

**Vonnisbespreking: Mediese nalatigheid –
vertraging in oorplasing van pasiënt na geskikte
sorg; en of nalatigheid oorsaaklik verband hou
met amputasie van pasiënt se been
Louw v Patel (245/2021) [2023] ZASCA 22
(9 Maart 2023)**

Magda Slabbert en Melodie Labuschaigne

Magda Slabbert en Melodie Labuschaigne, Departement Jurisprudensie, Universiteit van Suid-Afrika

Abstract

Medical negligence – delay in transfer of patient to definitive care; and whether negligence was causally linked to amputation of patient’s leg

The majority decision in the present case concerns a medical negligence matter involving the negligence of a general practitioner regarding his treatment of another medical practitioner who had sustained an injury during a robbery. The case merits closer inspection for a few reasons. The majority decision did not consider all the elements of a delict as one would expect, whilst the finding was based mainly on a hypothetical construction of the medical negligence test. The majority’s handling of expert medical evidence is also peculiar for preferring a theoretically based expert opinion to the opinion of an expert who personally examined the injured patient. In the discussion the facts are briefly traced, emphasising the chronological order of events for the specific reason of the significance of the time factor in the judgment. Next the majority and minority judgments are discussed, followed by a consideration of the test for medical negligence in the case, the role of causation and the contrasting expert evidence that was presented. The discussion is concluded with the argument that had the locality rule (the role of locality when ascertaining medical negligence) been applied in this case, the outcome would have been completely different.

Keywords: causation; delict; femur fracture; general practitioner; locality rule; medical negligence; orthopaedic surgeon; rural area; vascular specialist

Trefwoorde: algemene praktisyn; delik; femurfraktuur; kousaliteit; lokaliteitsreël; mediese nalatigheid; ortopediese sjirurg; platteland; vaskulêre spesialis

1. Inleiding

Die uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl in *Louw* is in vele opsigte uitsonderlik aangesien dit hoofsaaklik betrekking het op mediese nalatigheid, maar nie fokus op geboortekomplikasies nie, soos wat tans in die meerderheid van mediesenalatigheidseise voorkom. Laasgenoemde sake is gemoeid met komplikasies wat tydens, gedurende of ná die geboorte van 'n kind ontstaan het (sien Slabbert en Labuschaigne 2022:275). In die *Louw*-saak handel dit oor 'n dispuut tussen twee algemene praktisyns wat as kollegas by dieselfde hospitaal werkzaam was. Die uitgangspunt van die saak is dat die algemene praktisyn positief opgetree het maar nalatig was in sy optrede om betyds beter behandeling vir sy kollega te reël. Die saak is ook uniek aangesien dit deskundige getuienis op 'n ongewone wyse hanteer het, spesifiek deur 'n teoreties-gebaseerde opinie van 'n deskundige bó die mening van 'n deskundige wat die beseerde persoonlik behandel het, te aanvaar. Ten slotte is die uitspraak in die saak 'n meerderheidsuitspraak van drie regters teenoor die minderheidsuitspraak van twee regters. 'n Aspek wat *nie* in die saak aandag kry nie, maar wel 'n rol behoort te gespeel het, is die lokaliteitsreël ("locality rule"), dit wil sê die vraag of die kwessie van lokaliteit of omgewing 'n rol moet speel in die beoordeling van mediese nalatigheid, soos behandel in die *locus classicus* van mediesenalatighedsake, naamlik *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438.

Die aanvanklike saak is in die Suid-Gautengse Hoë Hof ingestel deur dokter Patel, die eiser, wie se been by sy knie geamputeer is. Hy het 'n saak aanhangig gemaak teen dokters Louw en Joosub, asook teen die Lid van die Uitvoerende Komitee (LUK) van die Mpumalanga Provinsie, op grond van hul beweerde nalatigheid deur nie betyds meer gespesialiseerde mediese behandeling vir hom te gereël het nie (*Louw*-saak par. 2). Die rede waarom die LUK as party in die saak gevoeg is, was omdat die hospitaal waar die nalatige optrede plaasgevind het, die Standertonse Hospitaal, 'n staatshospitaal is en die LUK derhalwe middellik aanspreeklik gestel kan word vir die beweerde nalatigheid van personeel wat by die hospitaal werk. Die eis teen die LUK is later laat vaar, wat die korrekte besluit was, aangesien die dokters oënskynlik onafhanklike kontrakteurs was wat slegs diens gedoen het by die hospitaal. Hulle was dus nie werknemers van die staat nie. Die eis is gevolglik slegs teen dokters Louw en Joosub ingestel.

Die Hoë Hof het egter die eis verwerp aangesien kousaliteit nie aangetoon kon word nie; met ander woorde, die hof het bevind dat daar *nie* 'n oorsaaklike verband was tussen die beweerde nalatige optrede van die dokters en die skade wat dokter Patel na bewering gely het nie (*Louw*-saak par. 2, sien ook par. 38). Ontevrede met die uitspraak, appelleer dokter Patel vervolgens na 'n volbank regters, en slaag met die appèl (*Louw*-saak par. 2). Wanneer dokter Joosub gedurende die verrigtinge sterf, word die saak teen dokter Louw alleen voortgesit. Met toestemming van die Hoogste Hof van Appèl, teken dokter Louw appèl aan teen die uitspraak van die volbank (*Louw*-saak par. 1). Die onderhawige bespreking fokus op die *Louw*-saak wat, soos ten aanvang genoem is, bestaan uit 'n meerderheids- en minderheidsuitspraak.

Die volgende bespreking van die saak neig om eerder die minderheids- as die meerderheidsuitspraak te steun, aangesien eersgenoemde meer strook met die wyse waarop mediesenalatighedsake in die howe hanteer word. Daar word aanbeveel dat die lokaliteitsreël in

mediesenalatigheidseise in berekening gebring moet word, juis as gevolg van kenmerkende ongelykhede wat veral in die gesondheidsorgkonteks in Suid-Afrika bemerk kan word.

Die bespreking begin met 'n kort opsomming van die feite van die *Louw*-saak, met klem op die tye waarop die gebeure chronologies plaasgevind het. Dit word gevolg deur 'n bespreking van die meerderheidsuitspraak en 'n oorsig van die verskille tussen die meerderheids- en minderheidsuitspraak. Vervolgens word die mediesenalatigheidstema ondersoek gevolg deur die toets vir nalatigheid, kousaliteit, die beoordeling van die deskundige getuienis, en ten slotte die moontlike toepaslikheid van die lokaliteitsbeginsel. Tussendeur word relevante vroeë belig wat rondom die saak ontstaan, ten einde geldige gevolgtrekkings te kan maak.

2. Feite van die *Louw*-saak

Dokter Patel, die respondent, is op 7 Augustus 2019 omstreeks 17:30 tydens 'n rooftog by sy huis se spreekkamer deur 'n koeël in sy been gewond (*Louw*-saak par. 5). Paramedici het opgedaag en hom behandel. Dokter Joosub, sy buurman en kollega, het van die skietery verneem en dadelik sy hulp gaan aanbied (*ibid*). Dokter Patel het hom versoek om ene dokter Herbst, 'n senior algemene praktisyn in die omgewing van Standerton, te skakel. Dokter Louw, 'n vennoot van dokter Herbst, het die oproep beantwoord aangesien dokter Louw besig was om na na-uurse pasiënte om te sien. Dokter Joosub het dokter Louw van die skietery vertel, asook dat dokter Patel se skietwond aan die onderste gedeelte van sy linkerbeen was (*Louw*-saak parr. 5–6). Dokter Louw het aangeraai dat dokter Patel so gou moontlik hospitaal toe moet gaan, aangesien hy eers gou sy na-uurse pasiënte se afspraak moes afhandel. Hy het boonop 'n dringende blindedermoperasie gehad wat om 18:30 geskeduleer was, maar hy sou daarna aandag aan dokter Patel gee (*Louw*-saak par. 7).

Dokter Louw het omstreeks 18:00 by die hospitaal opgedaag. Hy het dokter Patel ondersoek en bevind dat daar 'n fraktuur aan sy linkerfemur was, asook dat daar geen enkelpolsslag teenwoordig was nie, wat gedui het op 'n vaskulêre probleem; met ander woorde, daar was geen bloedtoevoer na dokter Patel se onderbeen nie. Dokter Louw het dokter Joosub gevra om die beseerde dokter Patel na die X-straalafdeling te vergesel, terwyl hy die blindedermoperasie gaan uitvoer het (*Louw*-saak par. 9). Volgens dokter Louw se getuienis was die blindedermoperasie dringend, aangesien hy reeds tevore 'n pasiënt weens komplikasies van 'n blindedermoperasie aan die dood afgestaan het. Die blindedermopasiënt was reeds die dag tevore by hom, asook die oggend van die rooftog en skietery, waartydens hy weer oor ondraaglike buikpyn gekla het. Dokter Louw wou dus geen kans waag met die blindedermopasiënt nie, aangesien hy nie weer 'n pasiënt weens 'n blindedermprobleem wou verloor nie. Die narkotiseur en die algemene praktisyn wat sou assisteer tydens die blindedermoperasie was eers na-ure beskikbaar vir die operasie, wat hom genoop het om die blindedermoperasie uit te voer onderwyl daar X-strale van dokter Patel se been geneem is (*ibid*).

Teen 19:00 was die operasie voltooi en het hy na die X-strale gekyk en besef dat dokter Patel so spoedig moontlik na 'n ander hospitaal oorgeplaas moes word waar daar spesialisdienste van 'n ortopeed en 'n vaskulêre sjirurg beskikbaar was (*Louw*-saak par. 10). Hy het ook besef dat *tyd* 'n groot faktor was, aangesien 'n pasiënt 'n been kan verloor as bloedtoevoer na die been nie vinnig herstel word nie. Dokter Louw het derhalwe die privaathospitaal geskakel om uit te vind wanneer daar 'n betroubare ambulansdiens beskikbaar sou wees (*ibid*). Hy is na die

ambulansdiens op Secunda verwys en het met laasgenoemde kontak gemaak, wat op hul beurt (onsuksesvol) probeer het om lugvervoer vir die beseerde dokter Patel te reël. Gevolglik het die ambulans van Secunda af na Standerton toe vertrek. Die ambulansdiens het dokter Louw gevra vir 'n adres waarheen die pasiënt vervoer moes word. In die harwar van die situasie het dokter Louw, 'n ortopediese sjirurg, dokter Straub, van die Pretoria-Oos Hospitaal, gekontak en die situasie aan hom verduidelik. Dokter Straub het aangedui dat dokter Tollig, ook 'n ortopediese spesialis, aan diens was en dat hy hom sou skakel en voorberei op die koms van dokter Patel per ambulans. Dokter Louw het ook 'n nota aan dokter Tollig geskryf waarin hy sy diagnose rakende dokter Patel se toestand verduidelik het (*Louw-saak* par. 11).

Die ambulans het om 20:20 by die Standertonse Hospitaal opgedaag en het om 20:46 na Pretoria vertrek (*Louw-saak* par. 12). Op pad na Pretoria het meneer Van den Heever, 'n gekwalifiseerde ambulansman ("certified principal care assistant") wat dokter Patel in die ambulans vergesel het, opgemerk dat dokter Patel besig was om kompartementsindroom ("compartment syndrome") te ontwikkel, wat beteken het dat die weefsel rondom die beenbreuk begin het om te disintegreer weens 'n tekort aan bloed (*Louw-saak* par. 13). Die ambulans het om 22:45 by Pretoria-Oos Hospitaal aangekom. Dokter Tollig was nie daar nie, maar die ongevalledokter was bewus van die koms van die pasiënt en het hom dadelik ondersoek met die oog op 'n angiogram wat dokter Tollig voorgeskryf het (*Louw-saak* par. 14). Meneer Van den Heever wou sy bekommernis oor die kompartementsindroom aan die dokter verduidelik, maar volgens sy getuienis het niemand aandag hieraan geskenk nie ("no one paid attention") (*Louw-saak* par. 15). Die ongevalledokter het na sy ondersoek besef 'n vaskulêre sjirurg is dringend nodig, maar Pretoria-Oos Hospitaal het nie oor so 'n spesialisdiens beskik nie. Die ongevalledokter was ook verbaas dat dokter Louw se nota geen melding gemaak het van vaskulêre beserings nie. Dokter Patel moes derhalwe *weer* geskuif word (*Louw-saak* par. 15–16).

Dokter Tollig het om 23:30 by Pretoria-Oos Hospitaal opgedaag (*Louw-saak* par. 17). Hy het dadelik gereël dat die pasiënt na die Pretoria Harthospitaal geskuif moet word waar dokter Botes, 'n vaskulêre spesialis, die pasiënt sou ontvang. Die ambulans het uiteindelik om 00:04 by dokter Botes opgedaag. Dokter Botes het dokter Patel en sy naasbestaendes ingelig dat hy sy bes sou doen, maar dat daar weens die tydsverloop 'n baie goeie kans was dat hy nie dokter Patel se been sou kon red nie. Dokter Patel se been moes uiteindelik geamputeer word weens die uitgerekte tydsduur waartydens sy been nie voldoende bloedtoevoer gehad het nie (*ibid*). Die tydsverloop tussen die skietvoorval en die poging om die bloedvloei te herstel was na beraming nege en 'n kwart uur, hopeloos te lank om die been te red. Al die deskundiges wat getuig het, het saamgestem dat 'n totaal van vier ure basies die afsnypunt is om 'n been sonder enige bloedtoevoer te red, hoewel omringende omstandighede ook 'n rol kon gespeel het (*Louw-saak* par. 48).

3. Uitspraak

3.1 Die meerderheidsuitspraak

Die meerderheidsuitspraak is gelewer deur waarnemende appèlregter Masipa met appèlregters Molemela en Gorven wat saamgestem het. Volgens hulle was daar drie vrae wat beantwoord moes word: (1) met watter dringendheid het die appellant (dokter Louw) na die respondent

(dokter Patel) omgesien in die Standertonse hospitaal; (2) met watter dringendheid en op watter wyse is die verskuiwing of oorplasing van die respondent gereël; en laastens, (3) wat was die effek van die versuim van die appellant om behoorlik met dokter Tollig, die ortopeed wat die pasiënt in Pretoria sou ontvang, te kommunikeer rakende die noodsaaklikheid van 'n vaskulêre spesialis (*Louw*-saak par. 24).

Wat die eerste vraag betref, of dokter Louw met dringendheid opgetree het nadat hy van die skietery gehoor het, was die meerderheidsgevoel onder die regters dat die appellant *nie* nalatig was nie aangesien hy nie ingelig is dat die wond lewensgevaarlik was nie (*Louw*-saak par. 27–29).

Die tweede vraag het sentreer rondom die vraag of dokter Louw die blindedermparasie moes doen terwyl X-strale van dokter Patel geneem was, en of hy *eerder* daardie tyd moes gebruik het om die oorplasing van dokter Patel te fasiliteer (*Louw*-saak par. 30–33). Die regters se gevoel was dat “a reasonable doctor would have weighed the level or urgency of the vascular injury against that of the appendicitis”; met ander woorde, dokter Louw moes die verskuiwing van die pasiënt ernstiger geag het as die blindedermparasie (*Louw*-saak par. 34). Die meerderheid regters het met die volbank van die Hoë Hof saamgestem en bevind dat dokter Louw nalatig was om *nie* die verskuiwing of oorplasing van dokter Patel met meer dringendheid vinniger en deegliker te reël nie.

Die derde vraag was die kruks van dokter Patel se saak. Hy het aangevoer dokter Louw moes uitgevind het of Pretoria-Oos Hospitaal geskik was vir die tipe besering wat hy opgedoen het. Daar moes met ander woorde toepaslike toerusting en kundigheid gewees het om 'n vaskulêre besering te behandel. Deur dit *nie* te gedoen het nie, was dokter Louw nalatig, aangesien daar byna twee ure verlore gegaan het tussen dokter Patel se aankoms by Pretoria-Oos Hospitaal en die verskuiwing na die Pretoria Harthospitaal. Volgens hom moes dokter Louw self met dokter Tollig gepraat het, soos mediese protokol voorskryf (*Louw*-saak par. 38). Dokter Tollig het getuig dat hy nie deur dokter Straub ingelig is dat daar 'n vaskulêre probleem was nie, en gevolglik was hy onder die indruk dat hy vir 'n pasiënt met net 'n femurfraktuur as gevolg van 'n skietwond gewag het (*Louw*-saak par. 40). Dokter Straub is nie gevra om te getuig nie, en sonder enige verduideliking waarom dit nie gedoen is nie, het die hof dus die afleiding gemaak dat indien dokter Straub sou getuig het, hy sou bevestig het dat dokter Louw niks oor sy vermoede van 'n vaskulêre besering gesê het nie, maar slegs na die femurfraktuur verwys het (*Louw*-saak par. 41). Dokter Tollig het ook bygevoeg dat indien hy van die vaskulêre besering geweet het, hy ander hospitale nader aan Standerton sou voorgestel het (*Louw*-saak par. 42). Die Hoogste Hof van Appèl (HHA) bevind dus dat dokter Louw wel nalatig was (*Louw*-saak par. 44). Die tydsverloop tussen die toediening van die skietwond en die herstel van die bloedtoevoer was te lank. Indien alles vinniger gebeur het en as dokter Louw behoorlik met dokter Tollig gekommunikeer het, sou die been gered kon word. Derhalwe bevind die HHA dat kousaliteit aangetoon kan word tussen die tydsvertraging rondom die oorplasing van dokter Patel en die swak kommunikasie wat met die oorplasing van die pasiënt gepaard gegaan het, en die skade wat gely is.

3.2 Die minderheidsuitspraak

Waarnemende appèlregter Basson, met appèlregter Dambuza wat saamstem, het die minderheidsuitspraak gelewer. Hulle verskil met die meerderheidsuitspraak was gebaseer op die kwessie van oorsaaklikheid of kousaliteit (*Louw*-saak par. 66). Hulle het *verskil* met die waarde

wat die meerderheidsuitspraak geheg het aan die getuienis van professor Boffard, die respondent se deskundige getuie, dat die been gered sou kon word as die bloedtoevoer binne sewe ure na die skietery herstel was (*ibid*). Hulle het aangedui dat hierdie versugting van professor Boffard bloot sy persoonlike opinie was. Volgens hulle het dokter Botes, die deskundige vir die appellant, se verduideliking meer sin gemaak. Dokter Botes was die vaskulêre spesialis wat die wond gesien het, en die bloedtoevoer moes herstel het. Die meerderheid regters het egter gemeen dat die getuienis van dokter Botes sonder grondslag was: “[T]he criticism is based on Dr Botes’s response that he could not give an estimate of the degree or extent to which each of the various aspects of the injury had contributed to the loss of blood supply” (*Louw*-saak par. 70). Tóg het dokter Botes in fyn besonderhede beskryf wat hy klinies waargeneem het en wat die omvang van die totale skade van die skietwond was (*Louw*-saak par. 71). Hy was dus in ’n sekere sin ’n “ooggetuie” van die wond in geheel, aangesien hy nie net die femurfraktuur gesien het nie, maar ook die skade wat aan die omliggende are en weefsel aangerig is. Professor Boffard het sy deskundige mening bloot op grond van die kliniese notas van dokter Botes gevorm (*Louw*-saak par. 72). Dokter Botes het benadruk dat mens *nie* ’n spesifieke tydsbepaling kan verskaf van wanneer ’n ledemaat verloor kan word weens ’n tekort aan bloedvloei nie, aangesien alles afhang van die omliggende skade wat aangerig is: “[T]here is no ‘magical number’ but ‘a spectrum’ which is dependent upon clinical observation of the amount of damage that was done to the leg” (*Louw*-saak par. 73). Professor Boffard het ook na ’n gepubliseerde artikel oor die onderwerp verwys wat volgens die minderheidsregters nie sy argument gesteun het nie, terwyl dokter Botes na ’n gepubliseerde artikel verwys het wat dit duidelik gestel het dat tydsverloop alleen *nie* die bepalende faktor is of ’n ledemaat gered kan word al dan nie (*Louw*-saak par. 76).

Die twee regters kom dus tot die korrekte gevolgtrekking dat daar *nie* met sekerheid bepaal kon word of die been gered sou kon word na ’n twee- tot drie-uur-tydsverloop nadat die wond toegedien is nie. Gevolglik was hulle van mening dat kousaliteit nie bewys kon word nie.

4. Bespreking

Die *Louw*-saak handel oor ’n saak tussen twee individue waar die een party, dokter Patel, beweer dat hy skade berokken is deur die beweerde nalatige optrede van die ander party, dokter Louw. Die saak val dus in die domein van die siviele reg, en is meer spesifiek gemoeid met ’n delik. Neethling en Potgieter 2020:4 (vertaling) beskryf ’n delik as “’n handeling van ’n persoon wat op onregmatige en skuldige wyse nadeel aan ’n ander veroorsaak”. Al die elemente van ’n delik, naamlik ’n handeling, onregmatigheid, skuld, kousaliteit en skade moet dus teenwoordig wees alvorens ’n delik bewys kan word. Die bewyslas ter sprake vir die bewys van ’n delik is dat die bewering op ’n oorwig van waarskynlikheid bewys moet word. Nie al die delikselemente is in die *Louw*-saak behandel nie. Ons verwys vervolgens kortliks na elkeen van die elemente, behalwe in die geval waar die uitspraak wel na ’n element verwys het.

’n *Handeling* as delikselement word beskryf as “’n willekeurige menslike doen of late” (Neethling en Potgieter 2020:27 (vertaling)). In die *Louw*-saak het dokter Louw wel iets gedoen deur die oorpasing van dokter Patel te reël, maar sy positiewe handeling is op ’n nalatige wyse uitgevoer deurdat hy nagelaat het om spoedig genoeg toepaslike mediese dienste vir die pasiënt, dokter Patel, te reël, asook om behoorlik met die dokter wat die pasiënt sou ontvang, te kommunikeer. Daar was ’n verpligting op hom om met meer dringendheid en deeglikheid

op te tree, aangesien hy dokter Patel as pasiënt aanvaar het tydens die oproep van dokter Joosub af. Daar het dus 'n dokter-pasiënt verhouding tussen hulle ontstaan (sien *S v Life Healthcare Group (Pty) Ltd* (10227/2014 [2017] ZAKZDHC 12 (20 March 2017)) ingevolge waarvan dokter Louw 'n verpligting gehad het (“a duty of care”) om met die nodige kundigheid na dokter Patel om te sien (Dutton 2015:34).

Die *onregmatigheid* van 'n handeling word gemeet aan die regsopvatting van die gemeenskap (*boni mores*). In *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (HHA) par. 12, verduidelik die hof dat nalatigheid, soos begryp in ons reg, nie outomaties onregmatig is nie. Dit sal as onregmatig en dus vatbaar vir 'n aksie wees indien dit plaasvind in omstandighede waar die reg dit as onregmatig beskou. Die onregmatigheid al dan nie van dokter Louw se optrede word nie in die *Louw*-saak bespreek nie. Daar word aan die hand gedoen dat dokter Louw se optrede nie as *contra bonos mores* beskou sou word indien die lokaliteitsreël in berekening gebring was tydens die uitspraak nie (later meer hieroor).

Skuld in mediese kwessies kom gewoonlik voor in die vorm van nalatigheid, aangesien daar algemeen aanvaar word dat geen geneesheer met opset sy pasiënte skade wil berokken nie. Daar is ook 'n spesifieke toets vir mediese nalatigheid, bevestig in 'n vroeëre appèluitspraak, waarna verder hier onder verwys word.

Kousaliteit vorm die grondslag van die *Louw*-saak en derhalwe word dit in meer besonderhede hier onder bespreek, bo en behalwe die opmerkings wat reeds hier bo in verband met die meerderheids- en minderheidsuitsprake gemaak is.

Dat dokter Patel *skade* gely het, is onbetwisbaar, aangesien hy 'n deel van 'n ledemaat, naamlik die gedeelte onder sy knie, verloor het. Dit kan 'n geweldige invloed op die res van sy gewone lewe hê, asook op sy beroepslewe. Die kwantum van die skadevergoedingseis is nie in die *Louw*-saak aangespreek nie.

4.1 Die toets vir mediese nalatigheid

Die toets vir mediese nalatigheid is 'n objektiewe toets, soos gesaghebbend geformuleer in *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430E-F (sien Neethling en Potgieter 2020:165–6). Die toets bepaal dat nalatigheid intree as die *diligens paterfamilias* (redelike persoon) in die posisie van die dader redelikerwys sou voorsien het dat sy handeling skade kan berokken tensy hy redelike stappe doen om dit te voorkom, en die dader nié sodanige stappe doen nie. In *Oppelt v Department of Health, Western Cape* 2016 1 SA 325 (KH) par. 69 het die Konstitusionele Hof bygevoeg dat die stappe wat die redelike persoon in die posisie van die betrokke dader sou neem, altyd sal afhang van die *omstandighede van elke saak*. Dit beteken dat die betrokke konteks ook oorweeg moet word.

In *Mitchell v Dixon* 1914 AD 519 par. 525 verduidelik die hof dat 'n dokter nie gemeet sal word aan die hoogs moontlike standaard om te bepaal of hy redelik opgetree het of nie, maar slegs aan die gewone standaard van die gewone, redelike dokter: “[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.” Om te bepaal wat redelik is, het die Appèlhof in *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438, 444 opgemerk dat 'n hof die algemene vlak van vaardighede en optrede as redelik sal beskou, mits dit so aanvaar word deur die lede van daardie deel van die professie waaraan die dokter behoort (sien ook Saner

2021: hfst. 2). Dokter Louw moes derhalwe gemeet gewees het aan die vaardighede wat verwag kan word van 'n redelike algemene praktisyn. Hierby kan gevoeg word: die vaardighede van 'n redelike algemene praktisyn *op die platteland*. Die meerderheid regters in die *Louw*-saak was van mening dat die redelike algemene praktisyn die verskuiwing van die pasiënt na 'n beter hospitaal met meer dringendheid sou doen. Hulle het dus gereken dat dokter Louw moes kon voorsien het dat tyd 'n kritiese rol sou speel in die voorkoming van 'n amputasie en hy moes derhalwe alles gelos het en die verskuiwing vinniger, maar ook deegliker gereël het. Hy moes direk met dokter Tollig gepraat het want deur dit nie te gedoen het nie, het hy *nie* soos 'n redelike algemene praktisyn opgetree nie.

Die *Louw*-saak par. 22 verwys na *Mashongwa v Passenger Rail Agency of South Africa* [2015] ZACC 36 ten opsigte van die toets vir nalatigheid, waar die Konstitusionele Hof soos volg verklaar: “The standard of a reasonable person was developed in the context of private persons and given the fundamental difference between the state and individuals, it does not follow that what is seen to be reasonable from an individual’s point of view must also be reasonable in the context of organs of state.” Dit is nie duidelik uit die hofsaak hoekom daar 'n verwysing na hierdie saak is nie en waarom die regters nie na die geïkete reg ten opsigte van die *toets* vir mediese nalatigheid verwys het nie. Die kwessie van *kousaliteit* het wel aandag geniet in die *Mashongwa*-saak. Die Konstitusionele Hof het in dié saak daarop gewys dat *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) nooit die toets vir feitlike kousaliteit wou verander het nie, maar dit meer buigsaam wou maak. Die regters bevestig dus weer die “but for”-toets soos dit in die *Mashongwa*-saak par. 68 toegepas is (vgl. Neethling en Potgieter 2020:226–7).

4.2 Kousaliteit

Om met 'n mediesenalatigheidseis te slaag, moet daar 'n kousale of oorsaaklike verband bestaan tussen die nalatige optrede of nalatige versuim om te handel, en die skade wat gely is. 'n Persoon kan dus nie aanspreeklik wees as hy nie die skade veroorsaak het nie (Neethling en Potgieter 2020:215). Of daar 'n kousale verband bewys kan word tussen die dader se doen of late en die skade wat gely is, is 'n feitevraag.

Ons reg onderskei tussen feitlike en juridiese kousaliteit (*Louw*-saak par. 45; sien ook *Minister of Police v Skosana* 1977 1 All SA 219 (A); Dutton 2015: hfst. 5; Neethling en Potgieter 2020:230 e.v.). Feitlike kousaliteit word bepaal deur die sogenaamde “but for”-toets, en wel soos volg: As dit nie was vir die nalatige optrede van die dokter nie, sou die skade nie plaasgevind het nie (*Louw*-saak par. 45–46). Toegepas op die *Louw*-saak beteken dit dus dat as dit nie was vir dokter Louw se optrede wat nie met die nodige dringendheid plaasgevind het nie, sou dokter Patel nie sy been verloor het nie.

Om kousaliteit te bewys deur die “but for”-toets te gebruik, moet 'n hipotetiese ondersoek gedoen word om te bepaal wat sou gebeur het as daar nie nalatige optrede was nie. Die hof het dus hipoteties geredeneer dat sou dokter Louw om 18:30 reeds die ambulans gekontak het, die ambulans na alle waarskynlikheid om 19:24 in Standerton sou arriveer en om 19:50 vertrek het. Sou daar 'n bewustheid van die behoefte aan 'n vaskulêre spesialis teenwoordig gewees het, sou die ambulans waarskynlik die pasiënt na die Uniehospitaal geneem het, wat 'n rit van een uur en 27 minute van Standerton af geleë is. Die ambulans sou dus rondom 21:18 by die Uniehospitaal arriveer het. In die geheel gesien, sou dit dus drie ure geduur het vanaf die tyd wat die skietwond toegedien is, tot en met die tydstip wat bloedvloei herstel kon word (*Louw*-saak par. 60). As 'n mens boonop die tyd wat dit 'n vaskulêre spesialis sou neem om

die bloedtoevoer te herstel, byreken, kon alles moontlik in vier ure geskied het, in skrilte kontras met die ongeveer sewe ure wat dit in werklikheid geneem het om dokter Patel tot by die Pretoria Harthospitaal te neem.

Dit is juis op hierdie punt waar die minderheid regters van die meerderheidsuitspraak verskil het. Dokter Botes se getuienis was duidelik en logies en omdat hy die skietwond self gesien het, het hy verduidelik dat selfs al het die verskuiwing vinniger gebeur, die been in elk geval nie gered sou kon word nie. Volgens hom was die omvang van die skade wat aan die been en omliggende weefsel aangerig is van só 'n aard dat dit selfs nie eens binne 'n tydskuur van twee tot drie ure gered sou kon word nie. Dus, selfs al het alles vinniger gebeur en is dokter Patel na 'n nader hospitaal verskuif, sou die been nie gespaar kon word nie. Die minderheid het derhalwe bevind dat die “but for”-toets ten opsigte van dokter Louw nie slaag nie (*Louw*-saak par. 79).

Ten opsigte van juridiese kousaliteit meen Neethling en Potgieter (2020:231–2) dat as dit so duidelik is dat die persoon nalatig was, die vraag na juridiese kousaliteit oorbodig is, aangesien die vraag as't ware stilswyend binne die raamwerk van die ondersoek na die ander delikselemente – veral onregmatigheid en skuld – beantwoord en afgehandel word. Dit blyk ook dat die regters in die *Louw*-saak par. 63 so geredeneer het, aangesien die meerderheidsuitspraak net noem dat die feitlike kousaliteit sterk genoeg is en derhalwe ook juridiese kousaliteit bevestig.

4.3 Deskundige getuies

Soos reeds genoem, is die toets vir mediese nalatigheid 'n objektiewe toets, maar ten einde die toets toe te pas, moet daar van deskundige getuienis gebruik gemaak word (*Louw*-saak par. 22). Deskundige getuienis is essensieel in mediesenalatighedsake aangesien die hof nie in staat is om mediese risiko's te evalueer nie (*Louw*-saak par. 20; sien ook *Michael v Linksfield Park Clinic (Pty) Ltd* [2001] ZASCA; *Bolitho v City and Hackney Health Authority* [1997] UKHL 46; *Coopers (SA) (Pty) Ltd v Deutsche Gesellschaft für Schädlingsbekämpfung MbH* 1976 (3) SA 352 (A) 370G-H; Van den Heever en Lawrenson 2015). Die opinies wat deur deskundiges gelewer word, moet logies beredeneerd wees (*Louw*-saak par. 19), maar aan die einde van die saak moet 'n regter *al* die moontlikhede, tesame met die deskundige getuienis, beoordeel, soos die hof in die *Louw*-saak par. 21 benadruk: “[...] a court must consider probabilities along with the views of experts”. Professor Boffard het egter nooit vir dokter Patel fisies ondersoek nie en sy getuienis was gebaseer op sy persoonlike opinie wat hy gevorm het deur die notas van dokter Botes, wat dokter Patel wel behandel het, te lees. Professor Boffard het sy opinie geregverdig deur te verwys na internasionale publikasies en navorsingsartikels. Hy was ook van mening dat die X-strale van dokter Patel se knie aangedui het dat die skietwond deur 'n lae-kaliber-geweer veroorsaak is (*Louw*-saak par. 49–50). Sy gevolgtrekking was dus dat die been binne die tydsbestek van vier ure gered sou kon word, wat binne die hipotetiese feitestel soos in die hof geargumenteer is, geval het.

Deskundige getuies word geag beter en ingeligte kennis te hê van mediese gevalle, soos in die *Louw*-saak die geval was. Hulle moet dus die hof bystaan deur die mediese vrae te verduidelik en hul professionele opinies te gee (sien Zeffertt en Paizes 2009:321–330). Deskundiges is geregtig daarop om hul opinies te baseer op literatuur of ander dokumente wat deur hulle bestudeer is. Tóg wys Zeffertt en Paizes (2009:326) daarop dat 'n deskundige wat die wond(e)

self waargeneem het, en daarvoor getuig, se getuienis meer gewig behoort te dra as die deskundige wat sy opinie slegs baseer op professionele kennis.

Wanneer daar botsende opinies tussen deskundiges ontstaan, moet die opinie aanvaar word wat logies beredeneerd is (*Michael v Linksfeld Park Clinic* 2001 3 SA 1188 (A) 36; Zeffertt en Paizes 2010:106). Hierdie stelling is nie altyd duidelik toepasbaar nie, want wanneer kan daar aanvaar word 'n deskundige mening is logies beredeneerd en wanneer nie? Meintjes-Van der Walt (2000:789) wys daarop dat die wetenskap nie altyd absolute waarhede bevat nie en hoewel inligting oor sekere aspekte van wetenskap (insluitende die mediese wetenskap) gepubliseer mag wees, dit nie noodwendig beteken dat dit die absolute waarheid vervat nie. In die lig hiervan is dit vreemd dat die meerderheid regters eerder professor Boffard se deskundige opinie as dié van dokter Botes aanvaar het.

Dokter Botes, die deskundige getuie vir dokter Louw, het geredeneer dat die red van 'n ledemaat nie net aan tyd gekoppel kan word nie, maar afhang van vele omringende faktore: “[...] limb salvageability is not only time-related but depends on multiple factors...the nature and extent of injury cumulatively determine ischaemic time [...]” (*Louw-saak* par. 51). Dokter Botes, 'n vaskulêre spesialis, het dokter Patel fisies ondersoek en behandel. Hy het bevind dat die gefragmenteerde femur die omliggende weefsel en are van dokter Patel se been sodanig beïnvloed het, dat die been na sy mening moontlik slegs binne *drie* ure gered sou kon word. Die periode van drie ure val buite die hipotetiese argument van vier ure, soos gestel in die hof. Ongelukkig kon hy nie spesifiek verduidelik waarop hy sy mening baseer nie en het hy bloot verwys na dit wat hy waargeneem het tydens sy behandeling van dokter Patel. Die hof het dit nie aanvaar nie en gereken sy opinie was nie duidelik gemotiveerd nie; hy het dokter Patel boonop eers sewe ure ná die skietvoorval gesien (*Louw-saak* parr. 50–55).

Die indruk word geskep by die lees van die saak dat die meerderheid regters bloot nie van dokter Botes se getuienis gehou het nie. Hy was pedanties, maar wou nie skiet gee dat daar 'n spesifieke tyd gekoppel kan word aan die nodigheid om 'n ledemaat weens bloedverlies te amputeer nie. Juis aangesien die mediese wetenskap nie 'n absolute wetenskap is nie, is daar altyd ruimte vir 'n ander siening en daarom is dokter Botes se getuienis dat die tydsfaktor nie rigied gesien moet word as 'n faktor wat bepalend is by die red van 'n ledemaat al dan nie, meer geloofwaardig (*Louw-saak* par. 76). Gevolglik word aan die hand gedoen dat die minderheidsuitspraak se hantering van die deskundige getuienis korrek was.

4.4 Die lokaliteitsreël

Die lokaliteitsreël, oftewel die omgewingsrol, het ter sprake gekom in *Van Wyk v Lewis* 1924 AA 438. Twee regters, hoofregter Innes en appèlregter Wessels, het verskil oor die vraag of die kwessie van lokaliteit of omgewing 'n rol moet speel in die beoordeling van mediese nalatigheid. In hierdie verband is hoofregter Innes (444) se opmerking van belang:

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.

Hoofregter Innes was van mening dat die plek of ligging waar 'n dokter werk geen invloed moet hê op die wyse waarop die dokter sy werk doen nie. In teenstelling hiermee het appèlregter Wessels gevoel dat daar wel 'n onderskeid kan wees tussen mediese dienste wat op die platteland beskikbaar is, teenoor dit wat in 'n stad verwag kan word. Hy (457) stel dit soos volg:

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. The principle has been recognized in the American case of *Small v Howard* and kindred cases.

Hierdie gevolgtrekking, asook die siening van professor Carstens, verdien instemming dat daar situasies in Suid-Afrika is wat definitief 'n invloed op die wyse waarop dokters praktiseer kan hê, afhangend van waar hulle praktiseer, en dat hierdie omliggende faktore in aanmerking geneem moet word wanneer nalatigheid beoordeel word (sien Carstens 1990:421–3; Carstens 2008:169–79; Carstens en Pearmain 2007:636). Carstens redeneer voorts dat stede gewoonlik oor beter mediese fasiliteite beskik as dié wat op die platteland beskikbaar is. Daar kan ook personeeltekorte op die platteland wees, wat moontlik nie in die stede die geval sal wees nie. Carstens (1990:423) beskou dus die lokaliteitsreël as 'n verdere spesiale omstandigheid waaraan aandag gegee behoort te word wanneer bepaal word of 'n dokter nalatig opgetree het of nie:

In my opinion the locality where a medical practitioner operates will always be relevant in cases of medical malpractice until such time when it can safely be stated that the medical facilities and equipment in this country are equally available and accessible, irrespective of whether the medical practitioner chooses to practise in the city or in the country.

Daar kan nie fout gevind word met Carstens se argument nie, veral nie as dit toegepas word op die Louw-saak nie. Dit was egter nie die geval nie, maar indien dit wel toegepas was, kon die uitspraak moontlik anders gewees het. Standerton is 'n plattelandse dorp; in die uitspraak verwys die hof tereg daarna as “a small town in Mpumalanga Province” (Louw-saak par. 2).

Die volgende faktore moes 'n rol gespeel het in die beoordeling van dokter Louw se nalatige optrede in die lig van die ligging of lokaliteit van die agtergrond waar die saak afgespeel het (Standerton). Ten eerste: die blindedermoperasie is spesifiek uitgestel tot die aand omdat die narkotiseur en die algemene praktisyn wat sou assisteer slegs na-ure beskikbaar was: “they were both tied up in their private practices during the day” (Louw-saak par. 9). Hierdie feit kan dui op 'n personeeltekort by die Standertonse hospitaal. Standerton beskik ook nie oor spesialisdienste, soos ortopedie, nie, en selfs nie eens oor 'n ambulansdiens nie. Die ambulans moes van Secunda, ongeveer 60 km van Standerton af, ontbied word. Met die huidige toestand van Suid-Afrika se paaie is dit haas ondenkbaar dat die ambulans net een uur en vyftien minute geneem het om Standerton te bereik, en daarna een uur en nege-en-vyftig minute om Pretoria te bereik (Louw-saak par. 13). Dokter Louw is gekortwiek in sy besluite weens die personeel-situasie by die Standertonse hospitaal. Die feite dui daarop dat dinge vinnig moes gebeur, maar weens logistieke feite wat verband hou met die betrokke hospitaalkonteks, kon dit nie. Dokter Louw se optrede moet binne hierdie konteks beoordeel word. Mens kan spekuleer dat dokter Louw waarskynlik besef het dat die vervoer in 'n ambulans 'n waagstuk sou wees, maar daar

was geen ander uitweg nie. Hy het ook sy kollega, dokter Straub, met wie hy bekend was, geskakel. Hy het dit heel waarskynlik gedoen omdat dit die enigste spesialis was aan wie hy onder druk kon dink: “The two doctors had a longstanding relationship and had previously facilitated numerous emergency transfers together” (*Louw*-saak par. 11). Dit blyk dat daar ’n kommunikasiegaping was tussen die boodskap wat aan dokter Straub oorgedra is, en wat laasgenoemde aan dokter Tollig gekommunikeer het; hoewel dokter Tollig dit baie duidelik gestel het dat daar geen melding gemaak was van die noodsaak vir ’n vaskulêre spesialis nie. Die vraag kan gevra word of die gemiddelde ortopeed wat verneem van ’n noodgeval waar daar ’n femurbreuk as gevolg van ’n skietwond is, nie behoort te voorsien het dat daar skade aan die are (bloedtoevoer) en omringende weefsel sou wees nie. ’n Skietwond veroorsaak tog nie ’n “skoon” breuk van ’n femur nie. Dokter Tollig was ook nie by die hospitaal met die ambulans se aankoms nie en het slegs telefonies ’n angiogram aanbeveel. Indien hy dadelik die skietwond gesien het of na die ambulansman geluister het wat die teenwoordigheid van kompartementsindroom onder die dokter aan diens se aandag wou bring, kon daar ook tyd gespaar gewees het. Hoewel hierdie vrae nie betrekking op dokter Louw gehad het nie, pla dit tog in die breë konteks van die hipotetiese scenario wat in die hof geskep is.

As die lokaliteitsreël in hierdie saak toegepas sou word en die omringende omstandighede ook in ag geneem sou word, sou dit moeilik gewees het om dokter Louw aanspreeklik te kon hou vir die skade wat dokter Patel gely het.

5. Gevolgtrekking

Die bespreking van die *Louw*-saak is interessant weens pertinente anomalieë. Die bespreking dui aan waarom die minderheidsuitspraak meer aanvaarbaar as die meerderheidsuitspraak is. In die meeste mediesenalatigheidseise word al die delikselemente beoordeel, wat nie in hierdie uitspraak die geval was nie. Daar is bloot gefokus op ’n hipotetiese scenario waaruit afleidings gemaak is dat sou dokter Louw anders opgetree het, dokter Patel na alle waarskynlikheid nie sy been sou verloor het nie. Die meerderheid regters se hantering van die deskundige getuïenis is ook onreëlmatig, aangesien hulle ’n deskundige se mening wat op suiwer teoretiese kennis gebaseer was, verkies het bó ’n deskundige mening van ’n persoon wat die pasiënt self waargeneem en behandel het. Ten slotte moes die lokaliteitsreël in hierdie saak toegepas gewees het. Die ligging of konteks waar dokter Patel se skade ontstaan het, naamlik Standerton, is ’n plattelandse dorp gekenmerk deur bepaalde tekortkominge wat gesondheidsorg betref, wat ’n direkte invloed gehad het op die reeks gebeure wat gevolg het.

Bibliografie

Carstens, P. 1990. The locality rule in cases of medical malpractice. *De Rebus*, Junie: 421–3.

—. 2008. Judicial recognition of substandard medical treatment in South African public hospitals: the slippery slope of policy considerations and implications for liability in the context of criminal medical negligence. *South African Public Law*, 23(1):168–80.

Carstens, P. en D. Pearmain. 2007. *Foundational principles of South African medical law*. Durban: LexisNexis.

Dutton, I. 2015. *The practitioner's guide to medical malpractice in South African law*. Kaapstad: Siber Inc.

Meintjes-Van der Walt, L. 2000. Science friction: the nature of expert evidence in general and scientific evidence in particular. *South African Law Journal*, 117(4):771–90.

Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2020. *Law of delict*. 8ste uitgawe. Durban: LexisNexis.

Saner, J. 2020. *Medical malpractice in South Africa*. Durban: LexisNexis.

Slabbert, M. en M. Labuschaigne. 2022. Alleged negligence and cerebral palsy: bad lawyering and a disappointing outcome: *the MEC for Health & Social Development, Gauteng v TM obo MM* (380/2019) [2021] ZASCA 110 (10 Augustus 2021). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 85(2):275–86.

Van den Heever, P. en N. Lawrenson. 2015. *Expert evidence in clinical negligence: a practitioner's guide*. Kaapstad: Juta.

Zeffertt, D.T. en A.P. Paizes. 2009. *The South African law of evidence*. Durban: LexisNexis.

—. 2010. *Essential evidence*. Durban: LexisNexis.