitaal en die psigiater en merk soos volg op:

---

(237) 118 NYS 2d 589 (Ct Cl 1953); vgl in dié verband die bekende saak van Tarasoff v Regents of University of California 13 CAL 3d 177, 529 P 2d 553 (Cal 1974): P, 'n student aan die Univeristeit van Kalifornië, raak verlief op 'n damestudent, T. Laasgenoemde verwerp egter P se toenadering. As gevolg hiervan word P manies depressief en gee hy geen aandag meer aan sy voorkoms, studies en gesondheid nie. As 'n vrywillige buitepasiënt soek hy hulp by 'n psigiatriese hospitaal waar hy deur dokter M, 'n sielkundige, psigoterapeuties behandel word. Tydens die psigoterapie openbaar P aan M dat hy voornemens is om T te vermoor. M wend 'n poging aan om P te laat hospitaliseer en versoek die polisie om hom hierin behulpsaam te wees. Na 'n aanvanklike aanhouding laat die polisie P weer vry, hoofsaaklik omdat hy onderneem om van T af weg te bly. Na sy vrylating vermoor P inderdaad vir T. Die eis van T se ouers teenoor M op grond van die dood van hul dogter is daarop gebaseer dat M versuim het om hulle teen die dreigende aanslag op hul dogter se lewe te waarsku. Die hof beslis dat daar wel 'n verpligting op M gerus het om 'n potensiële slagoffer te waarsku; vir 'n bespreking van dié saak sien Snyman 1982 De Jure 231 ev; Daley "Tarasoff and the Psychiatrist's Duty to Warn" 1975 San Diego Law Review 937; Stone "The Tarasoff Decision: Suing Psychotherapists to Safeguard Society" 1976'77 Harvard Law Review 358; vgl die Suid-Afrikaanse saak van McMorrow v Colonial Government 1906 KPA 626: Die eiser, 'n werker by die Valkenberg-hospitaal ('n inrigting vir sielsiektes), is deur 'n pasiënt van die inrigting aangerand. Hy baseer sy eis om skadevergoeding teen die verweerder onder meer daarop dat die verweerder nagelaat het om hom te waarsku dat die pasiënt gevaarlik is. Die hof verwerp egter die eis op die basis van onvoldoende getuienis en laat hom nie uit oor die vraag of daar 'n waarskuwingsplig op die verweerder gerus het nie; vir 'n bespreking van (en kritiek op) dié saak sien Snyman 1982 De Jure 232; vir 'n voorbeeld in die Engelse reg Holgate v Lancashire Mental Hospitals Board, Gill and Robertson [1937] 4 All ER (KB); in die Duitse reg merk Deutsch Arztrecht 191 in hierdie verband soos volg op: "Die berufsmässige Pflicht des Psychiaters und des klinischen Psychologen besteht nicht nur gegenüber dem Patienten. Angesichts der ungeheuren Auswirkung der Beeinflussung der menschlichen Psyche, insbesondere der labilen Psyche, muss der Arzt auch die Folgen für Dritte bedenken. Genauer gesagt, der Arzt hat die Pflicht,

"Are the doctors, or the state which employs them, legally responsible in damages for an honest error of professional judgment made by qualified and competent persons? We think this question must be answered in the negative. It has been held in malpractice cases of all types of cases"(238).

Die hof bevind dus in hierdie geval dat die hospitaal en die psigiater nie aanspreeklik gehou kan word nie omdat 'n blote oordeelsfout gemaak is.

In die Amerikaanse saak Hicks v United States(239) is 'n pasiënt vir psigiatriese evaluasie van sy bevoegdheid om verhoor te word op 'n klag van aanranding teen sy vrou in 'n hospitaal opgeneem. Die evaluasie het aan die lig gebring dat die pasiënt breinskade vanweë chroniese alkoholmisbruik opgedoen het. Alhoewel die psigiater bevind het dat die pasiënt bevoeg was om verhoor te word, is 'n aanbeveling gemaak dat die pasiënt verdere psigiatriese behandeling moes ondergaan. Die hof bevind daaropvolgend dat die pasiënt onbevoeg is om verhoor te word en verwys die pasiënt na 'n psigiatriese hospitaal. 'n Psigiatriese evaluasie aldaar bring aan die lig dat die

---

Gefährdungen, die Dritte betreffen können, nach Möglichkeit hintanzuhalten. Dieser Pflicht kann einmal durch Warnung genügt werden. Ist der Patient für bestimmte Personen, etwa nahe Familienangehörige, gefährlich, droht er ihnen etwa mit Tötung, so hat der Arzt entsprechende Massnahmen zu ergreifen. Er muss entweder darauf drängen, dass der Patient bis zu einer Änderung seiner psychischen Haltung in stationärer Behandlung bleibt. Oder er hat dem Gefährdeten eine Warnung zukommen zu lassen. Allerdings ist diese Warnung bislang nur als ein Recht, noch nicht als Pflicht empfunden. Freilich muss es sich dabei um unmittelbare und konkrete Gefährdungen handeln, soll eine solche Warnung in Betracht kommen".  
(238) supra 127 NYS 2d 147 (3d Dept 1954).

pasiënt vanweë die breinskade moontlik aggressief kon optree, maar geen tekens van psigose of hallusinasies word gevind nie. Kort voordat die pasiënt ontslaan is, het hy besoek van sy vrou en familie ontvang. Tydens die besoek het hy aan sy vrou geskreeu dat hy haar sou doodmaak na sy ontslag omdat sy die oorsaak van sy opname was. Die pasiënt het weer in die hof verskyn en die finale psigiatriese verslag het gelui "acute brain syndrome associated with alcohol intoxication (recovered)". Die pasiënt is gevolglik ontslaan. Twee dae na sy ontslag is hy weer gearresteer weens dronkenskap en is hy weer deur die hof vir behandeling verwys. Twintig dae later het die hof hom vrygelaat en na 'n buite-pasiënte-kliniek verwys. 'n Maand hierna besoek die pasiënt sy vrou en skiet haar dood. Die pasiënt is gearresteer, aangekla van moord en weer vir psigiatriese waarneming verwys. Die hof bevind weer dat die pasiënt onbevoeg is om verhoor te word. 'n Psigiatriese evalueëring het die pasiënt se toestand aangedui as "chronic brain syndrome associated with intoxication". Die pasiënt is gevolglik onskuldig bevind vanweë die feit dat hy geestelik versteurd was.

Die administrateurs van die oorlede vrou se boedel het 'n eis om skadevergoeding teen die Verenigde State ingestel. Die hof beslis ten gunste van die eisers:

"The negligent failure to disclose pertinent information has been well established as a violation

---

(239) 357 F Supp 434 (DDC 1973).

of medical duty. The hospital negligently made a competency report" (240).

By appèl word die bevinding van die verhoorhof bekragtig, en beslis die hof dat die hospitaalowerheid en psigiater nalatig was deur nie die hof behoorlik in te lig oor die geestelike toestand van die pasiënt waarop die hof 'n beslissing om die pasiënt te ontslaan, kon baseer nie, en dat sodanige versuim bygedra het tot die pasiënt se ontslag en die dood van die vrou veroorsaak het (241).

Teen die agtergrond van bogenoemde bespreking lei dit dus

---

(240) supra 434.

(241) supra 511 F 2D 407 (1975); in die saak van Sempler v Psychiatric Institute of Washington DC 538 F 2d 121 (1976), is 'n man vir die ontvoering van 'n jong meisie gearrester. Hy het skuldig gepleit en is gevonnissen tot twintig jaar gevangenisstraf wat in die geheel opgeskort is op voorwaarde dat die man in 'n psigiatriese hospitaal opgeneem en behandel word. Die psigiater aldaar het die pasiënt na 'n tydperk, sonder die toestemming van die hof, na 'n buite-pasiënt-afdeling oorgeplaas. Die man het na sy vrylating die meisie vermoor. Haar ma het 'n eis teen die hospitaalowerheid ingestel. Belangrik is die beginsel wat hier deur die hof neergelê is: "One who takes charge of a third person whom he knows or should know to be likely to cause bodily harm to others of not controlled is under a duty to exercise reasonable care to control the third person to prevent him from doing such harm" - bygevolg is die hospitaalowerheid aanspreeklik gehou; Bradley Centre Inc v Wessner 269 SE 2d 693 (Ga 1982): Die pasiënt is vrywillig by twee geleenthede in 'n psigiatriese hospitaal opgeneem. Hy het onder meer gepoog om selfmoord te pleeg. Gedurende sy hospitalisasie het hy aangevoer dat hy sy vrou gaan vermoor. Hy is nietemin vrygelaat vir 'n naweek waartydens hy sy vrou en haar minnaar doodgeskiet het. In 'n aksie om skadevergoeding vir die onregmatige doodsveroorsaking van hul moeder, het die vrou se kinders aangevoer dat die betrokke psigiater en hospitaalowerheid nalatig was. Die hof het die eisers gelyk gegee, en in navolging van die Tarasoff-beslissing supra skadevergoeding aan die eisers toegeken.

geen twyfel nie dat 'n psigiater of 'n hospitaal-owerheid wel aanspreeklik gehou kan word vir die nalatige versuim om slagoffers te waarsku teen die potensiële aggressie en gewelddade van geestesongestelde pasiënte. In hierdie verband moet daar egter rekening gehou word met die "redelike-psigiater"-toets by die vasstelling daarvan of die psigiater nalatig opgetree het. Dié toets impliseer onder meer ook dat die vraag gestel moet word of die redelike psigiater tot die gevolgtrekking sou kom dat die pasiënt as gevaarlik beskou moet word. In hierdie verband merk Snyman (242) tereg op dat getuienis van die probleme wat in die psigiatrie in die algemeen ondervind word om te bepaal of 'n pasiënt inderdaad gevaarlik is, hoogs relevant mag wees - nie slegs ter wille van die uitwys van probleme nie, maar ook om as hulpmiddel te dien ter bepaling van die optrede van die redelike psigiater. Snyman voer verder aan dat dit egter nie sê dat omrede die psigiatrie in die algemeen probleme ondervind om gevaarlikheid van 'n pasiënt uit te wys, dit noodwendig volg dat 'n psigiater vanweë die gemelde probleme nie nalatig opgetree het in sy versuim om die slagoffer te waarsku nie. Die besondere feite van 'n bepaalde geval mag sodanig wees dat die pasiënt, ten spyte van die probleme wat die psigiatrie in die algemeen hieromtrent mag ondervind, nogtans as gevaarlik beskou mag word. Die fiktiewe optrede van die redelike psigiater moet immers bepaal word volgens die besondere feite en omstandighede van 'n bepaalde geval (243).

2 4            Dood of beserings veroorsaak deur  
terapeutiese hulpmiddele

2 4 1         Narkose

2 4 1 1      Aard en omvang

2 4 1 1 1   Narkosedood

---

(242) 1982 De Jure 236-237.

(243) In aansluiting hierby kan kortliks verwys word na die probleme wat die psigiatrie ondervind met psigopatie en dan hier spesifiek die "gerehabiliteerde" psigopaat wat vrygelaat word uit 'n gevangenis of inrigting net om weer gewelddade teenoor onskuldige derdes te pleeg. Dat 'n psigiater of hospitaalowerheid in beginsel aanspreeklik gehou mag word waar sodanige antisosiale persoonlikheidsversteurdes nalatig vrygelaat is, of as "gerehabiliteerd" gesertifiseer word, en daaropvolgende gewelddade teenoor derdes pleeg, val myns insiens nie te betwyfel nie. Die spesifieke probleem wat die psigiater in die gesig staar is die feit dat psigopate die indruk kan skeep dat hulle gerehabiliteer is. Die psigopaat is gewoonlik 'n professionele bedrieër en kan selfs die knapste psigiaters met hul goeie gedrag om die bos lei. Die vraag of 'n psigopaat inderdaad gerehabiliteer kan word, is natuurlik nie juridies van aard nie, maar verg 'n psigiatriese waarde-oordeel. 'n Oordeelsfout aan die kant van die psigiater kan tot aanspreeklikheid lei indien sodanige oordeelsfout onredelik gemaak is. Na my mening veroorsaak die besondere problematiek van psigopatie (die vraag of psigopate hoegenaamd rehabiliteerbaar is en die wyse waarop dit psigiatries vasgestel kan word) besondere probleme rondom die bewys van mediese nalatigheid in dié gevalle. Dit sal nie vir die eiser maklik wees om aan te toon dat die psigiater nalatig was in dié verband nie; nodeloos om te sê sal daar sterk gesteun moet word op psigiatriese getuienis; getuienis wat self vertroebel word deur die grysgebiede en vraagtekens rondom psigopatie - vir 'n omvattende bespreking, sien Laws "The Assessment of Dangerous Sexual Behaviour in Men" 1984 Medicine and Law 127; Rabinowitz & Salagnik 1989 Medicine and Law 131; Silfen "Psychotherapy of Mentally Disturbed Criminals: Illusion of Reality" 1986 Medicine and Law 427.



Pasiënte kan beserings opdoen of sterf gedurende sekere diagnostiese of terapeutiese prosedures (byvoorbeeld, hartkaterisasie en koronêre angiografie) of gedurende operasies onder lokale of algemene narkose. Al word die meeste van die prosedures onder narkose uitgevoer, is dit volgens Schwär Olivier en Loubser(244) verkeerd om sterfgevallen tydens uitvoering van dié prosedures as "narkosesterfgevallen" te beskryf. Slegs ongeveer 0,02% van alle sterfgevallen van pasiënte wat 'n narkose ontvang het, kan aan die narkose self toegeskryf word(245). Dat 'n sogenaamde "narkosedood" besondere implikasies vir die betrokke narkotiseur inhou en problematies van aard is, val dus nie te betwyfel nie:

"The practice of anaesthesiology is an extremely important sensitive, and difficult one, taking the patient as it does quite literally to the doorstep of death in many instances. It is hard to imagine a more sensitive and important area of medicine nor one which requires more precision, constant attention and true expertise"(246).

Verbeterde tegnieke en ontwikkelinge in narkose het tot gevolg dat veiliger narkoses deesdae toegedien kan word. Dit speel veral 'n rol by ouer en onfikse persone. Desnieteenstaande kom daar wel sterfgevallen en beserings onder narkose voor, welke sterftes en beserings moontlik in verband gebring kan word met nalatigheid aan die kant van

---

(244) Die ABC van Geregtelike Geneeskunde (1984) 232.

(245) Schwär Olivier & Loubser 232; Gordon Turner & Price 510 ev; Harrison "Anaesthetic-Associated Mortality" 1974 SA Mediese Tydskrif 550; Smit "Die Narkotiseur en die Reg 1976" TRW 31.

(246) Paladino "Malignant Hyperthermia during Anaesthesia" 1975 Legal Medicine Annual 261; Powers & Harris 846 ev; Ficarra 569 ev; Harney 1 ev.



die narkotiseur(247). Dit is veral sterftes van pasiënte gedurende narkose wat hier ter sprake is. Smit verwys na die bekouing van Polson en Gee aangaande die sogenaamde "narkosedood":

"It should be emphasised that anaesthetic deaths are uncommon; the published reports say that the incidence of death during or shortly after an operation ranges from 0,2% to 0,6% of operations and that death attributable to anaesthesia are of the order of only 0,03% to 0,1% of all anaesthetic deaths"(248).

Mason voer aan dat die term narkosedood "should be confined to those deaths which, after full investigation can be properly attributed to the anaesthetic"(249).

Smit onderskei die volgende situasies of tipes van sterfgevallen wat met narkose in verband gebring kan word (250):

- (a) Gevalle waarin die pasiënt onder verdoving, hetsy lokaal of algemeen, sterf, maar waar die oorsaak

---

(247) Schwär Olivier & Loubser 233 ev; Barlow 1948 THRHR 187; Powers & Harris 848 ev; Ficarra 569; Harney 2 ev; Holder 210 ev; Annotasie 61 Am jur 2d 385 ev; Nota "Hospital's Liability for Injury or Death to Patient Resulting from or Connected with the Administration of Anaesthetic" 31 ALR 3d 1114 ev; Bappert 72; Fieser Das Strafrecht des Anaesthesisten (ongepubliseerde doktorske proefskrif Universiteit van München 1975) 92 ev; Laufs & Uhlenbruck 1034; Uhlenbruck "Die ärztliche Haftung für Narkoseschäden" 1972 NJW 2201 ev.

(248) Smit 1975 TRW 30.

(249) Mason Forensic Medicine for Lawyers (1978) 394; sien Gordon & Shapiro Forensic Medicine (1982) 180 ev.

(250) Smit 1975 TRW 32; Gordon & Shapiro 181: "Anaesthetic deaths may be divided into two broad groups, namely: (1) Deaths which occur during the administration of an anaesthetic; and (2) Deaths which are the direct result of the administration of an anaesthetic"; Schwär Olivier & Loubser 236; sien Artikel 56 van die Wet op Geneesherre Tandartse en Aanvullende Gesondheidsberoepes van 1974 soos gewysig, waar 'n sterfte onder narkose nie as 'n sterfgeval weens natuurlike oorsaak beskou word nie.

- van die dood nie die toediening van die narkosemiddel is nie;
- (b) gevalle waarin die pasiënt onder verdoving sterf as gevolg van die uitwerking van die narkosemiddel self;
  - (c) gevalle waarin die pasiënt nie meer onder verdoving is nie, maar sterf as gevolg van die toediening van die narkosemiddel, met ander woorde waar die toediening van die narkosemiddel die aanleidende oorsaak van die sterfgeval is nadat die narkosemiddel reeds sy effek op die pasiënt verloor het.

Barlow (251) voer aan dat narkosetoediening as die hoofoorsaak van dood beskou kan word waar:

- (a) Die pasiënt se algemene liggaamlike toestand goed was voor die operasie;
- (b) die skok vanweë die ingreep minimaal was en nie as die hoofoorsaak van die dood beskou kan word nie;
- (c) die na-doodse ondersoek nie 'n ander oorsaak van die dood kan aantoon nie.

Oorsake wat in direkte verband staan met die toediening van die narkosemiddel, is ontploffings of brande; die ineenstorting van normale respiratoriese funksies; die ineenstorting van die normale hartfunksie; en 'n gebrekkige inname van suurstof (hipoksie)(252). Die aanwesigheid van bogenoemde faktore en oorsake wat tot die dood of besering van 'n pasiënt onder narkose gelei het, mag dus aanduidend wees van die nalatigheid aan die kant van die narkotiseur.

---

(251) 1948 THRHR 187; in 1936 is 'n kommissie deur die Minister van Gesondheid aangewys om die hele aangeleentheid met betrekking tot sterfgevallen onder narkose in Suid-Afrika te ondersoek. Nadat moontlike onakkuraatheid, foute ensovoorts in aanmerking geneem is, bereken die kommissie dat 0,93 pasiënte uit elke 1000 ingrepe onder narkose uitgevoer, sterf as gevolg van die narkosetoediening self - sien Smit 1975 TRW 34 ev.

Mason voer aan dat die algemene mortaliteit by algemene narkose om en by 1 uit elke 1 500 pasiënte is; by lokale verdoving om en by 0,05%; en by rugmurgverdoving (spinale narkose) in die omgewing van 1 uit elke 10 000 gevalle(253). Dit moet egter beklemtoon word dat die statistiek oor die voorkoms van sterftes en beserings wat met die toediening van narkose in verband staan nie op sigself aangewend kan word as maatstaf vir die vasstelling van die nalatigheid van die narkotiseur nie. Die nalatigheid en daaropvolgende aanspreeklikheid van die narkotiseur moet steeds bepaal word met verwysing van die besondere omstandighede van elke individuele geval.

#### 2 4 1 1 2 Algemene verantwoordelikhede

Die uitvoer van diagnostiese of terapeutiese prosedures onder narkose vereis spanwerk tussen die chirurg, narkotiseur, die verpleegkundiges, en waar toepaslik, die tegnikus. In hierdie verband moet daar gelet word op die spesifieke verantwoordelikhede van die narkotiseur. Die narkotiseur moet hom dikwels verlaat op verskillende apparate wat sekere vitale funksies van die pasiënt, soos bloeddruk, polsslag en die hartfunksie in die algemeen,

---

(252) Gordon & Shapiro 182 ev; Powers & Harris 848; Schwär Olivier & Loubser 237.

(253) Mason 396 ev; sien Sennett "Factors Contributing to a Reduction in Anaesthetic Mortality" 1981 SA Mediese Tydskrif 37 - hier is 'n gevallestudie by die Coronation-hospitaal in Johannesburg gedoen met betrekking tot die vermindering van die mortaliteit van algemene narkose: Uit 10 000 operasies onder algemene narkose was daar geen sterftes nie.

moniteer(254). Die chirurg besluit om te opereer en hy is daarvoor verantwoordelik. Die narkotiseur adviseer hom ten aansien van die pasiënt se pre-operatiewe toestand en sy toestand gedurende narkose(255). Die narkotiseur moet vooraf die pasiënt se fisieke toestand korrek evalueer en die pasiënt voorberei vir narkose. Indien nodig, moet hy die prosedure laat uitstel tot tyd en wyl die pasiënt in 'n bevredigende toestand is om wel narkose te kan ontvang. In 'n noodgeval het hy dikwels nie 'n keuse nie en kan hy nie op uitstel aandring nie, aangesien slegs 'n onmiddellike ingreep die pasiënt se lewe sal kan red. Die narkotiseur moet die narkoseprosedure oordeelkundig kies en gedurende die toediening daarvan veral let op die respiratoriese en hartfunksie, asook die vloeistofbalans (deur toediening van intraveneuse vog en, indien nodig, ook bloed of bloedprodukte). Hy moet gedurig bewus wees van die kliniese probleme wat kan ontstaan en moet bereid wees om onmiddellik op te tree indien iets onverwags gebeur (256).

Die grysgebied ("twilight area") van die narkotiseur se

---

(254) Schwär Olivier & Loubser 233; Harney 1:  
"Anaesthesiology is the branch of medicine dealing with (1) the management of procedures for rendering a patient insensible to pain and emotional stress during surgical, obstetrical and certain medical procedures; (2) the support of life functions under stress of anaesthetic and surgical manipualtions; (3) the clinical management of the patient unconscious from whatever cause; (4) the management of problems in pain relief; (5) the management of problems in cardiac and respiratory resuscitation; (6) the application of specific methods of inhalation therapy; (7) and the clinical management of various fluid, electrolyte, and metabolic disturbances".

(255) Mason 404.

(256) Schwär Olivier & Loubser 233.

verantwoordelikheid lê by die toediening van vogbenodighede. Dit kan as 'n funksie van die chirurgiese span beskou word, alhoewel dit gedurende die operasies nou met die handhawing van die pasiënt se fisiese toestand saamhang dat dit eintlik binne die terrein van die narkotiseur val (257).

#### 2 4 1 1 3 Gevalle

In 'n Suid-Afrikaanse saak, S v Lombaard (258), is 'n spesialis-narkotiseur van strafbare manslag aangekla vanweë die dood van 'n elfjarige seun. Die pasiënt is dood nadat die suurstofpyp van 'n Boyle-masjien verkeerdelik aan die koolstofdiksiedkonneksie gekoppel is. Hierdie konneksie het 'n toevoer van koolstofdiksied in plaas van suurstof na die pasiënt veroorsaak. Gedurende die verhoor is getuienis gelei dat die konneksies so ontwerp is dat dit nie verkeerdelik gekoppel kon word nie. Die beskuldigde is onskuldig bevind.

---

(257) Mason 404; sien Holder "Surgeon's Failure to Exercise Supervision and Control Over Anaesthetist" 8 POF 2d 579; Weston "The Medico-Legal Investigation of Operation Room Associated Deaths" 1977 Legal Medicine Annual 17; Fieser 92: "Die Durchführung des Anaesthesieverfahrens ist der Phase der eigentlichen Operation zuzurechnen, auch wenn sie der Tätigkeit des Chirurgen zeitlich vorausgeht. Die Anaesthetie wirkt über das Ende des chirurgischen Eingriffs hinaus und muss deshalb in Zusammenhang mit diesem gesehen werden. Der Anaesthetist hat während der Operation die Anaesthetie aufrechtzuerhalten und gleichzeitig die vitalen Funktionen des Organismus zu überwachen"; Laufs 131; Uhlenbruck 1972 NJW 2201.

(258) Ongerapporteer Pretoria Landdroshof 1979, bespreek deur Claassen & Verschoor 46; Strauss Doctor Patient and the Law 265 vn 6.

In 'n onlangse Suid-Afrikaanse saak, S v Kramer(259), het die aanspreeklikheid van 'n narkotiseur weens nalatigheid weer eens onder die soeklig gekom. 'n Chirurg en narkotiseur is aan strafbare manslag skuldig bevind weens die dood van 'n tienjarige meisie gedurende 'n mangel-en adenoïede-operasie. Die narkotiseur het gedurende die operasie 'n endotracheale buis in die trachea van die pasiënt geplaas. Op hierdie stadium van die operasie het die narkotiseur vir die chirurg aangedui dat hy met die operasie kon voortgaan. Die pasiënt het egter begin bloei en tekens getoon van 'n gebrek aan voldoende suurstof. Die chirurg het nietemin met die operasie voortgegaan, 'n mangel verwyder en ook die endotracheale buis, wat nie behoorlik ingestek was nie, in die korrekte posisie geplaas. Die pasiënt het egter tekens van sianose getoon, en is in die teater oorlede. Die verhoorhof het die chirurg aanspreeklik gehou omdat hy nalatig voortgegaan het met die operasie terwyl dit duidelik was dat die endotracheale buis nie in posisie was nie, die pasiënt oormatig gebloei het en nie voldoende belug was nie. Die narkotiseur is aanspreeklik gehou op die basis daarvan dat hy nie die buis behoorlik in posisie geplaas het nie en derhalwe die dood van die pasiënt deur sy nalatigheid veroorsaak het. Beide die chirurg en die narkotiseur het teen die skuldigbevinding appèl aangeteken. By appèl is daar namens die chirurg aangevoer dat die staat nie nalatigheid aan sy kant bewys het nie, of dat hy die dood van die pasiënt veroorsaak het nie; verder is aangevoer

dat hy in dié noodsituasie aan die norm van die "redelike chirurg" in dieselfde omstandighede voldoen het. Namens die narkotiseur is aangevoer dat hy nie nalatig opgetree het nie en nie die dood van die pasiënt veroorsaak het nie.

Volgens die deskundige getuienis voor die hof was dit die plig van die narkotiseur om toe te sien dat die buis behoorlik in posisie geplaas was en om die toestand van die pasiënt behoorlik te monitor. Verder is dit ook nie die plig van die chirurg om toe te sien dat die narkotiseur sy pligte behoorlik uitvoer nie. Die hof bevind (hoofsaaklik op grond van die mediese getuienis voor die hof) dat die verhoorhof die chirurg verkeerdelik skuldig bevind het. Die hof tref dan 'n duidelike onderskeid tussen die verantwoordelikhede van die narkotiseur en die chirurg tydens 'n operasie. Beide tree onafhanklik van mekaar op en kan nie as agente van mekaar beskou word nie(260). Ten aansien van die optrede van die chirurg tydens die noodsituasie gedurende die operasie, en die vraag of hy nalatig opgetree het al dan nie, merk die hof soos volg op:

"Accused no 1 (the surgeon) was faced with two problems, namely a patient who was obviously not receiving a sufficient supply of oxygen and who was 'too light'- that is, waking up. Accused no 1 had to establish an airway. He also had to prevent blood going into the lungs. He furthermore had to administer anaesthetic gasses which were at that stage supposed to be administered into the lungs. He therefore decided to intubate again. In order to insert a new tube a muscle relaxant was necessary. It is common cause that

---

(259) supra 887.

(260) 895 in navolging van die beginsel soos beslis in Van Wyk v Lewis supra 460.



accused no 1 succeeded in inserting the second tube very quickly ... I am of the opinion that accused no 1 when faced with the emergency acted swiftly. Accused no 2 (the anaesthetist) at that stage 'froze' and accused no 1 had to take emergency measures to try and save the patient's life. In my opinion accused no 1 acted reasonably in trying to create an airway in the way he did ... In my opinion accused no 1 took all reasonable measures to resuscitate the deceased under the prevailing circumstances" (261).

Die skuldigbevinding van die chirurg deur die verhoorhof is ter syde gestel, maar die skuldigbevinding van die narkotiseur is bekragtig. Die hof bevestig dat die narkotiseur nalatig was omdat hy versuim het om die buis behoorlik in posisie te plaas en die pasiënt se toestand te monitor(262).

Na my mening is die gemelde beslissing van besondere belang in die Suid-Afrikaanse geneeskundige reg. In dié beslissing is die algemene nalatigheidskriterium vir mediese optrede nie net bevestig nie, maar is die verantwoordelikhede van die chirurg en die narkotiseur, as afsonderlike lede van die operasiespan, in beginsel afgebaken. Die feit dat die narkotiseur in dié saak klaarblyklik onervare was het, in ooreenstemming met die beginsels soos hierbo bespreek (263), nie afbreuk gedoen aan die algemene nalatigheidskriterium wat vir narkotiseurs gestel word nie; naamlik dié van die algemene "redelike en bevoegde" narkotiseur in dieselfde omstandighede.

---

(261) 897 (per Van Der Merwe R).

(262) 898.

(263) In navolging van die spreuk imperitia culpae adnumeratur soos bespreek in hoofstuk 2 supra.

In die Suid-Afrikaanse saak, Toyuz v Reynecke(264), het die beweerde nalatigheid van 'n narkotiseur weer eens ter sprake gekom. Die feite was soos volg: Gedurende 1987 is die eiseres, 'n geneesheer, in 'n kliniek opgeneem vir die bevalling van haar tweede kind by wyse van 'n keisersnee. Haar ginekoloog het met die verweerder gereël om as narkotiseur tydens die gemelde prosedure op te tree. Die keisersnee sou onder epidurale narkose uitgevoer word. Die verweerder was nie 'n geregistreerde spesialis-narkotiseur nie, maar het heelwat ervaring in dié veld gehad. Hy het onder meer in Engeland studeer en ook aldaar as narkotiseur gepraktiseer.

Epidurale narkose is deur die verweerder toegedien en die bevalling het vlot verloop. Die eiseres het egter 7 dae nadat sy uit die kliniek ontslaan is, ernstige probleme (onder meer rugpyn en hoofpyn) ontwikkel. Die eiseres se simptome het vererger en veroorsaak dat sy skoliose ontwikkel het, erge pyn in haar rug en linkerbeen ervaar het en benewens neurologiese probleme, ook die gevoel in haar een boud verloor het. Sy het onder meer fisioterapie ontvang en onderskeidelik 'n ortopediese chirurg en neuroloog geraadpleeg. Aanvanklik is konserwatiewe behandeling toegepas, maar 'n disektomie en 'n spinale fusie is later op die eiseres uitgevoer. Die eiseres het egter nog steeds erge pyn ervaar en kon haar rug nie buig nie. As gevolg van onomkeerbare skade aan haar rug

---

(264) Ongerapporteer 1994 AD, bespreek deur Strauss "Alleged Negligence by Anaesthetist in Administering Epidural" 1994 (4) SAPM 16 en 1995 (1) SAPM 12.

(meer bepaald aan die L5-senuwee), het die eiseres aan die sogenaamde "failed back syndrome" begin ly. Hierdie toestand het geweldige pyn meegebring en die eiseres se mobiliteit heeltemal ingeperk. Die eiseres het as gevolg van hierdie permanente skade die verweerder, ginekoloog, verloskundige en die kliniek vir skadevergoeding in die bedrag van meer as 2 miljoen rand gedagvaar.

Die eiseres het aangevoer dat die verweerder in die toediening en uitvoering van die epiduraal nie met die nodige sorg en vaardigheid opgetree het nie, en derhalwe nalatig was. Die verhoorhof was nie bereid om te bevind dat die ginekoloog en verloskundige nalatig opgetree het nie, terwyl die eis teen die kliniek by die aanvang van die verhoor teruggetrek is. Die hof het egter bevind dat die verweerder wel kousaal nalatig opgetree het, en gelas dat die verweerder skadevergoeding in die bedrag van R972 320-00 aan die eiseres betaal.

Die hof bevind dat die verweerder se nalatigheid daarin geleë is dat hy gedurende die toediening van die epiduraal die dura in die omgewing van die axilla van die L5-senuwee geskeur of beskadig het, terwyl hy inderdaad die senuweewortel gelyktydig hiermee beseer het. Verder bevind die hof dat die eiseres gedurende die toediening van die epiduraal 'n spinale hoofpyn ervaar het, en dat die verweerder hiervan bewus was en versuim het om die nodige voorkomende stappe te neem. In die lig van hierdie bevinding was die verhoorhof van mening dat die verweerder

nalatig opgetree het.

By appèl(265) bevind die hof onder meer dat die eiseres nie op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys het dat die verweerder inderdaad verantwoordelik was vir die skeur aan die dura en die besering van die senuwee nie. Selfs al was dit so dat die skeur van die dura en die besering van die senuwee gedurende die toediening van die epiduraal ontstaan het, was die hof van mening dat die verweerder slegs nalatig kon gewees het indien hy daarvan bewus was. Die hof bevind dat daar nie op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys is dat die verweerder inderdaad hiervan bewus was bloot omdat die eiseres 'n spinale hoofpyn gedurende die toediening van die epiduraal ervaar het nie. Die blote feit dat 'n mediese prosedure 'n nadelige resultaat tot gevolg het, regverdig, volgens die hof, nie die afleiding dat die narkotiseur noodwendig nalatig was nie. Die hof bevind gevolglik dat die verweerder nie nalatig opgtree het nie. Die bevinding van die verhoorhof is ter syde gestel en vervang met 'n bevel van absolusie van die instansie.

In die Engelse saak Jones v Manchester Corporation(266) is 'n jong onervare narkotiseur aanspreeklik gehou teenoor die afhanklikes van 'n pasiënt wat ten gevolge van die toediening van narkose gesterf het. Volgens die getuienis het die narkotiseur eers stikstofdioksies (laggas) met suurstof deur middel van 'n masker oor die pasiënt se gesig

---

(265) Reyneke v Toyuz supra.

toegedien. Aangesien die pasiënt juis vanweë brandwonde aan sy gesig behandel moes word, moes die masker verwyder word. Daar is toe besluit om pentotal aan die pasiënt toe te dien. Die pasiënt was nog in 'n beswyming en die pentotal is by wyse van twee vinnige inspuitings toegedien, wat te vinnig opmekaar gevolg het.

Daar rus ook 'n besondere plig op die narkotiseur om toe te sien dat die korrekte narkosemiddel aan die pasiënt toegedien word. Die Engelse saak Collins v Hertfordshire County Council(267) dien hier as voorbeeld: 'n Huisdokter het intruksies van 'n chirurg, wat die operasie sou uitvoer, ontvang om 'n oplossing van procaine as narkosemiddel vir die operasie te bestel; die huisdokter het egter verkeerdelik gehoor dat hy 'n oplossing van kokafene moes bestel. Tydens die operasie het die chirurg nie seker gemaak dat hy wel procaine as narkosemiddel aan die pasiënt toegedien het nie, en weens die misverstand het hy die pasiënt met kokafene ingespuit ten gevolge waarvan die pasiënt oorlede is. Die chirurg is aanpreeklik gehou en die hof het soos volg opgemerk:

"Every surgeon takes responsibility for what he injects into a patient ... he should take some step reasonably to make sure before he injects it, that he is injecting that which he ordered"(267).

'n Verdere interessante saak in die Engelse reg is Roe v

---

(266) [1952] 2 All ER 125 (CA); sien die bespreking deur Martin 372; Nathan 69 ev; Speller 68.

(266) [1947] 1 All ER 633 (KB); sien Strangways-Lesmere v Clayton [1936] 1 All ER 484 (KB).

(267) supra 633.

Minister of Health(268): 'n Spinale narkosemiddel is gebere in glasampules wat weer in 'n oplossing van fenol gestoor is. Die fenol het deur onsigbare krakies in die glasampules gesyfer. In Oktober 1947 is twee pasiënte met die fenol ingespuit en hulle het as gevolg daarvan ernstige liggaamlike skade opgedoen. Die risiko verbonde aan dié praktyk is eers in 1951 aan die mediese professie deur middel van 'n publikasie uitgewys. Gedurende die verhoor van die saak in 1953 is bevind dat die narkotiseur in die saak nie nalatig opgetree het deur te versuim om die risiko van die onsigbare krakies in die glasampules te voorsien nie. By appèl is die bevinding bekragtig en is die feit beklemtoon dat die narkotiseur se optrede beoordeel moet word aan die hand van die beskikbare mediese kennis in 1947. Lord Denning het treffend soos volg opgemerk:

"If the anaesthetists had foreseen that the ampoules might get cracked with cracks that could not be detected on inspection they would no doubt have dyed the phenol a deep blue; and this would have exposed the contamination. But I do not think that their failure to foresee this was negligence. It is so easy to wise after the event and to condemn as negligence that which was only a misadventure. We ought always to be on our guard against it, especially in cases against hospitals and doctors. Medical science has conferred great benefits on mankind, but these benefits are attended by risks. Every surgical operation is attended by risks. We cannot take the benefits without taking the risks. Every advance in technique is also attended by risks. Doctors, like the rest of us, have to learn by experience, and experience often teaches in a hard way. Something goes wrong and shows up a weakness, and then it is put right. That is just what happened here ... One final word. These two men have suffered such terrible consequences that there is a natural feeling that they should be compensated. But we should be

---

(268) [1954] 2 QB 66.

doing a disservice to the community at large if we were to impose liability on hospitals and doctors for everything that happens to go wrong. Doctors would be led to think more of their own safety than of the good of their patients. Initiative would be stifled and confidence shaken. A proper sense of proportion requires us to have regard to the conditions in which hospitals and doctors have to work ... We must insist on care for the patient at every point, but we must not condemn as negligence that which is only a misadventure"(269).

Hierdie woorde van Lord Denning is myns insiens vandag nog net so waar en onderskryf die basiese beginsel dat die stand van die mediese wetenskap en tegnologie 'n besliste faktor is wat in aanmerking geneem moet word by die nalatigheidskriterium vir medici. Die voortdurende ontwikkeling op die gebied van die mediese wetenskap en tegnologie beïnvloed die toepassing van mediese praktyke en het tot gevolg dat sodanige praktyke op 'n latere stadium weens gemelde ontwikkeling as verouderd beskou mag word.

Dat die taak van die narkotiseur by die toediening van 'n narkosemiddel gekompliseerd kan wees, word geïllustreer deur die Engelse saak Williams v North Liverpool Hospital Management Committee(270). In hierdie geval is 'n narkotiseur aanspreeklik gehou weens nalatigheid omdat hy die narkosemiddel, pentotal, direk in die pasiënt se arm ingespuut het in stede daarvan om dit binne-aars toe te dien. Gevolglik is die pasiënt se arm beseer. By appèl is die bevinding teen die narkotiseur egter ter syde gestel. Die hof het die probleme wat die narkotiseur in dié geval ondervind het, soos volg opgesom:

---

(269) [1954] 2 All ER (HL) 137.

(270) Ongerapporteer, verslag in The Times 17 Januarie



"The patient was exceedingly fat. This made her veins more difficult to find. The existence of fat was itself a handicap to the administration of pentothal because fat was not sensitive to pain, and one of the indications that pentothal had not gone into the vein but had gone into the tissues was the sensation of pain ... There are risks inherent in most forms of medical treatment, and anaesthetics is certainly no exception. All one can ask of a practitioner is that he should keep those risks to the minimum to which reasonable skill and care can reduce them. If he does this, no injury which occurs, however serious will be actionable"(271).

Narkosemiddels het verskillende uitwerkings op verskillende organe. So is sekere middels onderdrukkers van hartspoed en ander kan asemhaling onderdruk of lewersaking by 'n alreeds siek lewer veroorsaak. Sommige persone reageer anders as ander op die toediening van narkosemiddels. Hierdie hipersensitiwiteit is van genetiese oorsprong; daarom is 'n pre-operatiewe geskiedenis van groot belang (byvoorbeeld porforie en barbiturate)(272). Die toediening van narkose kan tegnies 'n relatief eenvoudige prosedure wees, soos wanneer 'n intraveneuse inspuiting van 'n narkosemiddel toegedien word vir 'n klein terapeutiese ingreep of vir 'n kort diagnostiese prosedure. Die toediening van die narkose kan andersins moeilik wees

---

1959, bespreek deur Speller 78.  
(271) supra; vir verdere voorbeelde in hierdie verband in die Engelse regspraak Chatterton v Gerson supra; Connolly v Camden and Islington Area Health Authority [1981] 3 All ER 250 (oordosis van narkosemiddel aan seun toegedien; skadevergoeding is toegeken); Jacobs v Great Yarmouth Health Authority [1984] 1 The Lancet 1249 (CA); Thomas v Wignall and Another [1987] 1 All ER 1185 (CA) (eiseres het ernstige breinskade opgedoen tydens die toediening van narkose by 'n roetine mangeloperasie. Die narkotiseur het aanspreeklikheid erken); sien ook die meer onlangse Engelse saak Ludlow v Swindon Health Authority 1989 QB, ongerapporteer, bespreek in Strauss Doctor Patient and the Law 277 ev.

wanneer dit byvoorbeeld oor baie ure strek, die pasiënt fisiek in 'n swak toestand is en indien addisionele prosedures soos 'n hartlong-masjien gebruik moet word. Elke geval moet egter aan die hand van die aanwesige omstandighede op sy eie meriete beoordeel word(273).

In die VSA het verskeie sterftes, in verband met die nalatige toediening van die narkosemiddel, halotaan, al voorgekom: Daar is gevind dat die toediening van halotaan lewerversaking by sommige pasiënte veroorsaak(274). In die saak van Bachtalar v Roosevelt Hospital NY(275) is halotaan tydens 'n operasie aan 'n 38-jarige vrou toegedien. Tydens 'n tweede operasie is sy dood aan lewerversaking. In 'n eis om skadevergoeding teen die narkotiseur en die hospitaal, is daar aangevoer dat die dood van die vrou deur die nalatige toediening van halotaan veroorsaak is. Die hospitaal en die narkotiseur het aanspreeklikheid erken en die saak is geskik vir \$100 000-00. Mazzia voer egter aan "that it is not scientifically possible to allege (today) that halothane is the cause of liver failure"(276).

---

(272) Schwär Olivier & Loubser 234 ev; Mason 401.

(273) Schwär Olivier & Loubser 236; Mason 389; die Amerikaanse skrywer Harney 2-31 "lys" die volgende komplikasies wat by die toediening en/of uitvoering van narkose kan intree: "(1) Injuries involving positioning of the patient; (2) Complications involving endotracheal tube; (3) Injury to vocal cords; (4) Injury to teeth; (5) Adverse reactions to anaesthetic drugs; (6) Halothane complications; (7) Unexplained cardiac arrest or hypoxia; (8) Administration of excessive or insufficient anaesthesia; (9) Injury to the lung during nerve block; (10) Complications of spinal anaesthesia; (11) Failure to monitor patient; (12) Equipment problems; dit spreek vanself dat die narkotiseur in enige van dié gemelde gevalle moontlik nalatig kan optree.

(274) Mazzia "Liver Failure Associated with Halothane" 1977 Legal Medicine Annual 51; daar dien hier gemeld te

Sekere narkosemiddels hou, indien hulle saam met elektriese apparaat gebruik word, die gevaar van ontvlamming in. In hierdie gevalle is daar 'n besondere plig op die narkotiseur om met groot sorgsaamheid op te tree(277). In 'n Amerikaanse saak McKinney v Tromley(278) is 'n negejarige seun tydens 'n mangeloperasie dood. Die narkosemiddel, eter, is aan die pasiënt toegedien. Die chirurg het 'n elektriese apparaat naby die pasiënt se gesig gebruik toe die eterdampe ontvlam het. Die chirurg en die narkotiseur is aanspreeklik gehou.

Sommige pasiënte se liggaamstemperatuur styg by tye bo normaal tydens narkose; hierdie verskynsel (sogenaamde "malignant hyperthermia") kan veroorsaak dat die pasiënt sterf:

"The syndrome is characterized by an increase in body temperature during general anaesthesia to the range of 104 degrees F to 112 degrees F. Mortality has been high ranging from 64 to 83%"(279).

---

word dat alhoewel dit so mag wees dat 'n bepaalde narkosemiddel nie ander organe van die liggaam nadelig mag beïnvloed nie, dit bepaald so is dat sekere pasiënte vir bepaalde narkosemiddels allergies mag wees - dit is derhalwe in hierdie verband noodsaaklik vir die narkotiseur om pre-operatief 'n volledige geskiedenis van die pasiënt te neem ten einde vas te stel of die pasiënt moontlik vir 'n bepaalde narkosemiddel allergies mag wees - sien Harney 15 ev.

(275) Ongerapporteer, New York Supreme Court (1975), bespreek deur Mazzia 1977 LMA 60; Linguist v Ayerst Labs 607 P 2d 1339 (Kan 1980).

(276) 1977 LMA 53; sien die bespreking deur Harney 15-18.

(277) Schwär Olivier & Loubser 236 ev.

(278) 386 SW 2d 564 (Tex 1964); sien Holder 152; Williams "Liability of Anaesthetist for Injuries from Spinal Anesthetics" 90 ALR 3d 775 ev; Nota 53 ALR 2d 144 ev.

(279) Mazzia & Simon "Another Look at Malignant Hyperthermia" 1978 Legal Medicine Annual 167; Paladino

In die VSA het al verskeie gevalle van "malignant hyperthermia" tydens narkose by pasiënte voorgekom. Gerapporteerde regspraak ten aansien van dié verskynsel is weliswaar beperk. Die meeste sterftes in verband met "malignant hyperthermia" het voorgekom waar die betrokke narkotiseur en chirurg nie van die verskynsel bewus was nie, of waar die pasiënt se geskiedenis nie pre-operatief vasgestel is nie of waar die liggaamstemperatuur van die pasiënt nie tydens narkose gemoniteer is nie(280).

Ook in die Duitse regspraak is daar voorbeelde van mediese nalatigheid geassosieer met narkose ("Narkosefehler"). 'n Besondere graad van sorgsaamheid ten aansien van die narkoseprosedures en die toediening van narkose word van die narkotiseur van regsweë vereis. Die narkotiseur is dan veral verantwoordelik vir die "Vitalfunktionen" van die pasiënt(281).

In 'n interessante saak betreffende mediese nalatigheid geassosieer met narkose wat in 1977 voor die Duitse Bundesgerichtshof(282) gedien het, was die feite soos volg: 'n Pasiënt het in 1970 heupchirurgie in 'n ortopediese kliniek ondergaan. As gevolg van 'n "ongeluk" tydens die

---

1975 Legal Medicine Annual 263; Schwär Olivier & Loubser 174 ev.

(280) Mazzia & Simon 1978 LMA 166; Paladino 1975 LMA 263.

(281) Vir 'n algemene bespreking van die regsplig en verantwoordelikhede van die narkotiseur in die Duitse reg, Bappert 79; Fieser 92; Laufs 130 ev; Laufs & Uhlenbruck 1034; Pribilla Die juristische Problematik in der Medizin (1971) 154; Uhlenbruck 1972 NJW 2201.

toediening van narkose, het die pasiënt omvangryke breinskade vanweë 'n tekort aan suurstof opgedoen. Serebrale verlamming het by die pasiënt ingetree en is hy in 1972 oorlede. Die tekort aan die suurstoftoevoer het ontstaan toe een van die suurstoftoevoerpype vasgevang is tussen 'n verdampingsapparaat en 'n reling gedurende die toediening van die narkosemiddel. Die suurstofapparaat het voor die operasie buite die teater in die gang gestaan vanweë die feit dat daar konstruksiewerk aan die gang was by die kliniek en die ruimte beperk was. Die moontlikheid het ook bestaan dat die toevoerpyp reeds gedurende verskuiwings van die apparaat vasgevang is. Die pasiënt het reeds voor sy dood 'n eis vir skadevergoeding ingestel teen die twee narkotiseurs wat betrokke was, op grond van die feit dat hulle nalatig opgetree het en versuim het om die "ongeluk" te voorkom. Na die pasiënt se dood het sy vrou, in haar hoedanigheid as haar man se erfgenaam, 'n bedrag van DM80 000 as skadevergoeding weens pyn en lyding geëis. Die verhoorhof het dié eis toegestaan, maar by appél het die OLG die eis afgewys. By 'n tweede appél deur die eiseres, is die saak terugverwys vir herverhoor. Die hof van eerste appél, in die afwysing van die eis, was van mening dat die twee narkotiseurs wel met die nodige sorgsaamheid opgetree het en dat die suurstoftoevoerpyp vóór die operasie in die gang reeds vasgevang was weens die moontlikheid dat die suurstofapparaat deur verbygaande hospitaaltrollies en beddens raakgestamp is(283).

---

(282) BGH 1978 NJW 584; sien BGH 1951 NJW 798.

(283) Vir verdere voorbeelde ten aansien van nalatigheid by narkosegevalle in die Duitse regspraak BGH 1974 NJW 1424

2 4 2 Die toediening van geneesmiddels en  
verdowningsmiddels

Die oormatige toediening van geneesmiddels en verdowningsmiddels of die negatiewe uitwerking daarvan op sekere pasiënte, kan die geneesheer vanweë nalatigheid aanspreeklik stel. Ook die toediening van 'n geneesmiddel wat normaalweg 'n doeltreffende uitwerking kan hê in so 'n mate dat die pasiënt se toestand eerder versleg of liggaamlike besering of skending veroorsaak, kan die geneesheer vanweë nalatigheid aanspreeklik stel. Die versuim aan die kant van die geneesheer om, voordat hy die geneesmiddel toedien of voorskryf, homself op hoogte te stel van die sterktes en dosisse waarin dit voorgeskryf word, of die versuim om in sy voorskrif die sterkte en dosis van die geneesmiddel aan te dui, kan ook die geneesheer vanweë nalatigheid aanspreeklik stel. Insgelyks kan die toediening en voorskryf van 'n geneesmiddel deur 'n geneesheer sonder enige of genoegsame kennis van die uitwerking daarvan ook op nalatigheid neerkom(284).

---

(narkotiseur verlaat die teater terwyl die pasiënt nog onder narkose is om in 'n ander operasie narkose te gaan toedien); BGH 1985 NJW 1392 (pasiënt ernstig beseer waar daar tydens die narkose nie voldoende suurstof toegedien is nie); BGH 1986 NJW 1548 (grootte nalatigheid aan die kant van die narkotiseur waar hy 'n pasiënt verlaat direk na afloop van die operasie en die pasiënt dan 'n asemtekort ondervind; die narkotiseur moet die pasiënt na die operasie opvolg en seker maak dat die pasiënt aan 'n ander geneesheer se sorg toevertrou is); BGH 1987 NJW 2293 (narkotiseur wend halotaan as narkosemiddel aan waar 'n keisersnee op pasiënt uitgevoer word. Die pasiënt sterf egter vanweë lewerversaking wat volg op die toediening van halotaan); sien BGH 1974 NJW 1422; BGH 1978 NJW 584. (284) Claassen & Verschoor 48; Gordon Turner & Price 130;

Die toediening van geneesmiddels en verdowingsmiddels skep besondere probleme in die mediese praktyk juis vanweë die inherente risiko's verbonde aan sodanige middels asook die newe-effekte daarvan, wat soms onvoorspelbaar is. Tereg is daar al soos volg opgemerk:

"Side effects in the use of drugs are an old story. Practically every useful drug causes with its administration the danger of one or more side effects. No drug is absolutely safe. If it were, it would perhaps not cure anything"(285).

Twee Suid-Afrikaanse beslissings dien hier ter illustrasie van die algemene beginsels wat hierbo genoem is:

In die saak van R v Van Schoor(286) was die beskuldige 'n jong geneesheer wat 'n aantal sifilis-pasiënte moes behandel. Die behandeling sou die vorm aanneem van 'n inspuiting met 'n nuwe middel, neo-halarsine, wat arseen bevat het. Die beskuldigde het weinig of geen ervaring van hierdie middel gehad nie. Die beskuldigde het nie die instruksies gelees wat binne-in elke houër oor die gebruik van die mengsel voorgekom het nie, en het altwee pasiënte die inhoud van elke ampule (wat tienmaal die voorgeskrewe

---

Strauss & Strydom 306; Strauss Doctor Patient and the Law 254; Barlow 1948 THRHR 181; Jackson & Powell 330; Martin 385; Nathan 57; Ficarra 837; Harney 332; Holder 154; Bappert 67; Giesen Arzthaftungsrecht/Malpractice Law 228; Laufs & Uhlenbruck 636.

(285) Junewicz "Physician's Liability for Failure to Anticipate and Control Reactions and Interactions Precipitated by Prescribed or Administered Drugs" 1976 Legal Medicine Annual 327; Brazener "Malpractice: Physician's Liability for Injury or Death Resulting From the Side Effects of Drugs Intentionally Administered to or Prescribed for Patient" 45 ALR 3d 928.



dosis bevat het) by wyse van binne-aarse inspuitings toegedien. Twee pasiënte is weens die oordosis oorlede. Die hof bevind dat die beskuldigde nalatig was en bevind hom skuldig aan strafbare manslag. Belangrik is die opmerking hier deur Steyn R ten aansien van die graad van bedrewenheid en sorg wat van die algemene praktisyn verwag word ten aansien van die toediening van geneesmiddels en verdowingsmiddels:

"For instance, in the treatment of patients, where he (the doctor) is dealing with a dangerous drug or medicine, as in this case, administering a compound containing arsenic, he would be required to exercise far greater care than in the administration of a drug not containing such a poisonous or dangerous ingredient, and not only the administration of the drug but also the manner in which that administration is made may necessitate a different degree of care. Thus, if a poisonous compound is administered through the mouth to go straight into the stomach, its expulsion from the patient's stomach if discovered to be harmful would be relatively simple as compared with the difficulty attendant upon cleansing or purifying the patient's system if the harmful compound had been injected into the patient's vein: In the latter case, therefore, greater care must be exercised against the administration of an overdose. I mention this merely to illustrate that it is very difficult to particularise a standard of care. There is no yardstick. Each case has got to depend on its own particular circumstances"(287).

In 'n ander saak S v Mkwetshana(288) was die beskuldigde 'n jong geneesheer wat sy internskap in 'n hospitaal gedoen het in die 12 maande nadat hy sy kwalifikasies behaal het. Een van die pasiënte, 'n vrou, het aan bronchiale asma gely. Gedurende 'n akute aanval van asma het die beskuldigde 20 cc aminophylline, 'n erkende middel teen asma, bestel en binne-aars aan die vrou toegedien. Haar

---

(286) supra 348.

(287) supra 349.

toestand het egter nie verbeter nie en vervolgens het die beskuldigde, menende dat dit moontlik epilepsie was, 20 cc paraldehyd binne-aars toegedien. Die vrou is 'n rukkie later oorlede. Dit blyk dat die 20 cc van laasgenoemde geneesmiddel 'n dodelike oordosis was. Die geneesheer is skuldig bevind op 'n aanklag van strafbare manslag(289).

Gevalle het al voorgekom waar pasiënte negatief reageer op die toediening van sekere geneesmiddels en verdowingsmiddels vanweë die aanwesigheid van een of ander allergie by die pasiënt, of waar sodanige geneesmiddels in reaksie op die aanwesigheid van ander geneesmiddels, 'n negatiewe teenreaksie by die pasiënt veroorsaak. In die

---

(288) supra 493; sien R v Van der Merwe 1953 (2) PH H 124(W) waar 'n pasiënt gesterf het as gevolg van 'n onvolledige voorskrif - sien bespreking van dié saak in Strauss & Strydom 305.

(289) Vir voorbeelde van nalatige toediening van geneesmiddels deur medici in die Engelse regspraak sien R Akerele [1943] 1 All ER 367 (CA)(oordosis van geneesmiddel deur geneesheer ten gevolge waarvan tien kinders oorlede is); Distillers Co (Biochemicals) Ltd v Laura Anne Thompson [1971] 1 All ER 694 (PC)(versuim om 'n swanger vrou te waarsku dat 'n geneesmiddel wat voorgeskryf is thalidomide bevat; kind sonder arms en met gebrekkige sig gebore); Pargeter v Kensington Health Authority [1979] 2 The Lancet 1030; S and Another v Distillers Company (Biochemicals) Ltd [1969] 3 All ER 1412 (QB)(geneesmiddel vir swanger vroue voorgeskryf wat thalidomide bevat het ten gevolge waarvan kinders gebreklik gebore is); vir voorbeelde in die Duitse regspraak BGH 1959 NJW 1583 (geneesheer dien twee opeenvolgende inspuitings van morfien te vinnig aan pasiënt toe); BGH 1970 NJW 511 (geneesheer aanspreeklik gehou omdat hy nalatig versuim het om 'n vyftienjarige meisie te waarsku ten aansien van die gevare om 'n oordosis van "Fowler solution" op vratjies wat sy gehad het toe te dien); BGH 1970 NJW 1963 (geneesheer aanspreeklik vir die oordosering van NaCl - hy het 'n mediese woordeboek geraadpleeg en verkeerdelik 'n dosis van 25% oplossing in plaas van 2,5% oplossing NaCl voorgeskryf); BGH 1972 NJW 1520; BGH 1976 NJW 1155; BGH 1982 NJW 697 (versuim van 'n uroloog om die pasiënt te waarsku oor die nuwe-effekte van die geneesmiddel myambutol).

Amerikaanse saak O'Neal v State of New York(290), is 'n geneesheer vanweë sy nalatigheid aanspreeklik gehou vir die dood van 'n vrou wat aan barbiturate verslaaf was. Die geneesheer was onbewus van hierdie verslawing omdat hy die vrou nie behoorlik ondersoek het of haar mediese geskiedenis nagegaan het nie. Hy het haar toestand gediagnoseer as epilepsie en inspuitings van thorazine en stalzine toegedien. Hierdie middels het egter in teenreaksie met die oorblywende barbiturate in die vrou se liggaam, haar dood veroorsaak.

Daar is dus 'n besondere verpligting op die geneesheer om voordat hy 'n geneesmiddel aan 'n pasiënt toedien, die mediese geskiedenis van die pasiënt na te gaan en om vas te stel of die pasiënt moontlik allergies is vir sekere geneesmiddels, byvoorbeeld penisillien. Holder voer tereg aan:

"Where a drug allergy which is known to the patient or can be predetermined is overlooked and adverse reaction occurs, the doctor will be liable"(291).

---

(290) Ongerapporteer, New York Supreme Court (1975) bespreek deur Junewicz 1976 LMA 337.

(291) Holder 160; dit is veral in verband met die gevaarlike newe-effekte van penisillien dat verskeie gevalle van mediese nalatigheid al voorgekom het: Strauss Doctor Patient and the Law 254; Holder 156 ev; Nota "Malpractice: Doctor's Liability for Mistakenly Administering Drugs " 23 ALR 3d 1334; Nota "Malpractice in Administering Medicine to which Patient is Unusually Susceptible or Allergic" 64 ALR 2d 1281; LG Konstanz 1972 NJW 2223 (geneesheer het pasiënt behandel vir mangelontsteking. Hy het die pasiënt ingespuit met 'n groot dosis penisillien, maar versuim om die pasiënt in te lig oor die moontlike newe-effekte van die behandeling. Hy moes ook die pasiënt waarsku om nie motor te bestuur vir ten minste twee ure nadat die penisillien aan hom toegedien is nie. Die pasiënt het egter sy motor bestuur en was vanweë die newe-effekte van die penisillien wat hom

Interessant is dié gevalle in die VSA waar medici aanspreeklik gehou is vanweë die feit dat hulle nalatig veroorsaak het dat 'n pasiënt verslaaf raak aan geneesmiddels en verdowingsmiddels(292). In Los Alamos Medical Centre v Coe(293) het 'n geneesheer 'n pasiënt vir chroniese pyn behandel. Die pasiënt is in 'n hospitaal opgeneem waar die geneesheer by verskeie geleenthede morfien aan haar toegedien het. Na haar ontslag uit die hospitaal, het sy weer pyn ondervind en vir 'n periode van drie maande is morfien aan haar toegedien; trouens, die geneesheer het 'n voorskrif aan haar gegee waarvolgens sy self morfien kon bekom en toedien. Die pasiënt was na dié tydperk verslaaf aan morfien. In 'n daaropvolgende eis om skadevergoeding teen die geneesheer het die hof bevind dat die geneesheer die verslawing van die pasiënt nalatig veroorsaak het.

'n Aantal praktiese riglyne ("working rules") wat moontlik nalatigheid aan die kant van die geneesheer by die toediening van geneesmiddels en verdowingsmiddels kan voorkom of uitskakel, word deur Junewicz, genoem:

- "(a) the duty to take a complete medical history and to inquire about past reactions or interactions;
- (b) the duty to warn the patient of potential harm

---

oorval het, in 'n botsing betrokke ten gevolge waarvan hy beseer is. Die geneesheer is aanspreeklik gehou omdat hy nalatig versuim het om die pasiënt in te lig oor die nuwe effekte van die geneesmiddel en skadevergoeding is aan die pasiënt toegeken).

(292) Rigelhaupt "Physician's Liability for Causing Patient to Become Addicted to Drugs" 16 ALR 4th 999.

(293) 50 ALR 2d 1033 (New Mexico 1954); sien Nota "Medical Malpractice: Administering or Prescribing Drugs for Weight Control" 1 ALR 2d 236.

-571-

- from the prescribed drug;
- (c) the duty to consider hypersensitivity tests before administering certain drugs (eg penicillin);
- (d) the duty to observe the patient after a test is administered to determine the patient's reaction to a certain drug;
- (e) the duty to use the less dangerous drug, if equally effective, and;
- (f) the duty to keep record of all past administrations and the patient's reaction to them"(294).

Na my mening kan die voorgestelde riglyne onderskryf word, en is dit moeilik om te sien dat die geneesheer as nalatig beskou sal word by die toediening van geneesmiddels waar hy die gemelde riglyne toegepas het.

2 4 3        Instrumente breek en vreemde voorwerpe  
bly in pasiënt agter

2 4 3 1      Instrumente breek

Strauss en Strydom(295) merk tereg op dat mediese apparaat in die moderne geneeskunde steeds 'n belangrike rol speel. Dit spreek vanself dat indien mediese apparaat, instrumente of toerusting tydens mediese behandeling defektief raak ten gevolge waarvan die pasiënt benadeel word, dit nie net die vervaardiger van sodanige apparaat is wat tot verantwoording geroep kan word nie, maar dat die geneesheer ook moontlik weens nalatigheid aanspreeklik

---

(294) Junewicz 1976 LMA 433; sien Ficarra 837 vir 'n soortgelyke skema ten opsigte van penisillienbehandeling; vir 'n omvattende bespreking van verskillende geneesmiddels, hul generiese samestelling en effek op pasiënte sien Harney 331 ev.  
(295) 288.

gehou kan word. Die geneesheer se aanspreeklikheid hang daarvan af of hy bewus was van die gebrek in die apparaat, of redelikerwys daarvan bewus behoort te gewees het(296).

Gevalle waar instrumente, veral spuitnaalde, tydens die uitvoering van 'n operasie gebreek het, het al voorgekom(297). In die Suid-Afrikaanse saak Mitchell v Dixon(298) is skadevegoeding van 'n geneesheer geëis wat 'n spuitnaald in 'n pasiënt se rug laat afbreek het. Die pasiënt het aangevoer dat die geneesheer nalatig was in sy versuim om 'n geskikte instrument te gebruik - hy moes 'n platinum - in stede van 'n staalnaald gebruik het. Die hof bevind egter dat daar geen getuienis was op grond waarvan hierdie bewering aanvaar kon word nie. 'n Bewering dat die geneesheer nalatig was deur nie die gebreekte naald dadelik te verwyder nie, is ook nie deur die hof aanvaar nie. Die hof bevind dat die geneesheer nie verder na die naald kon gesoek het nie omdat dit in die lig van die getuienis onwenslik was om die operasie te verleng.

---

(296) Claassen & Verschoor 52; Gordon Turner & Price 136; Holder 175 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 391; Holder "Surgeon's Failure to Discover Breakage of Surgical Instrument" 10 POF 2d 605; Zitter "Medical Malpractice: Instrument Breaking in Course of Surgery or Treatment" 20 ALR 4th 1179; Bappert 67 129;

(297) Vir talle voorbeelde van dié gevalle sien Zitter 20 ALR 4th 1179; Nota "Medical Malpractice: Liability for Injury Allegedly Resulting from Negligence in Making Hypodermic Injection" 45 ALR 3d 731; Nota "Hospital's Liability to Patient for Injury Sustained from Defective Equipment Furnished by Hospital for Use in Diagnosis or Treatment of Patient" 14 ALR 3d 1254.

(298) supra 519; Strauss & Strydom 289; vir talle voorbeelde in die Engelse regspraak van gevalle waar spuitnaalde tydens mediese behandeling gebreek het: Brazier v Ministry of Defence [1965] 1 Lloyds Rep 26; Corner v Murray [1954] 2 BMJ 1555; Henderson v Henderson

In die Amerikaanse saak Young v Caspers (299) het die punt van 'n chirurgiese mes afgebreek gedurende 'n ortopediese operasie en is dit in die pasiënt agtergelaat vir 'n tydperk agt maande. Aangesien daar geen verborge defek in die mes gevind kon word nie, het die hof die leerstuk van res ipsa loquitur toegepas en die chirurg vanweë nalatigheid aanspreeklik gehou.

2 4 3 2 Vreemde voorwerpe bly in pasiënt agter

'n Bekende Suid-Afrikaanse beslissing in dié verband is Van Wyk v Lewis (300): Die verweerder, 'n chirurg, het 'n blindedermooperasie op die pasiënt uitgevoer. Die galblaas is in 'n toestand van akute ontsteking aangetref en daar is besluit om dit te dreineer. Die gebied van die operasie is met deppers afgepak. Die verweerder, het voordat hy die wond toegewerk het, al die deppers wat hy kon sien of voel, verwyder. Die pasiënt, 'n 26-jarige vrou, het spoedig herstel, maar 'n tyd daarna het die operasiewond eeffe begin oopgaan en etter asook etlike galstene het tevoorskyn gekom. Sowat 'n jaar later is bevind dat 'n depper tydens die operasie in die pasiënt se buikholte agtergelaat is.

---

[1955] 1 BMJ 672; Hunter v Hanley supra; Marchant v East Ham Borough Council [1955] 2 The Lancet 973. (299) 249 NW 2d 713 (Minn 1977); sien egter Holder 10 POF 611: "Breakage during surgery of other types of instruments, which are normally unbreakable unless defective, usually does not result in an automatic inference of negligence on the part of the surgeon. In these cases, the question of liability usually revolves around whether the surgeon acted promptly to correct the problem after the breaking occurred".



Die pasiënt het 'n eis om skadevergoeding teen die verweerder ingestel as gevolg van beweerde nalatigheid. Die belangrikste grond waarop sy gesteun het, was dat die verweerder nalatig was deur nie toe te sien dat alle deppers verwyder is nie((301). Die verhoorhof het bevind dat die verweerder, menende dat al die afpakdeppers verwyder was, die teatersuster gevra het of al dié deppers aldus verwyder is; die suster het hierop bevestigend geantwoord. Die verhoorhof en die appêlhof was eenparig van mening dat die verweerder nie nalatig gehandel het nie. In sy uitspraak merk Wessels AR soos volg op:

"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. But we must bear in mind that a surgeon is a human being and not a machine. We must take into consideration the nervous anxiety which almost every surgeon must have in conducting a difficult and ticklish operation. On the other hand it is his duty to search very carefully for swabs, on the other hand it is no less his duty to get over the operation as quickly as possible for often delay spell death. Almost all surgeons called, even the most eminent of them state that a swab may be overlooked even though a high degree of care is shown, and the more difficult the operation, the nearer the patient is to death, the more easily such an accident may

---

(300) supra 438; sien Claassen & Verschoor 41; Gordon Turner & Price 139 ev; Strauss & Strydom 309; Strauss Doctor Patient and the Law 270.

(301) Ander gronde en faktore wat ook 'n rol gespeel het was onder meer of die bepaalde depper 'n afpakdepper of 'n suigdepper was; daar is 'n groot aantal deppers tydens die operasie gebruik - indien daar slegs een of twee deppers gebruik is - sou dit makliker vir die verweerder gewees het om toe te sien dat alle deppers verwyder is (Innes HR 442 van verslag en Wessels AR 468); die operasie is uitgevoer onder moeilike omstandighede en dit was van belang om die pasiënt so spoedig moontlik van die operasietafel te verwyder (Innes HR 442 en Wessels AR 468-469).

happen ... Swabs may hide themselves in the intestines in such a way that they are difficult to find, if perchance, as must have happened in this case, the forceps is not attached or becomes detached and the tape slips into the cavity. The swab is after all a bit thin gauze and is easily discoloured so as to take on the colour of the surrounding intestines and tissues and thus escape detection. If a surgeon has used due care in endeavouring to extract all swabs and is told by the nurse that they are all out he is justified in placing reliance upon after count and proceeding to sew up the wound and remove the patient"(302).

In dié saak was dit ook belangrik om 'n onderskeid te tref of die betrokke depper as 'n afpakdepper of 'n suigdepper gebruik is:

"This is important because if it had been used as a mopping swab it had no business to be in the abdominal cavity; it ought to have been thrown away and not left inside at all. A mopping swab would in all probability be septic; it should never leave the surgeon's hands, and to have such a swab in the opening would be a careless act on the part of the surgeon"(303).

Die hof kom tot die gevolgtrekking dat die depper hier 'n afpakdepper was. Die appèlhof het ook hier uitdruklik geweier om die stelreël res ipsa loquitur toe te pas(304).

---

(302) supra 470-471.

(303) supra 468 (per Wessels AR); sien ook verslag in Pretoria News 12 April 1988, waar 'n geneesheer en 'n verpleegster vanweë die dood van 'n vrou, van strafbare manslag aangekla is. Daar is aangevoer dat 'n depper in die vrou, nadat 'n keisersnee uitgevoer is, agtergelaat is. As gevolg van die depper het sepsis by die wond ingetree en is die vrou later oorlede.

(304) Sien die bespreking ten aansien van die bewys van nalatigheid in hoofstuk 3 supra; in 1979 het die Medical Defence Union in Suid-Afrika 115 gevalle hanteer van vreemde voorwerpe wat ná operasies in pasiënte gevind is. Vreemde voorwerpe wat gevind is, is onder meer sponse, rubberpype, stukke gaas, klampe en tange. Volgens 'n verslag van twee verenigings wat medici met regshulp bystaan, is "dit neerdrukkend omdat dieselfde foute jaar na jaar herhaal word - die Medical Protection Society (MPS) het 23 eise ten opsigte van wattepluisies wat in pasiënte agtergebly het, afgehandel en skadevergoeding van R30 000-

In 'n Engelse saak, Mahon v Osborne (305) is 'n pasiënt oorlede en dit het vasgestaan dat sy dood veroorsaak is vanweë 'n depper wat na 'n operasie in sy liggaam gelaat is. In 'n eis vir skadevergoeding wat deur 'n afhanklike van die oorledene ingestel is, bevind die hof, onder meer, dat die tel van die deppers na 'n operasie nie die taak van die geneesheer behoort te wees nie, maar dat sy plig om na die deppers te soek wat in die pasiënt agtergebly het, bepaal word deur die aard van die operasie en die toestand van die pasiënt. Die beslissing van die verhoorhof in die guns van die eiser is deur die appèlhof ter syde gestel, en vir herverhoor terugverwys.

---

00 in die 5 jaar van 1975 tot 1979 betaal - verslag in Rapport 2 Augustus 1981.  
(305) [1939] 2 KB 14; sien Jackson & Powell 313; Nathan 82; vir verdere voorbeelde van sogenaamde "swab" cases in die Engelse reg: Dryden v Surrey County Council [1936] 2 All ER 535 (geneesheer nalatig waar 'n stuk gaas in pasiënt agtergelaat is); Garner v Morell and Another The Times 31 Oktober 1953 (CA) (pasiënt sterf nadat hy tydens narkose vir die verwydering van sy tande, 'n depper insluk. Die tandarts is vir skadevergoeding teenoor die oorledene se vrou aanspreeklik gehou); James v Dunlop [1931] 1 BMJ 730 (pasiënt sterf nadat daar 'n galblaasoperasie op hom uitgevoer is en 'n depper in hom agtergelaat is. Geneesheer is aanspreeklik gehou); Morris v Winsbury-White supra 494 (stuk pyp in blaas van pasiënt agtergelaat); Needham v Biograft Transplant Centre [1983] The Times 16 Februarie 1983 (pasiënt wat bles was het 'n haarinplanting operasie ondergaan; na afloop van die operasie is 'n stuk gaas onder die vel agtergelaat. Geneesheer is aanspreeklik gehou en skadevergoeding is toegestaan); Urry v Bierer and Another [1955] The Times 15 Julie 1955 (depper in pasiënt gelaat nadat 'n keisersnee op haar uitgevoer is. Die geneesheer en verpleegster is aanspreeklik gehou); In die Amerikaanse reg; Harney 183; Holder 137 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 397; Nota "Malpractice: Liability of Physician Anesthetist or Dentist for Injury Resulting from Foreign Object Left in Patient" 10 ALR 3d 9; Borghese v Bartley 402 So 2d 475 477 (Fla App 1981); Truhitte v French Hospital 180 Cal Rptr 152 (Cal App 1982); vir voorbeelde in die Duitse regspraak BGH 1952 NJW 658 ('n 16 cm lang en 8 cm breë

## 2 4 4 Radioterapie en verbranding

Verskeie gevalle het al voorgekom waar pasiënte ernstige brandwonde opgedoen het, of andersins beseer is deur die blootstelling aan X-strale wat geneem is vir diagnostiese of terapeutiese doeleindes. By die toepassing van X-straal-behandeling is die geneesheer verplig om die nodige mediese bedrewenheid en sorg aan die dag te lê. Soos in alle gevalle van mediese nalatigheid, sal die geneesheer aanspreeklik gehou kan word indien hy nie die nodige sorg en bedrewenheid aan die dag lê nie. Waar 'n radioloog bestraling toepas, sal sy optrede, vir doeleindes van die beoordeling van nalatigheid, gemeet word aan dié van 'n radioloog-spesialis (306).

In die Suid-Afrikaanse saak Dale v Hamilton(307), het die geneesheer met die oog op diagnose vier X-straalplate van die pasiënt geneem. Die pasiënt het ten gevolge daarvan ernstige brandwonde opgedoen wat veroorsaak het dat hy agtien maande in die hospitaal moes bly. Die brandwonde is veroorsaak deur die feit dat 'n sogenaamde Coolidge-buis, tydens die maak van die opname, te naby aan die pasiënt geplaas is. Die hof bevind dat die geneesheer nalatig was:

---

arterieklamp in pasiënt agtergelaat; die hof bevind dat die geneesheer grof nalatig opgetree het); BGH 1956 NJW 1638; sien Deutsch Arztrecht und Arzneimittelrecht 66; Laufs & Uhlenbruck 1002.

(306) Claassen & Verschoor 43; Gordon Turner & Price 119; Strauss & Strydom 263; Strauss Doctor Patient and the Law 272 ev; Nelson-Jones 85; Ficarra 54; Harney 63 ev; Holder 148; Annotasie 61 Am Jur 2d 381 ev; Bappert 67-68; Laufs & Uhlenbruck 808 1059; BGH 1961 NJW 600.

"I must find that he was guilty of negligence; either he did not exercise the care which he should have exercised, being a trained man and having undertaken to use reasonable skill and care, or he lacked the training necessary to enable him to use the tube which he was using"(308).

In 'n ander Suid-Afrikaanse saak Coppen v Impey(309), het die geneesheer self X-straalplate van 'n pasiënt geneem en deur sy eie onbedrewenheid ernstige brandwonde veroorsaak. Die hof het ten gunste van die geneesheer beslis, aangesien die moontlikheid bestaan het dat die pasiënt "may also have a predisposition to the X-ray burn owing to some idiosyncrasy or individual susceptibility".

---

(307) supra 184; Strauss & Strydom 289; Strauss Doctor Patient and the Law 264 ev.

(308) supra 203.

(309) supra 321-322; vir verdere voorbeelde in dié verband in die Suid-Afrikaanse regspraak Esterhuizen v Administrator Transvaal supra 710 (oormatige bestraling van kankerpatiënt wat daartoe lei dat beide haar bene en hand later afgesit moes word) - sien die volledige bespreking van dié saak supra 2 1 2; Lymbery v Jefferies supra 240 (brandwonde veroorsaak deur X-straalbehandeling) - sien die volledige bespreking van die saak 2 1 5 2 supra; vgl ook Byrne v East London Hospital Board supra 126; vir onlangse voorbeelde in die Suid-Afrikaanse regspraak S v Bezuidenhout, 1985 (A), ongerapporteer, bespreek deur Strauss Doctor Patient and the Law 272: Die verweerder, 'n radioloog, het 'n sesjarige seun vir 'n urologiese probleem behandel. 'n Intraveneuse kontrasmedium, urografin, is aan die kind toegedien en X-strale is geneem. Die kind het later konvulsies ontwikkel en is in die intensiewe sorgeenheid opgeneem. Hy het 5 dae later gesterf. Die radioloog en die radiografis wat hom bygestaan het, is in die streekhof van strafbare manslag aangekla. Die hof het bevind dat beide nalatig was en dat 'n oordosis van die kontrasmedium die dood van die kind veroorsaak het. By appèl na die Hooggeregshof was die radiografis suksesvol, maar die radioloog se skuldigbevinding is bekragtig. Die radioloog het weer appèl aangeteken na die Appèlafdeling, maar was onsuksesvol. Die hof het bevind dat die dood van die kind wel veroorsaak is deur 'n oordosis van die kontrasmedium en dat die radioloog daarvoor aanspreeklik was; Pearce v Fine 1986 DK & PA, ongerapporteer, bespreek deur Strauss Doctor Patient and the Law 273 ('n pasiënt met prostatitis is radiologies behandel met 'n sogenaamde

Hierdie beslissing bevestig die algemene beginsel dat 'n geneesheer nie as nalatig beskou sal word waar 'n hoogs ongewone komplikasie by die behandeling van 'n pasiënt intree nie (byvoorbeeld in gevalle van idiosinkrasie of oorgevoeligheid). Hierdie beginsel sal slegs toepassing vind as daar geen metode is om vooraf vas te stel of 'n pasiënt moontlik ongunstig kan reageer nie, of as die geneesheer na so 'n grondige ondersoek as wat doenlik is, tot die gevolgtrekking kom dat die pasiënt waarskynlik nie ongunstig sal reageer nie(310).

Gevalle het al voorgekom waar pasiënte tydens operasie ernstige brandwonde opgedoen het vanweë 'n elektriese koagulasie-instrument ("cautery")(311). Sodanige verbranding kan ernstige verminking tot gevolg hê en in

---

intraveneuse "pyelogram". Terwyl die pasiënt op die X-straaltafel gelê het, is hy ingespuut met 'n chemiese kontrasmedium. Hy is later oorlede. Daar kon egter nie bewys word dat sy dood vanweë die nalatigheid van die radioloog wat hom behandel het, veroorsaak is nie; gevolglik is 'n eis om skadevergoeding deur die oorledene se vrou teen die radioloog afgewys; vir 'n voorbeeld in die Amerikaanse regspraak Waddle v Sutherland 126 SO 201 (Miss 1930)( X-straalbehandeling het ernstige brandwonde veroorsaak toe die pasiënt se bene vir ekseem behandel is. Beide bene moes afgesit word as gevolg van die oormatige bestraling. Die geneesheer is aanspreeklik gehou); vir voorbeelde in die Duitse regspraak: BGH 1959 NJW 814; BGH 1961 NJW 600 ; BGH 1972 NJW 335; BGH 1984 NJW 1397-1399 (beskadiging van 'n pasiënt se ruggraat na bestraling); BGH 1989 NJW 2321-2323 (oormatige radium-behandeling by uterus veroorsaak dat pasiënt vaginale skade opdoen); OLG Koblenz 1990 NJW 1540-1543 (oormatige bestraling vir die behandeling van borskanker); BGH 1990 NJW 1528-1529 (plig van radioloog om pasiënt behoorlik in te lig van die risiko's van beskadiging van regterarm se senuwees wat kan volg op kobaltbehandeling).

(310) Claassen & Verschoor 44; Strauss & Strydom 263; Holder 149; sien die bespreking in hoofstuk 2 supra.



verskeie gevalle moet pasiënte daarna plastiese chirurgie ondergaan. In die Engelse saak Clark v Worboys(312) het die pasiënt 'n operasie ondergaan wat omvangryke bloeding teweeg sou bring. Vanweë sodanige bloeding is behandeling met 'n elektriese koagulasie-instrument toegepas. 'n Hoë frekwensie elektriese stroom moes deur die pasiënt se liggaam gestuur word en daarvoor is 'n kussinkie onder die pasiënt se boude geplaas. Die pasiënt is as gevolg hiervan tydens die operasie erg verbrand. Die hof bevind dat die radioloog nalatig was omdat hy nie die kussinkie, waardeur die elektriese stroom gestuur is, met 'n soutoplossing klam gemaak het nie. Die hof pas die stelreël res ipsa loquitur toe en hou die geneesheer aanspreeklik vir skadevergoeding.

---

(311) Gordon Turner & Price 149-150; daar moet egter in gedagte gehou word dat die ontwikkeling van mediese tegnologie en verbeterde mediese metodes wat vandag gebruik word, brandwonde wat met 'n elektriese koagulasie-instrument kon ontstaan het, uitskakel. Voorbeelde in die regspraak in dié verband (soos blyk uit vn 312) dateer uit 1950 en daarvoor: Volgens die literatuur is daar 'n besondere plig op 'n geneesheer om met sorgsaamheid op tree waar X-straalapparaat of elektriese koagulasie-instrumente aangewend word vir diagnostiese en terapeutiese doeleindes in samewerking met narkosemiddels of sekere geneesmiddels aangesien daar 'n risiko is dat sodanige middels kan ontvlam en ernstige brandwonde by pasiënte veroorsaak - sien OLG Celle (VersR 258) bespreek deur Bappert 202 waar 'n ontsmettingsmiddel met alkohol saam met 'n elektriese apparaat ("elektrokauter") ontvlam het en veroorsaak het dat 'n pasiënt brandwonde opgedoen het.

(312) [1952] The Times 18 Maart 1952, bespreek deur Nathan 92; vir verdere voorbeelde in die Engelse regspraak: Ball v Caldwell [1940] 1 BMJ 750; Gold v Essex County Council [1942] 2 All ER 237 (CA) (dogter behandel vir vratjies met "Grenz-strale". Gedurende die behandeling is haar gesig erg verbrand omdat daar nie behoorlike voorsorgmaatreëls getref is nie [die kind se gesig moes onder meer met 'n loodmasker beskerm geword het], bygevolg is die radiografis aanspreeklik gehou); Snell v Carter [1941] 2 The Lancet 321.



## 2 4 5 Bloedoortappings

Die moontlikhede van mediese nalatigheid by bloedoortappings is veelvuldig(313). Pasiënte wat 'n bloedoortapping ontvang, kan sterf of beseer word weens die volgende faktore(314):

- (a) Onverenigbaarheid. Dit gebeur selde indien ooit weens 'n verkeerde groepering, maar kan wel geskied weens 'n verkeerde onverenigbaarheid of bloed wat aan 'n verkeerde pasiënt gegee is;
- (b) 'n fout met die bloed self, soos geïnfecteerde bloed as gevolg van swak aseptiese metodes met die neem van bloed; of 'n bloedbottel wat oopgemaak was sonder voorsorgmaatregels; of waar die bloed besmet is met malaria of VIGS (afkomstig van die skenker van die bloed).

Die vroeë komplikasies van foutiewe bloedoortappings is onder meer koorsreaksies, hemolitiese reaksies, allergiese reaksies, septiese skok en lugembolisme. Laat komplikasies van bloedoortappings wat kan intree, is die oordraging van siektes soos virushepatitis, sifilis, malaria, VIGS, post-transfusie pupura en hemolitiese siekte van die pasgeborene (315).

Mediese nalatigheid kan dus bestaan in die toediening van bloed wat onverenigbaar is met die bloedgroep van die

---

(313) Claassen & Verschoor 42; Strauss & Strydom 299; Strauss Doctor Patient and the Law 24; Holder 143 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 403; Zitter "Liability of Hospital Physician or Other Individual Medical Practitioner for Injury or Death Resulting from Blood Transfusion" 20 ALR 4th 136.

(314) Schwär Olivier & Loubser 238.

(315) Schwär Olivier & Loubser 238.

pasiënt, oortapping van besmette bloed en 'n meganies foutiewe prosedure by toediening(316).

In 'n Suid-Afrikaanse saak S v Berman(317) is 'n geneesheer wat onverenigbare bloed aan 'n pasiënt oorgetap het ten gevolge waarvan sy later gesterf het, aan strafbare manslag skuldig bevind. Daar het geblyk dat 'n vergissing omtrent die identiteit van die pasiënt plaasgevind het. In die vervolging is onder meer beweer dat die geneesheer met die oortapping voortgegaan het nadat hy meegedeel is dat die pasiënt nie bloed nodig het nie.

Verskeie gevalle van mediese nalatigheid in verband met bloedoortappings het al in die VSA voorgekom (318). Interessant is die saak van Renslow v Mennomite Hospital(319): 'n Kind is met geelsug gebore en het ernstige skade van die brein en senuweestelsel opgedoen. Die kind se moeder het agt jaar voor die geboorte van die kind 'n bloedoortapping ondergaan waartydens verkeerde bloed aan haar toegedien is. Sodanige bloedoortapping het gevoeligmaking ("sensitization") van haar bloed tot gevolg gehad. Daar is aangevoer dat die nalatige toediening van die verkeerde bloed aan die moeder veroorsaak het dat haar baba met geelsug gebore is, met gevolglike skade aan die brein en senuweestelsel. Gedurende die bloedoortapping aan die moeder is haar Rh-negatiewe bloed nalatig oorgetap met

---

(316) Claassen & Verschoor 42; Strauss & Strydom 298; Annotasie 61 Am Jur 2d 403.

(317) Ongerapporteer Johannesburgse Streekhof 1966, soos bespreek deur Strauss & Strydom 299.

Rh-positiewe bloed. Die moeder het aangevoer dat sy onbewus was van die gevoeligmaking van haar bloed, totdat sy roetine bloedtoetse tydens haar swangerskap ondergaan het. Op daardie stadium is sy ingelig dat die lewe van haar ongebore kind in gevaar is, maar dit was reeds te laat om 'n aborsie te ondergaan. Twee verdere bloedoortappings is op die moeder gedoen. Die hof bevind dat die hospitaal (in sy hoedanigheid as werkgewer van die geneesheer), aanspreeklik is. Die verweerders het aangevoer dat hulle nie 'n regsplig teenoor die baba gehad het ten tye van die nalatige bloedoortapping aan die moeder nie, en dat die gevolge van hulle optrede nie voorsienbaar was nie. Die hof verwerp egter hierdie verweer en bevind dat die verweerders moes voorsien het dat die vrou (sy was dertien jaar oud toe die bloedoortappings op haar gedoen is) later mag trou en geboorte kan skenk aan 'n kind wat moontlik as gevolg van die nalatige bloedoortappings skade kon opdoen.

In 'n ander Amerikaanse beslissing Mazer v Lipschutz(320), is 'n eis om skadevergoeding ingestel teen 'n chirurg ten gevolge van die dood van 'n pasiënt wat tydens 'n operasie 'n bloedoortapping ondergaan het en die verkeerde bloed

---

(318) Holder 143 ev; Zitter 20 ALR 4th 136 ev.

(319) 91 ALR 3d 291 (Ill App 1976); sien Engelse sake met soortgelyke feite: Morgan v Gwent Health Auhority [1988] 2 The Lancet 519 (CA); Roberts v Johnstone and Another [1988] 3 WLR 1247 (CA) (nalatige bloedoortapping ten gevolge waarvan baba met hemolitiese bloedsiekte gebore is - geneesheer aanspreeklik gehou en gelas om skadevergoeding te betaal); vir 'n voorbeeld van nalatige bloedoortapping in die Duitse regspraak BGH 1952 NJW 658; OLG München Urt v 8 Maart 1990, bespreek deur Laufs & Uhlenbruck 1035.

ontvang het. Die oorledene is in die hospitaal opgeneem vir 'n galblaasoperasie en is in kamer 807 van die hospitaal geplaas. Op dieselfde dag is 'n ander pasiënt met dieselfde naam (Israel Abrams) as die pasiënt in kamer 807 opgeneem en geplaas in kamer 342 van die hospitaal. Bloed is bestel vir die galblaasoperasie, maar vanweë 'n misverstand ten aansien van die identiteit van die pasiënt het die mediese tegnikus 'n bloedmonster van die pasiënt in kamer 342 geneem, welke bloedgroep nie dieselfde was as dié van die pasiënt in kamer 807 nie. Dié misverstand het tot gevolg gehad dat die verkeerde bloed aan die pasiënt tydens die galblaasoperasie toegedien is en hy het gesterf. Die chirurg is aanspreeklik gehou vir die nalatige doodsveroorsteking van die pasiënt op die basis dat hy verantwoordelik is vir die nalatige optrede van mediese personeel onder sy direkte beheer en kontrole.

Die oordra van siektes soos virushepatitis, sifilis, malaria en VIGS deur nalatige bloedoortappings, het ook al aanleiding gegee tot heelwat wanpraktyklitigasie. Dit is veral die oordra van die dodelike VIGS, deur 'n nalatige bloedoortapping, wat in die laaste tyd besondere aandag geniet het(321). Die regsimplikasies wat kan volg op bloedoortappings wat uitgevoer is met besmette bloed, is ernstig. Sodanige bloedoortappings kan potensiële en omvangryke aanspreeklikheid tot gevolg hê vir die vervaardigers van bloedplasma vir hemofilië, hospitale, bloedbanke en medici. Moderne ontwikkelinge op die gebied

---

(320) 327 F 2d 42 (CA3 PA 1963).

van die mediese wetenskap en tegnologie het 'n klemverskuiwing in die geneesheer se rol by die toediening van bloedoortappings teweeggebring. In hierdie verband merk Sachs en Dörner soos volg op:

"Formerly, the forensic aspects of blood transfusion were problematic since transfusions were relatively rare and essentially controlled by one individual. The physician who performed the transfusion was usually solely responsible for directing the preparations as well as the transfusion itself. The development of temporary blood preservation, allowing the preparation of blood units independent of acute requirements, resulted in the centralization of the transfusion service with large registered donor populations or mobile blood-donor clinics. This centralisation process allowed clinicians the use of high volume blood substitution or the substitution of highly concentrated preparations of blood components for high-risk patients ... This has completely changed the formerly simple situation, putting the attending physician at the end of a chain of steps that he cannot control. The preparations, the choice of donor and the tests to ensure the safety of donor and patient, as well as the compatibility of the preparation, are no longer supervised by the doctor in charge. Between the poles of the doctor responsible for the preparation of the blood product

---

(321) Smit Regsaanspreeklikheid wat Kan Ontstaan vanweë 'n Bloedoortapping (Ongepubliseerde LLM-verhandeling UNISA) 1993 17 ev; Strauss "Legal Liability for Transmission of AIDS Virus by Means of Blood Transfusion" 1991 SAPM 16; Van Wyk Aspekte van die Regsproblematiek Rakende Vigs (Ongepubliseerde LLD-proefskrif UNISA 1991) 23 ev; Van Wyk "AIDS: Some Medico-Legal Aspects" 1991 Medicine and Law 139; X v SA Blood Transfusion Services ongerapporteer, bespreek deur Strauss 1991 SAPM 18 (T) (nalatige bloedoortapping met bloed wat besmet was met die VIGS-virus - die geneesheer was egter nie betrokke nie); Birchfield "Aids: The Legal Aspects of a Disease" 1987 Medicine and Law 407: "Acquired immune deficiency syndrome (AIDS) is considered to be a pervasive and intensive medical issue. However, since 1981, the legal ramifications have also become an acute issue. The disease has created legal issues that have touched many aspects of our society, including hospitals, prisons, blood banks, places of work, housing, schools etc"; sien Birchfield 408 vir 'n geskiedkundige oorsig van die ontstaan van dié sindroom; Breen "Aids - An Acquired Community Problem" 1985-86 Medical Trial Technique Quarterly 249; Williams "Blood Transfusions and AIDS: A Legal Perspective" 1985-86 Medical Trial Technique Quarterly 267 ev;

and the attending physician, individuals who have no or very little knowledge of transfusion medicine are responsible for transport of the blood products, relaying pertinent data etc"(322).

In die lig van voorgaande lei dit dus geen twyfel nie dat die geneesheer nie uitsluitlik aanspreeklik gehou kan word vir 'n nalatige bloedoortapping nie. In hierdie verband kan daar moontlik gepraat word van "kollektiewe aanspreeklikheid" in die sin dat die skenker, die bloedbank of die hospitaal kousaal aan die nalatige bloedoortapping of verskaffing van besmette bloed verbind kan word(323). Ten einde te bepaal of die geneesheer nalatig was ten aansien van die bloedoortapping moet die algemene nalatigheidskriterium toegepas word, en moet die geneesheer die bedrewenheid en sorgsaamheid aan die dag le wat van 'n redelike praktisyn in dieselfde omstandighede verwag kan word. Waar die geneesheer die nodige toetse uitgevoer het om vas te stel of die bloed besmet is en die bloedoortapping toegepas het met redelike sorg en bedrewenheid, sal sy optrede nie as nalatig beskou word nie(324).

---

(322) Sachs & Dörner "Forensic Aspects of Blood Transfusion" 1984 Medicine and Law 55.

(323) Kousaliteit speel sonder twyfel 'n deurslaggewende rol by die bepaling van aanspreeklikheid ten gevolge van nalatige bloedoortappings, veral as in gedagte gehou word dat VIGS wat deur 'n bloedoortapping oorgedra is, dormant kan wees in 'n pasiënt en eers na verloop van 'n aantal jare ten volle kan manifesteer. Daar kan dus 'n taamlike tydsverloop tussen die gewraakte handeling (die nalatige bloedoortapping) wees en die intrede van die nadelige gevolg; Birchfield 1987 Medicine and Law 412; Williams 1985-86 Medical Trial Technique Quarterly 272-273; Zitter 20 ALR 4th 140.

(324) Om te voorkom dat 'n geneesheer uitsluitlik aanspreeklik gehou word ten aansien van 'n bloedoortapping waar verskeie instansies by die verskaffing van bloed betrokke was, is daar in Duitsland spesifieke riglyne en

2 5 Versuim om die pasiënt op te volg  
en na-operatief te versorg

Die geneesheer wat 'n pasiënt aanvaar het, se verpligting teenoor die pasiënt eindig eers wanneer die behandeling of operasie voltooi is. Die na-operatiewe opvolg en versorging van 'n pasiënt is belangrik en indien 'n geneesheer versuim om sodanig op te tree kan hy, waar die pasiënt se toestand verswak het, vanweë nalatigheid aanspreeklik gehou word (325).

In die Suid-Afrikaanse saak Webb v Isaac(326), is aangevoer dat die geneesheer onder meer nalatig opgetree het omdat hy versuim het om sy pasiënt op te volg en te besoek toe hy aldus versoek is. Die geneesheer het die pasiënt, wat op 'n afgeleë plaas woonagtig was, se gebreekte been is gips gespalk. Die been het skeef aangegroei en die pasiënt het aangevoer dat die toedrag van sake veroorsaak is deur die geneesheer se nalatigheid. Alhoewel die hof bevind het dat die geneesheer niks kon gedoen het om te verhoed dat die been nie skeef aangegroei het nie en derhalwe nie

---

prosedures neergelê in die Arzneimittelgesetz van 1976 op aanbeveling van die Bundesgesundheitsamt en die Bundesärztekammer; sien bespreking van Sachs & Dörner 1984 Medicine and Law 55 ev.

(325) Claassen & Verschoor 38; Strauss & Strydom 312; Jackson & Powell 324; Harney 132; Holder 127 ev; Holder "Physician's Abandonment of Patient" 3 POF 2d 117 ev; Nota "Liability for Physician for Lack of Diligence in Attending Patient" 57 ALR 2d 379; Nota "Liability of Physician Who Abandons Case" 57 ALR 2d 432; Bappert 31; Giesen Arzthaftungsrecht 64; Laufs & Uhlenbruck 327; sien ook die bespreking 2 1 5 supra.



aanspreeklik is nie, het Graham RP homself nietemin soos volg uitgelaat oor die verpligting van 'n geneesheer om sy pasiënt op te volg en te besoek:

"It is not a reasonable thing to expect that a patient should fix a 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 remote farm 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 not 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"(327).

Nie alleen is 'n geneesheer verplig om sy pasiënt op te volg en post-operatief te behandel nie, maar daar word verder van hom verwag om pasiënte behoorlike post-operatiewe of behandelingsinstruksies te gee wat tuis nagevolg moet word (328). Geneeshere kan ook aanspreeklik gehou word indien hulle sonder die toestemming van die

---

(326) supra 273.

(327) supra 280; sien R v Van der Merwe supra 124 waar dit 'n geneesheer op 'n aanklag van strafbare manslag onder meer ten laste geleë is dat hy nalatig was omdat hy nie die pasiënt onder behoorlike waarneming gehou het, nadat hy 'n geneesmiddel aan die pasiënt toegedien het nie, ten gevolge waarvan die pasiënt oorlede is; Kovalsky v Krige supra 822 waar die eiser aangevoer het dat die geneesheer nalatig was omdat hy, nadat 'n besnydenis op 'n baba uitgevoer is, die baba verlaat het voordat die bloeding gestop het. Die hof het egter bevind dat die geneesheer nie nalatig opgetree het nie en dat sy behandeling ten aansien van die baba afgehandel was en daar derhalwe nie 'n plig op hom was om weer die baba op te volg nie; Ramsaroop v Moodley and Another supra (supra 2 1 1 bespreek): eiser, 'n diabeet, het op 'n gebreekte bottel getrap en sy voet gesny. Die verweerders het hom behandel, maar die eiser nie verder opgevolg nie. Die eiser se toestand het versleg tot so 'n mate dat sy been onder die knie afgesit moes word. Die verweerders is aanspreeklik gehou vir skadevergoeding omdat die eiser nie behoorlik opgevolg is nie.

pasiënt, of ten minste sonder redelike kennis, op 'n kritieke stadium behandeling staak, of waar 'n pasiënt voortydig uit die hospitaal ontslaan word (329).

Die geneesheer se verpligting tot behoorlike nasorg van sy pasiënt behels dat die geneesheer met redelike sorg en bedrewenheid moet optree. Alhoewel dit nie van die geneesheer verwag word om 'n pasiënt oormatig op te volg nie, mag die geneesheer nie die pasiënt versaak of in die steek laat nie; indien omstandighede egter dit noodsaak dat die geneesheer nie kan voortgaan om die pasiënt te behandel nie, moet die pasiënt vir behandeling na 'n ander bekwame en geskikte geneesheer verwys word(330).

---

(328) In dié verband kan verwys word na Dube v Administrator Transvaal supra 260 (reeds hierbo bespreek): Die hospitaal is aanspreeklik gehou omdat die geneesheer nalatig versuim het om die eiser te waarsku van die simptome van Volkmann se ischemiese kontraksie wat moontlik kon intree en onmiddellike mediese behandeling verg; sien ook Soumbasis v Administrator Orange Free State supra (2 1 3 supra bespreek): Die hospitaalowerheid is aanspreeklik gehou vir die nalatige versuim van die verpleegpersoneel om die eiser te waarsku en instruksies te gee oor die moontlike intrede van die kompartement-sindroom aan sy been - simptome daarvan moes onmiddellik medies opgevolg geword het.

(329) Claassen & Verschoor 39; Harney 132 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 373; Laufs & Uhlenbruck 327.

(330) Claassen & Verschoor; Strauss & Strydom 314; Harney 135; Holder 3 POF 2d 122 ev; Annotasie 61 Am Jur 2d 273; vir verdere voorbeelde in die Engelse regspraak: Corder v Banks supra (feite reeds bespreek onder plastiese chirurgie - plastiese chirurg het nie behoorlik met pasiënt gekommunikeer nie); Pargeter v Kensington and Chelsea Health Authority supra (pasiënt het beweer dat die geneesheer hom nie behoorlik opgevolg het nie nadat 'n geneesmiddel aan hom toegedien is ten gevolge waarvan sy oog beseer is); Powell v Streatham Manor Nursing Home [1935] AC 243 (HL)(pasiënt se blaas perforeer nadat kateter verkeerdlik in haar vagina ingedruk is, geneesheer het haar nie opgevolg en kontrole oor die verpleegpersoneel uitgeoefen nie); in die Amerikaanse reg: Pharr v Anderson 436 So 2d 1357 (Miss 1983)(geneesheer ontslaan pasiënt met diabetis uit hospitaal sonder dat sy haar insulientherapie

### 3 Samevatting

In hierdie hoofstuk is besondere gevalle van mediese nalatigheid ondersoek. Daar is gekonsentreer op gevalle van mediese nalatigheid wat algemeen in die mediese praktyk voorkom. Die gevalle van mediese nalatigheid is bespreek aan die hand van hofbeslissings in die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse reg, vir sover sodanige hofuitsprake die toepassing van die algemene beginsels met betrekking tot mediese nalatigheid illustreer. Verdere voorbeelde en illustrasies is bespreek aan die hand van regsmediese literatuur in dié verband. Waar toepaslik is ook 'n kliniese bespreking gegee van mediese terme, prosedures en siektetoestande ten einde die toepassing van die mediese nalatigheidskriterium enigsins in perspektief te plaas.

Die besondere gevalle van mediese nalatigheid wat hier bespreek is dien as voorbeelde van die wyse waarop die mediese nalatigheidskriterium in die mediese praktyk aanwending vind en toegepas word. Alhoewel verskeie gevalle bespreek is, bly die toets vir mediese nalatigheid in die

---

gehad het); in die Duitse regspraak BGH 1967 NJW 1508 (geneesheer het operasie op 'n pasiënt se vinger uitgevoer. Na afloop van die operasie het die geneesheer nie die pasiënt besoek of opgevolg nie, maar eers 32 uur later die pasiënt gesien. Teen dié tyd het daar nekrose van die pasiënt se vinger ontwikkel en is die vinger afgesit. Die geneesheer is vanweë sy growwe nalatigheid aanspreeklik gehou omdat hy nie die pasiënt opgevolg het nie); BGH 1968 NJW 2291 (geneesheer wat blindedermoperasie op 'n pasiënt uitgevoer het, het versuim om die pasiënt betyds op te volg of sy toestand te moniteer. Die pasiënt het inwendig gebloei en het gesterf. Die geneesheer is aanspreeklik gehou); BGH 1981 NJW 2513.

verskeie regstelsels wat ondersoek is, dieselfde, en is die maatstaf van die "redelike geneesheer in dieselfde omstandighede" die norm waaraan voldoen moet word. In gevalle waar 'n hoër graad van mediese bedrewenheid en sorg vereis word, is die norm dié van die "redelike spesialis in dieselfde omstandighede".

By die bespreking van besondere gevalle van mediese nalatigheid, is gepoog om gevalle wat logies, in terme van die mediese praktyk, bymekaar hoort of nou verwant is aan mekaar, saam te bespreek. In hierdie verband is 'n vierledige indeling gemaak: (1) Mediese nalatigheid wat met diagnose en verwante aangeleenthede in verband staan; (2) mediese nalatigheid wat met spesifieke mediese spesialisgebiede in verband gebring kan word; (3) mediese nalatigheid ten gevolge waarvan pasiënte tydens die aanwending van terapeutiese hulpmiddele beseer of gedood word; en (4) mediese nalatigheid ten opsigte van die na-operatiewe nasorg en opvolg van pasiënte:

(1) Mediese nalatigheid wat met diagnose en verwante aangeleenthede in verband staan

Mediese nalatigheid wat met diagnose in verband staan, is eerstens bespreek met verwysing na gevalle waar 'n verkeerde diagnose gemaak is: Daar is gevind dat 'n verkeerde of onjuiste diagnose deur 'n geneesheer wel tot aanspreeklikheid kan lei waar 'n geneesheer versuim om 'n

deurtastende ondersoek op die pasiënt uit te voer. Die noodsaaklikheid vir 'n geneesheer om 'n pasiënt volledig te ondersoek ten einde die korrekte en mees effektiewe behandeling te kan toepas, is geïllustreer met verwysing na uitsprake in die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse positiewe reg. Tweedens is die vraag ondersoek of 'n blote oordeelsfout aan die kant van die geneesheer tydens die diagnose of behandeling van 'n pasiënt tot aanspreeklikheid kan lei. Dit is veral in die Engelse regspraak dat dié vraag heelwat aandag geniet het. Die House of Lords het onomwonde verklaar dat 'n blote oordeelsfout aan die kant van die geneesheer wél op nalatigheid kan neerkom indien 'n "redelike geneesheer in dieselfde onstandighede" nie sodanige oordeelsfout sou begaan het nie. Hierdie beginsel is ook onlangs in die Suid-Afrikaanse regspraak bevestig en vind ook klaarblyklik toepassing in die Amerikaanse en Duitse reg. Derdens is Volkmann-gevalle en frakture bespreek as voorbeelde van mediese nalatigheid, waar geneeshere versuim het om die intrede van Volkmann se kontraktuur te diagnoseer en effektief te behandel. In hierdie gevalle lê mediese nalatigheid primêr daarin dat die geneesheer versuim het om komplikasies in hierdie verband vroegtydig te diagnoseer en op te volg.

'n Verdere aspek wat aansluiting vind by die diagnose, is die geneesheer se versuim om die diagnose aan die pasiënt mee te deel en die pasiënt in te lig. In hierdie verband is daarop gewys dat die selfbeskikkingsreg van die pasiënt,

die regsgevolge van mediese behandeling sonder ingeligte toestemming van die pasiënt en die inligtingsplig van die geneesheer, belangrike faktore is by die vraag of 'n geneesheer nalatig optree indien hy versuim om die diagnose aan die pasiënt mee te deel, of om die pasiënt in te lig. By beantwoording van die vraag of die versuim van 'n geneesheer om 'n pasiënt in te lig op nalatigheid neerkom, is daar wel gesag in die Suid-Afrikaanse, Engelse en Amerikaanse reg wat dié standpunt steun. In die Duitse reg het mediese behandeling sonder ingeligte toestemming tot gevolg dat die geneesheer strafregtelik of privaatregtelik op die basis van Körperverletzung aanspreeklik kan wees. Die begrip Körperverletzung dui op 'n skending van die pasiënt se fisiese integriteit en persoonlikheidsregte en kan óf opsetlik óf nalatig gepleeg word.

Die standpunt in die Suid-Afrikaanse, Engelse en Amerikaanse regspraak dat die geneesheer se versuim om die pasiënt in te lig (wat mededeling van diagnose insluit) op nalatigheid neerkom, geskied in navolging van die paternalistiese maatstaf van die "redelike geneesheer" ("doctor-knows-best"). Hiervolgens word die besluit aan die "redelike geneesheer" oorgelaat tot welke mate die pasiënt ingelig behoort te word. Hierdie paternalistiese maatstaf het met die ontwikkeling en toepassing van die leerstuk van "informed consent" in die VSA en op die Europese Vasteland (veral Duitsland) groot kritiek in die positiewe reg aldaar en regmediese

literatuur ontlok, hoofsaaklik omdat dit selfbeskikkingsreg van die pasiënt deur die toepassing van die "redelike geneesheer"-maatstaf negeer word.

In navolging van die leerstuk van "informed consent", regsmediese literatuur en regsmenings (van veral Giesen en Van Oosten), asook 'n groter erkenning van pasiënte-  
outonomie, het die Suid-Afrikaanse regspraak met die volbankbeslissing van die Kaapse Provinsiale Afdeling van die Hooggeregshof in Castell v De Greef supra tot 'n belangrike keerpunt in dié verband gekom: Die hof het die erkenning verleen aan die leerstuk van "informed consent" in ons reg, en ook beslis dat die versuim om 'n pasiënt in te lig volgens geykte regsbeginsele op aanranding en nie op nalatigheid nie neerkom. Hierdie standpunt blyk in ooreenstemming te wees met die mening van die meerderheid van die Suid-Afrikaanse skrywers.

Alhoewel die Engelse reg nie enige erkenning verleen aan die leerstuk van "informed consent" nie, en die geneesheer se versuim om 'n pasiënt in te lig nog steeds beoordeel aan die maatstaf van die "redelike geneesheer" en sodanige versuim as nalatigheid beskou, blyk dit dat daar in die Amerikaanse reg oor die afgelope jare, in navolging van die uitbreiding van die leerstuk van "informed consent", weg-beweeg word van die maatstaf van die redelike "geneesheer" en groter klem geplaas word op die selfbeskikkingsreg van die pasiënt.



By gevalle van mediese nalatigheid wat met diagnose in verband staan, is daar ook verwys na die geneesheer se plig om, indien die omstandighede dit vereis, by diagnose van 'n pasiënt se kwaal of potensiele kwaal, die pasiënt na 'n ander geneesheer of spesialis te verwys. In hierdie verband is gevalle bespreek waarin daar 'n verpligting geplaas is op die verwysende geneesheer om die geneesheer of hospitaal na wie die pasiënt verwys word, behoorlik in te lig ten aansien van die pasiënt se toestand. Verwysing na 'n ander geneesheer of spesialis impliseer behoorlike kommunikasie.

(2) Mediese nalatigheid wat met spesifieke mediese spesialisgebiede in verband gebring kan word

By die bespreking van gevalle van mediese nalatigheid is dit duidelik dat bepaalde gevalle van mediese nalatigheid voorkom binne spesifieke mediese spesialisgebiede. Dit is ook duidelik dat sekere mediese spesialisgebiede meer "vatbaar" of "ontvanklik" is vir die voorkoms/potensiele voorkoms van mediese nalatigheid. In hierdie verband kan gepraat word van "hoë risiko" mediese spesialisgebiede, bloot op grond van die aard en die omvang daarvan. Spesifieke gevalle van mediese nalatigheid met verwysing na algemene chirurgie, plastiese chirurgie, obstetrie en ginekologie en psigiatrie is bespreek.

Met verwysing na die aard en omvang van algemene chirurgie, is dit duidelik dat hierdie spesialisgebiede 'n

spreekwoordelike "mynveld" met inherente risiko's en gevare is, en dit is onvermydelik dat die algemene chirurg van tyd tot tyd "foute" begaan, selfs waar operasies met redelike sorg en vaardigheid uitgevoer is. Die gevalle van mediese nalatigheid wat hier bespreek is, illustreer die algemene nalatigheidskriterium wat op chirurge van toepassing is en beklemtoon die vereiste dat daar van chirurge van resgweë verwag word om met redelike sorg en bedrewenheid op te tree, en nie met die hoogste graad van mediese sorg en bedrewenheid nie. Dit is ook in gevalle van algemene chirurgie dat chirurge soms kliniese oordeelsfoute begaan wat dan in retrospek beoordeel moet word.

Plastiese chirurgie is as gespesialiseerde chirurgie bespreek. Gevalle wat hier bespreek is, beklemtoon die besondere plig op die plastiese chirurg, nie net om met 'n groot mate van sorgsaamheid aan die dag te lê nie, maar ook om die pasiënt behoorlik in te lig ten aansien van die resultaat van die operasie. Die pasiënt wat homself aan plastiese chirurgie onderwerp, het gewoonlik 'n onrealistiese persoonlike persepsie van hoe sy voorkoms na die operasie gaan verander, veral in gevalle van kosmetiese chirurgie wat op die "verbetering van voorkoms" gerig is. Die plastiese chirurg moet deurentyd rekening hou met hierdie persepsies en dit effektief aanspreek ten einde latere litigasie te vermy.

Gevalle van mediese nalatigheid wat met obstetrie en ginekologie in verband gebring kan word, illustreer die

problematiek van die sosiale, ekonomiese en finansiële implikasies wat met die geboorte van 'n kind kan gepaardgaan. Die kompleksiteit van teologiese, morele en etiese vraagstukke rondom geboorte in 'n moderne en tegnologiese eeu waarin ongekende mediese ontwikkeling op die gebied van obstetrie en ginekologie (met verwysing na genetiese manipulasie, surrogaat-moederskap en kunsmatige inseminasie) plaasgevind het, plaas gevalle van mediese nalatigheid in hierdie verband enigsins in perspektief. Benewens gevalle van mediese nalatigheid wat algemeen in dié praktyk voorkom, was daar in die afgelope dekades 'n toename in sake waar skadevergoeding van geneeshere geëis is op grond van hul beweerde nalatigheid met betrekking tot kontrasepsie, sterilisasie en aborsies wat die geboorte van 'n ongewensde kind tot gevolg gehad het. In sommige gevalle was die kind nie "ongewens" nie, maar is hy met die een of ander gebrek gebore. Hierdie gevalle het aanleiding gegee tot die ontwikkeling van aksies teen geneeshere op grond van nalatigheid vir "wrongful birth", "wrongful conception" of "pregnancy" en "wrongful life". In hierdie verband het die groot regsdebat ontstaan oor die vraag of 'n geneesheer deur wie se nalatigheid die "ongewensde" kind gebore is, aanspreeklik is vir die onderhouds- en opvoedingskoste van sodanige kind.

Betreffende aksies gegrond op "wrongful birth", en "wrongful conception" of "pregnancy" word dit in al die onderhawige regstelsels aanvaar dat sodanige aksies óf op kontrak óf op delik gebaseer kan wees. Alhoewel

die howe, veral in die VSA (waar dié aksies ontstaan het), aanvanklik op grond van beleidsoorwegings en gemeenskapsopvattinge teensinnig was om hierdie aksies te erken, word daar vandag in die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse reg bykans universeel aanvaar dat "wrongful conception/pregnancy/birth" wel aanleiding gee tot 'n geregverdigde eisoorzaak teen 'n geneesheer se nalatige optrede of versuim.

Benewens skadevergoeding vir mediese onkoste, emosionele en finansiële verlies voortspruitend uit die geneesheer se nalatige uitvoering van 'n sterilisasie, aborsie ensovoorts, ten gevolge waarvan 'n kind gebore is, wil dit voorkom of die howe in die onderskeie regstelsels (met enkele uitsonderings in sommige Amerikaanse state, enkele Engelse beslissings en teenstrydige beslissings in Duitse laer howe), tóg bereid is om skadevergoeding vir die basiese onderhoud van 'n kind in sodanige omstandighede toe te staan. Regsmediese literatuur en sommige skrywers (veral Giesen) is van mening dat die negering vir skadevergoeding vir die onderhoud en opvoedingskoste van die kind in stryd is met die tradisionele beginsels van die deliktereg, en ook indruis teen die gemeenskapsopvattinge dat professionele persone vir die gevolge van hul nalatige optrede aanspreeklik gehou behoort te word. Daar moet ook in gedagte gehou word dat in 'n verbruikers-geörienteerde samelewing waarin 'n groot premie op grondwetlike regte geplaas word, die negering van skadevergoeding vir die onderhoud en opvoedingsonkoste van

'n "ongewensde" kind moontlik in stryd is met 'n grondwetlike reg tot keuse om nie kinders te hê nie.

Betreffende aksies gebaseer op "wrongful life", is dit duidelik dat die onderskeie regstelsels, hoofsaaklik vanweë beleidsoorwegings en gemeenskapsbelange, nie sodanige eise in die regspraak erken nie.

Vervolgens is gevalle van nalatigheid in die psigiatriese praktyk bespreek. Daar is aangetoon, met verwysing na die aard en omvang van die psigiatriese praktyk, dat dit aansienlik moeiliker vir die geestesversteurde pasiënt as die geestesgesonde pasiënt is om te bewys dat 'n psigiater nalatig was. Die kwantifisering van skade of nadeel as gevolg van psigiatriese nalatigheid is gewoonlik moeilik, en die manifestasie daarvan is nie altyd tasbaar en opsigtelik nie - in teenstelling met, byvoorbeeld, gevalle van chirurgiese nalatigheid.

Sertifisering, elektriese skokbehandeling, psigoterapie en die aanwending van beteuelingsmeganismes is bespreek as spesifieke voorbeelde van gevalle van mediese nalatigheid in die psigiatriese praktyk. Meer kontensieus is die aanspreeklikheid van die psigiater vir die pasiënt se selfmoord, of vir die pasiënt se gewelddade teenoor derdes. Volgens die literatuur en die positiewe reg heers daar min twyfel oor dat 'n psigiater of inrigting inderdaad 'n plig het om te voorkom dat die pasiënt selfmoord pleeg, of aanrandings of ander vorme van geweld

teenoor derdes pleeg. Vir sover dit die gevaarlike geestesongestelde aangaan, het 'n psigiater of inrigting ook 'n beskermingsplig teenoor die gemeenskap. Nie alleen moet die psigiater of inrigting redelike stappe neem om enige dreigende skade te voorkom nie, maar ook in gepaste gevalle die potensiële slagoffer(s) van die pasiënt se aggressiewe daade teen sodanige aggressie waarsku.

(3) Gevalle van mediese nalatigheid deur die aanwending van terapeutiese hulpmiddele ten gevolge waarvan pasiënte beseer of gedood is

In hierdie verband is aspekte rondom toediening van narkose eerstens bespreek. Die aard en omvang van narkose, die sogenaamde narkosedood, die algemene verantwoordelikhede van die narkotiseur en 'n aantal gevalle van mediese nalatigheid, ter illustrasie van narkose as terapeutiese hulpmiddel in die praktyk, is van naderby beskou. 'n Kliniese beeld van narkose en die sogenaamde narkosedood, is met verwysing na mediese literatuur toegelig. Van belang is die feit dat statistiek oor die voorkoms van sterftes en beserings wat met die toediening van narkose in verband staan, nie op sigself aangewend kan word as 'n maatstaf vir die vasstelling van die nalatigheid van die narkotiseur nie. Die nalatigheid en daaropvolgende aanspreeklikheid van die narkotiseur moet steeds bepaal word met verwysing na die besondere omstandighede van elke individuele geval. 'n Sterfte gedurende narkose kan eers daaraan toegeskryf word

indien dit die geval blyk nadat 'n volledige ondersoek gedoen is.

Volgens die gevalle wat in die regspraak bespreek is, blyk dit dat daar 'n onderskeid gemaak moet word tussen die narkotiseur se verantwoordelikhede en dié van die chirurg tydens die uitvoering van 'n operasie. Die narkotiseur moet vooraf die pasiënt se fisieke toestand korrek evalueer en die pasiënt voorberei vir narkose. Die narkotiseur moet die narkoseprosedure oordeelkundig kies en gedurende die toediening daarvan veral let op die asemhalings- en hartfunksie, asook die vloeistofbalans. Die chirurg, daarenteen, besluit om te opereer en is daarvoor verantwoordelik. Dit is duidelik dat die chirurg nie sonder meer verantwoordelik is vir die optrede van die narkotiseur nie.

Gevalle van mediese nalatigheid waar 'n geneesheer oormatige geneesmiddels en verdowingsmiddels aan 'n pasiënt toegedien het, is ook bespreek. Dié gevalle illustreer die besondere plig wat daar op 'n geneesheer rus om by die toediening van geneesmiddels of verdowingsmiddels, met groot sorgsaamheid op te tree. Die regspraak bevestig dan ook die algemene beginsel dat onkunde aan die kant van die geneesheer in hierdie verband nie 'n verweer is nie.

'n Aantal gevalle is bespreek waar instrumente of vreemde voorwerpe (veral deppers) na afloop van 'n operasie in 'n pasiënt agtergelaat is. In die Engelse en Amerikaanse



regspraak is daar voorbeelde waar geneeshere, ingevolge die res ipsa loquitur-stelreël, aanspreeklik gehou is vir vreemde voorwerpe wat na 'n operasie in pasiënte agtergelaat is. In die Duitse regspraak is daar ook voorbeelde waar sodanige versuim van 'n geneesheer om alle deppers en vreemde materiaal te verwyder, aan growwe nalatigheid gelykgestel is. In die Suid-Afrikaanse reg is dit beklemtoon dat die geneesheer se versuim om deppers te verwyder, getoets moet word aan die optrede van die algemene redelike geneesheer in dieselfde omstandighede. Dit feit dat daar 'n noodsituasie aanwesig mag wees wat vereis dat die pasiënt so spoedig moontlik van die operasietafel verwyder moet word, kan ook 'n faktor wees wat by die nalatigheidskriterium in aanmerking geneem moet word. Die Suid-Afrikaanse hof was nie bereid om die stelreël res ipsa loquitur in hierdie gevalle toe te pas nie.

Gevalle is bespreek waar pasiënte ernstige brandwonde opgedoen het, of andersins beseer is deur blootstelling aan X-strale wat vir diagnostiese en terapeutiese doeleindes geneem is. Die voorbeelde wat bespreek is, beklemtoon dat die geneesheer verplig is om sodanige behandeling met die nodige mediese bedrewenheid en sorgsaamheid toe te pas.

Vervolgens is gevalle van 'n nalatige toediening van bloedoortappings bespreek. Daar is aangetoon dat mediese nalatigheid kan bestaan in die toediening van

bloed wat onverenigbaar is met die bloedgroep van die pasiënt, of die oortapping van besmette bloed, of 'n meganiese fout met die prosedure by die toediening van die bloed. Die oordra van siektes soos virushepatitis, sifilis, malaria en VIGS, deur nalatige bloedoortappings, het aanleiding gegee tot heelwat wanpraktyklitigasie. Moderne ontwikkelinge op die gebied van die mediese wetenskap en tegnologie het teweeggebring dat die geneesheer se rol en verantwoordelikheid by die toediening van bloedoortappings 'n klemverskuiwing ondergaan het. In die lig hiervan, kan die geneesheer nie meer uitsluitlik aanspreeklik gehou word vir 'n nalatige bloedoortapping nie. In hierdie verband kan moontlik gepraat word van "kollektiewe aanspreeklikheid" in dié sin dat die skenker, bloedbank of die hospitaal kousaal aanspreeklik gehou kan word vir die nalatige bloedoortapping of die verskaffing van besmette bloed.

(4) Versuim om die pasiënt op te volg en post-operatief te behandel

Gevalle van mediese nalatigheid in hierdie verband het die algemene beginsel bevestig dat 'n geneesheer, indien hy onderneem het om 'n pasiënt te behandel, verplig is om sy behandeling te voltooi. Indien hy nie in staat is om dit te doen nie, is hy verplig om alternatiewe reëlings te tref sodat 'n ander geneesheer die behandeling effektiewelik kan voortsit. Die geneesheer moet sy pasiënt opvolg en post-operatief behandel, indien nodig. 'n

Geneesheer mag nie sy pasiënt versaak en abandoneer nie. Voorbeelde in die regspraak is talryk waar 'n geneesheer weens sodanige versuim op grond van nalatigheid aanspreeklik gehou is. In die Duitse reg word sodanige versuim deur 'n geneesheer as growwe nalatigheid beskou.

In die algemeen kan daar opgemerk word dat by die toepassing en aanwending van die nalatigheidskriterium op besondere mediese gevalle, die beginsel telkens beklemtoon is dat nalatigheid aan die kant van die geneesheer bepaal moet word aan die hand van die konkrete feite en besondere omstandighede van elke individuele geval.

## HOOFSTUK V

### SLOTSOM

#### 1 Probleemstelling

Hierdie proefskrif het 'n ondersoek na die strafregtelike en deliktuele aanspreeklikheid van die geneesheer op grond van nalatigheid ten doel gehad. Sodanige ondersoek is binne die raamwerk van die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse regstelsels onderneem. As basis vir die bespreking van die professionele nalatigheid van die geneesheer is die begrip "nalatigheid", soos dit in die gemelde regstelsels aangewend en toegepas word, bespreek. Die besondere fokuspunt van die ondersoek was egter die professionele nalatigheid van die geneesheer in die strafreg en die deliktereg. Dit spreek vanself dat die begrip "nalatigheid" en die begrip "professionele nalatigheid" onlosmaaklik aan mekaar verbind is. Die bespreking van die begrip "nalatigheid" het as algemene grondslag of vertrekpunt gedien by die omskrywing en toepassing van die begrip "professionele nalatigheid".

Die omskrywing en toepassing van die begrip "professionele nalatigheid" in die mediese praktyk is van besondere belang, aangesien die ondersoek juis ten doel gehad het om dié aspek, in al sy fasette, indringend te bespreek en te evalueer. Die nalatigheid van die geneesheer is binne die raamwerk van die strafreg en die deliktereg

bespreek. Teen hierdie agtergrond was dit nodig om 'n onderskeid tussen die strafreg en die deliktereg te tref: Daar kan gesê word dat die strafreg daardie regsgebied is wat voorskryf welke menslike handeling misdade is en wat die straf daarvoor is. In die deliktereg gaan dit, vereenvoudig gestel, om die vergoeding van skade. Die strafreg beoog primêr die beskerming van die gemeenskap en die publieke belang, terwyl die privaatreë op die beskerming van die individu en die private belang gerig is. Hierdie algemene onderskeid moet voortdurend by die beoordeling van mediese nalatigheid in gedagte gehou word. Die geneesheer kan ook, soos aangetoon, aanspreeklikheid opdoen vir sy nalatige optrede waar daar 'n kontraktuele verhouding tussen hom en die pasiënt bestaan. Die kontraktuele aanspreeklikheid van die geneesheer het egter buite die bestek van die ondersoek hier geval en is dus nie verder bespreek nie.

In die besonder was die doel met hierdie proefskrif die bespreking en evaluering van die omskrywing, inhoud, toepassing en toets vir mediese nalatigheid in die strafreg en die deliktereg. In hierdie verband was dit ook nodig om die bewys van mediese nalatigheid indringend te ondersoek, ten einde die aard en omvang daarvan in die regspraktyk vas te stel. Ter illustrasie van die toepassing van die nalatigheidskriterium in die mediese praktyk was dit nodig om besondere en geykte gevalle van mediese nalatigheid te bespreek en te evalueer. Hierdeur is die besondere wisselwerking tussen die geneesheer-pasiëntverhouding,

die beoordeling van mediese nalatigheid en die problematiek rondom die bewys van mediese nalatigheid, prakties geïllustreer. Die vraag is ook ondersoek of die opkoms van menseregtebewegings, die toenemende erkenning van pasiënte se outonomie, tegnologiese voortuitgang, groter mediese spesialisasie en 'n meer verbruikers-georiënteerde samelewing enigsins 'n klemverskuiwing weg van die ouer paternalistiese geneeskunde tot gevolg gehad het. Die vraag moet dan ook gestel word of sodanige klemverskuiwing die inhoud, aanwending en bewys van mediese nalatigheid enigsins beïnvloed het.

## 2 Kritiese ontledings

Teen voorgaande agtergrond kan die volgende kritiese ontledings gemaak word:

### 2.1 Nalatigheid

Ten aansien van die omskrywing en toepassing van die begrip "nalatigheid" in die algemeen het die ondersoek aan die lig gebring dat strafregtelike en deliktuele aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg op skuld berus. Nalatigheid (culpa) is 'n vorm van skuld. Die toets om vas te stel of 'n persoon nalatig opgetree het, is dié van die "redelike man" in dieselfde omstandighede. Die toets vir nalatigheid in die strafreg en die deliktereg is dieselfde, net die bewyslas verskil. Die enigste gemeenregtelike misdaad waarvoor nalatigheid die vereiste

skuldvorm is, is strafbare manslag.

Wat nalatigheid in die privaatreë ("tort law") betref, word die bestaan van nalatigheid in Engeland en die VSA afhanklik gestel van 'n regsplig ('n sogenaamde "duty of care"). Die toets vir nalatigheid in die Engelse en Amerikaanse privaatreë is in beginsel objektief en is dié van die "redelike man" in dieselfde omstandighede.

Strafreëtelike nalatigheid is in die Engelse reg 'n vorm van skuld. In beginsel, ken die Engelse reg grade van nalatigheid. Vir strafreëtelike aanspreeklikheid word iets meer as net gewone nalatigheid vereis - gewoonlik 'n vorm van growwe nalatigheid. Die begrip "roekeloosheid" ("recklessness") en growwe nalatigheid word dikwels aan mekaar gelykgestel. Die toets vir nalatigheid in die Engelse strafreë en privaatreë is in beginsel dieselfde. Die enigste gemeenreëtelike misdryf in die Engelse strafreë waarvoor nalatigheid vereis word, is manslag ("involuntary manslaughter").

Die begrip "nalatigheid" in die Amerikaanse strafreë gaan mank aan onsekerheid. Dikwels word nalatigheid aan roekeloosheid gelykgestel en om aanspreeklikheid daar te stel, moet die hof tevrede wees dat die dader, subjektief beoordeel, bewus was van sekere gevare of risiko's wat in sy optrede geskuil het. Die mening word gehuldig dat roekeloosheid eerder 'n ligter graad van opset is as 'n hoër graad van nalatigheid. Die Amerikaanse



strafreg ken ook grade van nalatigheid; nalatigheid word as 'n minderwaardige skuldvorm beskou en 'n drastiese afwyking van die objektiewe standarde van die redelike man as toets vir nalatigheid, word vereis ten einde strafregtelike aanspreeklikheid daar te stel. Die enigste gemeenregtelike misdaad waarvoor nalatigheid vereis word, is sogenaamde "involuntary manslaughter".

Nalatigheid ("Fahrlässigkeit") in die Duitse privaatreë en strafreg is ook 'n vorm van skuld. In die Duitse privaatreë, soos vervat in die BGB, word nalatigheid omskryf as die versuim om aan 'n sekere standaard van sorgsaamheid wat van elke lid van die gemeenskap vereis word, te voldoen. Die toets vir nalatigheid is in beginsel objektief. Daarteenoor omskryf die Duitse strafreg, soos vervat in die StGB, nie die begrip "nalatigheid" nie. In beginsel kan aanvaar word dat dieselfde formule wat vir nalatigheid in die Duitse privaatreë toegepas word, ook in die strafreg geld. Ten einde te bepaal of 'n persoon onder bepaalde omstandighede nalatig was, word sowel 'n objektiewe as 'n subjektiewe toets toegepas. 'n Persoon sal as nalatig beskou word indien 'n hof bevind dat hy versuim het om aan 'n sekere standaard van optrede te voldoen, terwyl hy subjektief gesien wel in staat was om aan die vereiste standaard te voldoen. 'n Persoon kan vir bewuste sowel as onbewuste nalatigheid aanspreeklik gehou word. Nalatigheid is slegs as skuldvorm genoegsaam indien dit spesifiek só bepaal word.

Verder is dit duidelik dat die bestaan van nalatigheid al dan nie, in die gemelde regstelsels ten spyte van uitgekristalliseerde riglyne soos neergele deur die howe en skrywers, tot 'n groot mate van die besondere omstandighede van elke geval afhanklik is. Die nalatigheidsbegrip moet nie in isolasie beoordeel word nie, maar moet met die gewraakte doen of late, onregmatigheid/wederregtelikheid, oorsaaklikheid en skade in verband gebring word sonder om in dié proses die skuldbegrip daarmee te verwar. Sonder sodanige elemente kan daar nie sprake wees van strafregtelike of deliktuele aanspreeklikheid op grond van nalatigheid nie.

Teen die agtergrond van die voorgaande bevindings, wil dit voorkom of die inhoud, omskrywing, toepassing en toets vir nalatigheid in die verskillende regstelsels in beginsel grotendeels dieselfde is.

## 2 2 Professionele nalatigheid

Die gemelde ontledings ten aansien van die begrip "nalatigheid" is van besondere belang by die evaluasie van professionele nalatigheid, aangesien sodanige ontledings as grondslag dien vir die evaluering van professionele nalatigheid. Professionele nalatigheid kan as't ware as 'n uitbreiding van die algemene nalatigheidskriterium beskou word.

By die bespreking en evaluering van professionele aanspreeklikheid van die geneesheer op grond van nalatigheid was dit nodig om eerstens die beroepsrol van die geneesheer te evalueer. Die beroepsrol van die geneesheer word aangewend en geëvalueer binne die raamwerk van die begrip "professionalisme". Professionalisme dui op 'n besondere kennis, vaardigheid en ervaring wat as vooronderstelling vir die beoefening van 'n bepaalde beroep vereis word. Die professionaliteit van die geneesheer is daarin geleë dat hy as lid van die mediese professie homself as't ware uitgee as 'n persoon wat oor besondere mediese kennis en ervaring beskik uit hoofde van sy akademiese en praktiese opleiding. Professionalisme dui dus op 'n graad van spesialisasie; in die mediese praktyk dui professionalisme op 'n objektiewe norm wat nagestreef behoort te word en 'n gedragsnorm waaraan die optrede van die geneesheer voortdurend gemeet en geëvalueer moet word. Die geneesheer wie se optrede as nalatig beskou word, het in wese onprofessioneel opgetree. 'n Klag van mediese nalatigheid teen 'n geneesheer het verreikende gevolge, aangesien die professionaliteit van die geneesheer hierdeur aangetas en bedreig word.

Dit is juis die professionaliteit van die geneesheer wat hom onderskei van die leek en die algemene lid van die publiek. Dit is dan ook die professionaliteit van die geneesheer wat vereis dat die geneesheer se nalatige optrede of versuim nie getoets kan word aan dié van die "redelike man" nie, maar dat die "redelike man"-toets

gesubjektiveer word tot dié van die "redelike geneesheer". Dit sou gesê kan word dat professionaliteit groter sorgsaamheid, vaardigheid en kennis veronderstel en impliseer.

Mediese nalatigheid is in historiese konteks ondersoek. In die antieke periode, meer bepaald antieke Egipte, die ryk van koning Hammurabi van Mesopotamië en antieke Griekeland, is daar definitiewe aanduidings dat medici swaar strawwe opgelê is (selfs die doodstraf) waar pasiënte gesterf het of beseer is as gevolg van 'n operasie of behandeling wat deur die geneesheer nalatig uitgevoer is. Dit is egter veral ten aansien van die grondslag van die beoordeling van die nalatigheid van deskundiges (spesifiek medici) dat die benadering in die Romeinse reg van besondere belang is, en wel deur die toepassing van die stelreël imperitia culpa adnumeratur. Die imperitia-reël is in die Romeinse reg aangewend ten aansien van die geneesheer wat 'n operasie op 'n onbedrewe wyse uitgevoer het, of op 'n onbeholpe manier verkeerde medisyne aan 'n pasiënt voorgeskryf het. Van belang is die algemene beginsel wat deur die toepassing van die imperitia-reël in die Romeinse reg neergelê is: 'n Deskundige of persoon wat hom op 'n terrein van spesialisasie begeef, is aanspreeklik vir die onregmatige gevolge wat uit die beoefening van daardie aktiwiteit mag voortspruit, op grond daarvan dat sodanige optrede as nalatig beskou sal word indien dit nie voldoen aan die optrede van 'n 'n deskundige op die bepaalde gebied nie.

Ook in die Romeins-Hollandse reg word die Romeinsregtelike imperitia-reël in die praktyk toegepas en trouens verder uitgebrei in gevalle van mediese nalatigheid. Dit blyk verder uit die ou bronne dat daar sedert die Romeinse tydperk ten aansien van die toepassing van die imperitia-reël in die mediese praktyk wesenlik geen veranderinge ingetree het nie. Soos tereg deur die skrywers in dié verband aangetoon, het die effektiewe aanwending van die imperitia-reël tot gevolg dat die algemene nalatigheidstoets gesubjektiveer word vir sover die vermoëns van 'n deskundige in aanmerking geneem word by die vasstelling en evaluering van die gedragsnorm wat van regsweë vereis word. Die imperitia-reël geld ook slegs ten aansien van handeling wat deskundigheid vereis, en dit is die onbedrewe optrede self en nie noodwendig die onderneming daarvan wat beoordeel moet word nie. Die subjektivering van die nalatigheidstoets geld slegs ter verhoging van 'n gedragsnorm en beteken slegs dat die feit dat die dader objektief gesproke 'n deskundige is, in ag geneem word by die bepaling van 'n hoër toetsingspeil.

In die Suid-Afrikaanse reg dui professionele mediese nalatigheid daarop dat die geneesheer se optrede nie voldoen het aan die algemene standaard van mediese bedrewenheid en sorg wat van die redelike praktisyn in dieselfde omstandighede verwag kan word nie. Die toets vir mediese nalatigheid is in beginsel objektief en is dieselfde in die strafreg en die privaatreë. Ten aansien van die bewyslas is daar 'n

verskil: In die privaatregrus die bewyslas op die eiser, om op 'n oorwig van waarskynlikhede aan te toon dat die geneesheer nalatig was, en in die strafreggrus die bewyslas op die staat om bo redelike twyfel te bewys dat die geneesheer nalatig was.

Wat mediese nalatigheid in die privaatregr betref, word die bestaan daarvan in Engeland en die VSA van die verbreking van 'n regsplig wat die geneesheer teenoor die pasiënt het, afhanklik gestel. Mediese bedrewenheid, kennis en sorg wat van die geneesheer van regsweê vereis word, is dié van die algemene redelike geneesheer in dieselfde omstandighede. Die toets vir mediese nalatigheid in die Engelse en Amerikaanse strafreg is dieselfde as in die privaatregr; net ten aansien van die bewyslas is daar 'n verskil: Ten einde strafregtelik aanspreeklik te wees, sal daar 'n growwe oorskryding van die algemene objektiewe mediese standaard wat van regsweê van medici vereis word aan die kant van die geneesheer moet wees.

In die Duitse reg dui mediese nalatigheid daarop dat die geneesheer versuim het om met die nodige mediese bedrewenheid en sorg op te tree as wat in die algemeen van die mediese professie van regsweê vereis word. In beginsel kan aanvaar word dat dieselfde toets wat vir mediese nalatigheid in die Duitse privaatregr toegepas word, ook in die strafreg geld. Ten einde vas te stel of 'n geneesheer onder bepaalde omstandighede nalatig was, word 'n objektiewe sowel as 'n subjektiewe toets toegepas;

-615-

objektief waar hy versuim het om aan die graad van mediese bedrewenheid en sorg wat in die algemeen van die mediese professie verwag word, te voldoen, terwyl hy subjektief gesien, wel oor die mediese vaardighede beskik het om aan die vereiste standaard te voldoen. Die bewyslas in die Duitse strafreg en privaatreë verskil, en in die reël sal die geneesheer net strafregtelik skuldig bevind word op grond van professionele nalatigheid waar hy die vereiste standaard grof oorskry het. Van die mediese spesialis sal 'n hoër graad van mediese bedrewenheid en sorg vereis word as dié van die algemene praktisyn.

Die toepassing van sekere mediese prosedures wat nie in ander mediese denkrigtings ("schools of thought") aanvaar word nie, is nie noodwendig nalatig en onaanvaarbaar nie. Daarenteen kan die geneesheer of spesialis wat afgekeurde, verworpe en nie-erkende prosedures toepas, aanspreeklik gehou word vir enige nadelige gevolge wat daaruit vir die pasiënt mag voortspruit. Dieselfde beginsel geld by die toepassing van verouderde mediese metodes en tegnieke. 'n Blote kliniese oordeelsfout aan die kant van die geneesheer mag tot aanspreeklikheid op grond van nalatigheid lei, waar sodanige oordeelsfout 'n fout is wat die redelike geneesheer onder dieselfde omstandighede nie sou gemaak het nie.

Ten aansien van die toepassing van die omgewingsreël of die sogenaamde "locality rule" by die vasstelling van mediese nalatigheid, word die standpunt vandag in die algemeen



-616-

gehuldig dat dié reël nie meer aanwending behoort te vind nie vanweë die eenvormige opleidingstandaard van medici. Of die geneesheer nou in die stad dan wel op die platteland praktiseer, daar behoort geen verskil te wees in die graad van mediese bedrewenheid en kennis wat van regsweë van hom vereis word nie. Alhoewel daar in beginsel met hierdie standpunt saamgestem kan word, kan daar, egter wel 'n onderskeid getref word ten opsigte van die graad van bedrewenheid van medici wat onderskeidelik in die groot sentra en platteland praktiseer: Dié onderskeid slaan nie noodwendig op die subjektiewe bedrewenheid en kennis van die geneesheer nie, maar wel op die aanwesigheid of afwesigheid van die objektiewe omstandighede, spesifiek die toeganklikheid tot en beskikbaarheid van gesofistikeerde mediese fasiliteite. Myns insiens verwys mediese bedrewenheid in die breë nie net na die subjektiewe bedrewenheid van die geneesheer nie, maar ook na die effektiewe aanwending van gesofistikeerde mediese toerusting en hulpmiddels waar sodanige hulpmiddels vrylik beskikbaar is en inderdaad objektief vir die behandeling van pasiënte nodig is. Die "locality rule" is myns insiens 'n "omstandighedsreël" in dié sin dat by die beoordeling van die vraag of die geneesheer in 'n bepaalde geval nalatig was, daar noodwendig na die omringende omstandighede gekyk moet word. Die fiktiewe optrede van die redelike geneesheer of spesialis moet immers bepaal word met verwysing na die besondere feite en omstandighede van elke geval. Dit is geykte reg dat nalatigheid nie in vacuo bepaal moet word nie, maar met verwysing na die

-617-

konkrete feite van elke geval. Na my mening is dit voor-die-hand-liggend dat groot hospitale in Johannesburg, Londen, New York en Berlyn oor beter en meer gesofistikeerde toerusting sal beskik en derhalwe ook beter ingerig is om sekere gevalle te hanteer as klein plattelandse hospitale waar daar nie sodanige geriewe is nie. Anders as Engeland, die VSA en Duitsland waar daar 'n groter mobiliteit en verspreiding van gesofistikeerde mediese toerusting is, is Suid-Afrika 'n ontwikkelende land en is dit veral in sekere Suid-Afrikaanse plattelandse en ander afgeleë gebiede dat die verspreiding van gesofistikeerde mediese toerusting op 'n primêre gesondheidsvlak nie geredelik beskikbaar is nie. Na my mening moet die afwesigheid of aanwesigheid van gesofistikeerde mediese fasiliteite noodwendig 'n rol speel by die beoordeling van die beweerde nalatige optrede van die geneesheer, sonder dat die nalatigheidstoets vir mediese nalatigheid enigsins afgewater word.

Teen die agtergrond van die voorgaande ontledings blyk dit duidelik dat die omskrywing, inhoud, toepassing en toets vir mediese nalatigheid in die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en Duitse regstelsels tot op groot hoogte ooreenstem en in wese dieselfde is, ten spyte van die feit dat dié regstelsels tot verskillende regs families behoort en aan ander struktuurverskille onderhewig is. Die opmerking is eens gemaak dat "the human body does not vary in ten thousand miles, neither should the practice of medicine". Hierdie stelling kan myns insiens, sonder om die situasie oor te vereenvoudig, ook toepassing vind by

-618-

die vergelyking van die inhoud, aanwending en toets van mediese nalatigheid in die verskillende regstelsels. In Suid-Afrika, Engeland, die VSA en Duitsland word min of meer dieselfde mediese standaarde toegepas, en stem die teoretiese en praktiese opleiding van medici tot op groot hoogte ooreen. Die moderne mediese wetenskap het as't ware 'n universele aanwending en gevolglik is terapeutiese en diagnostiese prosedures wat deur medici in dié lande toegepas word, dan ook tot op groot hoogte dieselfde. Die prosedures en tegnieke wat toegepas word om 'n hartoorplanting, keisersnee, mangeloperasie, bloedoortapping ensovoorts uit te voer is dieselfde of sodanige prosedures of tegnieke nou in Kaapstad, Londen, New York of Berlyn uitgevoer word. Internasionale samewerking op die mediese gebied, navorsing, konferensies ensovoorts het verder tot wedersydse blootstelling en hoër geografiese mobiliteit van mediese kennis bygedra.

Na my mening is die oorsaak dat die inhoud, omskrywing, aanwending en toets vir mediese nalatigheid in Suid-Afrika, Engeland, die VSA en Duitsland in wese dieselfde is, daarin geleë dat die mediese wetenskap en die toepassing van terapeutiese en diagnostiese prosedures universele aanwending vind. Die geneeskundige reg moes noodwendig by die omskrywing, aanwending en toets van mediese nalatigheid van die geneeskundige praktyk kennis neem. Die sorgsaamheidskriterium (dié van die redelike geneesheer of spesialis) is nie 'n juridiese toets wat in isolasie beoordeel word nie, maar een wat toepassing

vind met verwysing na die norm of standaard van optrede van die geneesheer of spesialis wat algemeen in die geneeskundige praktyk aanvaar word. Die juridiese toets vir mediese nalatigheid word dus afhanklik gestel van die algemeen aanvaarde norme wat in die mediese professie van toepassing is. Sodanige afhanklikheid beteken egter nie dat medici bepaal wanneer 'n geneesheer nalatig is nie: In die finale instansie is dit nog steeds die funksie van 'n hof om 'n juridiese oordeel te vel of 'n geneesheer nalatig was al dan nie.

By die beoordeling van die toets vir mediese nalatigheid, soos dit vandag in die praktyk toepassing vind, is gevind dat dié toets besonder effektief aanwending vind. Die voordeel verbonde aan die toepassing van die redelike geneesheer/spesialis-toets is dat dié maatstaf buigsaam en aanpasbaar is en die realiteite van die mediese praktyk in ag neem. Die mediese wetenskap en tegnologie ontwikkel en verander voortdurend en word deur volgehoue mediese navorsing uitgebrei. Sodanige ontwikkelings en uitbreidings kan 'n beduidende invloed he op die graad van mediese bedrewenheid, kennis en sorg wat van regsweë van medici in die toekoms vereis mag word. Die maatstaf van die redelike geneesheer/spesialis word dus op die stand van die "bekende" mediese wetenskap en tegnologie gefundeer; namate die mediese wetenskap en tegnologie ontwikkel of uitbrei, verander dié maatstaf dus dienooreenkomstig. Die redelike geneesheer-maatstaf is dus nie rigied nie en word voortdurend aangepas om tred te hou

met die realiteite van die geneeskundige praktyk. Dit is seker nouliks nodig om te sê dat, ten spyte van die effektiewe aanwending van die redelike geneesheer-maatstaf in die praktyk, die toets nie alomvattend en perfek is nie. Tog lewer dié maatstaf vanweë die inherente aanpasbaarheid daarvan weinig probleme in die praktyk op.

### 2 3 Vergelyking tussen nalatigheid en mediese nalatigheid

Wanneer nalatigheid met professionele of mediese nalatigheid vergelyk word, blyk dit duidelik dat daar 'n verskil is met betrekking tot die standaard van optrede wat van die "redelike man" van regsweë vereis word teenoor dié wat van die "redelike geneesheer" vereis word. Die rede hiervoor is voor-die-hand-liggend: Die geneesheer is 'n professionele persoon wat oor 'n sekere graad van mediese vaardigheid en kennis beskik, terwyl die redelike man op straat nie oor sodanige vaardigheid en kennis beskik nie. Dit volg dus dat die standaard van optrede wat van 'n redelike geneesheer verwag kan word, nie vergelykbaar is met die standaard van optrede wat van die redelike man verwag kan word nie. Van die redelike geneesheer, behoort daar juis vanweë sy professionaliteit, regtens 'n groter graad van omsigtigheid en sorgsaamheid verwag te word as van die redelike man wat nie 'n gespesialiseerde beroep beoefen nie.

Alhoewel die voorgaande onderskeid in beginsel redelik eenvormig in die Suid-Afrikaanse, Engelse, Amerikaanse en

Duitse reg aanvaar en toegepas word, wil dit egter voorkom of die howe geneig is om "toegewings" onder bepaalde omstandighede te maak vir die optrede van geneeshere wat moontlik nalatig was, terwyl die nalatigheids-kriterium vir die optrede van die gewone man stréng toegepas word. Die algemene motorbestuurder, werkgewer ensovoorts, word sonder huiwering vir skadevergoeding op grond van nalatigheid deliktueel of strafregtelik aanspreeklik gehou, terwyl die geneesheer se beweerde nalatigheid meer "klinies, buigzaam en toegeeflik" beoordeel word. In hierdie verband is dit veral in die uitsprake van die Engelse howe (meer pertinent dié van Denning LJ)(1), dat dié neiging duidelik blyk: Só is beslis dat 'n blote oordeelsfout aan die kant van 'n geneesheer nie nalatig is nie. Weliswaar het die Engelse House of Lords(2) later hierdie beslissings in konteks geplaas deur te beslis dat 'n blote oordeelsfout nie nalatig sal wees nie indien 'n redelike geneesheer in dieselfde omstandighede ook sodanige oordeelsfout sou begaan het. Dit is geykte reg dat die gewone man nie aanspreeklikheid op grond van die maak van 'n blote oordeelsfout maklik sal ontkom nie. Dit blyk ook duidelik uit sommige uitsprake in die Engelse reg (weer dié van Denning LJ)(3), dat beleidsoorwegings, meer bepaald die openbare belang, verg dat die reg met betrekking tot nalatigheid ten gunste van geneeshere aangepas of meer toegeeflik toegepas behoort te word. Daarteenoor kon daar geen gesag opgespoor word nie wat daarop dui dat sodanige oorwegings ook ten aansien van die toepassing van gewone nalatigheid geld.

Die vraag kan gestel word waarom hierdie klaarblyklik regterlike toegeeflikheid teenoor die beweerde nalatigheid van geneeshere bestaan? Waarom word die gewone man se beweerde nalatigheid meesal krities en streng beoordeel, terwyl geneeshere klaarblyklik hieraan ontkom? Daar word aan die hand gedoen dat die antwoord waarskynlik geleë is in die feit dat regters sêlf professionele persone is en terdeë daarvan bewus is dat 'n bevinding van nalatigheid teen 'n ander professionele persoon 'n vernietigende invloed op so 'n persoon se professionele reputasie en status het. 'n Bevinding van nalatigheid teen 'n geneesheer het 'n ernstige aantasting van sy professionele reputasie tot gevolg. 'n Ander regterlike persepsie mag moontlik wees dat 'n geneesheer juis vanweë sy besondere opleiding, kennis en bedrewenheid nie "maklik" nalatig sal optree nie, en dat daar met omsigtigheid te werk gegaan moet word wanneer sy beweerde nalatigheid juridies beoordeel word.

In die Engelse, Amerikaanse en Duitse strafreg geld die beginsel ook dat geneeshere op grond van nalatigheid slegs strafregtelik vervolgd en aanspreeklik gehou sal word indien daar 'n growwe oorskryding van die vereiste standaard van optrede was. Hierdie "kwantifisering" van mediese nalatigheid

- 
- (1) Whitehouse v Jordan [1980] 1 All ER 650 (CA) 658; sien ook Denning The Discipline of Law (1979) 237 ev.  
(2) Whitehouse v Jordan [1981] 1 All ER 267 (HL).  
(3) Whitehouse v Jordan supra [1980] 658d; sien ook Brook-Barnett "Medical Malpractice: The American Disease, Is It Infectious?" 1980 Medico-Legal Journal 63.



blyk nie in die Suid-Afrikaanse reg toegepas te word nie.

Nodeloos om te sê het hierdie klaarblyklik regterlike toegeeflikheid teenoor die beweerde nalatigheid van geneeshere tot gevolg dat daar 'n persepsie onder die algemene publiek kan bestaan dat die nalatigheid van geneeshere nie oor dieselfde kam geskeer word as dié van die algemene publiek nie en 'n mate van "regterlike beskerming" geniet. Die argument wat dikwels geopper word is dat geneeshere juis vanweë hul professionaliteit tot groter verantwoording vir hul nalatige optrede geroep moet word, en op daardie basis deur die regbank beoordeel moet word.

#### 2 4 Klemverskuiwing

Histories gesproke is dit insiggewend dat medici as 'n professie nie veel aansien in die antieke periode en die Romeinse tydperk geniet het nie. In hierdie periode, met sy primitiewe persepsie van die geneeskunde, is geglo dat siektetoestande veroorsaak is deur bonatuurlike entiteite en magte. Medici het meestal tot die geledere van kwaksalwers en slawe behoort. Vanweë die "onwetenskaplike" metodes wat deur geneeshere toegepas is, die gebrek aan kennis van die menslike anatomie en fisiologie en die afwesigheid van effektiewe geneesmiddels, was die behandeling, genesing en herstel van pasiënte meestal onsuksesvol en het baie pasiënte onder die hande van geneeshere gesterf. Geneeshere het gevolglik nie 'n goeie

reputasie gehad nie. Geneeshere is dan ook vir hul onbedrewenheid swaar gestraf; selfs die doodstraf is in sommige gevalle opgele.

Vooruitgang op die gebied van die mediese wetenskap en tegnologie, nuwe ontdekkings en uitvindings op die mediese gebied het ingrypende verbeterings in terapeutiese en diagnostiese prosedures teweeggebring. Onder invloed van hierdie ontwikkelinge en die daadwerklike voordele wat dit vir die mensdom ingehou het, het die rol van die geneesheer 'n klemverskuiwing ondergaan: Die beoefening van die geneeskunde was nou gefundeer op die mediese wetenskap en het meegebring dat die geneesheer se kennis van die menslike anatomie en fisiologie dramaties verbeter het. Geneeshere was in staat om pasiënte meer doeltreffend te behandel. Met die ontdekking van die narkotiese effek van geneesmiddels, soos chloroform en morfien, kon operasies pynloos uitgevoer word en het die terapeutiese effek van operatiewe ingrepe tot gevolg gehad dat die mediese wetenskap ongekende en wonderbaarlike hoogtes bereik het. In die lig hiervan het die geneesheer se rol in die samelewing meer gedefinieerd geraak: Geneeshere is nie meer met wantroue bejeën nie, en onder die publiek was daar 'n toenemende persepie van en waardering vir die geneesheer se weldadigheid. Nie alleen het die geneesheer se status en aansien in die gemeenskap met rasse skrede toegeneem nie, maar het hy ook 'n raadgewer en huisvriend geword.

Hierdie klemverskuiwing in die geneesheer se rol het

veroorzaak dat die beoefening van die geneeskunde paternalisties geraak het: Die geneesheer was aan die spits van alle besluitneming met betrekking tot die behandeling van 'n pasiënt op die basis dat hy in die beste posisie was om hieroor 'n oordeel te vel. As gevolg van die besondere persoonlike verhouding tussen geneesheer en pasiënt, het pasiënte geneesheer gerespekteer en nie hulle oordeel en besluite in hierdie verband bevraagteken nie. Daar moet beklemtoon word dat die paternalistiese inslag van die geneeskundige praktyk, in retrospek, nie noodwendig negatief ervaar behoort te word nie. Sosiale strukture en persepsies van dié tyd was bevorderlik vir die instandhouding van die elitisme en paternalisme van die mediese professie.

Tesame met die ontwikkeling van die geneeskunde was daar egter in die westerse wêreld die opkoms van nuwe politieke denkrigtings soos die nasionalisme en die liberalisme waarvolgens daar 'n hoë premie op die reg, vryheid, soewereiniteit en beskerming van die individu geplaas is. Die samelewing het meer verbruikers-georiënteerd geword en die geneesheer se tradisionele rol as huisvriend en raadgewer het begin verander na 'n rol waarin daar groter klem gelê is op sy verantwoordelikhede teenoor die gemeenskap. Menseregtebewegings het die reg op outonomie en die erkenning van die reg op gesondheidsorg as 'n fundamentele mensereg gepropageer. Konstitusionele veranderinge in verskeie lande van die wêreld het beslag gegee aan hierdie regte en dit verskans in aktes van

menseregte wat in grondwette geïnkorporeer is. Tegnologiese vooruitgang het tot groter spesialisasie gelei en die geneesheer-pasiëntverhouding het onpersoonlik geraak. Die tradisionele weldadigheid en paternalisme van die geneeskundige praktyk het in konflik gekom met die outonomie en verbruikersingesteldheid van die pasiënt. Van regsweë is medici tot verantwoording geroep vir gevalle van nalatigheid en die klemverskuiwing wat ten aansien van die tradisionele rol van die geneesheer plaasgevind het, het daartoe aanleiding gegee dat die geneesheer al hoe meer deur die pasiënt gekonfronteer is, 'n konfrontasie wat gemanifesteer het in 'n toename in siviele litigasie en strafregtelike vervolgings.

## 2 5 Bewys van mediese nalatigheid

Universeel tot die verskillende regstelsels wat bespreek is, is die beginsel dat mediese nalatigheid in die reël deur deskundige mediese getuies bewys moet word. Daar is gevind dat hierdie reël nie afbreuk doen aan die beginsel dat mediese nalatigheid in die finale instansie 'n juridiese vraagstuk is wat deur die hof vasgestel moet word. Die hof is nie gebonde aan die getuienis van mediese deskundiges nie, en kan sodanige getuienis aanvaar of verwerp of hul eie interpretasie daaraan gee.

Daar is gevind dat die beginsel dat mediese nalatigheid in die reël deur deskundige mediese getuienis bewys moet word, in die praktyk vir die pasiënt spesifieke probleme skep.

Nie alleen is dit dikwels vir die pasiënt onmoontlik om 'n deskundige mediese getuie te bekom wat bereid is om namens die pasiënt aan te voer dat 'n ander geneesheer nalatig was nie, maar baie pasiënte is ook gedurende die gewraakte handeling deur die behandelende geneesheer "afwesig", in dié sin dat hulle onder narkose is en verder as leke geen kennis dra van die diagnostiese of terapeutiese tegnieke en metodes wat op hulle toegepas of uitgevoer is nie.

Desnieteenstaande is die bewyslas deurgaans op die pasiënt. Die onbekombaarheid en onwilligheid van geneesheer om namens verontregte pasiënte teen ander kollegas te getuig, het aanleiding gegee tot die begrip "conspiracy of silence" wat in die Amerikaanse reg sy beslag gekry het. In 'n poging om eisers by die bewys van mediese nalatigheid behulpsaam te wees en om die noodsaaklikheid van deskundige getuienis uit te skakel, is daar gevind dat die Engelse, Amerikaanse en Duitse reg sekere bewysmaatstawwe aanwend om 'n pasiënt se bewyslas te vergemaklik. Die belangrikste van hierdie maatstawwe is die leerstuk van res ipsa loquitur wat in die Engelse en Amerikaanse reg aanwending vind. Dié leerstuk stem wesenlik ooreen met die aanvanklike prima facie-saak of Anscheinsbeweis wat in die Duitse reg toepassing vind. In die Suid-Afrikaanse reg is daar 'n besliste onwilligheid om hierdie leerstuk by die bewys van mediese nalatigheid aan te wend; trouens, die algemene bewysmaatstawwe word in die Suid-Afrikaanse reg streng toegepas en daar word in beginsel geen erkenning verleen aan enige bewysmaatstaf wat die bewyslas van 'n pasiënt by mediese nalatigheid vergemaklik nie.

In die gemelde regstelsels waar die leerstuk van res ipsa loquitur wel toepassing vind, word die bewyslas wat op die eiser rus nie verplaas nie, maar deur die vestiging van 'n prima facie-saak ontstaan 'n feitelike vermoede van mediese nalatigheid wat 'n weerleggingslas op die geneesheer plaas om 'n aanvaarbare verduideliking vir die ongewone gebeure te gee. Dit is veral in die VSA en Duitsland dat beleidsoorwegings en beginsels van gelykheid en prosedurele regverdigheid die howe aldaar genoop het om die bewyslas van die eiser by mediese nalatigheid te vergemaklik. In dié verband is die leerstuk aldaar uitgebrei om 'n effektiewe bewyslas op meerdere verweerder in gevalle van mediese nalatigheid te plaas. Dié verplasing van die bewyslas in sodanige gevalle word geregverdig deur die "korporatiewe versuim" van die hospitaalowerheid of die chirurgiese span as geheel om die pasiënt met die nodige sorg en vaardigheid te behandel. Indien 'n geneesheer in Duitsland grof nalatig is, word die bewyslas met betrekking tot die kousaliteit op die geneesheer verplaas. 'n Verdere hulpmiddel in die Duitse reg om die pasiënt se bewyslas te vergemaklik, is die verpligting op medici en hospitale om relevante dokumentasie met betrekking tot die eiser gedurende siviele verrigtinge bloot te lê. Waar sodanige dokumentasie nie bestaan nie of vernietig is, kan die hof in sy diskresie insgelyks 'n effektiewe bewyslas op die geneesheer of die hospitaalowerheid plaas.

Daar is gevind dat die benadering van die howe in die

Amerikaanse en Duitse reg, in teenstelling met die Suid-Afrikaanse reg en, in 'n mindere mate, die Engelse reg, ten opsigte van die bewys van mediese nalatigheid, met hulle verwysings na beleidsoorwegings en prosedurele regverdigheid meer realisties en aanvaarbaar is.

## 2 6 Gevalle van mediese nalatigheid

By die bespreking van besondere gevalle van mediese nalatigheid, is gevind dat die regspraak in die verskillende regstelsels waarna verwys is nuttige illustrasies van die praktiese aanwending van die nalatigheidskriterium lewer. Die toepassing en aanwending van die nalatigheidskriterium op besondere mediese gevalle het opnuut bevestig dat mediese nalatigheid bepaal moet word na die konkrete feite, die realiteite van die mediese wetenskap en die besondere omstandighede van elke individuele geval. Sommige gevalle van mediese nalatigheid wat bespreek is, het duidelik die klemverskuiwing vanaf mediese paternalisme tot pasiënt-outonomie wat in die mediese praktyk voorgekom het en van regsweë nou erkenning geniet, geïllustreer.

## 3 Voorstelle

3 1 'n Behoorlike evaluasie van die strafregtelike en deliktuele aanspreeklikheid van die geneesheer op grond van nalatigheid vereis dat wanneer daar 'n juridiese oordeel gevel word oor die aanspreeklikheid van die geneesheer vanweë sy beweerde nalatigheid, die realiteite



van die mediese wetenskap en tegnologie in perspektief geplaas word. Medici is ongetwyfeld nie aanspreeklik vir die mens se mortaliteit nie, maar van regsweë word vereis dat medici die aard, omvang en perke van hul verantwoordelikhede teenoor hulle pasiënte sal ken en dienoreenkomsstig met professionaliteit sal optree. Nóg die howe, nóg die pasiënt is daarop uit om medici op grond van hulle beweerde nalatigheid meedoënloos te vervolg, maar in 'n verbruiker-samelewing, waarin daar 'n hoë premie op die reg van die individu geplaas word en waarin die tradisionele rol van die geneesheer as familievriend en raadgewer plek gemaak het vir 'n groter mate van spesialisasie en dikwels meer onpersoonlike verhouding tussen geneesheer en pasiënt, sal medici sonder twyfel meer geredelik tot verantwoording geroep word en van regsweë vir mediese nalatigheid aanspreeklik gehou word. Voorkoming bly steeds die bes moontlike optrede ten einde eise en regsgedinge te vermy en hierin speel die geneesheer 'n leidende rol - om onder alle omstandighede met redelike sorg en vaardigheid op te tree sonder om sogenaamde "defensive medicine" te beoefen.

3 2 Die inhoud, omskrywing en toets vir mediese nalatigheid, soos wat dit vandag toepassing vind in die regspraktyk, is effektief en bevredigend. Die voordeel verbonde aan die toepassing van die redelike geneesheer of spesialis-maatstaf is daarin geleë dat die maatstaf buigsaam en aanpasbaar is en kennis neem van die realiteite in die mediese praktyk. Dit is dus 'n juridiese maatstaf

wat bepaal word met verwysing na die heersende norme van die mediese praktyk. In hierdie verband kan gepraat word van 'n unieke wisselwerking tussen die reg en geneeskundige praktyk by die aanwending van die toets vir mediese nalatigheid. Terselftertyd bied dié maatstaf bepaalde uitdagings aan die reg: Spesifiek om tred te hou met die ontwikkeling op die gebied van die mediese wetenskap en tegnologie wat noodwendig 'n invloed op die mediese praktyk moet hê. Daar moet beklemtoon word dat die toets vir mediese nalatigheid 'n juridiese maatstaf is wat deur die hof en nie deur geneeshere nie bepaal word.

3 3 Die klemverskuiwing wat met betrekking tot die tradisionele rol van die geneesheer plaasgevind het, mediese paternalisme wat voor die outonomie van die pasiënt moes swig en die behoeftes van 'n verbruikers-georiënteerde samelewing is in ooreenstemming met die spesifieke tydsgewrig waarin die mens (ook wat sy mediese behoeftes en sorg betref) "vry" geword het en aanspraak kan maak op fundamentele regte wat ingevolge menseregteaktes en grondwette, afgedwingbaar is.

3 4 Die spesifieke tydsgewrig waarin beginsels van gelykheid, billikheid, prosedurele regverdigheid en ander konstitusionele oorwegings aanwending vind, vereis dat die inhoud, omskrywing en toets vir mediese nalatigheid eenvormig en konsekwent deur die howe aangewend en toegepas behoort te word. In hierdie verband is dit belangrik dat geneeshere dieselfde gelyke beregting as die gewone man op

straat vanaf die regbank moet ontvang. Indien daar "kunsmatige" uitsonderings en toegeeflikheid vir die nalatige optrede van geneeshere deur die regbank gemaak word, sal openbare persepsies dat geneeshere inderdaad regterlik beskerm word opnuut inslag vind. Daar moet in gedagte gehou word dat alhoewel die geneesheer vanweë sy nalatige optrede aanspreeklik gehou kan word en sy professionele reputasie kan verloor, die pasiënt daarenteen as gevolg van dié nalatige optrede sy lewe kan verloor of ernstige liggaamlike nadeel ly.

3 5 Daar word aan die hand gedoen dat daar by die bewys van mediese nalatigheid, ook wat die Suid-Afrikaanse reg betref, erkenning gegee word aan die stelreël res ipsa loquitur as bewysmaatstaf wat ten gunste van die eiser in bepaalde omstandighede geld. Dié stelreël behoort nie bloot negeer te word omdat die aanwending daarvan, waar dit inderdaad aangedui is, die geneesheer by sy verdediging sal verontrief nie. Beginsels van billikheid, gelykheid en prosedurele regverdigheid vereis dat die stelreël in bepaalde omstandighede aanwending sal vind. Vir die "afwesige" leke-pasiënt wat tydens 'n operasie onder narkose in "droomland" is, is dit haas onmoontlik om te bewys wat ten tye van die operasie gebeur het, terwyl die deskundige geneesheer, wat minstens in beheer van die operasie was, met binnekennis daarvan geen bewyslas dra nie. In hierdie verband is dit ook in belang van die mediese professie dat geneeshere meer geredelik bereid sal wees om, wanneer die omstandighede dit verg, teen hul kollegas te

getuig. Hierdie optrede sal enige publieke persepsies dat daar 'n "conspiracy of silence" onder geneeshere bestaan, effektief besweer.

3 6 In die finale instansie moet dit beklemtoon word dat die toepassing en beoordeling van mediese nalatigheid in die regspraktyk afhanklik is van die wedersydse vertroue wat tussen die howe en die mediese professie gehandhaaf behoort te word; 'n vertroue wat berus op die wedersydse handhawing van respek, eerlikheid, en bowenal professionaliteit, sonder dat die belange van die pasiënt in die proses uitgesluit word.

Die gevierde Ierse dramaturg, George Bernard Shaw, het reeds in 1911 die vrese en persepsies van pasiënte teenoor geneeshere treffend saamgevat - vrese en persepsies wat myns insiens vandag nog net só toepassing vind:

"We do not go to the operating table as we go to the theatre, to the picture gallery, to the concert room to be entertained and delighted. We go to be tormented and maimed lest a worse thing should befall us. It is of the most extreme importance to us that the experts on whose assurance we face this horror and suffer this mutilation should have no interests but our own to think of; should judge our cases scientifically; and should feel about them kindly" (4).

---

(4) Shaw The Doctor's Dilemma (1911) 62.

LYS VAN AFKORTINGS

Die volgende afkortings word vir tydskrifte en hofsake gebruik. Tydskrifte wat nie in hierdie lys genoem word nie, word volledig in die voetnote genoem.

Tydskrifte

- ABAJ : American Bar Association Journal  
AJLM : American Journal of Law and Medicine  
AM JUR : American Jurisprudence  
BMJ : British Medical Journal  
BML : Businessman's Law  
CILSA : Comparative and International Journal of  
Southern Africa  
CrimLR : Criminal Law Review  
IJML : International Journal of Medicine and Law  
JR : Juristische Rundschau  
JW : Juristische Wochenschrift  
JZ : Juristenzeitung  
LMA : Legal Medicine Annual  
LQR : The Law Quarterly Review  
MLJ : Medico Legal Journal  
MLR : Modern Law Review  
MTTQ : Medical Technique Trial Quarterly  
NJW : Neue Juristische Wochenschrift  
POF : (American Jurisprudence) Proof of Facts  
SALJ : The South African Law Journal  
SAMJ : South African Medical Journal  
SAPM : South African Practice Management

- SASK : Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafred en  
Kriminologie
- THRHR : Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg
- TRW : Tydskrif vir Regswetenskap
- TSAR : Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg

Hofsake

- AC : Appeal cases
- All ER : All England Law Reports
- ALR : American Law Reports
- Ariz : Arizona Supreme Court
- Ark : Arkansas Supreme Court
- BGB : Bürgerliches Gesetzbuch
- Cal
- Rptr : California Reporter
- Colo : Colorado Supreme Court
- Conn : Connecticut Supreme Court
- Cir : Circuit
- CLY : Current Law Yearbook
- C & P : Carrington & Payne's Nisi Prius Reports
- Ch : Law Reports Chancery
- DC : District Court
- ER : English Reports
- F 2d : Federal Reporter
- Fed
- Supp : Federal Supreme Court
- Fl : Florida Supreme Court
- Fl App : Florida Appeal Court

F & F : Foster & Finlayson's Nisi Prius Reports  
F : Fraser Session Cases  
Ga : Georgia Supreme Court  
HL : House of Lords  
Ill : Illinois Supreme Court  
Kan : Kansas Supreme Court  
KB : King's Bench Reports  
LJKB : Law Journal Reports, King's Bench  
Lloyds  
Rep : Lloyds List Report  
Mass : Massachusetts Supreme Court  
Mich : Michigan Supreme Court  
Minn : Minnesota Supreme Court  
Miss : Mississippi Supreme Court  
NC App : North Carolina Appeal Court  
NE : North Eastern Reporter  
NJ : New Jersey Supreme Court  
NM App : New Mexico Appeal Court  
NYS : New York Supreme Court  
Okla : Oklahoma Supreme Court  
Or : Oregon Supreme Court  
P 2d : Pacific Reporter, 2nd Series  
PMILL : The Personal and Medical Injuries' Law Letter  
Pa : Pennsylvania Supreme Court Reports  
QB : Queens' Bench  
SD : South Dakota Supreme Court  
Supp : Supreme Court  
Tenn : Tennessee Supreme Court  
Tex : Texas Supreme Court



-637-

Tex

Civ App: Texas Civil Appeal Court

US : United States Supreme Court

Wash : Washington Supreme Court

BRONNELYS

Verwysings na alle boeke, artikels, aantekeninge en vonnisbesprekings in die proefskrif is by die eerste vermelding daarvan in elke hoofstuk volledig.

ACKERNECHT A Short History of Medicine (1968).

ALTON Malpractice: A Trail Lawyer's Advice for Physicians (1977).

ALTSCHULE "Bad Law Bad Medicine" 1977-78 AJML 295.

AMUNDSEN "The Liability of the Physician in Roman Law" 1973 INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON SOCIETY MEDICINE AND LAW 17 (redakteur Karplus).

ANNAS "Avoiding Malpractice Suits through the Use of "Informed Consent" 1977 LMA 219.

ANNAS LAW ROSENBLATT & WING American Health Law (1990).

ARTHUR "Res Ipsa Loquitur as Applied in Dental Cases" 1944 SALJ 220.

ATIYAH "Res Ipsa Loquitur in England and Australia" 1974 MLR 337.

BAPPERT Arzt und Patienten als Rechtsuchende (1980).

BARLOW "Medical Negligence Resulting in Death" 1948 THRHR 175.

BAUR Bibliographie Des Deutschen Rechte (1964).

BAUMANN & WEBER Strafrecht Allgemeiner Teil (1985).

BAXTER Administrative Law (1991).

BEALE "The Proximate Consequences of an Act" 1920 HARVARD LAW REVIEW 663.

BEAUCHAMP & CHILDRESS Principles of Biomedical Ethics (1994).

BELLI Ready for the Plaintiff (1963).

- BELLI "The Silent Medical Treatment: An Ancient Therapy Still Applied" 1956 VILLANOVA LAW REVIEW 250.
- BERKHOUWER & VORSTMAN De Aansprakelijkheid van de Medicus voor Beroepsfouten door Hem of Zijn Helpers Gemaakt (1950).
- BERTELSMAN "What Happened to Luxuria?" 1975 SALJ 59.
- BEYON "Doctors as Murderers" 1982 CRIM LR 17.
- BINGHAM The Modern Cases on Negligence (1978).
- BIRCHFIELD "Aids: The Legal Aspects of a Disease" 1987 MEDICINE AND LAW 407.
- BLACK Law Dictionary (1979).
- BLACKBEARD "Die Aksie vir 'Wrongful Life': To Be or Not to Be" 1991 THRHR 199.
- BOBERG "An Action for Wrongful Life" 1964 SALJ 498.
- BOBERG "The Apportionment of Damages Amendment Act 51 of 1971" 1971 SALJ 423.
- BOBERG "The Wrongfulness of an Omission" 1975 SALJ 362.
- BOBERG The Law of Delict (1984).
- BOCKELMANN Strafrecht des Arztes (1968).
- BOCKELMANN & VOLK Strafrecht Allgemeiner Teil (1987).
- BODENSTEIN "Phases in the Development of Criminal Mens Rea" 1919 SALJ 323.
- BOTHA "Culpa - A Form of Mens Rea or a Mode of Conduct" 1977 SALJ 29.
- BOULLE HARRIS HOEXTER Constitutional and Administrative Law (1989).
- BOVBJERG "The Medical Malpractice Standard of Care: HMO'S and Customary Practice" 1975 DUKE LAW JOURNAL 1375.

- BRAHAMS "The Wilsher Case" 1988 MEDICO-LEGAL JOURNAL 4.
- BRAZIER Medicine Patients and the Law (1987).
- BRAZENER "Malpractice: Physician's Liability for Injury or Death Resulting from Side-effects of Drugs Intentionally Administered to or Prescribed for Patient" 45 ALR 3d 928.
- BREEN "Aids - An Acquired Community Problem" 1985-86 MTTO 249.
- BRENNER Arzt und Recht (1983).
- BRINGEWAT "Selbstmord, Suizidpatient und Arztpflichten im Strafrecht" 1973 NJW 540.
- BRODER "Res Ipsa Loquitur in Medical Malpractice Cases" 1969 DE PAUL LAW REVIEW 421.
- BROOK-BARNETT "Medical Malpractice: The American Disease, is It Infectious?" 1980 MEDICO-LEGAL JOURNAL 63.
- BROOTEN & CHAPMAN Malpractice (1987).
- BROWNLIE "Wrongful Life: Is It a Viable Cause of Action in South Africa?" 1985 RESPONSA MERIDIANA 18.
- BRÜGMANN "Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes" 1977 NJW 1473.
- BUCKLAND A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian (1950).
- BUCKLIN "Informed Consent: Past Present and Future" 1975 LMA 201.
- BURCHELL "Informed Consent - Variations on a Familiar Theme" 1986 MEDICINE AND LAW 293.
- BURCHELL & HUNT South African Criminal Law and Procedure (1983).
- BURCHELL & MILTON Principles of Criminal Law (1991).

- BURCHELL & SCHAFFER "Liability of Hospitals for Negligence" 1977 BML 109.
- BURNS "Administrative Justice" 1994 SA PUBLIC LAW 347.
- BURT Taking Care of Strangers (1979).
- CACHALIA ET AL Fundamental Rights in the New Constitution (1994).
- CAMERON Medical Negligence (1983).
- CARMICHAEL "Liability of Physician or Hospital in the Performance of Cosmetic Surgery Upon the Face" 54 ALR 3d 1255.
- CARPENTER "Administratiewe Geregtigheid - Meer Vrae as Antwoorde" 1994 THRHR 467.
- CARSTENS "The Locality Rule in Medical Practice" 1990 DE REBUS 421.
- CARSTENS "Nalatigheid en Verskillende Gedagterigtings ("Schools of Opinion") Binne die Mediese Praktyk" 1991 THRHR 673.
- CATALA & WEIR "Delicts and Torts: A Study Parallel" 1963 TULANE LAW REVIEW 573.
- CHAPMAN "Debating the Question of Wrongful Life" 1982 LMA 105.
- CHARLESWORTH-PERCY On Negligence (1977).
- CLAASSEN & VERSCHOOR Medical Negligence in South Africa (1992).
- CLARKSON & KEATING Criminal Law: Cases and Materials (1984).
- CLEAVER "Wrongful Birth - The Dawning of a New Action" 1991 SALJ 47.
- CLERK & LINDSELL On Torts (1982).

COHEN Malpractice (1979).

COHEN "Park v Chessin: The Continuing Judicial  
Development of the Theory of Wrongful Life" 1978 AJLM  
232.

COHN Manual of German Law (1968).

CREMER Grundlagen der ärztlichen Rechts-und Berufskunde  
(1975).

CROSS & JONES Introduction to Criminal Law (1992).

CROSS & TAPPER On Evidence (1985).

DALEY "Tarasoff and the Psychiatrist's Duty to Warn" 1975  
SAN DIEGO LAW REVIEW 937.

DAMM "Medizintechnik und Arzthaftungsrecht" 1989 NJW 737.

DAVID & BRIERLEY Major Legal Systems in the World Today  
(1978).

DAVIDOFF The Malpractice of Psychiatrists (1973).

DAVIDOFF "Insanity Intimacy and Infidelity: Trends in  
Psychiatric Malpractice" 1977 TRIAL 27.

DAVIDOFF "The Malpractice of Psychiatrists" 1966 DUKE LAW  
JOURNAL 696

DAVIDSON "Torts - Wrongful Pregnancy - Ordinary Costs of  
Raising Healthy Child Not Recoverable" 1987 TENNESSEE  
LAW REVIEW 153.

DEAN "Culpability or Remoteness" 1974 SALJ 47.

DE LOUSANOFF Fascilitations of Proof in Medical  
Malpractice Cases (1982).

DE MERE "The Plastic Surgeon and Legal Matters" 1975 LMA  
239.

DENNING The Discipline of Law (1979).

DEUTSCH "Medizinische Fahrlässigkeiten" 1976 NJW 2289.

- DEUTSCH "Reform des Arztrechts" 1977 NJW 1657.
- DEUTSCH "Judgment of the German BGH October 11, 1977" 1979  
IJML 248.
- DEUTSCH "Medical Malpractice, Informed Consent and Human  
Experimentation in Western Europe" 1980 IJML 82.
- DEUTSCH "Das therapeutische Privileg des Arztes  
Nichtaufklärung zugunsten des Patienten" 1980 NJW  
1305.
- DEUTSCH Arztrecht und Arzneimittelrecht (1983) en (1992).
- DEUTSCH "Die Anfängeroperation: Aufklärung Organisation  
Haftung und Beweislastumkehr" 1984 NJW 650.
- DEUTSCH "Die neue Entscheidung des BGH ZUR Aids-  
Haftung" 1991 NJW 1937.
- DEUTSCH "Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler" 1993  
NJW 1506.
- DEUTSCH & SCHREIBER Medical Responsibility in Western  
Europe (1985).
- DE VILLE "Proportionality as a Requirement of Legality in  
Terms of the New Constitution" 1994 SA PUBLIC LAW 371.
- DE WET & SWANEPOEL Strafreg (1985).
- DIAS & MARKESINIS The English Law of Tort: A Comparative  
Introduction (1976).
- DIRECTOR "Malpractice: Physician's Failure to Advise  
Patient to Consult Specialist or One Qualified in a  
Method of Treatment which Physician is not Qualified to  
Give" 35 ALR 3d 349.
- DREYER "Redelike Dokter versus Redelike Pasiënt" 1995  
THRHR 532.
- DUFF "Recklessness" 1980 CRIM LR 282.



- DUFF "Malpractice Testimony" 37 ALR 2d 11.
- DU PLESSIS The Law of Culpable Homicide in South Africa (ongepubliseerde LLD-proefskrif University of Rhodes 1986).
- EBERHARDT "Verjährungsfragen im Arzthaftpflichtrecht" 1983 NJW 2613.
- EDDY Professional Negligence (1956).
- EDGERTON "Negligence, Inadvertence and Indifference" 1926 HARVARD LAW REVIEW 849.
- EHRENZWEIG "Loss-shifting and Quasi-negligence; A New Interpretation of the Palsgraf Case" 1941 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 663.
- ELLIOT "Degrees of Negligence" 1932 SOUTHERN CALIFORNIA LAW REVIEW 127.
- EPSTEIN "Medical Malpractice - A Case for Contract" 1976 AMERICAN BAR FOUNDATION JOURNAL 136.
- EVERETTE Legal Medicine (1980).
- FELTHOUS "Negligence without Malpractice: Broadening Liability for Psychiatrists who Release Dangerous Mental Patients 1985 MEDICINE AND LAW 453.
- FENG "Failure of Medical Advice: Trespass or Negligence?" 1987 Legal Studies 149.
- FERREIRA "Verskil tussen Privaatreg en Publiekreg" 1990 SA PUBLIC LAW 53.
- FICARRA Surgical and Allied Malpractice (1968).
- FICARRA "Professional Liability v Doctors of Medicine" 1975 LMA 125.
- FICARRA "Medicosurgical Negligence in Appendectomy" 1977 LMA 65.

- FICARRA "Prophylaxis against Medical Malpractice" 1978 LMA  
319.
- FIESER Das Strafrecht des Anaesthesisten  
(ongepubliseerde doktorale proefskrif Universitat  
München 1975).
- FLEMMING The Law of Torts (1987) en (1992).
- FOUTZ "Wrongful Life: The Right Not to Be Born" 1980  
TULANE LAW REVIEW 480.
- FRANTZ "Modern Status of View as to General Measures of  
Physician's Duty to Inform of Risks of Proposed  
Treatment" 88 ALR 3d 1008.
- FRANZKI & FRANZKI "Waffengleichheit im Arzthaftungs-  
prozess" 1975 NJW 1657.
- FURMAN "Night Calls" 1981 SA MEDIESE TYDSKRIF 389.
- GEE "Physician's Failure to Perform Timely Caesarean  
Section" 19 POF 2d 485.
- GIBSON & SCHWARTZ "Physicians and Lawyers: Science Art  
and Conflict" 1980 AJM 173.
- GIESEN Arzthaftungsrecht/Medical Malpractice Law (1981).
- GIESEN "From Paternalism to Self-Determination to Shared  
Decisionmaking" 1988 ACTA JURIDICA 107.
- GIESEN International Medical Malpractice Law (1988).
- GIESEN Arzthaftungsrecht (1992).
- GLANVILLE WILLIAMS "The Direction to the Jury on the  
Burden of Proof" 1954 CRIM LR 464.
- GLANVILLE WILLIAMS "Recklessness Redefined" 1982 CAMBRIDGE  
LAW JOURNAL 252.
- GLANVILLE WILLIAMS Textbook of Criminal Law (1983).
- GLANVILLE WILLIAMS & HEPPLER Foundations of the Law of

- Tort (1976).
- GOODHART "Hospitals and Trained Nurses" 1954 LQR 553.
- GOOSEN "The Objective Test for Criminal Negligence -  
A Revaluation" 1979 OBITER 60.
- GORDON & SHAPIRO Forensic Medicine (1982).
- GORDON TURNER & PRICE Medical Jurisprudence (1953).
- GRAMBERG-DANIELSEN Die Haftung des Arztes (1978).
- GREEN "Are Negligence and Proximate Cause Determined by  
the Same Test?" 1923 TEXAS LAW REVIEW 224.
- GREGORY KALVEN & EPSTEIN Cases and Materials on Torts  
(1977).
- HALL General Principles of Criminal Law (1960).
- HALL "Interrelation of Criminal Law and Torts" 1943  
COLUMBIA LAW REVIEW 753.
- HARNEY Medical Malpractice Law (1987).
- HARRISON "Anaesthetic-associated Mortality" 1974 SA  
MEDIESE TYDSKRIF 550.
- HART Oxford Essays in Jurisprudence (1961).
- HART & HONORE Causation in Law (1959).
- HEBBLETHWAITE "Mishap or Malpractice? Liability in  
Delict for Medical Accidents" 1991 SALJ 38.
- HEILMANN "Der Stand der deliktischen Arzthaftung" 1990 NJW  
1513.
- HEPPLE & MATTHEWS Tort: Cases and Materials (1985).
- HERBERT Misleading Cases in Common Law (1930)
- HERMES & WALTHER "Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht  
und Unrecht" 1993 NJW 2237.
- HEUBNER History of Germanic Private Law (1918).
- HIEMSTRA/KREIGLER Die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg

(1993).

HILLIARD "Wrongful Birth: Some Growing Pains" 1985 MLR  
224.

HIRSCH "Duty to Consult and Refer" 1977 LMA 249.

HIRSCH "Res Ipsa Loquitur - Does It Really Speak for the  
Patient" 1984 MTTQ 452.

HOFFMANN "Zur Beweislastumkehr bei Verletzung  
vertraglicher Aufklärungs-oder Beratungspflichten"  
1974 NJW 1641.

HOFFMANN & ZEFFERT The South African Law of Evidence  
(1988).

HOLDER Medical Malpractice Law (1978).

HOLDER "Physician's Abandonment of Patient" 3 POF 2d 117.

HOLDER "Time of Origin of Disease or Injury" 5 POF 2d 315.

HOLDER "Physician's Failure to Diagnose Pregnancy" 7 POF 2d  
57.

HOLDER "Failure to Inform Patient of Nature of Hazards of  
Surgery" 8 POF 2d 145.

HOLDER "Surgeon's Failure to Exercise Supervision and  
Control Over Anaesthetist" 8 POF 2d 579.

HOLDER "Physician's Misdiagnosis of Appendicitis" 10 POF 2d  
265.

HOLDER "Surgeon's Failure to Discover Breakage of Surgical  
Instrument" 10 POF 2d 605.

HOLDER "Negligent Performance of Biopsy" 11 POF 2d 319.

HOLDER "Physician's Failure to X-Ray" 12 POF 2d 603.

HOLDER "Malpractice Liability in Genetic Counselling" 19 POF  
2d 485.

HOLDER "Plastic Surgeon's Liability in Cosmetic Surgery

- Cases" 22 POF 2d 725.
- HOLLMANN "Das ärztliche Gespräch mit dem Patienten" 1973  
NJW 1393.
- HORN KÖTZ & LESER German Private and Commercial Law  
(1982).
- HÜBNER Grundzüge des Deutschen Privatrechts (1969).
- HUGO "Can Murder and Culpable Homicide Overlap?" 1973  
SALJ 334.
- HUNT South African Criminal Law and Procedure II (1982).
- JACKSON & POWELL Professional Negligence (1987).
- JAKOBS Strafrecht Allgemeiner Teil (1983).
- JACOB/SPELLER Law Relating to Hospitals and Kindred  
Institutions (1978).
- JESCHECK Lehrbuch des Strafrechts AT (1988).
- JONES Hippocrates (1939).
- JONES "Doctor Knows Best" 1984 LQR 454.
- JONES "Medical Negligence" Doctors Patients and the Law  
(1992)(redakteur Dyer).
- JUNEWICZ "Physician's Liability for Failure to Anticipate  
and Control Reactions and Interactions Precipitated  
by Prescribed or Administered Drugs" 1976 LMA 327.
- KELNER "The Silent Doctor-Conspiracy of Silence" 1970  
RICHMOND LAW REVIEW 119.
- KEMP Delictual Liability for Omissions (1979).
- KENNEDY "The Patient on the Clapham Omnibus" 1984 MLR 454.
- KENNEDY & GRUBB Medical Law Text and Materials (1994) en  
(1989).
- KENNEDY Two Centuries of Roman Poetry (1965).
- KING The Law of Medical Malpractice in a Nutshell (1977).

- KISKER The Disorganized Personality (1964).
- KLEINWEFERS & WILTS "Die Vertragliche Haftung bei  
gespaltetenem ArztKrankenhausVertrag" 1965 NJW 332.
- KLOTTER Criminal Law (1983).
- KNIGHT Legal Aspects of Medical Practice (1984).
- KOLHAAS "Das Recht auf den eigenen Tod" 1973 NJW 548.
- KOOPERSMITH "Informed Consent: The Problem of Causation"  
1984 MEDICINE AND LAW 231.
- KOPPLE "Medical Malpractice - Res Ipsa Loquitur and  
Informed Consent in Anaesthesia Cases" 1967 DE PAUL  
LAW REVIEW 432.
- KRAMER Medical Malpractice (1972).
- KRIELE "Stand der medizinischen Wissenschaft als  
Rechtsbegriff" 1976 NJW 355.
- KRÖNING Die Bedeutung des Kunstfehlers Für die Haftung  
des Arzt nach 823 Abs 1 BGB (ongepubliseerde  
doktorale proefskrif Universitat Göttingen 1974).
- KRUGER Mental Health Law in South Africa (1980).
- LABUSCHAGNE "Dekriminalisasie van Nalatigheid" 1985 SASK  
213.
- LABUSCHAGNE "Dolus Eventualis: die Filosofie en Onderbou"  
1988 SASK 436.
- LABUSCHAGNE "Nalatigheid en Voorsienbaarheid by Strafbare  
Manslag" 1994 SASK 221.
- LACKNER Strafgesetzbuch mit Erläuterungen (1981).
- LADIMER "Prevention and Resolution of Medical Disputes"  
1975 LMA 151.
- LA FAVE & SCOTT Criminal Law (1986).
- LAMBERT "Malpractice Liability Concepts Affecting All

- Professions" 1976 MEDICAL-ATL SEMINAR 4  
(redakteurs Harold en Block).
- LARENZ Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen  
Rechts Ein Lehrbuch (1972).
- LAUFS "Zur deliktrechtlichen Problematik ärztlicher  
Eigenmacht" 1969 NJW 529.
- LAUFS "Der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht  
und ihre deliktische Rechtsfolge" 1974 NJW 2025.
- LAUFS "Fortschritte und Scheidewege im Arztrecht" 1976 NJW  
1121.
- LAUFS "Arztrecht im Wandel - Entwicklung des Arztrechts  
1976/77" 1977 NJW 1081.
- LAUFS "Die Entwicklung des Arztrechts 1982/83" 1983 NJW  
1345.
- LAUFS Arztrecht (1984).
- LAUFS "Die Entwicklung des Arztrechts 1991/92" 1992 NJW  
1529.
- LAUFS "Die Entwicklung des Arztrechts 1993/94" 1994 NJW  
1562.
- LAUFS & UHLENBRUCK Handbuch des Arztrechts (1992).
- LAWS "The Assessment of Dangerous Sexual Behaviour in  
Males" 1984 MEDICINE AND LAW 127.
- LEE "Operating under Informed Consent" 1985 LQR 316.
- LEHR & HIRSH "Wrongful Conception Birth and Life: A  
Question of Validity" 1983 MEDICINE AND LAW 199.
- LEONARD "Independent Duty of a Hospital to Prevent  
Physician Malpractice" 1973 ARIZONA LAW REVIEW 953.
- LEVENSTEIN "After-hour Visits - Doctor's and Patient's  
Attitudes" 1981 SA MEDIESE TYDSKRIF 19.



- LEWIS Medical Negligence - A Plaintiff's Guide (1988).
- LIELBRIEDIS "Psychiatric Liability in Patient Suicide" 1984  
MEDICINE AND LAW 225.
- LIND "Wrongful Birth and Wrongful Life Actions" 1992 SALJ  
428.
- LIPPERT "Das Organisationsverschulden in  
Hochschulklinika" 1984 NJW 2606.
- LOCKE "Failure of General Practitioner to Seek Consultation  
With or Refer Patient to Specialist" 1 POF 2d 373.
- LOMBARDI Medical Malpractice Insurance (1978).
- LONG The Physician and the Law (1968).
- LOUBSER Extinctive Prescription (1996).
- LOUBSER & RABIE "Defining Dolus Eventualis: A Voluntative  
Element" 1988 SASK 415.
- LOUISELL & WILLIAMS Trial of Medical Malpractice Cases  
(1960).
- LOUW "Wrongful Life: 'n Aksie Gebaseer op die Onregmatige  
Veroorsaking van Lewe" 1987 TSAR 199.
- LUDINGTON "Medical Malpractice: Liability Based on  
Misrepresentation of the Nature and Hazards of  
Treatment" 42 ALR 4th 543.
- MACINTOSH & NORMAN-SCOBLE Negligence in Delict (1970).
- MARTIN Law Relating to Medical Practice (1979).
- MASON Forensic Medicine For Lawyers (1978).
- MASON & McCALL-SMITH Law and Medical Ethics (1987).
- MATHIESON "What Should a Doctor Tell?" 1958 MLR 20.
- MATZ "Der ärztliche Kunstfehler und sein Beweis" MODERNE  
MEDIZIN UND STRAFRECHT (1988)(redakteur Kaufmann).
- MAZZIA "Liver Failure Associated with Halothane" 177 LMA

51.

MAZZIA & SIMON "Another Look at Malignant Hyperthermia"

1978 LMA 167.

McCOID "The Care Required of Medical Practitioners" 1959

VANDERBILT LAW REVIEW 549.

McCOID "Negligence Actions Against Multiple Defendants"

1955 STANFORD LAW REVIEW 480.

MCKERRON The Law of Delict (1971).

McLAUGHLIN "A Look at the Massachusetts Malpractice

Tribunal System" 1977-78 AJLM 197.

MIDDLETON "S v Dube 1972 (4) SA 515" 1973 THRHR 181.

MILLER "Medical Malpractice Litigation: Do the British

Have a Better Remedy?" 1986 AJLM 135.

MILLNER "The Doctor's Dilemma" 1957 SALJ 384.

MILLNER Negligence in Modern Law (1967).

MOBILIA Hospital Corporate Liability - Towards a Stricter

Standard for Administrative Services (1987).

MOGRIDGE "The Reasonable Man: Negligence or Criminal

Capacity" 1980 SALJ 267.

MOLL "Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Schulmedizin"

1991 NJW 2334.

MOORE & KRAMER Medical Malpractice Discovery & Trial

(1990).

MORKEL Nalatigheid as Grondslag vir Strafregtelike

Aanspreeklikheid (ongepubliseerde LLD-proefskrif

UOVS 1977).

MORKEL Towards a Rational Policy of Criminal Fault

(ongepubliseerde LLM-verhandeling UP 1981).

MORKEL "Die Onderskeid tussen Dolus Eventualis en Bewuste

- Nalatigheid: 'n Repliek" 1982 THRHR 321.
- MORKEL "Weer Eens Dolus Eventualis en Luxuria" 1983 THRHR  
98.
- MORKEL "Nalatige Aanranding: 'n Onding" 1986 TRW 84.
- MORRIS "Proximate Cause in Minnesota" 1950 MINNESOTA LAW  
REVIEW 185.
- MORRIS & MORITZ Doctor and Patient and the Law (1960).
- MORSE "The Tort Liability of the Psychiatrist" 1966-67  
BUFFALO LAW REVIEW
- MORTON "The Doctrine of Informed Consent" 1987 MEDICINE  
AND LAW 117.
- NATHAN Medical Negligence (1957).
- NELSON-JONES Medical Negligence Case Law (1990).
- NEETHLING POTGIETER & VISSER Deliktereg (1996).
- NORTH Fundamentals of Medical Malpractice Litigation  
(1992).
- NORTON "Ethics in Medicine and Law: Standards and  
Conflicts" 1977 LMA 206.
- NOTA "Physicians and Surgeons" 61 American Jurisprudence  
2d (1981) 486.
- NOTA "Duty and Liability of Physician or Surgeon in  
Pregnancy and Childbirth Cases" 141 ALR 111.
- NOTA "Proximate Cause in Malpractice Cases" 13 ALR2d 11.
- NOTA "Malpractice: Diagnosis and Treatment of Brain  
Injuries, Diseases or Conditions" 29 ALR 2d 501.
- NOTA "Malpractice as to Treatment of Skin Disease,  
Disorder Blemish or Scar" 45 ALR 2d 1271.
- NOTA "Malpractice: Duty and Liability of Anaesthetist" 53  
ALR 2d 142.

NOTA "Malpractice in the Diagnosis or Treatment of Cancer"

55 ALR 2d 453.

NOTA "Liability for Physician for Lack of Diligence in  
Attending Patient" 57 ALR 2d 379.

NOTA "Liability for Physician Who Abandons Case" 57 ALR 2d  
432.

NOTA "Malpractice in Administering Medicine to which  
Patient is Unusually Susceptible or Allergic" 64 ALR 2d  
1281.

NOTA "Malpractice in Diagnosis or Treatment of  
Tuberculosis" 75 ALR 2d 814.

NOTA "Necessity of Expert Evidence to Support an Action  
for Malpractice against a Physician or Surgeon"  
81 ALR 2d 597.

NOTA "Liability of Dentist to Patient" 83 ALR 2d 7.

NOTA "Malpractice in the Diagnosis and Treatment of Male  
Urinary Tract and Related Organs" 88 ALR 2d 309.

NOTA "Malpractice: Diagnosis and Treatment of Conditions  
of Female Sexual Organs" 93 ALR 2d 313.

NOTA "Malpractice Liability with Respect to Diagnosis and  
Treatment of Mental Disease" 99 ALR 2d 599.

NOTA "Physician's and Surgeon's Liability for Injury to  
Mother in Pregnancy and Childbirth Cases" 99 ALR 2d  
1336.

NOTA "Physician's or Surgeon's Malpractice in Connection  
with Care and Treatment of Haemophiliac or Diagnosis of  
Haemophilia" 1 ALR 3d 1107.

NOTA "Physician's or Surgeon's Liability in Connection  
with Diagnosis and Treatment of Rectal or Anal

Disease" 5 ALR 3d 916.

NOTA "Malpractice Liability of Physician Surgeon  
Anaesthetist or Dentist for Injury Resulting from  
Foreign Object Left in Patient" 10 ALR 3d 9.

NOTA "Hospital's Liability to Patient for Injury Sustained  
from Defective Equipment Furnished by Hospital for Use  
in Diagnosis or Treatment of Patient" 14 ALR 3d 1254.

NOTA "Hospital's Liability to Patient for Injury  
Sustained from Defective Equipment Furnished by  
Hospital for Use in Diagnosis or Treatment of Patient"  
14 ALR 3d 1254.

NOTA "Malpractice in Diagnosis and Treatment of Diseases  
or Conditions of the Heart or Vascular System" 19 ALR  
3d 825.

NOTA "Malpractice: Doctor's Liability for Mistakenly  
Administering Drugs" 23 ALR 3d 1334.

NOTA "Medical Malpractice and Measure of Elements of Damage  
in Connection with Sterilization or Birth Control  
Procedures" 27 ALR 3d 906.

NOTA "Hospital's Liability for Injury or Death to Patient  
Resulting from or Connected with the Administration of  
Anaesthetic" 31 ALR 3d 1114.

NOTA "Medical Malpractice in Connection with Diagnosis  
Care and Treatment of Diabetic" 42 ALR 3d 1364.

NOTA "Medical Malpractice: Liability for Allegedly  
Resulting from Negligence in Making Hypodermic  
Injection" 45 ALR 3d 731.

NOTA "Malpractice: Failure of Physician to Notify Patient  
of Unfavorable Diagnosis or Test" 49 ALR 3d 501.

NOTA "Malpractice: Diagnosis of Fractures or Dislocations"

54 ALR 2d 273.

NOTA "Cosmetic Surgery: Liability of Physician or Hospital  
in the Performance of Cosmetic Surgery upon the Face" 54

ALR 3d 1255.

NOTA "Liability of Physician or Surgeon for Extending  
Operation or Treatment beyond that Expressly Authorised"

56 ALR 2d 695.

NOTA "Intercourse Accomplished under the Pretext of Medical  
Treatment as Rape" 70 ALR 2d 824.

NOTA "Malpractice in Connection with Diagnosis of Cancer"

79 ALR 3d 915.

NOTA "Malpractice: Physician's Duty to Inform Patient of  
Nature and Hazards of Disease or Treatment" 79 ALR 2d

1028.

NOTA "Tort Liability for Wrongfully Causing One to Be Born"

83 ALR 3d 15.

NOTA "Liability of Doctor or Dentist Using Force to  
Restrain or Discipline Patient" 89 ALR 2d 983.

NOTA "Measure and Elements of Damage in Action Against  
for Breach of Contract to Achieve a Particular Cure"

99 ALR 3d 303.

NOTA "Medical Malpractice: Administering or Prescribing  
Drugs for Weight Control" 1 ALR 4th 236.

NOTA "Medical Malpractice: The Liability of Psychiatrists"

1973 NOTRE DAME LAW 693.

NOTA "Independant Duty of a Hospital to Prevent

"Physician Malpractice" 1973 ARIZONA LAW REVIEW 953.

NOTA "Psychiatric Negligence" 1974 DRAKE LAW REVIEW 640.

- NOTA "The Hospital-Physician Relationship for Malpractice of Physicians" 1975 WASHINGTON LAW REVIEW 385.
- NOTA "Piercing the Doctrine of Corporate Hospital Liability" 1980 SAN DIEGO LAW REVIEW 383.
- O'BYRNE "Malpractice: Admissibility of Evidence that the Defendant Physician Has Previously Performed Unnecessary Operations" 33 ALR 3d 1056.
- O'BYRNE "Civil Liability of Doctor or Psychologist for Having Sexual Relationship with Patient" 33 ALR 3d 1393.
- OLIVIER "Enkele Verdere Beskouings oor Deliktuele en Verrykingsaanspreeklikheid" 1965 THRHR 56.
- OTTO Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtlehre (1976).
- PAIZES "Dolus Eventualis Reconsidered" 1988 SALJ 636.
- PALADINO "Malignant Hyperthermia During Anaesthesia" 1975 LMA 266.
- PAOLI Rome: Its People Life and Customs (1980).
- PEGALIS & WACHSMAN American Law of Medical Malpractice (1980).
- PERKINS Criminal Law (1969).
- PERKINS & BOYSE Criminal Law (1982).
- PERR "Liability of Hospital and Psychiatrist in Suicide" 1965 AMERICAN JOURNAL OF PSYCHIATRY 631.
- PETER "Die Beweissicherungspflicht des Arztes" 1988 NJW 751.
- PODELL "Application of Res Ipsa Loquitur in Medical Malpractice Litigation" 1977 INSURANCE COUNSEL JOURNAL



634.

PODGERS "Medical Malpractice Panels Losing Favour" 1981

ABAJ 143.

PRIBILLA "Der ärztliche Kunstfehler" 1971 DIE JURISTISCHE

PROBLEMATIK IN DER MEDIZIN 70 (redakteur Mergen).

PRICE "Volenti non Fit Iniuria" 1952 THRHR 60.

POUND "Causation" 1957 YALE LAW JOURNAL 1.

PROSSER Law of Torts (1971).

RABIE & STRAUSS Punishment: An Introduction to

Principles (1985).

RABINOWITZ & SALAGNIK "Dangerous Psychiatric Patient: The

Epidemiology Etiology and Prediction" 1989 MEDICINE AND

LAW 131.

RHEINGOLD & DAVEY "Standard of Care in Medical

Malpractice Cases" 1978 MODERN TRENDS IN MEDICAL

MALPRACTICE 11 (redakteur Conason).

RIEGER Lexikon des Arztrechts (1984).

RIGELHAUPT "Physicians Liability for Causing Patient to

Become Addicted to Drugs" 16 ALR 4th 999.

RIGELHAUPT "Liability of Doctor Psychiatrist or

Psychologist for Failure to Take Steps to Prevent

Patient's Suicide" 17 ALR 4th 1128.

ROBERTS "Civil Liability of Physician for Failure to

Diagnose or Report Battered Child Syndrome" 97 ALR 3d

338.

ROBERTSON "Civil Liability Arising from Wrongful Birth

Following Unsuccessful Sterilization Operation" 1978

AJLM 131.

ROBERTSON "Informed Consent to Medical Treatment" 1981 LQR

102.

ROBERTSON "Wrongful Life" 1982 MLR 697.

ROBINSON "The Medical Malpractice Crisis of the 1970's: A Retrospective" 1986 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS Vol 49 No 2.

ROGERS "Medical Ethics Malpractice and Emergency Medical Services: Some Congressional Concerns 1975 AJLM 283.

ROSSNER "Versicht des Patienten auf eine Aufklärung durch den Arzt" 1990 NJW 2291.

RUBSAMEN "Res Ipsa Loquitur in California Medical Malpractice Law - Expansion of a Doctrine to Bursting Point" 1962 STANFORD LAW REVIEW 251.

SACHS & DÖRNER "Forensic Aspects of Blood Transfusion" 1984 MEDICINE AND LAW 55.

SALMOND-HEUSTON On the Law of Torts (1987).

SAMAHA Criminal Law (1987).

SCHAFER "The Swing towards the Subjective Test for Negligence in Criminal Law" 1978 THRHR 201.

SCHMID "Der Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht" 1984 NJW 2601.

SCHMIDT Bewysreg (1989).

SCHMIDHAUSER Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch (1975).

SCHÖNCKE & SCHRÖDER Strafgesetzbuch Kommentar (1991).

SCHUSTER The Principles of German Civil Law (1907).

SCHWAR OLIVIER & LOUBSER Die ABC van Geregtelike Geneeskunde (1984).

SCOTT "Die Reël Imperitia Culpae Adnumeratur as Grondslag vir die Nalatigheidstoets vir Deskundiges in die

Deliktereg" LC - STEYN GEDENKBUNDEL (red Joubert)  
(1981) 124.

SCOTT "Oor die Aard van Ons Fundamentele Deliksaksies"  
1976 DE JURE 179.

SCOTT "The Theory of Risk Liability and Its Application  
to Vicarious Liability" 1979 CILSA 60.

SCOTT Middellike Aanspreeklikheid (1983).

SEAVEY "Negligence - Subjective or Objective" 1927 HARVARD  
LAW REVIEW 8.

SEAVY "Res Ipsa Loquitur: Tabula in Neufragio" 1950  
HARVARD LAW REVIEW 643.

SENNETT "Factors Contributing to a Reduction in  
Anaesthetic Mortality" 1981 SA MEDIESE  
TYDSKRIF 37.

SHARTEL & PLANT The Law of Medical Practice (1959).

SHIEBER "Psychiatric Diagnosis: Is It an Instrument of  
Help or One of Doom?" 1987 MEDICINE AND LAW 165.

SHIEBER "Psychiatrists in the Community vs The District  
Psychiatrist: The Two Sides of the Coin. The Problem of  
Involuntary Commitment" 1990 MEDICINE AND LAW 1236.

SHIPLEY "Hospitals Liability for Negligence in Failing to  
Review or Supervise Treatment Given by Individual  
Doctor or to Require Consultation" 14 ALR 3d 873.

SILFEN "Psychotherapy of Mentally Disturbed Criminals:  
Illusion or Reality" 1986 MEDICINE AND LAW 427.

SIMONS "Legal Pitfalls in Medical Practice and How to  
Avoid Them" 1978 DE JURE 123.

SKEGG "A Justification For Medical Procedures Performed  
without Consent" 1974 LQR 512.

- SKEGG Law Ethics and Medicine (1984).
- SLAWSON "Psychiatric Malpractice: Recent Clinical Loss Experience in the USA" 1991 MEDICINE AND LAW 129.
- SLAWSON "Psychiatric Malpractice: Ten Years Loss Experience" 1989 MEDICINE AND LAW 415.
- SLOVENKO "The Duty of Therapists to Third Parties" Essays in Honour of SA Strauss (1995)(redakteur Joubert) 207.
- SMIT "Die Geneeskunde en die Reg" 1976 DE JURE 107.
- SMIT "Die Narkotiseur en die Reg" 1976 TSAR 30.
- SMIT "'n Beroepsreg om te Genees" 1983 SAMJ 282.
- SMIT Regsaanspreeklikheid wat Kan Ontstaan vanweë 'n Bloedoortapping (Ongepubliseerde LLM-verhandeling UNISA 1993).
- SMITH Taylor's Principles and Practice of Medical Jurisprudence (1905) Vol 1 & 2.
- SMITH & HOGAN Criminal Law (1992).
- SNYDER Medical Malpractice Digest (1991).
- SNYDERMAN "Wrongful Life and Wrongful Birth Claims: Judicial Recognition and Acceptance" 1985-86 MTIQ 15.
- SNYMAN "The Finalistic Theory of an Act in Criminal Law" 1979 SASK 136.
- SNYMAN Strafreg (1992).
- SNYMAN Criminal Law (1995).
- SNYMAN "Die Deliktuele Aanspreeklikheid van die Psigiater of Inrigting vanweë Gewelddade Gepleeg deur die Gehospitaliseerde Geestesongestelde Patiënt" 1982 DE JURE 227.
- SNYMAN "Die Deliktuele Aanspreeklikheid van die Psigiater vanweë die Nalatige Behandeling van die

- Geestesongestelde Pasiënt" 1982 TRW 1.
- SOMMER "Comparison of Informed Consent in English and German Law" 1986 MEDICINE AND LAW 353.
- SOUTHWICH "Hospital Liability: Two Theories Have Been Merged" Hospital Liability (1987) (red Bertolet & Goldsmith).
- SPELLER Law of Doctor and Patient (1973).
- STAUDINGER Kommentar zum Bürgerlichen Gezetsbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (1985).
- STEINBOCK Paleopathological Diagnosis and Interpretation (1976).
- STEINCIPHER "Survey of Medical Professional Liability in Washington" 1964 WASHINGTON LAW REVIEW 704.
- STOLL "A Doctor's Liability for the Unwanted Birth of a Child 1989 CILSA 206.
- STONE "The Tarasoff Decision: Suing Psychotherapists to Safeguard Society" 1976'77 HARVARD LAW REVIEW 358.
- STRAUSS Toestemming tot Benadeling as Verweer in die Strafrege en die Deliktereg (ongepubliseerde LLD-proefskrif UNISA 1961).
- STRAUSS Aspekte van die Begrip "Toestemming" in die Strafrege en die Deliktereg (Mededelings van UNISA 1963) 64.
- STRAUSS "Bodily Injury and the Defence of Consent" 1964 SALJ 179.
- STRAUSS "The Physician's Liability for Malpractice: A Fair Solution to the Problem of Proof" 1967 SALJ 419.
- STRAUSS "Strafregtelike Aanspreeklikheid vanweë 'n Late" 1968 THRHR 282.

STRAUSS "Geneesheer Patiënt en Reg: 'n Delikate Driehoek"

1987 TSAR 1.

STRAUSS "Voluntary Sterilisation for Convenience: The Case  
of the Unwanted Child" 1990 CONSULTUS 93.

STRAUSS "Hospital Liability for Negligence of Its Medical  
Personnel" 1990 SAPM 17.

STRAUSS Doctor Patient and the Law (1991).

STRAUSS "Legal Liability for Transmission of AIDS Virus by  
Means of Blood Transfusion" 1991 SAPM 16.

STRAUSS "Amputation of leg: Doctors Held Liable for  
Failure to Instruct Injured Patient to Monitor  
Progress" 1991 SAPM 16.

STRAUSS "The Doctor and the Courts: The Last Decades'  
Cases" 1993 SAPM 34.

STRAUSS "Recent Cases" 1993 SAPM 10.

STRAUSS "First South African case on Wrongful Life" 1995  
SAPM 12.

STRAUSS "Alleged Negligence by Anaesthetist in  
Administering Epidural" 1995 SAPM 12

STRAUSS & STRYDOM Die Suid-Afrikaanse Geneeskundige Reg  
(1967).

STREET The Law of Torts (1976).

STURNER "Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen  
Beweistrechts and Arzthaftungsprozess" 1979 NJW 1225.

SYMONS "The Duty of Care in Negligence" 1971 MLR 394.

SYMONS "Policy Factors in Actions for Wrongful Birth" 1987  
MLR 269.

TAITZ "The Disciplinary Powers of the South African  
Medical and Dental Council" 1988 ACTA JURIDICA 40.

- TAN "Liability of Operating Surgeon for Negligence of Nurse Assisting Him" 12 ALR 3d 1017.
- TAYLOR Medical Malpractice (1980).
- TEFF "Consent to Medical Procedures: Paternalism Self-determination or Therapeutic Alliance" 1985 LQR 432.
- TEFF "The Action for 'Wrongful Life' in England and the United States" 1985 ICLQ 423.
- TEMPEL "Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter der höchstgerichtlichen Rechtsprechung" 1980 NJW 609.
- TERRY "Negligence" 1915 HARVARD LAW REVIEW 40.
- TINSLEY "Therapist's Liability for Injury Caused by Nonverbal Therapy" 20 POF 2d 421.
- TITZE Bürgerliches Recht: Recht der Schuldverhältnisse (1948).
- TROSCHKE & SCHMIDT Ärztliche Entscheidungskonflikte (1983).
- UHLENBRUCK "Typische Formen des Krankenhaus-Aufnahmevertrages" 1964 NJW 431.
- UHLENBRUCK "Beweisfragen im ärztlichen Haftungsprozess" 1965 NJW 1057.
- UHLENBRUCK "Die ärztliche Haftung für Narkoseschäden" 1972 NJW 2201.
- UHLENBRUCK "Die Rechtlichen Auswirkungen der neuen Bundespflegesatzverordnung auf den Krankenhausaufnahmenvertrag" 1973 NJW 1399.
- ULSENHEIMER Arztstrafrecht in der Praxis (1988).
- VAN DEN HEEVER "The Patient's Right to Know" 1995 DE REBUS 53.



- VAN DER MERWE "Die Aard en Rol van Redelikheid by Aanspreeklikheid ex Delicto" 1975 SALJ 181.
- VAN DER MERWE "S v Louis September AR 397/71" 1972 THRHR 299.
- VAN DER MERWE & OLIVIER Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg (1989).
- VAN DER WALT "Verborge Gebreke Onskuldige Wanvoorstelling en Verrykingsaanspreeklikheid" 1964 THRHR 212.
- VAN DER WALT "Botes v Van Deventer 1966 (3) SA 182 (A)" 1967 THRHR 70.
- VAN DER WALT "A Few Thoughts on the Basis of Delictual Liability" 1970 CILSA 1.
- VAN DER WALT "St Augustine's Hospital v Le Breton 1975 (2) SA 530 (N)" 1976 THRHR 399.
- VAN DER WALT Delict: Principles and Cases (1979).
- VAN DER WALT "Risiko-aanspreeklikheid: Erkenning in die Regspraak" 1984 TSAR 211.
- VAN DER WESTHUIZEN Noodtoestand as 'n Regverdigingsgrond in die Suid-Afrikaanse Reg (Ongepubliseerde LLD-proefskrif UP 1981).
- VAN OOSTEN Oorsaaklikheid by Moord en Strafbare Manslag (ongepubliseerde LLD-proefskrif UP 1981).
- VAN OOSTEN "Poging tot Strafbare Manslag?" 1981 DE JURE 343.
- VAN OOSTEN "Dolus Eventualis en Luxuria - nog 'n Stuiwer in die Armbeurs" 1982 THRHR 183.
- VAN OOSTEN "Weer Eens Dolus Eventualis en Luxuria 'n Verduideliking weens 'n Repliek" 1982 THRHR 423.
- VAN OOSTEN "Professional Medical Negligence in Southern

- African Practice" 1986 MEDICINE AND LAW 17.
- VAN OOSTEN "Informed Consent Patient's Rights and the Doctor's Duty of Disclosure in South Africa" 1989 MEDICINE AND LAW 443.
- VAN OOSTEN The Doctrine of Informed Consent in Medical Law (ongepubliseerde LLD-proefskrif UNISA 1989).
- VAN OOSTEN "The Doctor's Duty of Disclosure and the Excessive Information Liability" 1992 MEDICINE AND LAW 633.
- VAN OOSTEN "Castell v De Greef and the Doctrine of Informed Consent: Medical Paternalism Ousted in Favour of Patient Autonomy" 1995 DE JURE 164.
- VAN RENSBURG Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbepaling by die Onregmatige Daad (ongepubliseerde LLD-proefskrif UNISA 1970).
- VAN ROOYEN "Negligent Injury with a Fire-arm: Punish or Prevent" 1978 SASK 121.
- VAN WYK Aspekte van die Regsproblematiek Rakende VIGS (Ongepubliseerde LLD-proefskrif UNISA 1991).
- VAN WYK "AIDS: Some Medico-Legal Aspects" 1991 MEDICINE AND LAW 139.
- VAN ZYL Beginnels van Regsvergelyking (1981).
- VAN ZYL History and Principles of Roman Private Law (1983).
- VERSCHOOR Die Posisie van Psigopate en ander Analoge-figure in die Reg (ongepubliseerde LLD-proefskrif UP 1981).
- VERSCHOOR Uitsprake van die Mediese Raad (1986).
- VISSER VORSTER & MARE General Principles of Criminal

Law Through the Cases (1990).

VON STAUDINGER Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
(1985).

WACHSMUTH & SCHREIBER "Das Dilemma der ärztlichen  
Aufklärungspflicht" 1981 NJW 1985.

WAIBL "Kindesunterhalt als Schaden ('Wrongful Life')" 1987  
NJW 1513.

WALKER The Story of Medicine (1954).

WALTZ "The Rise and Fall of the Locality Rule in Medical  
Malpractice Litigation" 1969 DE PAUL LAW REVIEW 408.

WECHT "The Interfaces of Law and Medicine" 1975 AJML 89.

WEIR Negligence for "A" Level (1981).

WELZEL Das Deutsche Strafrecht (1969).

WESTERMANN "Zivilrechtliche Verantwortlichkeit bei  
ärztlicher Teamarbeit" 1974 NJW 577.

WESTON "The Medico-legal Investigation of Operation Room  
Associated Deaths" 1977 LMA 17.

WHITE Tort Law in America (1980).

WHITFIELD "The Meaning of Informed Consent" 1986 MLR 11.

WIECHERS Administrative Law (1985).

WILLIAMS "Malpractice Liability of Anaesthetist for  
Injuries from Spinal Anaesthetics" 90 ALR 3d 775.

WILLIAMS "Blood Transfusions and Aids: A Legal  
Perspective" 1985-86 MTTQ 267.

WILLIAMS "Liability of One Treating Mentally Afflicted  
Patient for Failure to Warn or Protect Third Persons  
Threatened by Patient" 83 ALR 3d 1201.

WINFIELD & JOLOWICZ On Tort (1994).

WOOD "The Quantum of Proof in Criminal Trials, The

Submission of No Case Answer" 1961 LQR 491.

ZASLOW "What is Malpractice in General Surgery" 1976 LMA  
259.

ZITTER "Medical Malpractice: Instrument Breaking in  
Course of Surgery or Treatment" 20 ALR 4th 1179.

ZITTER "Liability of Hospital Physician or the Individual  
Medical Practitioner for Injury or Death Resulting  
from Blood Transfusion" 20 ALR 4th 136.

ZWEIGERT & KÖTZ An Introduction to Comparative Law VOL 1  
(1977).

VONNISREGISTER

Suid-Afrika

- Administrator Natal v Edouard 1990 (3) SA 581 (A)  
Administrator Natal v Stanley Motors Ltd 1960 (1) SA 690  
(A)  
Ainsbury v Ainsbury 1929 A 109  
Allot v Paterson and Jackson 1936 SR 221  
Arthur v Bezuidenhout & Mieny 1962 (2) SA 566 (A)  
  
S v Bailey 1982 (3) SA 772 (A)  
Behrmann v Klugman 1988 (T) (ongerapporteerd)  
S v Berman 1966 (T) (ongerapporteerd)  
S v Bernardus 1965 (3) SA 287 (A)  
S v Bertrand 1975 (4) SA 142 (K)  
Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy  
1973 (1) SA 769 (A)  
S v Bezuidenhout 1985 (A) (ongerapporteerd)  
Blyth v Van den Heever 1980 (1) SA 191 (A)  
Botes v Van Deventer 1966 (3) SA (A)  
Botha v Van Niekerk 1947 (1) SA 699 (T)  
Buls v Tsatsarolakis 1976(2) SA 891 (T)  
S v Burger 1975(4) SA 877 (A)  
Burger v Administrateur Kaap 1990 (1) SA 483 (K)  
Byrne v East London Hospital Board 1926 OKPA 128  
  
Cape Town Municipality v Paine 1923 A 207  
Castell v De Greef 1993 (3) SA 501 (K)

- Castell v De Greef 1994 (4) SA 408 (K)
- Chalk v Fassler 1995 (W) (ongerapporteerde)
- Claassens & Ander v Landdros Bloemfontein 1964 (4) SA 4  
(O)
- Clinton-Parker v Administrator Transvaal 1996 (2) SA 37  
(W)
- Colonial Mutual Life Assurance Society v MacDonald 1931  
AD 412
- Coleman v Mabuza 1963 (2) SA 498 (T)
- Coppen v Impey 1916 KPA 237
- Correira v Berwind 1986 (4) SA 60 (Z)
- S v Cronje 1968 (1) SA 186 (O)
- 
- Dabner v SAR & H 1920 A 583
- Dale v Hamilton 1924 WPA 184
- S v Daniels 1983 (3) SA 275 (A)
- S v Davids; S v Dladla 1989 (4) SA 172 (N)
- S v De Bruin 1968 (4) SA 498 (A)
- De la Rouviere v South African Medical and Dental  
Council 1977 (1) SA 85 (N)
- Dube v Administrator Transvaal 1963 (4) SA 260(T)
- 
- Edouard v Administrator Natal 1989 (2) SA 368 (D)
- Esterhuizen v Administrator Transvaal 1957 (3) SA 710(T)
- Ex parte Dixie 1950 (4) SA 748 (W)
- Ex parte Minister van Justisie: In re R v Jacobson en  
Levy 1931 A 466
- Ex parte Minister van Justisie: In re S v SAUK 1992 (4)  
SA 804 (A)

-671-

Feldman (Pty) Ltd v Mall 1945 A 733  
Fowlie v Wilson 1993 (NPA) (Ongerapporteerd)  
Friedman v Glicksman 1996 (1) SA 1134 (W)

Gericke v Sack 1978 (1) SA 821 (A)  
Gordon v Da Mata 1969 (3) SA 285 (A)  
S v Gouws 1967 (4) SA 527 (OK)  
Groenewald v Conradie 1965 (1) SA 184 (A)

Hamilton v Mackinnon 1935 A 114  
Hartl v Pretoria Hospital Committee 1915 TPA 336  
Helgesen v South African Medical and Dental Council 1962  
(1) SA 800 (N)  
Herschel v Mrupe 1954 (3) SA 464 (A)  
Hewat v Rendel 1925 TPA 679  
R v Hosiosky 1961 (1) SA 84 (W)

Joubert v Combrinck 1980 (3) SA 680 (T)

R v Kaukakani 1947 (2) SA 807 (A)  
S v Kiti 1994 (1) SASV 14 (O)  
Kovalsky v Krige 1910 20 CTR 822  
S v Kramer 1987(1) SA 887 (W)  
Kruger v Coetzee 1966 (2) SA 428 (A)

Lampert v Hefer 1955 (2) SA 507 (A)  
Layton & Layton v Wilcox & Higginson 1944 SR 48  
Lee v Schönberg (1877) 7 Buch 136  
S v Lombaard 1978 (Pretoria Landdroshof)



-672-

(ongerapporteerde)

Lower Umfolozi District War Memorial Hospital v Lowe

1937 NPA 31

Lymbery v Jefferies 1925 A 236

Mabaso v Felix 1981 (3) SA 865 (A)

Magmoed v Janse Van Rensburg and Others 1991 SASV 185

(K)

Magware v Minister of Health 1981 (4) SA 472 (Z)

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

S v Malindi 1983 (4) SA 99 (T)

S v Mathebula 1972 (1) SA 495 (T)

Matthews v Young 1922 AD 492

R v Mbombela 1933 AD 269

McCallum v Hallen 1916 OKPA 74

McMorrow v Colonial Government 1906 KPA 626

R v Meiring 1927 A 41

S v Melk 1988 (4) SA 561 (A)

Meyer v SA Medical and Dental Council 1982 (4) SA 450

(T)

R v Meyers 1948 (1) SA 375 (A)

Minister van Polisie en Binnelandse Sake v Van Aswegen

1974(2) SA 101 (A)

Minister van Polisie v Ewels 1975 (3) SA 390 (A)

Minister van Polisie v Skosana 1977 (1) SA 31 (A)

Minister van Vervoer v Bekker 1975 (3) SA 128 (O)

Mitchell v Dixon 1914 A 519

Mjoli, in re 1994 (2) SA 815 (T)

S v Mkwetshana 1965 (2) SA 493 (N)

-673- .

R v Morela 1947 (3) 147 (A)

S v Mudoti 1986 (4) SA 278 (ZSC)

R v Nanabhai 1939 A 427

S v Nel 1983 (Johannesburg Streekhof) (ongerapporteerd)

S v Nel 1987 (TPA) (ongerapporteerd)

S v Ngubane 1985 (3) SA 677 (A)

R v Nkosi 1928 A 488

S v Nsele 1955 (2) SA 145 (A)

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

Ocean Accident and Guarantee Corporation v Koch 1963 (4)  
SA 147 (A)

Phillips v De Klerk 1983 (T) (ongerapporteerd)

Pierce v Fine and Others 1986 (DK & PA)  
(ongerapporteerd)

Pretorius v SA Geneeskundige en Tandheelkundige Raad  
1980 (2) SA 354 (T)

Pringle v Administrator Transvaal 1990 (2) SA 379 (W).

Prowse v Kaplan 1933 OKPA 257

S v Qumbella 1966 (4) SA 356 (A)

S v Ramaligela 1983 (2) SA 424 (V)

Ramsaroop v Moodley and Another 1991 (NPA)  
(ongerapporteerd)

Recsei's Estate v Meine 1943 OKPA 227

Reynecke v Toyuz 1994 (A) (ongerapporteerd)

- Richter and Another v Estate Hammann 1976 (3) SA 226  
(K)
- Rautenbach, Ex parte 1938 SR 150
- Robinson v Roseman 1964 (1) SA 710 (T)
- Rompel v Botha 1953 (T) (ongerapporteerd)
- Sardi v Standard and General Insurance Co Ltd 1977 (3)  
SA 776 (A)
- S v September 1972 (3) SA 389 (K)
- S v Shangase 1995 (1) SA 425 (D)
- S v Sigwahla 1967 (4) SA 566 (A)
- S v Smith 1981 (4) SA 140 (K)
- Smit v Workmens Compensation Commissioner 179 (4) SA 51  
(A)
- Soumbasis and Another v Administrator of the Orange Free  
State 1989 (O) (ongerapporteerd)
- South African Medical and Dental Council v Lipron 1949  
(3) SA 277 (A)
- South African Medical and Dental Council v McLoughlin  
1948 (2) SA 355 (A)
- St Augustine Hospital Ltd v Le Breton 1975 (2) SA 530  
(D)
- Stoffberg v Elliot 1923 KPA 148
- Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad v  
Strauss en Andere 1991 (3) SA 203 (A)
- R v Swanepoel 1945 A 444
- Timol & Another v Magistrate Johannesburg 1972 (2) SA  
281 (T)

Union Government v Matthee 1917 A 688

S v Van As 1967 (4) SA 594 (A)

S v Van As 1976 (2) SA 921 (A)

R v Van der Merwe 1953 (2) PH H 124 (W)

R v Van Schoor 1948 (4) SA 349 (K)

Van Wyk v Lewis 1924 A 438

Verhoef v Meyer 1975 (T) (ongerapporteerd)

Veriava v President South African Medical and Dental  
Council 1985 (2) SA 293 (T)

Vulcan Rubber Works (Pty) Ltd v SAR & H 1958 (3) SA 285  
(A)

Webb v Isaac 1915 OKPA 273

Wessels & Other v Additional Magistrate Johannesburg  
1983 (1) SA 530 (T)

X v SA Blood Transfusion 1991 (TPA) (ongerapporteerd)

S v Zoko 1983 (1) SA 871 (N)

S v Zuma 1995 (4) BCLR 401 SA (A)

### Engeland

Andrews v DPP 1937 AC 576.

Ann's v London Borough of Merton (1977) 2 All ER 492 (HL)

-676-

- R v Arkerle (1943) 1 All ER 367 (CA)
- Ashcroft v Mersey Regional Health Authority (1983) 2 All ER 245 (QBD)
- Ashton v Alexander and Trent Regional Health Authority (1988) (CA) The Times 28 Januarie 1988
- B v Islington Health Authority (1991) 1 All ER 825 (QBD)
- Ball v Caldwell (1940) 1 BMJ 750
- Ball v Howard (1924) The Lancet 253
- Barkway v South Wales Transport Co [1950] 1 All ER 392 (HL)
- R v Bateman (1925) 94 LJKB 791
- Barker v Nugent (1987) 3 MLR 182
- Bater v Bater (1951) P 35
- Bayliss v Blagg and Another (1954) 1 BMJ 709
- Bell v Secretary of State (1985) 3 All ER 661 (CA)
- Blyth v Blyth (1966) AC 634
- Blyth v Birmingham Waterworks Co (1856) 11 Ex 781
- Bolam v Friern Hospital Managers Committee (1957) All ER 118 (QBD)
- Bolton v Stone (1951) All ER 1078 (HL)
- Bourhill v Young (1943) AC 92
- Braisher v Harefield and Northwood Hospital Group (1966) 2 The Lancet 235
- Brazier v Ministry of Defence (1965) 1 Lloyds Rep 26
- R v Briggs (1977) 1 All ER 475 (CA)
- Brown v Merton Sutton and Wandsworth Area Health Authority (1982) 1 The Lancet 159 (CA)
- Buckle v Delaney 1971 Annual Report of Medical Defence

Union

Burridge v Bournemouth and East Dorset Hospital

Management (1965) 1 The Lancet 1065

Butterfield v Forrester (1809) 11 East 60

R v Caldwell (1981) 1 All ER 961 (HL)

Candler v Crane Christmas Co (1951) 2 KB 164

Cassidy v Minister of Health (1951) 2 KB 343

Chapman v Rix (1960) (HL) The Times 22 Desember 1960

Chatterton v Gerson (1981) 1 QB 432

Chatterton v Gerson (1981) 1 All ER 257 (CA)

Chin Keow v Government of Malaysia (1967) 1 WLR 813 (PC)

Christie v Griggs (1809) 2 Camp 79

Clark v McLennan and Another (1983) All ER 416 (QB)

Clark v Worboys (1952) (ongerapporteerde) The Times 18

Maart 1952 (CA)

Coles v Reading and District Hospital Management

Committee (1960) (ongerapporteerde) The Times 30

Januarie 1960

Collins v Herts CC (1947) 1 KB 598

Colston v Frape (1941) 1 The Lancet 490

Connoly v Rubra (1937) 1 The Lancet 1005

Connoly v Camden and Islington Area Health Authority

(1981) 3 All ER 250 (QBD)

Cooper v Slade (1858) 1 HLC 746

Corder v Banks (1960) (ongerapporteerde) The Times

9 April 1960

Corner v Murray (1954) 2 BMJ 1555

-678-

- Davies v Horton Road and Another (1954) 1 BMJ 883
- Dawson v Murex (1942) 1 All ER 483 (CA)
- De Freville v Dill (1927) 96 LJKB 1056
- Deyong v Sherburn (1946) 1 All ER 226 (CA)
- Distillers Co (Biochemicals) Ltd v Laura Anne Thompson  
(1971) 1 All ER 694 (PC)
- Donoghue v Stevenson (1932) 1 All ER 1 (HL)
- Dryden v Surrey County Hospital (1936) 2 All ER 535 (KB)
- Edler v Greenwich and Deptford Hospital (1953) The Times  
7 Maart 1953.
- Emeh v Kensington and Chelsea and Westminster Area  
Authority (1984) 3 All ER 1044 (QB)  
(1985) 1012 (CA)
- Everett v Griffiths and Another (1920) 3 KB 163 (CA)
- Eyre v Measday (1986) 1 All ER 488 (CA)
- Fish v Kapur and Others (1948) 2 All ER 176 (KBD)
- Fletcher v Bench (1973) 4 BMJ 118 (CA)
- Fowler v South-West Metropolitan Hospital (1955) 2 BMJ  
387
- Frost, in re (1936) 2 All ER 182 (CA)
- Furstenau v Tomlinson (1902) 2 BMJ 496
- Garner v Morell and Another The Times 31 Oktober 1953  
(CA)
- Glasgow Corporation v Muir (1943) 2 All ER 44 (HL)
- Gold v Essex County Council (1942) 2 All ER 237 (CA)
- Gold v Haringey Health Authority (1987) 2 All ER 888



(CA)

Grant v Australian Knitting Mills (1936) AC 85

Greaves & Co Ltd v Baynham Miekle & Partners (1975) 1  
WLR 1095 (QB)

Hall v Semple (1862) 3 F & F 337

Hancke v Hooper (1835) 2 C & P 81

Harnett v Fisher (1927) AC 573 (HL)

Hatcher v Black (1954) (QB) The Times 2 Julie 1954

Heaven v Pender (1883) QBD 503

Henderson v Henderson (1955) 1 BMJ 672

Henderson v Jenkins & Sons (1969) 3 All ER 756 (HL)

Hills v Potter (1984) 1 WLR 641 (QB)

Hillyer v Governors of St Barthelomew's Hospital (1909)  
2 KB 820

Hogg v Ealing Hammersmith and Hounslow Area Health  
Authority (1982) 4 MLJ 174

Holgate v Lancashire Mental Hospitals Board Gill and  
Robertson (1937) 4 All ER 19 (KBD)

Home Office v Dorset Yacht Co (1970) AC 1004

Hotson v East Berkshire AHA (1987) 2 All ER 909 (HL)

Hucks v Cole (1968) The Times 9 Mei 1968

Hughes v Hay (1989) (CA) ongerapporteerde 13 April 1989

Hulse v Wilson (1953) 2 BMJ 890

Hunter v Hanely (1955) SLT 217

Jacobs v Great Yarmouth Health Authority (1984) 1 The  
Lancet 1249 (CA)

James v Dunlop (1931) 1 BMJ 730 (CA)

-680-

Jones v Manchester Corporation (1952) 2 All ER 125 (CA)

Junor v Iverness Hospitals Board and McNichol

(1959) (HL) ongerapporteerd The Times 26 Maart 1959

Kralj and Another v McGrath and Another (1986) 1 All ER

54 (QBD)

Lamphier v Hooper (1838) 8 C & P 475

Landau v Werner (1961) 105 SJ 257

Langley v Campbell (1975) CLY 2317

R v Lawrence (1981) 1 All ER 974 (HL)

Leckie v Brent and Harrow Area Health Authority (1982) 1

The Lancet 634

Levenkind v Churchill-Davidson (1983) 1 The Lancet 1452

Lock v Scantlebury and Another (1963) The Times 25

Julie 1963

Ludlow v Swindon Health Authority 1989 QBD

ongerapporteerd

Mahon v Osborne (1939) 2 KB 31

Marchant v East Ham Borough Council (1955) 2 The Lancet

973

Marshall v Lindsey CC (1935) 1 KB 516

Maynard v West Midlands RHA (1985) 1 All ER 635 (HL)

McGhee v National Coal Board (1972) 3 All ER 1008 (HL)

McKay and Another v Essex Health Authority and Another

(1982) 2 All ER 771 (CA)

McLoughlin v O'Brien (1982) 2 All ER 298 (HL)

Midland Bank v Hett Stubbs & Kemp (1979) Ch 384

- Miller v Minister of Pensions (1947) 1 All ER 372 (KB)
- Morgan v Gwent Health Authority (1988) 2 The Lancet 519
- Morris v Winsbury-White (1937) 4 All ER 494 (KB)
- Needham v Biograft Transplant Centre (1983)  
ongerapporteerd The Times 16 Februarie 1983
- Nicholls v Ministry of Health (1951) 1 KB 343
- Parkinson v West Cumberland Hospital Management  
Committee (1955) 1 BMJ 977
- Pargeter v Kensington Health Authority (1979) 2 The  
Lancet 1030
- Phillips v Williams Whiteley Ltd (1938) 1 All ER 566 (KB)
- Powell v Streatham Manor Nursing Home (1935) AC 243
- Pudney v Union Castle Mail Steamship Company Ltd (1953)  
1 Lloyds Rep 73
- Rance and Another v Mid-Downs Health Authority (1991) 1  
All ER 801 (QB)
- Rich v Piermont (1862) 3F & F 35
- Roberts v Johnstone and Another (1988) 3 WLR 1247 (CA)
- Roe v Ministry of Health (1954) 2 QB 66
- S and Another v Distillers Company Ltd (1969) 3 All ER  
1412 (QBD)
- Sadler v Henry (1954) 1 BMJ 1331
- Saumarez v Medway and Gravesend Hospital Management  
Committee (1953) 2 BMJ 1109
- Saunders v Leeds WHA (1985) CLY 2320

Scott v London & St Katherine Docks (1865) 3 H & C  
Scuriaga v Powell (1979) 123 SJ 406  
R v Seymore (1983) 2 All ER 1058 (HL)  
Sidaway v Governors of Bethlem Royal Hospital (1984) 1  
493 (QB)  
Sidaway v Governors of Bethlem Royal Hospital (1985) 1  
All ER 643 (HL)  
Snell v Carter (1941) 2 The Lancet 321  
R v Stephenson (1979) 2 All ER 1198 (CA)  
R v Stone & Dobinson (1977) 2 All ER 341 (CA)  
Strangeways-Lesmere v Clayton (1936) 2 KB 11  
  
Thake v Maurice (1985) 2 WLR 215 (CA)  
The Wagon Mound (No 1) (1961) 1 All ER 404 (PC)  
The Wagon Mound (No 2) (1966) 2 All ER 709 (PC)  
Thomas v Wignall and Another (1987) 1 All ER 1185 (CA)  
Thomas Bates & Son v Wyndhams (Lingerie) Ltd [1981] 1  
All ER 1077 (CA)  
Tyndall v Alcock (1928) 1 BMJ 528 (CA)  
  
Udale v Bloomsbury AHA (1983) 1 WLR 1098  
(1983) 2 All ER 522 (QB)  
Urry v Bierer (1955) ongerapporteerd The Times 15 Julie  
1955  
  
Wells v Cooper (1958) 2 All ER 527 (CA)  
Wilson v McKechnie (1973) 2 The Lancet 163  
R v White (1865) 4 F & F 383  
Whiteford v Hunter (1935) 1 KB 516

Whitehouse v Jordan (1981) 1 All ER 267 (HL)  
Williams v North Liverpool Management Committee and  
Others (1959) (ongerapporteerde)  
Wilsher v Essex Health Authority (1988) 1 All ER 871  
(CA)  
Winch v Jones and Others (1985) 3 All ER 97 (CA)  
Woodhouse v Yorkshire Regional Health Authority (1984) 1  
The Lancet 1306  
Woods v Duncan (1946) 1 All ER 420 (Ch D)

Verenigde State van Amerika

Adkins v Ropp 14 NE 2d 727 (Indiana 1938)  
Alden v Providence Hospital 383 F 2d 163 (Ca DC 1967)  
Anderson v Somberg 338 A2d 1 (NJ 1975)  
Atkins v Humes 107 So 253 (Fla 1958)  
Avelon v St John's Hospital 135 NE 2d 410 (Ohio)  
Bachtalar v Roosevelt Hospital (New York SC 1975)  
Bailey v Williams 189 Neb 484 203 NW 2d 454  
Becker v Janinski 15 NYS 657 677 (1891)  
Belk v Schwiezer 149 SE 2d 565 (North Carolina 1966)  
Bellandi v Park Sanitarium Association 214 Cal 472 6 P2d  
508 (1931)  
Bender v Dingweth 425 F2d 378 (CA5 Tex)  
Benson v Dean 232 NY 62 133 NE 125 (NY 1921)  
Berman v Allan 404 A 2d 8 (New Jersey 1979)

- Bing v Thunig & St John's Episcopal Hospital 143 NE 2d  
410 (Ohio 1957)
- Bolles v Kinton 263 P 26 56 ALR 814 (Colo)
- Borghese v Bartley 402 So 2d 475 477 (Fla App 1981)
- Boyd v Coca Cola Bottling Works 1977 SW 80 (Tenn 1915)
- Bradley Centre Inc v Wessner 296 SE 2d 693 (Ga 1982)
- Bradley Centre Inc v Wessner 287 SE 2d 716 (Ga App 1982)
- Brown v Moore 247 F 2d 711 (CCA 3 1957)
- Brune v Belinkoff 235 NE 2d 793 (Mass)
- Buck v United States 433 F Supp 896 (MD Fla 1977)
- Burton v Brooklyn Doctors Hospital 88 A D 2d 211 NE 2d  
253 (1965)
- Burton v Youngblood 711 P 2d 245 (Utah 1985)
- Campbell v Oliva 424 F 2d 1244 (CA 6 Tenn)
- Canterbury v Spence 464 F 2d 772 (DC Cir 1972)
- Capan v Divine Providence Hospital 430 A 2d 647 (Pa Supr  
Crt 1980)
- Carman v Dippold 379 NE 2d 1365 (Ill App 1978)
- Carrasquilo v Rothschild 443 NYS 2d 113 (NY 1981)
- Chandler 146 P 2d 598 603 (1944)
- Cho v Kempler 177 Cal App 2d 342 (Cal 1960)
- Christie v Callahan 75 App DC 133 124 F 2d 825 (1941)
- Clapham v Yanga 300 NW 2d 727 (Mich 1980)
- Clark v United States 4 Cir 402 F 2d 950 (CCA 1968)
- Coburn v Moore 68 NE 2d 5 (Mass)
- Coleman v California Church Friends 81 P 2d 469 (Cal  
1938)
- Collins v Hand 246 A2d 398 (Pa)

- Conway v O'Brien 111F 2d 611 (2nd Cir 1940)
- Conzales v Nork (California SC 1974)
- Cooper v Curry 589 P 2d 201 (NM App 1978)
- Cooper v Roberts 286 A rd 647 (Pa Super 1971)
- Cooper v Sisters of Charity 27 Ohio St 2d 242 NE 2d 97  
(Ohio 1971)
- Copeland v State 154 7 285 SW 565 (Tenn 1966)
- Cross v Guthery 2 Root 90 (Conn 1794)
- Cunningham v State of New York 10 App Div 2d 197 (1966)
- Curlender v Bio-Science Laboratories 165 Cal Rptr 477  
(Cal Dist Ct App 1980)
- Custodio v Bauer 59 Cal Rep 463 (1967)
- Darby v Cohen 421 NYS 2d 337 (1979)
- Darling v Charleston Community Hospital 33 Ill 2d 211 NE  
2d 253 (1965)
- Desrosiers v Cloutier 92 NH 100 A 2d (1942)
- Dewitt v Brown 669 F 2d 516 (8th Cir Ark 1982)
- Dictz v Aronsohn 244 AD 746 279 NYS 2d 66 (NY 1935)
- Dunwoody v Trapnell 120 Cal Rptr 859 (Cal 1975)
- Erickson v Waller 116 Ariz 476 569 P 2d 1374 (1977)
- Faulkner v Pezeshki 44 Ohio App 2d 186 337 (1975)
- Flamm v Ball 476 SW 2d 710 (Tex Civ App 1972)
- Flowers v District of Columbia 478 A 2d 1073 (DC 1984)
- Fogal v Genesee Hospital 344 NYS 2d 552 (1973)
- Formont v Kirchner 420 P 2d 661 (Idaho)
- Foy v Friedman 108 US App DC 176 (1960)



Fridena v Evans 127 Ariz 516 622 P 2d 463 (1981)

Garlington v Kingsley 277 So 2d 183 (LA 1973)

Gielskie v New York 200 NYS 2d 691 (1960)

Gilette v Tucker 67 Ohio St 106 (1902)

Gleitman v Cosgrove 49 NJ 22 (1967)

Gluckstein v Lipsett 209 P 2a 98 (Cal 1949)

Graham v Sisco 449 SW 2a 949 (Arkansas 1970)

Greenberg v Michael Rees Hospital 83 Ill 2d 282  
415 NE 2d 390 (Ill 1980)

Greenwood v Harris 362 P 2d 85 (Okla)

Griswold v Connecticut 382 (US) 479 (1965)

Haisenleder v Reeder 318 NW2d 634 (Mich App 1982)

Hall v Hilbun 466 So 2d 856 (Miss 1985)

Hanola v City of Lakewood 68 Ohio App 2d 61 426 NE 2d  
1187 (1980)

Harris v Fall 7 Cir 177 F 79 (1910)

Hartogs v employers Mut Lab Ins Co 391 NYS 2d 962 (NY  
1977

Helling v Carey 83 Wash 2d 514 (1974)

Henderson v Heyer-Schulte Corp of Santa Barbara 600 SW  
2d 844 (Texas 1980)

Hensom v Tom 473 SW 2d 258 (Tex Civ App 1971)

Hicks v US 4 Cir 368 F 2d 626 (1966)

Hicks v US F Supp 434 (DDC 1973)

Hicks v US 511 F 2d 407 (1975)

Hilyer v Hole 114 Mich App 38 318 NW 2d 598 (1982)

Hively v Higgs 120 Or 53 ALR 1052

-687-

Hohenthal v Smith 72 App DC 343 114 F 2d 494 (1940)  
Hoven v Rice Memorial Hospital 386 NW 2d 752 (Minn App  
1986)  
Huffman v Lindquist 37 Cal 2d 465 234 P2d 34 (1951)  
Hunter v Brown 502 P 2d 1194 (Wash)  
James v Falk 360 P2d 546 (Or)  
Jenkins v Parrish 627 P 2d 533 (Utah 1981)  
Kelly v Carroll 219 P2d 79 (Wash)  
Kershaw v Tilbury 214 Cal 679 8 P 2d 109  
King v Murphy 424 So 2d 547 (Miss 1983)  
King v Williams SC 279 SE 2D 618 (1981)  
Klein v Arnold 203 NYS 2d 797 (1960 Sup)  
Larson v Yelle 310 521 246 NW 2d 841 (Minn 1976)  
Lashley v Koerber 26 Cal 2d 83 156 P 2d 441  
Lawless v Calaway 24 Cal 2d 147 P 2d 604  
Leong v Wright 478 SW 2d 839 (Tex Civ App 1972)  
Lerner v Huber 139 NYS 2d 549 (NY Supp)  
Linguist v Ayerst Labs 607 P 2d 1339 (Kan 1980)  
Los Alamos Medical Centre v Coe 50 ALR 2d 1033 (New  
Mexico 1954)  
Mabin v Rankin 358 P 2d 681 (CA 1961)  
MacDermott v Manhattan Eye Ear and Throat Hospital  
15 NYS 2d 20 255 (NY 1964)  
MacDonald v Massachusetts General Hospital 120 Mass 432  
(1876)

-688-

Mager v Lipschutz 327 F 2d 42 (CA3 PA 1963)

Malone v Univeristy of Kansas Medical Center 220 Kan P2d  
885 (Kan 1976).

Marrero v Goldsmith SO 2d 530 (Flo 1986)

Martin v Washington Hospital Center Dist Col App 423  
A 2d 913 (Col 1980)

Marston v Minneapolis Clinic of Psychiatry & Neurology  
329 NW 2d 306

Maryland v Chapman 101 F Supp 335 (Md 1951)

Mattos v Thompson 491 Pa 385 421 A 2d 190 (Pa 1980)

May v Brown 261 Or 28 492 P 2d 776 (Or 1972)

Mazer v Lipschutz 327 F 2d 42 (CA3 Pa 1963)

McBride v US 462 F 2d (9th Cir 1972)

McCaine v Alger 388 NW 2d 349 (Mich App 1986)

McConnell v Williams 361 Pa 355 65 A 2d 243 (1949)

McKinney v Tromley 386 SW 2d 564 (Texas 1964)

Meier v Ross General Hospital Cal 2d 420 71 Cal Rptr 903  
P 2d 519 (1968)

Meiselman v Crown Heigths Hospital 285 NY 389 NE 2d  
367 (1941)

Morgan v Rosenberg 370 SW 2d 685 (Mo 1963)

Mohr v Williams 95 Minn 261 104 NW 12

Morris v Metriyakool 309 NW 2d 910 (Mich App 1981)

Morse v Rapkin 236 NYS 2d (1965)

Murphy v Little 112 517 145 SE 2d 760 (Ga App 1965)

Natanson v Kline 350 P 2d 1093 (Kan 1960)

New York Central RR v Grimstad 264 F 334 (2nd Cir 1920)

Nicodeme v Bailey 243 SW 2d 397 (Tex Civ App)

Niles v City of San Rafael 116 Cal Rptr 753 (Cal 1974)

O'Grady v Wickman 213 So 2d 321 (Fla App)

O'Neal v State of New York (SC 1975)

Orthopedic Clinic v Butler 127 App DC 379 384 F 2d 331

Osborne v Montgomery 203 Wis 234 NW 372 (1931)

Park v Chessin 413 NYS 3d 895 (NY 1978)

Pearce v Linde 113 Cal App 2d 627 248 P 2d 506.

People v Mulcahy 318 332 149 NE (Ill 1925)

Pharr v Anderson 436 So 2d 1357 (Miss 1983)

Philips v United States 508 F Supp 537 (South Carolina  
1980)

Pike v Honsinger 49 NE 760 (New York 1898)

Pipers v Rosenow 333 NYS 2d 480

President & Directors of Georgetown College v Hughes 130  
F 2d 810 (D C 1942)

Quinn v George Washington University 407 A 2d 580 (DC  
1979)

Reed v Bascon 499 NE 2d 594 (Ill App 1986)

Renslow v Mennonite Hospital 40 3d 234 91 ALR 3d 291  
(Ill App 1976)

Rhodes v De Haan 184 Kan 473 337 P 2d 1043

Rise v United States 630 F 2d 1068 (5 Cir 1981)

Robbins v Footer 553 F 2d 123 (D C Cir 1977)

Rockwell v Stone 404 Penn 561 173 A 2d (1961)

Rogers v United States 216 F Supp (Ohio 1963)

- Rose v Fridell 423 SW 2d 658 (Tex Civ App 1967)
- Rostron v Klein 23 Mich App 288 178 NW 2d 675
- Rytkonen v Lojacano 269 Mich 270 (Mich 1934)
- Salgo v Leland Stanfrod Bd Trustees 317 P 2d 170  
(Cal App 1957)
- Sandhofer v Abbott-Northwestern Hosp 283 NW 2d 362 (Minn  
1979)
- Sandford v Howard SE2d 739 (Ga App 1982)
- Schaffner v Cumberland County Hospital 326 SE 2d 116 (NC  
App 1985)
- Schloendorff v Society of New York Hospital 211 NY 129  
105 NE 92 (1914)
- Schnieder v Little Company 151 NW 587 (Mich 1915)
- Sempler v Psychiatric Institute of Washington DC 538 F 2d  
121 (1976)
- Seneris v Haas 45 Cal 2d 811 291 P 2d 915
- Shaheen v Knight 11 D & C 2d 41 (1957)
- Shea v Phillips 213 Ga 269 (1957)
- Sheffield v Runner 163 Cal App 2d 48 (Cal 1958)
- Sheppard v Firth 334 P2d 190 (Or)
- Sherlock v Stillwater Clinic 260 NW 2d 169 (Minn 1977)
- Shilkret v Annapolis Emergency Hospital 276 Md 187 349 A  
2d 245 (1975)
- Sisler v Whitten 393 P 2d 417 (Okla 1964)
- Small v Howard 128 131 (Mass 1880)
- Smith v Curran 472 P2d 769 (Colo App)
- Smith v Shannon 666 P 2d 351 (Wash 1983)
- Snyder v Pantaleo 143 Conn 290 122 A 2d 21

- Spadaccine v Dolan (1978 1 st Dept) 63 App Div 2d 110  
407 NYS 2d 804 (1978)
- Speck v Finegold 268 408 A 2d 496 (Pa Super 1979)
- Spike v Sellet 430 NE 2d 597 (Ill App 1981)
- Sprager v Worley Hospital 547 SW 2d 582 (Tex 1977)
- Staloch v Holm 11 NW 264 Minn (1907)
- State v Baublits 324 Mo 1199 27 SW 2d (1930)
- State v Bolsinger 221 154 NW 2d 480 (Minn 1946)
- Steele v US 463 F Supp 321 (DC Alaska 1978)
- Steinbach v Barfield So 2d 915 (La App) (1983)
- St George v State 203 118 NYS 2d 596 (Ct Cl 1953)
- St George v State 283 App Div 245 127 NYS 2d 147 (1954)
- Stimpson v Wellington Service Corporation 355 685 NE 2d  
(Mass 1969)
- Summers v Tice 33 Cal 2d 80 199 P 2d 1 (1948)
- Swanson v Chatterton 281 Minn 129 160 NW 2d 662
- Sweeney v Erving 228 US 233 (1913)
- Tarasoff v Regents of University of California 529 P 2d  
553 118 Cal Rptr (1974)
- Thompson v Lillehei 273 F 2d 376 (CCA 1959)
- Tierney v Berg 458 NE 2d 1072 (Ill App 1984)
- Toppino v Herhahn 100 NM 564 673 P 2d 1297 (1983)
- Toth v Community Hospital 22 NY 2d 255 NYS 2d 440  
(1968)
- Trogun v Fruchtman 58 Wis 2d 596 207 NW 2d 297
- Turpin v Sortini 119 CA 3d 690 (1981)
- Van Zee v Sioux Valley Hospital 315 NW 2d 489 (SD 1982)

-692-

Viita v Dolan 132 Minn 128 155 NW 1077 (1916)

Waddle v Sutherland 126 SO 201 (Miss 1930)

Wall v Brimm 138 F 2d 478 (CA5 Ga)

White v Mitchell 568 SW 2d 216 (Ark 1979)

Williams v State of New York 223 NE 2d (NY App 1966)

Ybarra v Spangard 25 Cal 2d 486 154 P 2d 687 (Cal 1944)

Young v Caspiss 249 NW 2d 3713 (Minn 1977)

Zepeda v Zepeda 190 NE 2d 849 (Ill App 1963)

Zipkin v Freeman 436 SW 2d 753 (1968)

### Duitsland

RG 1931 JW 1485

RG 1935 JW 115.

BGHZ 1953 NJW 138

BGHZ 1953 NJW 1098

BGHZ 1956 NJW 1106

BGHZ 1986 NJW 780

BGHZ 1987 JZ 877

BGH 1952 NJW 658

BGH 1951 NJW 798

BGH 1953 NJW 257



BGH 1956 NJW 1639  
BGH 1956 NJW 1834  
BGH 1959 NJW 814  
BGH 1959 NJW 1583  
BGH 1959 NJW 2302  
BGH 1961 NJW 600  
BGH 1961 NJW 969  
BGH 1962 NJW 1780  
BGH 1962 NJW 960  
BGH 1962 NJW 1763  
BGH 1963 NJW 393  
BGH 1965 NJW 332  
BGH 1966 NJW 1855  
BGH 1967 NJW 1508  
BGH 1968 NJW 1181  
BGH 1968 NJW 2281  
BGH 1968 NJW 2291  
BGH 1969 NJW 553  
BGH 1970 NJW 511  
BGH 1970 NJW 1230  
BGH 1970 NJW 1963  
BGH 1971 NJW 1887  
BGH 1972 NJW 335  
BGH 1972 NJW 1126  
BGH 1972 NJW 1520  
BGH 1973 NJW 2208  
BGH 1974 NJW 1422  
BGH 1974 NJW 1424  
BGH 1975 NJW 1463

BGH 1975 NJW 2245  
BGH 1976 NJW 363  
BGH 1976 NJW 1157  
BGH 1977 NJW 337  
BGH 1977 NJW 1102  
BGH 1978 NJW 584  
BGH 1978 NJW 1026  
BGH 1978 NJW 1681  
BGH 1978 NJW 2337  
BGH 1979 NJW 1248  
BGH 1979 NJW 1925  
BGH 1979 NJW 1935  
BGH 1980 NJW 650  
BGH 1979 NJW 1933  
BGH 1980 NJW 633  
BGH 1980 NJW 649  
BGH 1980 NJW 1315  
BGH 1980 NJW 1333  
BGH 1980 NJW 1450  
BGH 1980 NJW 1903  
BGH 1981 NJW 633  
BGH 1981 NJW 2002  
BGH 1981 NJW 2513  
BGH 1982 NJW 697  
BGH 1982 NJW 2121  
BGH 1983 NJW 333  
BHG 1983 NJW 1371  
BGH 1983 NJW 2075  
BGH 1983 NJW 2080

BGH 1984 NJW 657  
BGH 1984 NJW 1383  
BGH 1984 NJW 1397  
BGH 1984 NJW 2625  
BGH 1985 NJW 671  
BGH 1985 NJW 1399  
BGH 1985 NJW 2193  
BGH 1985 NJW 2753  
BGH 1986 NJW 776  
BGH 1986 NJW 1541  
BGH 1986 NJW 2365  
BGH 1987 NJW 705  
BGH 1987 NJW 1449  
BGH 1987 NJW 1479  
BGH 1987 NJW 2923  
BGH 1987 NJW 2934  
BGH 1987 NJW 2940  
BGH 1987 NJW 2289  
BGH 1987 NJW 2292  
BGH 1988 NJW 1499  
BGH 1988 NJW 1511  
BGH 1988 NJW 1513  
BGH 1988 NJW 2949  
BGH 1989 NJW 1541  
BGH 1989 NJW 2318  
BGH 1989 NJW 2321  
BGH 1989 NJW 2323  
BGH 1989 NJW 2941  
BGH 1989 NJW 2943

BHG 1990 NJW 1528

BGH 1991 NJW 1540

BGH 1991 NJW 2349

BGH 1991 NJW 2350

BGH 1991 NJW 2359

BGH 1991 NJW 2960

BGH 1992 NJW 743

BGH 1992 NJW 754

BGH 1993 NJW 797

BGH 1993 NJW 2372

BGH 1993 NJW 2989

BGH 1994 NJW 793

BGH 1994 NJW 1524

BGH 1994 NJW 1596

LG Bielefeld 1976 NJW 1156

LG Freiburg 1977 NJW 340

LG Konstanz 1972 NJW 2223

LG Lübeck 1985 NJW 2197

OLG Braunschweig 1980 NJW 634

OLG Celle 1977 NJW 593

OLG Celle 1987 NJW 2304

OLG Düsseldorf 1975 NJW 595

OLG Düsseldorf 1987 NJW 2306

OLG Düsseldorf 1990 NJW 1543

OLG Frankfurt 1983 NJW 341

OLG Frankfurt 1988 NJW 1522

OLG Frankfurt 1992 NJW 2369

OLG Karlsruhe	1987	<u>NJW</u>	718
OLG Koblenz	1990	<u>NJW</u>	1540
OLG Köln	1978	<u>NJW</u>	1690
OLG Köln	1990	<u>NJW</u>	778
OLG München	1992	<u>NJW</u>	2369
OLG München	1994	<u>NJW</u>	1599
OLG Oldenburg	1978	<u>NJW</u>	1200
OLG Oldenburg	1991	<u>NJW</u>	2355
OLG Stuttgart	1983	<u>NJW</u>	2644

REGISTER VAN WETTE EN KODES

Wet op Geregtelike Doodsondersoeke 58 van 1959  
soos gewysig.

Hooggeregshofwet 59 van 1959 soos gewysig

Wet op Beperking van Regsgedinge 90 van 1974.

Wysigingswet op die Verdeling van Skadevergoeding  
58 van 1971 soos gewysig.

American Hospital's Association Patient's Bill of Rights  
1972.

Wet op Geneeshere Tandartse en Aanvullende  
Gesondheidsberoepe 56 van 1974 soos gewysig.

Wet op Geestesgesondheid 18 van 1973 soos gewysig.

Duitse Wet op die Toediening van Verdowingsmiddels:  
Arzneimittelgesetz 1976.

Engelse National Health Service Act 1977.

Strafproseswet 51 van 1977 soos gewysig.

-698-

Professionele Kode van Duitse Medici 1979.

New American Medical Association Ethics Code 22 Julie  
1980.

Kindersorgwet 74 van 1983 soos gewysig.

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993.