

**DIE HOOGSTE HOF VAN APPÈL
VAN SUID-AFRIKA**

RAPPORTEERBAAR

SAAK NO: 172/2001

In die appèl van:

AFROX HEALTHCARE BEPERK
Appellant

en

CHRISTIAAN GEORGE STRYDOM

Respondent

CORAM: NIENABER, HARMS, ZULMAN, MPATI en
BRAND AR

Verhoordatum: 13 Mei 2002

Datum van Uitspraak: 31 Mei 2002

Privaat hospitaal - vrywaring teen nalatigheid van verpleegpersoneel - openbare belang - art 27 van die Grondwet - *stare decisis* in konsitusionele konteks - rol van beginsels van goeie trou - wanvoorstelling deur stilswee oor kontraksbepalings.

UITSpraak

BRAND AR

BRAND AR

[1] Is 'n kontraktuele beding wat 'n hospitaal teen aanspreeklikheid vir die nalatigheid van sy verpleegpersoneel vrywaar, geldig en afdwingbaar? Dit is die kernvraag in hierdie appèl.

[2] Die appellant is die eienaar van 'n privaat hospitaal in Pretoria. Die respondent is in die hospitaal opgeneem vir 'n operasie en post-operatiewe mediese behandeling. By opname het daar kennelik 'n ooreenkoms tussen die partye tot stand gekom. Volgens die respondent was dit 'n stitswyende bepaling van hierdie ooreenkoms dat die appellant se verpleegpersoneel hom op 'n professionele wyse en met redelike sorg sou behandel. Na die operasie het komplikasies ingetree wat na bewering veroorsaak is toe 'n verpleegster nalatig was deur 'n verband te styf aan te sit waardeur die bloedsomloop na 'n sensitiewe post-operatiewe area afgebind is. Hierdie nalatige optrede van die verpleegster het, volgens die respondent, kontraktbreuk aan die kant van die appellant daargestel wat vir hom, weens die komplikasies wat dit meegebring het, skade van meer as R2 miljoen veroorsaak het. Gevolglik het die respondent in die Transvaalse Hooggeregshof 'n aksie teen die appellant ingestel waarin hy die appellant vir hierdie skade aangespreek het.

[3] Benewens ander verwerre, het die appellant hom op klousule 2.2 van die toelatingsdokument beroep wat die respondent tydens sy opname in die hospitaal onderteken het. Hierdie klousule lui soos volg:

'2. Uitsluiting van aanspreeklikheid

2.1 ...

2.2 Ek onthef die hospitaal en/of sy werknemers en/of agente van alle aanspreeklikheid en ek vrywaar hulle hiermee teen enige eis wat ingestel word deur enige persoon (insluitende 'n afhanklike van die pasiënt) weens skade of verlies van watter aard ookal (insluitende gevolgskade of spesiale skade van enige aard) wat direk of indirek spruit uit enige besering (insluitende noodlottige besering) opgedoen deur of skade berokken aan die Pasiënt of enige siekte (insluitende terminale siekte) opgedoen deur die Pasiënt wat ook al die oorsaak/oorsake is, net met die uitsluiting van opsetlike versuim deur die hospitaal, werknemers of agente.'

[4] Die respondent het nie ontken dat hy die toelatingsdokument by sy opname onderteken het nie. Desondanks het hy verskeie redes aangevoer waarom die bepaling van die klousule nie teenoor hom afdwingbaar is nie.

[5] Tydens die voorverhoorkonferensie het die respondent toegegee dat aangesien sy eis binne die kader van klousule 2.2 val, 'n bevinding dat die klousule teen hom afdwingbaar is, noodwendig tot die afwysing van sy vordering met koste moes lei. In die lig hiervan het die partye ooreengekom om te vra dat die geskilpunte rakende die afdwingbaarheid van klousule 2.2, ingevolge hofreël 33(4), afsonderlik van die ander geskilpunte en ter aanvang bereg word. Die Hof *a quo* (Mavundla Wnde R) het aan hierdie versoek gehoor gegee. In die verrigtinge wat gevolg het, is slegs een getuie namens elkeen van die partye geroep. Die respondent het getuig waarna die appellant mnr C Buitendag wat as opnameklerk van die hospitaal die respondent se opname behartig het, as getuie geroep het. Aan die einde van die verrigtinge het Mavundla Wnde R die respondent se standpunt gehandhaaf dat klousule 2.2 nie teen hom afdwingbaar is nie. Teen hierdie beslissing kom die appellant nou, met verloop van die Hof *a quo*, in hoër beroep.

[6] Die Hof *a quo* het van die vertrekpunt uitgegaan dat die *onus* op die appellant gerus het om aan te toon dat die bepaling van klousule 2.2 teenoor die respondent afdwingbaar is. As gesag vir hierdie standpunt het hy verwys na *Durban's Water Wonderland (Pty) Ltd v Botha and Another* 1999 (1) SA 982 (SCA). Hierdie beslissing is egter juis gesag vir die teenoorgestelde. Dit blyk uit die volgende *dictum* van Scott AR te 991C-D:

'The respondents' claims were founded in delict. The appellant relied on a contract in terms of which liability for negligence was excluded. It accordingly bore the *onus* of establishing the terms of the contract. (The position would have been otherwise had the respondents sued in contract. See *Stocks & Stocks (Pty) Ltd v TJ Daly & Sons (Pty) Ltd* 1979 (3) SA 754 (A) at 762E-767C)' (my beklemtoning).

Wat die Verhoorregter klaarblyklik uit die oog verloor het, is dat die respondent in hierdie saak sy aksie juis op kontrak gebaseer het.

[7] Die gronde waarop die respondent hom ter ondersteuning van sy standpunt beroep dat klousule 2.2 nie teenoor hom afdwingbaar is nie, kan onder die volgende drie hoofde saamgevat word:

- (a) Die klousule is teen die openbare belang.
- (b) Die klousule is in stryd met die beginsels van goeie trou.
- (c) Die opnameklerk het 'n regsplig gehad om die respondent se aandag op klousule 2.2 ten tyde van kontraksluiting te vestig, wat hy nie gedoen het nie.

Openbare belang:

[8] 'n Kontraksbepaling wat dermate onbillik is dat dit met die openbare belang, in stryd is, is regtens onafdwingbaar. Hierdie beginsel is onder meer deur hierdie Hof in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) en *Botha (now Griessel) and Another v Finanscredit (Pty) Ltd* 1989 (3) SA 773 (A) erken en toegepas. In die *Sasfin*-saak (9B-F) rig Smalberger AR egter die volgende woorde van waarskuwing:

'The power to declare contracts contrary to public policy should, however, be exercised sparingly and only in the clearest of cases, lest uncertainty as to the validity of contracts result from an arbitrary and indiscriminate use of the power. One must be careful not to conclude that a contract is contrary to public policy merely because its terms (or some of them) offend one's individual sense of propriety and fairness. In the words of Lord Atkin in *Fender v St John-Mildmay* 1938 AC 1 (HL) at 12: ...

”the doctrine should only be invoked in clear cases in which the harm to the public is substantially incontestable, and does not depend upon the idiosyncratic inferences of a few judicial minds” ...

In grappling with this often difficult problem it must be borne in mind that public policy generally favours the utmost freedom of contract, and requires that commercial transactions should not be unduly trammelled by restrictions on that freedom.'

Hierdie vermanende woorde is veral in die onlangse verlede by herhaling deur hierdie Hof met nadruk bevestig. (Sien byvoorbeeld *Brummer v Gorfil Brothers Investments (Pty) Ltd en Andere* 1999 (3) SA 389 (SCA) op 420F; *De Beer v Keyser and Others* 2002 (1) SA 827 (SCA) op 837C-E; *Brisley v Drotsky* (saaknommer 432/2000 gelewer op 28 Maart 2002 - gesamentlike meerderheidsuitspraak par 31.)

[9] Wat uitsluitings- of vrywaringsklousules soos klousule 2.2, betref is die algemene benadering in ons reg dat sodanige klousules, ofskoon geldig en afdwingbaar, hulle beperkend uitgelê moet word. (Sien byvoorbeeld *Government of the Republic of South Africa v Fibre Spinners & Weavers (Pty) Ltd* 1978 (2) SA 794 (A) op 804 C-806 D en *Durban's Water Wonderland (Pty) Ltd v Botha and Another (supra)* op 989G-I.) In standaard kontrakte het hierdie tipe klousules dan ook eerder die reël as die uitsondering geword. Wat die perke van sulke klousules betref, word dit blykbaar grotendeels bepaal deur wat besigheidsoorwegings, soos die opweging van besparing aan versekeringspremies, mededingendheid en die moontlike afskrikking van potensiële kliënte. (Sien, byvoorbeeld, Christie *The Law of Contract in South Africa* 4^e uitgawe 209).

[10] Die feit dat uitsluitingsklousules as 'n spesie in beginsel

afgedwing word, beteken uiteraard nie dat 'n bepaalde uitsluitingsklousule nie deur die Hof as strydig met die openbare belang en derhalwe as onafdwingbaar verklaar kan word nie. Die bekendste voorbeeld van 'n geval waar dit wel gebeur het, is waarskynlik die beslissing in *Wells v South African Alumenite Company* 1927 AD 69 op 72 waarvolgens 'n kontrakbeding wat aanspreeklikheid vir bedrog uitsluit, as strydig met die openbare belang en derhalwe ongeldig verklaar is. Die maatstaf wat aangewend word met betrekking tot uitsluitingsklousules verskil egter nie van dié wat geld vir ander kontrakbedinge wat, na bewering, weens oorwegings van openbare belang ongeldig is nie. Die vraag is telkens of die handhawing van die betrokke uitsluitingsklousule of ander kontrakbeding, hetsy weens uiterste onbillikheid, hetsy weens ander beleidsoorwegings, met die belange van die gemeenskap strydig sal wees.

[11] Die drie gronde waarop die respondent vir sy beroep op openbare belang steun, is:

- (a) die ongelyke bedingingsposisie tussen die partye by die aangaan van die ooreenkoms;
- (b) die aard en omvang van die handeling van die hospitaalpersoneel waarteen die appellant gevrywaar word;
- (c) die feit dat die appellant die verskaffer van mediese dienste is.

[12] Wat die eerste grond betref spreek dit eintlik vanself dat 'n ongelykheid in die bedingingsmag van die partye tot 'n kontrak op sigself nie die afleiding regverdig dat 'n kontrakbeding wat tot voordeel van die

'sterker' party is, noodwendig teen die openbare belang sal wees nie. Terselfdertyd moet aanvaar word dat ongelyke bedingingsmag wel 'n faktor is wat, tesame met ander faktore, by oorweging van die openbare belang 'n rol kan speel. Desondanks is die antwoord op die respondent se beroep op hierdie faktor in die onderhawige saak, dat daar hoegenaamd geen getuienis is wat daarop dui dat die respondent tydens kontraksluiting inderdaad in 'n swakker bedingingsposisie as die appellant verkeer het nie.

[13] Die respondent se tweede grond van beswaar wat op die potensiële trefwydte van klousule 2.2, betrekking het sluit in 'n mate by sy derde grond aan. Hiervolgens is die respondent se beswaar dat, terwyl dit die appellant se plig as hospitaal is om mediese behandeling op 'n professionele en sorgsame wyse te verskaf, klousule 2.2 so ver gaan as om die appellant selfs teen die growwe nalatigheid van sy verpleegpersoneel te vrywaar. Dit, so voer die respondent aan, is in stryd met die openbare belang. Hoewel daar in Strauss, *Doctor, Patient and the Law* 3^e uitgawe 305, direkte steun te vinde is vir die betoog, dat die vrywaring van 'n hospitaal teen die growwe nalatigheid van sy verpleegpersoneel met die openbare belang strydig sal wees, moet by die beoordeling van die onderhawige grond van beswaar in gedagte gehou word dat die respondent hom nie in sy pleitstukke op growwe nalatigheid aan die kant van die appellant se verpleegpersoneel beroep nie. Hy steun op nalatigheid sonder meer. Die vraag, of die kontraktuele uitsluiting van 'n hospitaal se aanspreeklikheid vir skade wat deur die growwe nalatigheid van sy

verpleegpersoneel veroorsaak is, met die openbare belang in stryd sal wees, kom dus nie in hierdie saak ter sprake nie. Selfs die aanvaarding dat dit wel die geval is, sou nie outomaties die ongeldigheid van klousule 2.2 meebring nie. Waarskynlik sou die bepaling van die klousule in dié geval eerder by wyse van uitleg beperk word om growwe nalatigheid uit te sluit. Weereens bied die beslissing in *Wells v South African Alumenite Company (supra)* 'n treffende illustrasie. Nadat Innes HR beslis het dat die uitsluitingsklousule wat in die *Wells* saak ter sprake was, by 'n letterlike uitleg daarvan, wyd genoeg was om ook aanspreeklikheid vir bedrog uit te sluit en dat 'n kontrakbeding wat aanspreeklikheid vir bedrog uitsluit, weens redes van openbare belang ongeldig is, laat hy hom op 72 *in fine* - 73 soos volg uit:

'Hence contractual conditions by which one of the parties engages to verify all representations for himself, and not to rely upon them as inducing the contract, must be confined to honest mistake or honest representations. However wide the language, the Court will cut down and confine its operations within those limits (my beklemtoning).

[14] Die derde grond waarop die respondent vir sy beroep op openbare belang steun, hou verband met die feit dat die appellant die verskaffer van mediese sorg is. Hiervolgens sou dit vir verskaffers van mediese sorg in die algemeen ontoelaatbaar wees om 'n vrywaringklousule soos klousule 2.2 in standaard kontrakte in te voeg. Vir hierdie standpunt verlaat die respondent hom op artikel 27(1)(a) van die Grondwet, 1996 waarin elke persoon se reg op mediese sorg onderskryf word. Soos ek die uitspraak

van die Hof *a quo* verstaan, is dit by uitstek die grond waarop die beslissing ten gunste van die respondent gefundeer is.

[15] Die respondent beroep hom nie daarop dat klousule 2.2 op 'n direkte wyse op die konstitusionele waardes wat in artikel 27(1)(a) verskans is, inbreuk maak nie. So 'n beroep nie sou kennelik kon slaag nie. Selfs op die aanvaarding dat artikel 27(1)(a) ingevolge artikel 8(2) van die Grondwet ook horisontale werking het en gevolglik ook privaat hospitale bind - welke vraag nie pertinent in hierdie saak beslis hoef te word nie - verhoed klousule 2.2 immers nie die toegang van enige persoon tot mediese sorg nie. Steeds uitgaande van die veronderstelling dat artikel 27(1)(a) privaat hospitale bind, sal hierdie artikel klaarblyklik ook nie privaat hospitale verhoed om vergoeding vir mediese dienste te vra of om regtens afdwingbare voorwaardes vir die verskaffing daarvan te stel nie. Die vraag bly dus steeds of klousule 2.2 so 'n regtens afdwingbare voorwaarde is, al dan nie.

[16] Volgens die respondent se betoog word die rol van artikel 27(1) (a) in onderhawige verband ingelui deur die bepaling van artikel 39(2) van die Grondwet, waarvolgens elke hof verplig is om by die ontwikkeling van die gemenerereg, die gees, strekking en oogmerke wat in die Handves van Regte vervat is, te bevorder. Die effek van artikel 39(2), so is namens die respondent betoog, is dat daar by die oorweging van die vraag of 'n bepaalde kontraksbepaling met die openbare belang in stryd is, aggeslaan moet word op die fundamentele regte wat in die Grondwet onderskryf word. Op die aanname dat klousule 2.2 vóór die aanvaarding van die Grondwet afdwingbaar

was, so het die betoog voorts gelui, is dit nou na die aanvaarding in stryd met die 'gees, strekking en oogmerk' van artikel 27(1)(a) en gevolglik is dit met die openbare belang in stryd.

[17] Aangesien die Grondwet eers op 4 Februarie 1997 in werking getree het, terwyl die ooreenkoms tussen die partye reeds op 15 Augustus 1995 aangegaan is, is die eerste vraag wat by beoordeling van hierdie argument ontstaan of artikel 39(2) die Hof magtig - en verplig - om op konstitusionele bepalings ag te slaan wat nog nie in werking was toe die kontraktuele verhouding tussen die partye ontstaan het nie. Wat direkte skending betref, het die Grondwet geen terugwerkende krag nie. Handeling wat geldig was toe dit aangegaan is, word dus nie retrospektief vanweë die direkte werking van die Grondwet met ongeldigheid getref nie. (Sien, byvoorbeeld,) *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996 (3) SA 850 (CC) par 14; *Gardener v Whitaker* 1996 (4) SA 337 (CC) par 13.) Die vraag aangaande die moontlike terugwerkende invloed van die Grondwet op die indirekte wyse wat in artikel 39(2) beoog word, is egter nog nie pertinent beslis nie. Dat hierdie vraag nie so eenvoudig is nie blyk byvoorbeeld uit *Ryland v Edros* 1997 (2) SA 690 (C) op 709G - 710C en *Amod v Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund (Commission for Gender Equality Intervening)* 1999 (4) SA 1319 (SCA) op 1329 A-E par 22. Ek vind dit onnodig om 'n afdoende antwoord op hierdie vraag te probeer gee. In die lig van die mening wat ek oor die effek van artikel 27(1)(a) op die geldigheid van klousule 2.2 nahou, is ek bereid om ten gunste van die respondent te aanvaar dat die bepalings van artikel 27(1)(a) wel in ag geneem moet word ofskoon dit nie gegeld het toe die onderhawige

ooreenkoms op 15 Augustus 1995 aangegaan is en daar ook geen ooreenstemmende bepaling in die interim Grondwet, 200 van 1992, was nie.

[18] In *Carmichele v Minister of Safety and Security and Another (Center for Applied Legal Studies Intervening)* 2001 (4) SA 938 (CC) par 35 ev is beslis dat, by die toepassing van artikel 39(2) van die Grondwet, die vasstelling van wat die opvatting van die gemeenskap vir doeleindes van die deliktereg voorskryf, nie sonder inagneming van die waardes wat die Grondwet onderskryf, kan geskied nie. Ek het geen twyfel dat dieselfde beginsel ook by die oorweging geld of 'n bepaalde kontrakbepaling met die belange van die gemeenskap in stryd is nie. Of, soos Cameron AR dit in *Brisley v Drotsky (supra)* par 4 stel:

'Public policy ... nullifies agreements offensive in themselves - a doctrine of considerable antiquity. In its modern guise "public policy" is now rooted in our Constitution and the fundamental values it enshrines.'

[19] By die toepassing van hierdie beginsel is die enigste grondwetlike waarde waarop die respondent hom beroep dié wat onderskryf word in artikel 27(1)(a). Dit lei onmiddellik tot die vraag: hoekom is klousule 2.2 nou juis strydig met artikel 27(1)(a)? Dit is immers - en tereg - deur die respondent toegegee dat klousule 2.2 nie in die weg van die verskaffing van mediese dienste aan enige persoon staan nie en dat 'n hospitaal se aandrang op regtens aanvaarbare voorwaardes vir die verskaffing van mediese dienste ook nie strydig met artikel 27(1)(a) is nie.

[20] Die respondent se antwoord op die gestelde vraag is gebaseer op die uitgangspunt dat terwyl die grondwetlike waarde wat in artikel 27(1)(a) onderskryf word, nie slegs die verskaffing van mediese dienste sonder meer nie, maar die verskaffing van sodanige dienste op 'n professionele en sorgsame - oftewel nie-nalatige wyse - behels klousule 2.2 juis onprofessionele optrede en nalatigheid in die verskaffing van mediese dienste bevorder deur die sanksie daarteen uit die weg te ruim. Gevolglik is klousule 2.2 strydig met die waardes wat in artikel 27(1)(a) onderskryf word en derhalwe in stryd met die openbare belang.

[21] Die antwoord op hierdie argument is na my oordeel dat die hele onderbou daarvan naamlik dat klousule 2.2 nalatige en onprofessionele optrede deur die appellant se verpleegpersoneel sou bevorder, op 'n *non sequitur* berus. Eerstens is die appellant se verpleegpersoneel steeds aan hulle professionele kode gebonde en is hulle steeds aan die statutêre gesag van hul professionele liggaam onderworpe. Tweedens sal nalatige optrede deur die appellant se verpleegpersoneel nouliks vir die appellant se reputasie en mededingendheid as 'n privaat hospitaal bevorderlik wees. Derdens kom die respondent se argumentin effek daarop neer dat die appellant se verpleegpersoneel weens die bestaan van klousule 2.2 doelbewus (oftewel opsetlik), nalatig sal wees, iets wat uiteraard op 'n selfweerspreking neerkom.

[22] Hierbenewens is artikel 27(1)(a) nie die enigste konstitusionele waarde wat in onderhawige verband ter sprake kom nie. Soos Cameron AR dit in *Brisley v Drotzky (supra)* par 7 stel:

'[T]he Constitutional values of dignity and equality and freedom require that the courts

approach their task of striking down contracts or declining to enforce them with perceptive restraint ... contractual autonomy is part of freedom. Shorn of its obscene excesses, contractual autonomy informs also the constitutional value of dignity.'

[23] Die grondwetlike waarde van kontrakteursvryheid omvat, op sy beurt weer die beginsel wat in die stelreël '*pacta sunt servanda*' uitdrukking vind. Hierdie beginsel word deur Steyn HR in *SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Beperk v Shifren en Andere* 1964 (4) SA 760 (A) op 767A saamgevat as synde:

'die elementêre en grondliggende algemene beginsel dat kontrakte wat vryelik en in alle erns deur bevoegde partye aangegaan is, in die openbare belang afgedwing word.'

[24] In die lig van hierdie oorwegings kan die respondent se standpunt dat 'n kontraktuele beding waarvolgens 'n hospitaal teen die nalatige optrede van sy verpleegpersoneel gevrywaar word in beginsel strydig is met die openbare belang, dus nie gehandhaaf word nie.

[25] 'n Aangeleentheid wat nie direk verband hou met die uitslag van hierdie saak nie, maar wat na my mening tog enkele opmerkings verdien, spruit voort uit die volgende uitlating deur die Hof *a quo*:
'Section 39 [van die Grondwet] implicitly enjoins every court to develop common law or customary law. In my mind the tendency of lower courts blindly following the path chartered many years ago until altered by the higher court (stare decisis) is not consonant with the provisions of section 39 of the Constitution.'

[26] Indien die Verhoorhof hiermee bedoel het dat die beginsels van *stare*

decisis as 'n algemene reël nie by die toepassing van artikel 39(2) geld nie is hy, minstens wat post-konstitusionele beslissings betref, duidelik verkeerd. Dit blyk uit die volgende *dicta* van Kriegler R in *Ex Parte The Minister of Safety and Security and Others. In Re: The State v Walters and Another* (CCT 28/01, gelewer op 21 Mei 2002) ('die *Walters* saak') par 60:

'[T]he Constitution enjoins all courts to interpret legislation and to develop the common law in accordance with the spirit, purport and objects of the Bill of Rights. In doing so, courts are bound to accept the authority and the binding force of applicable decisions of higher tribunals.'

En in par 61:

'High courts are obliged to follow legal interpretations of the SCA, whether they relate to constitutional issues or to other issues, and remain so obliged unless and until the SCA itself decides otherwise or this Court does so in respect of a constitutional issue. It should be made plain, however, that this part of the judgment does not deal with the binding effect of decisions of higher tribunals given before the constitutional era.'

[27] Wat pre-konstitusionele beslissings van hierdie Hof aangaande die gemenerereg betref, moet myns insiens onderskei word tussen drie situasies wat in die konstitusionele konteks kan ontstaan. Eerstens, die situasie waar die Hooggeregshof oortuig is dat die betrokke reël van die gemenerereg in stryd is met 'n grondwetlike bepaling. In dié geval is die Hooggeregshof verplig om van die gemenerereg af te wyk. Die feit dat die betrokke reël van die gemenerereg pre-konstitusioneel deur hierdie Hof

neergelê is, maak geen verskil nie. Die Grondwet is die hoogste reg en waar 'n reël van die gemenerereg daarmee in stryd is, moet laasgenoemde wyk.

[28] Die tweede moontlike situasie is waar die pre-konstitusionele beslissing van hierdie Hof gebaseer was op oorwegings soos *boni mores* of openbare belang. Indien die Hooggeregshof van oordeel is dat hierdie beslissing, met inagneming van konstitusionele waardes, nie meer die *boni mores* of die oorwegings van openbare belang juis reflekteer nie, is die Hooggeregshof verplig om daarvan af te wyk. So 'n afwyking is nie in stryd met die beginsels van *stare decisis* nie aangesien in elk geval aanvaar word dat die *boni mores* en oorwegings van openbare belang nie staties bly nie. Voorbeelde hiervan is te vinde in *Ryland v Edros (supra)*, *Amod v Multilateral Motor Vehicle Accident Fund (Commission for Gender Equality Intervening (supra))* asook *Carmichelle v Minister of Safety and Security and Another (Center for Applied Legal Studies Intervening (supra))*.

[29] Die derde situasie wat kan ontstaan, is die volgende: die reël van die gemenerereg wat in 'n pre-konstitusionele beslissing van hierdie Hof neergelê is, is nie direk in stryd met enige spesifieke bepaling van die Grondwet nie. Dit is ook nie afhanklik van veranderende oorwegings soos *boni mores* of openbare belang nie. Desondanks is die Hooggeregshof oortuig dat die betrokke gemeneregtlike reël, by die toepassing van artikel 39(2), verander moet word ten einde die gees, strekking en oogmerk van die Grondwet te bevorder. Is die Hooggeregshof in hierdie geval by magte om uiting te gee aan sy

oortuigings of is hy steeds deur die beginsels van *stare decisis* gebonde om die gemenerereg toe te pas soos pre-konstitusioneel deur hierdie Hof neergelê? Die antwoord is dat die beginsels van *stare decisis* steeds geld en dat die Hooggeregshof nie deur artikel 39(2) gemagtig word om van die beslissings van hierdie Hof, hetsy pre-hetsy post-konstitusioneel, af te wyk nie. Artikel 39(2) moet saamgelees word met artikel 173 van die Grondwet. Kragtens laasgenoemde artikel word erkenning verleen aan die inherente bevoegdheid van 'n Hooggeregshof om - saam met die Konstitusionele Hof en hierdie Hof - die gemenerereg te ontwikkel. Dit is by die uitoefening van hierdie inherente bevoegdheid wat die bepaling van artikel 39(2) ter sprake kom. Voor die Grondwet het die Hooggeregshof uiteraard ook, netsoos hierdie Hof, die inherente bevoegdheid gehad om die gemenerereg te ontwikkel. Hierdie inherente bevoegdheid was egter onderworpe aan die reëls wat in die leerstuk van *stare decisis* uitdrukking vind. Na my mening word hierdie reël nóg uitdruklik nóg by noodwendige implikasie deur die Grondwet verdring. Kortom, onderliggend aan die opdrag vervat in artikel 39(2), is die veronderstelling dat die betrokke Hof die bevoegdheid het om die gemenerereg te wysig. Of die betrokke Hof inderdaad daardie bevoegdheid het, word onder meer deur die *stare decisis*-reël bepaal.

[30] Hierbenewens is die oorwegings wat die leerstuk van *stare decisis* ten grondslag lê steeds van toepassing, ook wat die pre-konstitusionele beslissing van hierdie Hof betref. Hierdie oorwegings blyk uit die volgende verklaring deur Hahlo en Kahn, *The South African Legal System and its Background*, 214 wat ook met

instemming aangehaal word deur Kriegler R in par 57 van die *Walters*-saak:

'The advantages of a principle of *stare decisis* are many. It enables the citizen, if necessary with the aid of practising lawyers, to plan his private and professional activities with some degree of assurance as to their legal effects; it prevents the dislocation of rights, particularly contractual and proprietary ones, created in the belief of an existing rule of law; it cuts down the prospect of litigation; it keeps the weaker judge along right and rational paths, drastically limiting the play allowed to partiality, caprice or prejudice, thereby not only securing justice in the instance but also retaining public confidence in the judicial machine through like being dealt with alike ... Certainty, predictability, reliability, equality, uniformity, convenience: these are the principal advantages to be gained by a legal system from the principle of *stare decisis*.'

Daarby moet in gedagte gehou word dat die bepalings van die Grondwet nie soseer 'n stel reëls is nie maar 'n hele waardesisteem. Van die waardes in die sisteem verkeer soms in onderlinge spanning wat dan versigtige opweging en versoening verg. By implementering van hierdie waardesisteem sal individuele regters dikwels van mekaar verskil. In die omstandighede sal die verlening van die bevoegdheid aan elke regter om op grond van sy individuele beskouinge aangaande die toepassing van hierdie waardesisteem van die beslissings van hierdie Hof af te wyk, noodwendig tot 'n gebrek aan eenvormigheid en sekerheid lei.

Goeie Trou.

[31] As alternatiewe basis vir sy saak het die respondent aangevoer

dat selfs al sou klousule 2.2 nie met die openbare belang in stryd wees nie, dit steeds onafdwingbaar is omrede dit onredelik, onbillik en strydig met die beginsel van *bona fides* of goeie trou is. Hierdie basis, wat die Hof *a quo* blyk te onderskryf het, vind sy oorsprong in die minderheidsuitspraak van Olivier AR in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike-Afrika Bpk v Saayman N O* 1997 (4) SA 302 (SCA) op 318 ev en die beslissings van die Kaapse Hooggeregshof wat in navolging daarvan gegee is.

[32] In *Brisley v Drotsky (supra)* het hierdie Hof egter, by wyse van 'n meerderheidsbeslissing, die uitspraak van Olivier AR in perspektief gestel. Aangaande die plek en rol van abstrakte idees soos goeie trou, redelikheid, billikheid en geregtigheid het die meerderheid in die *Brisley*-saak beslis dat, ofskoon hierdie oorwegings onderliggend is tot ons kontraktereg, dit nie 'n onafhanklike, oftewel 'n 'free floating' grondslag vir die tersydestelling of die nie-afdwinging van kontraktuele bepalinge daarstel nie (par 22); anders gestel, alhoewel hierdie abstrakte oorwegings die grondslag en bestaansreg van regsreëls verteenwoordig en ook tot die vorming en die verandering van regsreëls kan lei, hulle op sigself geen regsreëls is nie. Wanneer dit by die afdwinging van kontraksbepaling kom, het die Hof geen diskresie en handel hy nie op die basis van abstrakte idees nie, maar juis op die basis van uitgekristaliseerde en neergelegde regsreëls. (Sien, byvoorbeeld, *Brummer v Gorfil Brothers Investments (supra)* 419F-420G.) Derhalwe bied die alternatiewe basis waarop die respondent steun, inderwaarheid geen onafhanklike basis vir sy saak nie.

Wanvoorstelling en dwaling.

[33] Die verdere alternatief waarop die respondent hom in laaste instansie beroep, is dat hy nie aan klousule 2.2 gebonde is nie, omdat hy, by die ondertekening van die toelatingsdokument, van die bepalinge daarvan onbewus was. Die oorweging van hierdie alternatief verg dat die agtergrondsfeite in ietwat meer besonderhede uiteengesit word. Die respondent se getuienis was dat hy die toelatingsdokument sonder om dit te lees, geteken het op die plek wat Buitendag met 'n kruisie aangedui het. Dit blyk ook dat Buitendag nie die respondent se aandag op die inhoud van klousule 2.2 gevestig het nie. Gevolglik moet, by ontstentenis aan enige getuienis tot die teendeel, aanvaar word dat die respondent nie van die inhoud van die klousule 2.2 bewus was toe hy die ooreenkoms aangegaan het nie. Daarteenoor het die respondent toegegee dat hy geweet het dat die toelatingsdokument bepalinge van die voorgenome kontrak tussen hom en die appellant bevat. Hy het dit ook nie betwis dan hy volle geleentheid gehad het om die dokument te lees nie.

[34] In hierdie omstandighede sou die feit dat die respondent die dokument geteken het sonder om dit te lees as 'n reël nie tot gevolg hê dat hy nie aan die bepalinge wat daarin vervat is gebonde is nie. Reeds bykans 'n eeu gelede het Innes HR immers, in *Burger v Central SAR* 1903 TS 571 te 578, beslis dat 'n persoon wat 'n skriftelike ooreenkoms teken sonder om dit te lees, dit op eie risiko doen en gevolglik gebonde is aan die bepalinge wat daarin vervat is asof hy daarvan bewus was en uitdruklik daartoe ingestem het. (Sien byvoorbeeld ook *George v Fairmead (Pty) Ltd* 1958 (2) SA 465 (A).)

[35] Op hierdie algemene reël is daar sekere erkende uitsonderings

(sien byvoorbeeld Christie, *The Law of Contract*, 4^e uitgawe 202). Die uitsondering waarop die respondent hom beroep, is dat Buitendag 'n regsplig gehad het om hom oor die inhoud van klousule 2.2 in te lig en dat hy versuim het om dit te doen. Die respondent gee toe dat as 'n algemene beginsel daar geen regsplig op 'n kontraksparty rus om sy teenparty oor die inhoud van hulle voorgenome ooreenkoms in te lig nie. Die rede waarom daar volgens die respondent so 'n verpligting op Buitendag gerus het, is omdat hy (die respondent) nie 'n bepaling soos klousule 2.2 in 'n ooreenkoms met 'n hospitaal verwag het nie. Aangesien dat 'n hospitaal juis veronderstel is om mediese dienste op professionele en sorgsame wyse te verskaf, so het die respondent aangevoer, het hy nie verwag dat die appellant hom teen die nalatigheid van sy eie verpleegpersoneel sou probeer vrywaar nie.

[36] Die antwoord hierop is dat die respondent se subjektiewe verwagtings oor wat die kontrak tussen hom en die appellant sou bevat, geen rol te speel het by die vraag of daar 'n regsplig op Buitendag was om klousule 2.2 aan hom uit te wys nie. Wat wel by hierdie vraag van belang is, is of 'n bepaling soos klousule 2.2 *redelikerwys* te wagte was, oftewel, of dit *objektief* gesproke onverwags was. Soos ek reeds vroeër aangedui het, is vrywaringsklousules soos klousule 2.2 hedendaags in standaard kontrakte eerder die reël as die uitsondering. Ondanks die respondent se betoog tot die teendeel kan ek ook geen rede sien om in hierdie opsig privaathospitale in beginsel van ander verskaffers van dienste te onderskei nie. Derhalwe kan nie gesê word dat 'n

bepaling soos klousule 2.2 in die toelatingsdokument objektief gesproke onverwags was nie. Bygevolg was daar geen regsplig op Buitendag om dit pertinent onder die respondent se aandag te gebring het nie. Derhalwe is die respondent aan die terme van die klousule gebonde asof hy dit gelees en uitdruklik daartoe ingestem het.

Slotsom

[37] **Om** hierdie redes moes die Hof *a quo* bevind het dat klousule 2.2 teenoor die respondent afdwingbaar is. Ingevolge die ooreenkoms wat die partye by die voorverhoor-konferensie aangegaan het, moes die Hof die respondent se vordering met koste van die hand wys.

[38] Die volgende bevel word gemaak:

(1) Die appèl slaag met koste, insluitende die koste van twee advokate. (2) Die bevel van die Hof *a quo* word vervang met die volgende:

'Eiser se eis word van die hand gewys met koste.'

FDJ BRAND

APPÈLREGTER

STEM SAAM:

NIENABER AR

HARMS AR

ZULMAN AR

MPATI AR

