

# Vonnisbespreking: Deliktuele aanspreeklikheid vir onvoorsienbare gevolge van mediese nalatigheid *Premier of the Western Cape Province v Loots NO* [2011] JOL 27067 (HHA)

Johan Potgieter

---

Johan Potgieter, Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika<sup>1</sup>

---

## *Abstract*

### **Delictual liability for unforeseeable consequences of medical negligence**

In *Premier of the Western Cape Province v Loots NO* [2011] JOL 27067 (SCA) it had to be decided whether delictual liability should follow where the serious consequences suffered by a patient as a result of a failed sterilisation operation were so extraordinary or peculiar that they could have been described as reasonably unforeseeable. The claim succeeded in the trial court but in appeal it was contended that the doctor was not negligent in relation to the specific (exceptional) consequences of the unsuccessful sterilisation, and that the causal relationship between the doctor's negligence and the patient's harm was too tenuous to attract delictual liability. Brand JA dismissed the appeal, with the result that the patient's claim was successful in the end.

Brand JA's judgment serves as authority for *inter alia* the following: in establishing negligence, it is not necessary that the precise nature and extent of the harmful consequences, or the precise manner in which they occurred, should have been reasonably foreseeable – it is sufficient if the general nature of the result, or the general nature of its occurrence, was reasonably foreseeable; legal causation is determined with reference to the flexible approach, with retention of the traditional tests such as foreseeability, adequate causation and direct consequences as subsidiary criteria; direct consequences are interrupted by a *novus actus interveniens* by the plaintiff only if the plaintiff's intervening conduct (in this case, the patient's refusal to undergo an abortion) was unreasonable (which was found not to be the case here); foreseeability in the context of legal causation cannot play the same role as in determining negligence – with reference to legal causation, foreseeability of the actual harm as opposed to harm of a general kind is relevant; even where the result was not reasonably foreseeable, it may still be imputed to the defendant if (in the words of the overarching flexible criterion for legal causation) considerations of reasonableness, justice and fairness dictate that the defendant should be held liable for the harm suffered by the plaintiff.

Brand JA's approach in treating the question whether a defendant should be delictually liable for a highly exceptional consequence as a matter of legal causation and not of fault (or, heaven forbid, as a (distorted) wrongfulness issue, as in *Pro Tempo v Van der Merwe* 2016-3-24 case no. 20853/2014 (SCA) ([2016] ZASCA 39; see Potgieter 2017:813–30)), deserves support, especially considering the fact that the doctor's occlusion of the patient's round ligaments, instead of her fallopian tubes, during the unsuccessful sterilisation operation, was so clearly in contrast with the conduct of a reasonable medical practitioner and, therefore, obviously negligent.

**Keywords:** adequate causation; but-for test; causation; damage; damages; delict; direct consequences; extraordinary course of events; factual causation; flexible approach; foreseeability; injury; legal causation; legal policy; medical negligence; negligence; *novus actus interveniens*; pregnancy; public policy; reasonable foreseeability; reasonable person; reasonable surgeon

**Trefwoorde:** adekwate veroorsaking; *but for*-toets; besering; buitengewone kousale verloop; delik; direkte gevolge; juridiese kousaliteit; kousaliteit; mediese nalatigheid; nalatigheid; *novus actus interveniens*; openbare beleid; redelike chirurg; redelike persoon; redelike voorsienbaarheid; regsbeleid; skade; skadevergoeding; soepel benadering; swangerskap; voorsienbaarheid

## 1. Inleiding

Soms word van 'n hof verwag om te beslis of deliktuele aanspreeklikheid op 'n onregmatige handeling behoort te volg selfs waar die gevolge wat veroorsaak is, of die wyse waarop dit ingetree het, so buitengewoon of seldsaam was dat dit as (redelikerwys) onvoorsienbaar beskryf kan word. In hierdie gevalle moet veral die delikselemente *nalatigheid* en *juridiese kousaliteit* versigtig aangewend word om 'n billike en regverdige uitslag te verseker. Die saak onder bespreking bied 'n goeie voorbeeld van so 'n uitdagende geval.

## 2. Feite en beslissings van die verhoor- en appèlhof

Die *Loots*-saak behels 'n delikseis om skadevergoeding as gevolg van 'n mislukte sterilisasie-operasie. Anders as in vorige sake van hierdie aard (bv. *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A); *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA); vgl. Neethling en Potgieter 2015:321; Neethling en Potgieter 2000:162 e.v.) word nie geëis vir kindgrootmaakuitgawes wat uit die ongewenste bevrugting voortgevloei het nie, maar vir die nadeel wat die moeder gely het tydens die geboorteproses wat gruwelik skeefgeloop het.

Die respondent was die kurator *ad litem* vir Johanna Erasmus ("die pasiënt") wat 'n staatshospitaal, Tygerberg, besoek het om 'n sterilisasie-operasie te laat uitvoer. Die pasiënt en haar man het reeds drie kinders gehad en besluit dat hulle nie meer kon bekostig nie; vandaar die operasie. Die betrokke operasie, wat 'n laporoskopiese afsluiting van beide Fallopiusbuise (eierleiers) behels, is deur 'n kliniese assistent by die hospitaal ("die dokter") uitgevoer. Later blyk dit egter dat die dokter verkeerdelik die pasiënt se rondeligamente, dit is

organe wat fisiologies langs die eierleiers lê, pleks van haar eierleiers afgesluit het, met die gevolg dat sy nooit gesteriliseer is nie. As gevolg van die dokter se fout het die pasiënt kort na die operasie swanger geraak. Die hospitaal het aangebied om die swangerskap te beëindig, maar die egpaar het die aanbod om godsdienstige redes van die hand gewys.

Die swangerskap het sonder voorval verloop tot naby die einde daarvan, toe die pasiënt weens hoë bloeddruk hospitaal toe gejaag moes word. Weens fetale nood is 'n noodkeisersnee uitgevoer wat die baba nie oorleef het nie. Dit blyk agterna dat die pasiënt kort voor, tydens of na die keisersnee amniogembolisme (AVE) opgedoen het. Dit gebeur wanneer fetale antigene in die moeder se sirkulasiesisteam beland. Dit is 'n onvoorspelbare en onvoorkombare gebeurtenis wat net een keer in 8 000 tot 30 000 bevallings voorkom. Die AVE het erge bloeding en hartstilstand by die pasiënt veroorsaak wat tot breinhipoksie en permanente breinskade gelei het. Die pasiënt het in 'n permanente vegetatiewe toestand verval en kan nie meer vir haarself sorg of dink nie. Sy ly aan demensie en swak geheue en is verstandelik gestremd; sy is feitlik blind en kan nie loop of praat nie. Haar toestand is onomkeerbaar.

Die respondent stel namens die pasiënt by die Wes-Kaapse Hooggeregshof 'n skadevergoedingseis in teen die eerste appellant, die Wes-Kaapse Premier, wat verantwoordelikheid aanvaar vir delikseise teen geneeshere in diens van daardie provinsie se Departement van Gesondheid, en teen die betrokke dokter as tweede appellant. In die verhoorhof beslis adjunkregterpresident Traverso dat die appellante deliktueel vir die respondent se skade aanspreeklik is. Daar word na die Hoogste Hof van Appèl geappelleer, waar appèlregter Brand die appèl van die hand wys, met as uiteinde dat die delikseis namens die pasiënt slaag.

### 3. Die uitspraak in die Hoogste Hof van Appèl

Na 'n uiteensetting van die agtergrond en feite van die saak en die getuienis wat in die verhoorhof gelewer is (parr. 1–11), toon appèlregter Brand (par. 12) aan dat die appellante vir doeleindes van die appèl met net twee verwerre volhard: eerstens dat die dokter nie nalatig was met betrekking tot die gevolge van die onsuksesvolle sterilisasie waarvoor die respondent hom aanspreeklik wil hou nie (parr. 12–5); en tweedens dat die kousale verband tussen die dokter se nalatigheid en die pasiënt se nadeel te skraal (*tenuous*) was om deliktuele aanspreeklikheid vir daardie gevolge aan die appellante toe te reken (parr. 16 e.v.)

Die hof se hantering van hierdie twee verwerre word opeenvolgend behandel, gevolg deur kommentaar daarop.

#### 3.1 Nalatigheid

Appèlregter Brand (par. 12) wys daarop dat die verhoorhof die appellante se verweer dat die dokter nie nalatig was nie, verwerp het, wesenlik op grond van 'n spesialisverloeskundige en -ginekoloog se deskundige getuienis dat die dokter nalatig was. Volgens regter Brand kan die deskundige getuie se mening (dat die dokter nalatig was) kwalik betwyfel word indien die nalatigheidsondersoek beperk word tot die vraag of die dokter die professionele bekwaamheid en toewyding (*skill and diligence*) toegepas het wat van lede van sy beroep

verwag word. Maar die appellante se argument dat nalatigheid ontbreek het, was volgens die hof (par. 13) ietwat meer genuanseerd. Hulle steun naamlik op 'n eng konstruksie van die sogenaamde konkrete of relatiewe benadering tot nalatigheid waarvolgens gesê kan word dat iemand nalatig was net indien die spesifieke gevolg wat ingetree het, redelikerwys voorsienbaar was en nie net skade in die algemeen nie (wat voldoende sou wees ingevolge die sogenaamde abstrakte of absolute benadering tot nalatigheid; sien bv. *Groenewald v Groenewald* 1998 2 SA 1106 (HHA) 1112 en in die algemeen Neethling en Potgieter 2015:153–4). Die hof toon egter aan dat die konkrete benadering nie vereis dat die presiese aard en omvang van die spesifieke nadeel wat ingetree het, redelikerwys voorsienbaar moet gewees het nie. Ewemin word redelike voorsienbaarheid vereis van die presiese wyse waarop die nadeel ingetree het. Wat vereis word, is dat die algemene wyse waarop die nadeel ingetree het, redelikerwys voorsienbaar moet gewees het. Regter Brand meld dat daar vroeër gedebatteer is oor die vraag of ons howe die relatiewe, in teenstelling met die sogenaamde abstrakte of absolute, benadering tot nalatigheid behoort toe te pas, maar dat akademiese skrywers nou op goeie gesag aanvaar dat ons howe die relatiewe benadering as breë riglyn aanvaar, maar nie in die eng vorm waarin die appellant dit toegepas wou hê nie. (As gesag verwys die hof na o.a. *Sea Harvest Corporation (Pty) Ltd v Duncan Dock Cold Storage (Pty) Ltd* 2000 1 SA 827 (HHA) parr. 21–2; *Mkhatswa v Minister of Defence* 2000 1 SA 1104 (HHA) parr. 19–22; Neethling, Potgieter en Visser 2006:126–9; Midgley en Van der Walt 2005, par. 117; Burchell 1993:92 e.v.; Neethling en Potgieter 2001:483–4; Scott 2000:362.)

Die appellante voer aan (par. 14) dat die nadeel wat die pasiënt inderdaad gely het, nie van 'n algemene aard was wat redelikerwys voorsienbaar was nie, hoofsaaklik op grond van 'n deskundige getuie se toegewings oor die onvoorsienbaarheid van AVE. Daar word geargumenteer dat die algemene nadeel wat op mislukte sterilisasie volg, swangerskap was en die algemene risiko's verbonde aan daardie toestand. Maar die nadeel wat inderdaad ingetree het, het gevolg op AVE, wat nie redelikerwys voorsienbaar was nie. Gevolglik, só word betoog, kan nóg die nadeel wat die pasiënt gely het, nóg die wyse waarop dit plaasgevind het, as algemeen voorsienbare gevolge geklassifiseer word.

Appèlregter Brand (par. 15) stem nie met die appellante se argument saam nie. Volgens hom is swangerskap 'n algemeen voorsienbare gevolg van mislukte sterilisasie. Swangerskap is 'n gevaarlike toestand met tallose potensiële komplikasies, waarvan AVE een is. En hoewel AVE raar is, moet dit volgens die regter ingesluit word onder die algemene kategorie van redelik voorsienbare komplikasies. Gevolglik was die dokter nalatig met betrekking tot die nadeel wat die pasiënt gely het.

### 3.2 Kousaliteit

Die appellante se tweede verweer berus op die bewering dat die kousale verband tussen die dokter se nalatige optrede en die pasiënt se nadeel te skraal was om die toerekening van deliktuele aanspreeklikheid te regverdig (parr. 16 e.v.). Appèlregter Brand bevestig dat die kousaliteitsvraag twee afsonderlike ondersoeke verg, naamlik feitelike en juridiese kousaliteit. Feitelike kousaliteit, wat gewoonlik aan die hand van die *but for*-toets bepaal word (sien bv. *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 700; Neethling en Potgieter 2015:188 e.v.), was in die onderhawige saak nie werklik in geskil nie omdat dit duidelik was dat die nadeel uit die swangerskap gevloei het, en dat *but for* die mislukte sterilisasie, die pasiënt waarskynlik nie swanger sou geraak het nie. Die pasiënt sou

dus nie nadeel gelyk het as dit nie vir die dokter se nalatige optrede was nie en feitelike kousaliteit staan dus vas (par. 16).

Die werklike geskil in die saak wentel om juridiese kousaliteit (*legal causation*; ook bekend as die *remoteness*-kwessie), waar die vraag is of die pasiënt se nadeel naby genoeg was aan, of direk genoeg verbind was aan, die dokter se nalatige optrede om regs aanspreeklikheid tot gevolg te hê (parr. 17 e.v.). Appèlregter Brand bevestig dat volgens die Hoogste Hof van Appèl 'n buigsame of soepel (*flexible*) benadering gevolg word om juridiese kousaliteit te bepaal (sien o.a. *Bentley, S v Mokgethi* 1990 1 SA 32 (A) 40–1; *Smit v Abrahams* 1994 4 SA 1 (A) 15; *Sea Harvest Corporation (Pty) Ltd v Duncan Dock Cold Storage (Pty) Ltd* 2000 1 SA 827 (SCA); en in die algemeen Neethling en Potgieter 2015:205 e.v.). Hy verklaar (*ibid.*):

In accordance with the flexible test, issues of remoteness are ultimately determined by broad policy considerations as to whether right-minded people, including judges, would regard the imposition of liability on the defendant for the consequences concerned as reasonable and fair.

Appèlregter Brand (par. 18) wys egter daarop dat aanvaarding van die soepel benadering nie die algehele verwerping meebring het van 'n verskeidenheid toetse, soos voorsienbaarheid, adekwate veroorsaking of *direct consequences*, wat in die verlede toegepas is nie. Hierdie toetse funksioneer as subsidiêre toetse of *pointers* van wat deur regsbeleid aangedui word. Die regter vervolg, met verwysing na sy uitspraak in *Fourway Haulage SA (Pty) Ltd v SA National Roads Agency Ltd* 2009 2 SA 150 (HHA) par. 34:

Stated somewhat differently, according to the flexible test, the existing criteria of foreseeability, directness and so forth should still be applied, but in a flexible manner so as to avoid a result which most right-minded people will regard as unjust and unfair.

In ooreenstemming met hierdie algemene benadering steun die appellante eerstens op die direkte-gevolge-teorie (dalk beter bekend as die *direct consequences*-teorie) en argumenteer dat die pasiënt en haar man se besluit om nie die hospitaal se aanbod om 'n aborsie te ondergaan toe sy omtrent agt weke swanger was nie, op 'n *novus actus interveniens* (nuwe tussentredende oorsaak) neerkom wat die juridiese kousale verband tussen die dokter se optrede en die pasiënt se nadeel verbreek het (par. 19). Maar een van die vereistes vir 'n suksesvolle beroep op 'n *novus actus interveniens* is dat die eiser se optrede onredelik moet wees; redelike optrede deur die eiser kan die verweerder nie van aanspreeklikheid vrywaar nie (par. 20), en appèlregter Brand (par. 21) stem nie saam met die appellante dat die gades se weiering om 'n aborsie te ondergaan, onredelik was nie. Die egpaar het om godsdienstige redes teen aborsie besluit en nie byvoorbeeld omdat die voortgesette swangerskap vir die pasiënt en haar baba se gesondheid gevaar ingehou het nie (en waarvan daar nie sprake was nie). Gevolglik was daar volgens die hof niks onredeliks aan die egpaar se besluit om met die swangerskap voort te gaan nie, met as resultaat dat die toepassing van die *direct consequences*-toets op die appellante se aanspreeklikheid vir die pasiënt se nadeel dui.

Vervolgens (parr. 22–4) steun die appellante op die redelikevoorsienbaarheidstoets met die argument dat die AVE-komplikasie wat tot die skade gelei het, so seldsaam was dat dit nie deur die redelike chirurg voorsien sou gewees het nie. Hierop antwoord die respondent dat alhoewel die intrede van AVE nie redelikerwys voorsienbaar was nie, dit deel uitgemaak het

van “a reasonably foreseeable harm of a general kind” (par. 22) (en dus, by implikasie, tot aanspreeklikheid behoort te lei).

Appèlregter Brand (par. 23) verklaar dat hy reeds by die bespreking van nalatigheid saamgestem het met die respondent se stelling dat die voorkoms van AVE deel uitmaak van die komplikasies wat met swangerskap verband hou en wat as nadeel van ’n algemene aard voorsienbaar was, maar dat hy nie van mening is dat die voorsienbaarheidskriterium in die konteks van juridiese kousaliteit presies dieselfde rol as by nalatigheid kan speel nie. Hy verduidelik sy standpunt soos volg, veral met verwysing na *Sea Harvest* parr. 21–2:

Once we accept, as we must, that foreseeability plays a role in determining both negligence and legal causation, logic dictates that the same criterion cannot find application in both instances. After all, repetition of exactly the same tests on two occasions can serve no purpose other than to confuse. Moreover, the different roles performed by the enquiries into fault, on the one hand and imputability of harm on the other, are so fundamentally different, that the appropriate criteria can hardly be the same. Unfortunately our law as it stands does not provide a clear picture of the content of the foreseeability criterion in the context of legal causation. But as I see it, if it means anything, it must mean foreseeability of the actual harm as opposed to harm of a general kind.

Teen hierdie agtergrond aanvaar regter Brand (par. 24) dat die spesifieke nadeel wat die pasiënt as gevolg van die onvoorsiene tussenkoms van AVE gely het, inderdaad nie ’n redelikerwys voorsienbare gevolg van die dokter se nalatige optrede was nie. Aan die ander kant is AVE nie onbekend aan die mediese wetenskap nie en, hoewel seldsaam, dit wel al voorgekom het en waarskynlik weer sal voorkom: AVE is derhalwe nie van die tipe *freakish occurrence* wat, soos in sekere ander gevalle, nog nooit plaasgevind het nie en waar die gevolge te verwyderd was vir die toerekening van aanspreeklikheid (sien bv. *S v Bochriss Investments (Pty) Ltd* 1988 1 SA 861 (A) 867, *Sea Harvest* par. 27 en *Mkhatswa* par. 25).

(Terloops kan vermeld word dat die hof (par. 25) korte mette maak met die appellante se betoog dat hulle voorts nie aanspreeklik gehou behoort te word nie omdat, selfs al sou die sterilisasie-operasie sonder nalatigheid uitgevoer gewees het, dit nie flatervry was nie, dat die risiko van swangerskap dus steeds sou bestaan het en dat dit dus onredelik en onbillik is om hulle aanspreeklik te hou vir gevolge wat in elk geval kon ingetree het. By die verwerping van hierdie argument wys appèlregter Brand eerstens daarop dat die feit dat die pasiënt nie gesteriliseer is nie, die risiko van swangerskap merkbaar verhoog het. Boonop kan ’n verweerder wat deur sy onregmatige gedrag nadeel veroorsaak het, kwalik argumenteer dat die nadeel in elk geval uit ander oorsake sou ontstaan het; dit kom op dieselfde neer as ’n verweerder wat ’n motorongeluk nalatig veroorsaak het en argumenteer dat ongelukke elke dag plaasvind.)

Ten spyte van sy toegewing dat die nadeel wat die pasiënt gely het, nie redelikerwys voorsienbaar was nie, bevind appèlregter Brand dat deliktuele aanspreeklikheid moet volg. Die regter verwoord sy gevolgtrekking soos volg en verwerp die appèl (par. 26), met die gevolg dat die pasiënt se eis gehandhaaf word:

Despite the arguments to the contrary raised by the appellants, I therefore conclude that in all the circumstances, considerations of reasonableness, justice and fairness

dictate that they should be held liable for the harm suffered by [the patient]. Since that is also the conclusion arrived at by the High Court, the appeal cannot succeed.

## 4. Kommentaar

### 4.1 Inleiding

Alhoewel in breë trekke met die weldeurdagte uitspraak van appèlregter Brand en die uitkoms van die beslissing saamgestem kan word, regverdig aspekte daarvan toeligting en kommentaar.

Die kern van die uitdaging waarmee die hof te kampe gehad het, en wat die saak uiteindelik in die Hoogste Hof van Appèl laat beland het, hou verband met die vraag of 'n verweerder deliktueel aanspreeklik gehou behoort te word vir nadelige gevolge wat op 'n uitsonderlike, rare en onvoorsiene wyse uitgekristalliseer het, en met die vraag hoe hierdie verskynsel teoreties volgens delikteregbeginsels hanteer moet word.

Soos gesien, was die appellante se oorhoofse argument dat dit onbillik en onregverdig is om 'n verweerder aanspreeklik te hou vir skade wat op 'n ongewone en uitsonderlike wyse ingetree het. Die appellante het hierdie verweer oor meer as een boeg, hoofsaaklik dié van nalatigheid en juridiese kousaliteit, probeer gooi. Dit appellante se argumente het die hof genoodsaak om fasette van die teoretiese konstruksie van hierdie delikselemente opnuut onder die vergrootglas te plaas.

### 4.2 Nalatigheid

Wat nalatigheid betref, bevestig appèlregter Brand dat die howe nou die sogenaamde konkrete of relatiewe benadering tot die voorsienbaarheidstoets vir nalatigheid aanvaar, maar nie in die “ekstreme” formaat, soos die appellante aangevoer het, dat die spesifieke gevolg en die wyse waarop dit ingetree het, voorsienbaar moet gewees het om nalatigheid daar te stel nie (para. 14).

Hierdie beperkende formulering van die konkrete benadering is soos volg in *Ablort-Morgan v Whyte Bank Farms (Pty) Ltd* 1988 3 SA 531 (OK) 536 verwoord:

In applying the law to the facts it must be borne in mind that the test is not whether, in the abstract, danger should have been foreseen. The facts peculiar to the occurrence under consideration must be established and in the light thereof one must determine whether the defendant ought reasonably to have foreseen the occurrence itself.

Terwyl sommige aanhangers van hierdie beperkende vertolking van die konkrete benadering, soos Boberg (1984:276 e.v., 381–2), van mening is dat die toepassing daarvan 'n ondersoek na juridiese kousaliteit onnodig maak, verklaar regter Farlam in *Smit v Abrahams* 1992 3 SA 158 (K) 163 onomwonde dat die konkrete benadering tot nalatigheid, in die mate waarin dit die toepassing van juridiese kousaliteit verwerp, nie deel van ons reg is nie. En alhoewel appèlregter Olivier in *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1077 Boberg (1984:390) se vertolking van die konkrete benadering volmondig onderskryf, voer die regter die benadering

tog nie ten volle deur nie, omdat hy steeds aanspreeklikheid deur middel van juridiese kousaliteitsmaatstawwe beperk (sien Neethling en Potgieter 2000:167–8). Daar moet derhalwe beklemtoon word dat aanvaarding van die konkrete of relatiewe benadering nie inhou dat juridiese kousaliteit, veral by verwyderde gevolge (*remote consequences*), nie meer ’n belangrike rol as aanspreeklikheidsbegreningsmaatstaf te speel het nie, soos dan ook uit appèlregter Brand se uitspraak in *Loots* blyk (parr. 17 e.v.; sien verder in hierdie verband *Sea Harvest* 839; *Mkhatswa* 1111; Neethling en Potgieter 2015:155; Neethling en Potgieter 2001:483–4; Scott 2000:365).

Hoe dit ook sy, op die duur het die hofe dit duidelik gestel dat die konkrete benadering nie verg dat die presiese aard en omvang van die skadelike gevolg(e), of die presiese wyse waarop dit ingetree het, redelikerwys voorsienbaar moet gewees het nie. Dit is voldoende as die algemene aard van die gevolg, of die algemene wyse van intrede daarvan, aldus voorsienbaar was (sien bv. *Imvula Quality Protection (Pty) Ltd v Loureiro* 2013 3 SA 407 (HHA) 416; *Sea Harvest* 839; *Mukheiber* 1077; *Jaftha v Honourable Minister of Correctional Services* [2012] 2 All SA 286 (OKP) parr. 22–3; vgl. *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 768; *Boberg* 1984:274–8, 390). Hierdie beginsel word nou opnuut deur die Hoogste Hof van Appèl in die saak onder bespreking bevestig, met die gevolg dat die appellante se betoog verwerp word dat die dokter nie nalatig was nie omdat die pasiënt se nadeel wat ingetree het, uit AVE, wat nie voorsienbaar was nie, voortgespruit het.

Daar word geargumenteer dat die konkrete benadering tot voorsienbaarheid, soos pas behandel, van die abstrakte benadering onderskei word omdat dit by laasgenoemde benadering voldoende is dat nadeel in die algemeen redelikerwys voorsienbaar moet wees, terwyl die spesifieke gevolg of omvang van die nadeel wat ingetree het, nie voorsienbaar hoef te gewees het nie (sien in die algemeen Neethling en Potgieter 2015:153–4 en die gesag waarna daar verwys word). Die vraag of ’n dader vir ’n spesifieke gevolg aanspreeklik is, word ingevolge die abstrakte benadering aan die hand van juridiese kousaliteit beantwoord (vgl. *Van der Spuy v Minister of Correctional Services* 2004 2 SA 463 (SOK) 472–3; Neethling en Potgieter 2004:766 e.v.) en nie aan die hand van die vraag of die dader met betrekking tot daardie spesifieke gevolg nalatig was nie. Nietemin lyk dit of selfs die wye abstrakte benadering soms in ’n mate konkreet begrens word, naamlik deur te vereis dat die algemene aard van die skade (sien *Ocean Accident and Guarantee Corporation Ltd v Koch* 1963 4 SA 147 (A) 152; *Botes v Van Deventer* 1966 3 SA 182 (A) 191; *Kruger v Van der Merwe* 1966 2 SA 266 (A) 272) of die algemene wyse van intrede daarvan (sien *Kruger* 272–3; *Minister van Polisie en Binnelandse Sake v Van Aswegen* 1974 2 SA 101 (A) 108; *Sea Harvest* 840; *Mkhatswa* 1111) voorsienbaar moet gewees het om aan die nalatigheidsvereiste te voldoen.

Op die keper beskou wil dit voorkom of die grense tussen die konkrete en abstrakte benaderings tot voorsienbaarheid met verloop van tyd vervaag het. Uit ’n vergelyking van sekere van die uitsprake wat onderskeidelik met die elke benadering verbind word, wil dit breedweg lyk asof beide benaderings tans niks meer vir nalatigheid vereis nie as dat die algemene aard van die nadeel, en die algemene wyse waarop dit ingetree het, voorsienbaar moet gewees het. Bowendien word nou ingevolge beide benaderings van juridiese kousaliteit gebruik gemaak wanneer bepaal moet word of aanspreeklikheid vir ’n spesifieke (veral uitsonderlike) gevolg aan die dader toegereken moet word. Gevolglik, soos die twee benaderings deesdae verstaan word, behoort hulle, wat nalatigheid betref, grootliks dieselfde



resultaat te hê (sien verder *Minister of Safety and Security v Carmichele* 2004 3 SA 305 (HHA) 326–7; Neethling 2005:407–8; Neethling en Potgieter 2015:155; vgl. Loubser en Midgley (reds.) 2012:122).

Voorts is dit nie moontlik om vaste reëls neer te lê vir die toepassing van die voorsienbaarheidstoets by nalatigheid nie, aangesien die omstandighede van elke geval uniek is. Van der Walt en Midgley 2016, par. 161 wys egter daarop dat sekere breë en soepel riglyne gevolg kan word om voorsienbaarheid te bepaal, wat soos volg aan die hand gedoen is in *Lomagundi Sheetmetal and Engineering (Pvt) Ltd v Basson* 1973 4 SA 523 (RA) 524–5 (alhoewel geargumenteer kan word dat die laaste twee riglyne eerder op die voorkombaarheidsbeen van nalatigheid betrekking het):

The sort of circumstances, however, which the Courts often look to in cases such as this in deciding what degree of foreseeability must be proved by the plaintiff before a defendant can be held responsible for the resultant damage are these: (1) how real is the risk of the harm eventuating? (2) if the harm does eventuate, what is the extent of the damage likely to be; and (3) what are the costs or difficulties involved in guarding against the risk?

Dit gaan dus wesenlik oor die omvang of grootte van die risiko wat deur die dader se optrede geskep is. Van der Walt en Midgley 2016, par. 161 vat dit soos volg saam:

The fundamental factor involved is the magnitude of the risk created by the actor's conduct. The magnitude of the risk comprises two elements: how strong the possibility or likelihood of harm is, and the gravity or seriousness of the possible harmful consequences that are risked.

(Sien bv. ook *S v Bochris Investments* 1988 1 SA 861 (A); *Butters v Cape Town Municipality* 1993 3 SA 521 (K); *Cape Town Municipality v Butters* 1996 1 SA 473 (K); *Deysel v Karsten* 1994 1 SA 447 (A); Neethling en Potgieter 2015:155 vn. 152.)

Teen hierdie agtergrond kan appèlregter Brand se bevinding in *Loots* dat die dokter nalatig was met betrekking tot die nadeel wat die pasiënt gely het (par. 15), kwalik bevraagteken word. Soos die regter tereg aangedui het, is swangerskap nie net 'n algemeen voorsienbare gevolg van mislukte sterilisasie nie, maar ook 'n gevaarlike toestand met vele potensiële komplikasies, waarvan AVE een is. Al is AVE seldsaam en in die lig daarvan moontlik nie redelikerwys voorsienbaar nie, val dit sekerlik binne die kategorie van die algemene aard van voorsienbare nadeel (fisieke benadeling) wat kan volg op 'n dokter se versuim om swangerskap te voorkom. Daar kan dus weinig twyfel wees dat die betrokke dokter nalatig opgetree het deur die pasiënt se rondeliggente in plaas van haar eierleiers af te bind, selfs al het sy optrede tot 'n seldsame toestand aanleiding gegee.

Trouens, 'n mens wonder of die appellante nie te veel gracie gegun is om die verwythbaarheid of skuld van die dokter se optrede te probeer systap nie. Die toepassing van die geykte nalatigheidstoets vir deskundiges (sien in die algemeen Neethling en Potgieter 2015:151–3) – in hierdie geval die vraag of 'n redelike dokter die verkeerde buise sou afgebind het – het, volgens die onbetwiste getuienis van die spesialis, reeds klinkklaar daarop gedui dat die dokter nalatig opgetree het. (Die feit dat die hospitaal aangebied het om die pasiënt se swangerskap kosteloos te beëindig, dui waarskynlik ook op 'n toegewing dat nalatig opgetree

is.) 'n Redelike dokter sou die pasiënt se eierleiers afgebind en sodoende swangerskap, met al die gevolge daarvan, voorkom het, uit en gedaan, wat ook al die aard van die spesifieke nadelige gevolge wat uiteindelik kon ingetree het. 'n Dokter wat nie soos 'n redelike geneesheer opgetree het nie, se blaamwaardigheid behoort nie opgehef of verminder te word net omdat die nadelige gevolg van sy onredelike optrede in 'n gegewe geval seldsaam was nie. Indien dít toegegee sou word, word die aard van die nalatigheidstoets gewild aangedoen. Daarom moet hierdie verskynsel, indien deliktuele aanspreeklikheid vir rare gevolge vrygespring behoort te word, by een van die ander delikselemente, soos juridiese kousaliteit, geakkommodeer word.

### 4.3 Kousaliteit

Wat kousaliteit betref, dui die hof (par. 16) tereg aan dat feitlike kousaliteit nie 'n geskilpunt in die saak was nie; daar was klaarblyklik 'n feitlike kousale verband tussen die dokter se optrede en die nadelige gevolge wat die pasiënt getref het. Die kwelling was of juridiese kousaliteit of toerekenbaarheid uitgesluit kon word weens die uitsonderlikheid van die gevolg wat ingetree het. Hieroor bevestig appèlregter Brand (parr. 17 e.v.) dat ons howe tans 'n soepel benadering toepas waarvolgens ingevolge breë beleidsfaktore bepaal moet word of dit in 'n bepaalde geval redelik, billik en regverdig is om 'n gevolg aan die dader toe te reken. Hy bevestig dat by die toepassing van hierdie toets die tradisionele toetse vir juridiese kousaliteit, soos voorsienbaarheid, voldoende veroorsaking en regstreekse gevolge steeds as subsidiêre toetse of *pointers* 'n rol kan speel by die bepaling of bepaalde gevolge aan die dader toegereken moet word.

Daar kan egter swaarde gekruis word met appèlregter Brand (par. 18) se siening (wat sy uiteensetting in *Fourway Haulage* par. 34 bevestig) dat die soepel benadering daarop neerkom dat dit die bestaande kriteria is wat steeds by juridiese kousaliteit toegepas moet word, maar op 'n soepel wyse, ten einde 'n resultaat te voorkom wat die meeste regdenkende mense as onregverdig en onbillik sou beskou (sien ook regter Brand se gelykluidende standpunt in *mCubed International (Pty) Ltd v Singer* 2009 4 SA 471 (HHA) 482). Hierdie vertolking van die soepel benadering doen afbreuk aan die oorheersende posisie daarvan as 'n selfstandige toets wat onafhanklik van die subsidiêre toetse kan funksioneer, soos blyk uit toonaangewende beslissings soos *S v Mokgethi* 1990 1 SA 32 (A) 39 e.v., *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 700–1, en *Smit v Abrahams* 1994 4 SA 1 (A) 17–8 (sien in die algemeen Neethling en Potgieter 2015:207–8). Daarteenoor lyk dit of regter Brand tog in *Cape Empowerment Trust Limited v Fisher Hoffman Sithole* 2013 5 SA 183 (HHA) 198 begryp dat soepelheid ook die effek kan hê dat “if the application of any or all of the known criteria should lead to a result which is untenable, legal causation will not be found”. Dit beteken oënskynlik dat selfs waar daar bevind word dat 'n gevolg voorsienbaar en 'n regstreekse gevolg van die handeling was, die soepel maatstaf die hof in staat sou kon stel om aanspreeklikheid af te wys as dit so onregverdig of onbillik sou wees om die gevolg aan die dader toe te reken dat dié resultaat as onhoudbaar beskou kan word. Regter Brand se teenoorgestelde bevinding in *Loots* (maar sonder om in hierdie verband uitdruklik erkenning te gee aan die dominerende funksie van die soepel maatstaf) dat die betrokke seldsame gevolg, selfs al was dit nie voorsienbaar nie, nogtans aan die appellante toegereken moet word, onderstreep die afleiding dat die soepel benadering as oorheersende en beslissende toets vir juridiese kousaliteit onafhanklik van die tradisionele kriteria toegepas kan word om 'n billike bevinding te verseker (sien ook Potgieter 2010:746 e.v., 754–5; Neethling en Potgieter 2014:898). Die soepel maatstaf bied die ruimte waarbinne sowel tradisionele

maatstawwe, soos voorsienbaarheid en direkte veroorsaking, as 'n verskeidenheid ander oorwegings (sien Potgieter 2010:755) op grond van redelikheid, billikheid en regverdigheid 'n rol kan speel by die beantwoording van die juridiesekousaliteitsvraag.

Vervolgens kan daar in die algemeen nie fout gevind word met appèlregter Brand se afwysing van die appellante se beroep op die direkte-gevolg-benadering om aanspreeklikheid te probeer onduik nie. Soos aangetoon, betoog die appellante dat die direkte kousale verband tussen die dokter se optrede en die ingetrede gevolg deur 'n *novus actus interveniens* verbreek is, naamlik die pasiënt en haar gade se weiering om tot 'n aborsie in te stem. Regter Brand wys tereg daarop dat omdat die weiering van 'n aborsie in die betrokke omstandighede nie onredelik was nie, dit nie 'n *novus actus interveniens* uitmaak het wat die direkte juridiese kousale verband verbreek het nie (parr. 20–1; sien oor die *novus actus interveniens* in die algemeen Neethling en Potgieter 2015:221–4). By gebrek aan 'n (onredelike) *novus actus* dui die toepassing van die *direct consequences*-toets op die appellante se aanspreeklikheid; met ander woorde, die nadeel wat die pasiënt gely het, was 'n direkte gevolg van die dokter se optrede. Slegs in soverre die uitspraak moontlik die indruk kan wek dat die *novus actus interveniens*-begrip se werking tot die direkte-gevolg-benadering tot juridiese kousaliteit beperk is, kan daarop kritiek gelewer word. 'n *Novus actus* kan naamlik 'n rol speel ook binne die kader van die ander juridiesekousaliteitstoetse. So is die vraag by die soepel benadering of die *novus actus* tussen die verweerder se handeling en die gewraakte gevolg sodanig was dat die gevolg die verweerder op grond van beleid, redelikheid, billikheid en regverdigheid nie toegereken kan word nie (sien bv. *Standard Chartered Bank of Canada* 765; Neethling en Potgieter 2015:222 vn. 239), en by voorsienbaarheid is die vraag of die *novus actus* die waarskynlikheidsgraad van die voorsienbaarheid sodanig beïnvloed het dat gesê kan word dat die gevolg, weens die *novus actus*, nie redelikerwys voorsienbaar was nie (Neethling en Potgieter 2015:222–3). Dit beteken nie dat die *novus actus* noodwendig in elke geval 'n selfstandige rol speel wat uitdruklik nagegaan moet word nie. Meestal is so 'n *novus actus* maar een van die talle omstandighede wat die vraag na toerekenbaarheid van skade ingevolge die soepel benadering beïnvloed. Die primêre vraag is steeds of die gevolg redelikerwys aan die verweerder toegereken moet word. Die aanwesigheid al dan nie van 'n *novus actus* is dus, net soos die subsidiêre juridiesekousaliteitstoetse (bv. direkte gevolg en redelike voorsienbaarheid), van ondergeskikte belang en bloot een van meerdere faktore of riglyne wat in aanmerking kan kom by beantwoording van die primêre toerekenbaarheidsvraag.

Dit is ook belangrik dat appèlregter Brand daarop wys dat voorsienbaarheid, hoewel dit 'n rol by sowel nalatigheid as juridiese kousaliteit speel, nie op dieselfde wyse by die vermelde twee delikselemente toepassing kan vind nie (par. 23, hier bo aangehaal; sien ook Neethling en Potgieter 2015:219–21; Van der Walt en Midgley 2016:293). Die regter toon aan dat dit nie net onlogies is om dieselfde kriterium in beide gevalle aan te wend nie, maar dat die ondersoek na skuld en na die toerekenbaarheid van skade so fundamenteel verskil dat die kriteria vir die ondersoek na dié twee elemente kwalik dieselfde kan wees (vgl. Neethling en Potgieter 2015:216–8 oor die nietoepaslikheid van (elemente van) nalatigheid vir doeleindes van juridiese kousaliteit; sien ook Van der Walt en Midgley 2016:293 vn. 5). Hiermee kan saamgestem word. Soos reeds by die bespreking van skuld as moontlike maatstaf vir juridiese kousaliteit aangedui is (Neethling en Potgieter 2015:211 e.v.), kan die redelikevoorsienbaarheids- en voorkombaarheidstoets wat aangewend word om nalatigheid vas te stel, nie onveranderd aangewend word as maatstaf vir toerekenbaarheid van skade nie (Van Rensburg 1972:16 e.v., 26 e.v.; Potgieter en Van Rensburg 1977:383–5; *Smit v*

*Abrahams* 1992 3 SA 158 (K) 163). Verder verskil die aard van die ondersoek na onderskeidelik skuld en toerekenbaarheid van skade so wesenlik dat dit nie sinvol is om die vraag na toerekenbaarheid van skade te wil beantwoord met verwysing na die vraag of die dader skuld ten opsigte van die betrokke verwyderde gevolg gehad het nie. In hierdie verband verklaar Van der Walt 1979:100 tereg: “The claim that the theory of foreseeability submits the two questions of culpability and the extent of liability to the same test, is based on a fallacious view of the nature of the tests for negligence and causal nexus”, terwyl Van der Walt en Midgley 2016:293 vn. 5 beaam: “The reasonable foreseeability test for remoteness is not the same as the test for fault in the form of negligence.”

Terwyl daar in die uitspraak in *Loots* heelwat gesê is oor die aard van die voorsienbaarheidsbeen van die nalatigheidstoets (sien hier bo), verklaar regter Brand dat ons reg ongelukkig nie ’n duidelike beeld van die voorsienbaarheidstoets in die konteks van juridiese kousaliteit bied nie, maar dat dit volgens hom hier minstens gaan oor die voorsienbaarheid van die nadeel wat inderdaad ingetree het (*actual harm*), in teenstelling met voorsienbaarheid van nadeel van ’n algemene aard (soos by nalatigheid) (par. 23). Ook hier kan met regter Brand akkoord gegaan word. Daar is nie eenstemmigheid oor die aard en inhoud van die voorsienbaarheidstoets by juridiese kousaliteit nie. Dikwels word die voorsienbaarheidstoets nie gepresiseer nie, maar word eenvoudig beslis dat ’n bepaalde gevolg voorsienbaar was, of nie, en daarmee uit en gedaan (Van Rensburg 1972:48–9; Neethling en Potgieter 1995:346–7; Neethling en Potgieter 2015:220). In aansluiting by regter Brand se opmerking dat dit hier gaan oor die voorsienbaarheid van die betrokke nadeel wat inderdaad ingetree het, en tot tyd en wyl die regspraak meer konkrete riglyne vir die bepaling van juridiese kousaliteit volgens hierdie maatstaf neergelê het, kan die volgende kriterium wat Van Rensburg 1972:56 as algemene maatstaf aan die hand doen (en wat blyke gee van elemente van die soepel maatstaf), nuttig wees:

[W]as die gevolg, asook die kousale verloop tussen die handeling en die gevolg, vanuit die tydstop van die handeling met so ’n graad van waarskynlikheid voorsienbaar dat die gevolg, in die lig van die omstandighede, redelikerwys aan die dader toegereken kan word?

By die toepassing van hierdie maatstaf kan volgens Van Rensburg (1972:56) as algemene reël geld “dat ’n dader normaalweg vir al die gevolge van sy skuldige, onregmatige handeling aanspreeklik is, buiten die gevolge wat besonder onwaarskynlik was” en dat waar die gebeure “’n heel buitengewone verloop geneem het ... die beoordelaar ook [moet] besluit of die kousale verloop met ’n genoegsame graad van waarskynlikheid voorsienbaar was om die dader ten aansien van die gevolg of gevolge wat op die buitengewone manier ingetree het, aanspreeklik te stel” (Van Rensburg 1972:58; sien ook 57–9 vir verdere reëls wat volgens hom by die toepassing van die algemene maatstaf ’n rol kan speel (vgl. Neethling en Potgieter 2015:221 vn. 226)).

Die verskil wat appèlregter Brand uitwys tussen die toepassing van voorsienbaarheid by sowel skuld as juridiese kousaliteit, ondersteun die beginsel dat dieselfde faktor by meerdere delikselemente aanwending kan vind, mits onthou word dat die ondersoek na die verskillende delikselemente so ingrypend verskil dat die betrokke faktor nie op dieselfde wyse by elke element toegepas kan word nie. Met hierdie voorbehoud in gedagte kan daar ook geen beginselbeswaar daarteen wees dat voorsienbaarheid ook by die vasstelling van onregmatigheid ’n rol kan speel nie, ten spyte van skerp meningsverskille hieroor (sien

Neethling en Potgieter 2015:40, 168 vn. 222 vir nadere besonderhede en verwysings na uiteenlopende hofuitsprake; ook die onlangse appèlhofuitspraak *MTO Forestry (Pty) Ltd v Swart NO* 2017 5 SA 76 (HHA) par. 18, waar verklaar word dat voorsienbaarheid nie 'n rol by onregmatigheid behoort te speel nie, maar net by nalatigheid en (juridiese) kousaliteit). Hierdie debat het duidelik nog nie afgeloop nie.

Uiteindelik stel die oorkoepelende soepel maatstaf vir juridiese kousaliteit appèlregter Brand dan in staat om die appellante op grond van redelikheid, billikheid en regverdigheid deliktueel aanspreeklik te hou selfs vir 'n uitsonderlike gevolg wat volgens hom nie voorsienbaar was nie. Hierdie navolgenswaardige toepassing van die soepel kousaliteitsmaatstaf deur regter Brand om in die besondere omstandighede van die saak 'n billike uitkoms te verseker, onderstreep die dienstigheid daarvan in belang van geregtigheid.

Ten besluite verdien appèlregter Brand se hantering van die vraag of 'n verweerder deliktueel aanspreeklik moet wees vir 'n heel buitengewone nadelige gevolg van swangerskap, as 'n juridiese kousaliteitskwessie en nie as 'n skuldvraag nie, steun, veral in ag genome dat die dokter se afbind van die pasiënt se rondeliggente, pleks van haar eierleiers, so duidelik in stryd met die optrede van 'n redelike geneesheer, en dus ooglopend nalatig was. Die delikselement *juridiese kousaliteit* is besonder geskik om as uiteindelijke "sif" te dien om te bepaal of deliktuele aanspreeklikheid op die onregmatige, skuldige veroorsaking van buitengewone gevolge moet volg. Dit is presies wat ook in 'n saak soos *Pro Tempo v Van der Merwe* 2016-3-24 saaknr. 20853/2014 (HHA) ([2016] ZASCA 39) (sien Potgieter 2017:313 e.v. vir 'n bespreking) moes gebeur het. Hier is egter gepoog om die feit dat die betrokke nadelige gevolg van 'n hoogs buitengewone aard was ('n skoolseun se rektum en blaas is deurboor en ernstig beskadig toe hy op 'n ysterpaaltjie op die speelgrond gaan sit het), onder onregmatigheid te hanteer. 'n Skadevergoedingseis was suksesvol in die verhoorhof en die appèl na die Hoogste Hof van Appèl berus oënskynlik uitsluitlik op die argument dat die verhoorhof onvoldoende aandag aan onregmatigheid as deliksvereiste gegee het, ten spyte daarvan dat onregmatigheid nie in geskil was nie en vasgestaan het. Die skool betoog naamlik aan die hand van die nuwe onregmatigheidstoets, soos in onder meer *Le Roux v Dey (Freedom of Expression Institute and Restorative Justice Centre as Amici Curiae)* 2011 3 SA 274 (KH) par. 122 en *Hawekwa Youth Camp v Byrne* 2010 6 SA 83 (HHA) par. 22 verwoord, dat openbare beleid verg dat die skool nie aanspreeklik behoort te wees nie in die lig van die seun se uiters buitengewone en eienaardige gedrag deur op die paaltjie te gaan sit. In sowel die verhoor- as die Appèlhof word die nuwe onregmatigheidstoets aangegryp om onregmatigheid, ondanks die feit dat die bestaan daarvan reeds deur beide partye aanvaar is en dus as afgehandel beskou kon word, agterna met 'n bykomende vraag te besoek, naamlik of die verweerder, in die lig van die uitsonderlike wyse waarop die nadeel ingetree het, op grond van beleid aanspreeklik gehou behoort te word of nie. Alhoewel dit betwyfelbaar is of die nuwe onregmatigheidstoets ooit bedoel was om onregmatigheid, nadat reeds bevind is dat dié element teenwoordig is, weer te kom bevraagteken om aanspreeklikheid vir buitengewone gevolge te probeer vryspring, is die amper bizarre wyse waarop die nuwe onregmatigheidstoets in die twee uitsprake aangewend is, weliswaar onsuksesvol, om reeds bestaande onregmatigheid te probeer bevraagteken, nog 'n aanduiding dat dié toets "is running out of control" (in die woorde van Scott 2015:433) en van die skade en verwarring wat hierdie onnodige benadering tot onregmatigheid kan meebring (sien vir algemene kritiek op die nuwe toets Neethling en Potgieter 2015:84–90). Waar deliktuele aanspreeklikheid van 'n dader wat onregmatig en nalatig opgetree het, bevraagteken word op grond van die buitengewone wyse waarop die skade ingetree het, maak dit meer sin om dié oorweging

onder die vaandel van juridiese kousaliteit op die tafel te plaas (soos wat appèlregter Brand in *Loots* gedoen het), eerder as om onregmatigheid in die lig daarvan te probeer herondersoek (sien Potgieter 2017:828).

## 5. Samevatting en slotsom

In die *Loots*-saak moes beslis word of deliktuele aanspreeklikheid behoort te volg waar die ernstige gevolge wat 'n pasiënt weens 'n mislukte sterilisasie-operasie gely het, so buitengewoon of seldsaam was dat dit as (redelikerwys) onvoorsienbaar beskryf kon word. Die eis slaag in die Hooggeregshof en in appèl word aangevoer dat die dokter nie nalatig was met betrekking tot die spesifieke gevolge van die onsuksesvolle sterilisasie nie, en dat die kousale verband tussen die dokter se nalatigheid en die pasiënt se nadeel te skraal was om deliktuele aanspreeklikheid daarvoor toe te reken. Appèlregter Brand wys die appèl van die hand met as gevolg dat die pasiënt se eis slaag.

Regter Brand se uitspraak dien as gesag vir onder andere die volgende: (i) om nalatigheid daar te stel, is dit nie nodig dat die presiese aard en omvang van die skadelike gevolg(e), of die presiese wyse waarop dit ingetree het, redelikerwys voorsienbaar moet gewees het nie – dit is voldoende as die algemene aard van die gevolg, of die algemene wyse van intrede daarvan, aldus voorsienbaar was; (ii) juridiese kousaliteit word aan die hand van die soepel benadering bepaal, met behoud van die tradisionele toetse soos voorsienbaarheid, voldoende veroorsaking en direkte gevolge, as subsidiêre kriteria; (iii) direkte gevolg word deur 'n *novus actus interveniens* onderbreek net indien die tussentredende optrede van die eiser onredelik was (in hierdie geval, die pasiënt se weiering om 'n aborsie te ondergaan, wat nie as onredelik geag is nie); (iv) voorsienbaarheid in die konteks van juridiese kousaliteit kan nie presies dieselfde rol as by nalatigheid speel nie – by juridiese kousaliteit gaan dit om die voorsienbaarheid van die spesifieke gevolg wat ingetree het, in teenstelling met voorsienbaarheid van skade van 'n algemene aard by nalatigheid; (v) selfs waar die gevolg wat ingetree het, nie redelikerwys voorsienbaar was nie, kan die gevolg steeds aan die verweerder toegereken word indien (in die woorde van die oorkoepelende soepel juridiesekousaliteitsmaatstaf) oorwegings van redelikheid, regverdigheid en billikheid vereis dat die verweerder vir die nadeel wat die eiser gely het, aanspreeklik gehou moet word.

Appèlregter Brand se hantering van die vraag of 'n verweerder deliktueel aanspreeklik moet wees vir 'n heel buitengewone nadelige gevolg van swangerskap as 'n juridiesekousaliteitskwessie en nie as 'n skuldvraag (of, behoede ons, selfs 'n (verwonge) onregmatighedsaangeleentheid, soos in *Pro Tempo*) nie, verdien steun, veral in ag genome dat die dokter se afbind van die pasiënt se rondeligamente, pleks van haar eierleiers, so duidelik in stryd met die optrede van 'n redelike geneesheer en dus ooglopend nalatig was.

## Bibliografie

- Boberg, P.Q.R. 1984. *The law of delict. Volume one: Aquilian liability*. Kaapstad, Johannesburg en Wetton: Juta.
- Burchell, J. 1993. *Principles of delict*. Kaapstad, Johannesburg en Wetton: Juta.
- Loubser, M. en R. Midgley (reds.). 2012. *The law of delict in South Africa*. 2de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.
- Midgley, J.R. en J.C. van der Walt. 2005. Delict. In Rabie en Faris (reds.) 2005.
- Neethling, J. 2005. Die *Carmichele*-sage kom tot 'n gelukkige einde. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 3:402–9.
- Neethling, J. en J.M. Potgieter. 1995. Juridiese kousaliteit bereik volle wasdom. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 58(2):343–8.
- . 2000. Deliktuele aanspreeklikheid weens bevrugting as gevolg van 'n nalatige wanvoorstelling: Die funksies van onregmatigheid, nalatigheid en juridiese kousaliteit onder die loep. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 63(1):162–8.
- . 2001. Die toets vir deliktuele nalatigheid onder die soeklig. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 64(3):476–84.
- . 2004. Nalatigheid, juridiese kousaliteit en die regsplig van die staat om die reg op die fisies-psigiese integriteit te beskerm. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:764–9.
- . 2014. Wrongfulness and legal causation as separate elements of a delict: Confusion reigns. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:889–900.
- . 2015. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg*. 7de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Neethling, J., J.M. Potgieter en P.J. Visser. 2006. *Law of delict*. 5de uitgawe. Durban: LexisNexis Butterworths.
- Potgieter, J.M. 2010. Verkeer die soepel maatstaf vir juridiese kousaliteit in gevaar? *Obiter*, 31(3):746–55.
- . 2017. Die nuwe onregmatigheidstoets: 'n Trojaanse perd wat delikteregbeginsels bedreig? *LitNet Akademies*, 14(2):813–30.
- Potgieter, J.M., J.C. Knobel en R.-M. Jansen (reds.). 2015. *Essays in honour of / Huldigingsbundel vir Johann Neethling*. Durban: LexisNexis.
- Potgieter, J.M. en A.D.J. van Rensburg. 1977. Die toerekening van gevolge aan 'n delikspleger. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 40(4):379–86.

Rabie, P.J. en J. Faris (reds.). 2005. *The Law of South Africa*. Volume 8(1). 2de uitgawe. Durban: LexisNexis Butterworths.

Scott, T.J. 2000. The definition of delictual negligence revisited: Three recent judgments of the Supreme Court of Appeal. *De Jure*, 33(2):358–65.

—. 2015. Delictual liability for adultery – a healthy remedy’s road to perdition. In Potgieter, Knobel en Jansen (reds.) 2015.

Van der Walt, J.C. 1979. *Delict: Principles and cases*. Durban: Butterworths.

Van der Walt, J.C. en J.R. Midgley. 2016. *Principles of delict*. 4de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Van Rensburg, A.D.J. 1972. *Normatiewe voorsienbaarheid as aanspreeklikheidsbegreningsmaatstaf in die privaatreë*. Durban: Butterworths.

## Eindnota

<sup>1</sup> Die skrywer erken met dank die geldelike bystand van die College Research and Innovation Committee (CRIC) van die Regskollege van die Universiteit van Suid-Afrika om navorsing in Cambridge, Engeland te doen en stel die CRIC vry van enige verantwoordelikheid vir die menings en gevolgtrekkings in hierdie bydrae vervat.