



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

**Rapporteerbaar  
Saak no: 432/2000**

In die appèl van:

**MADELEIN BRISLEY**

**Appellant**

**en**

**ANTOINETTE DROTSKY**

**Respondent**

---

**CORAM:                HARMS, OLIVIER, STREICHER, CAMERON en  
                              BRAND ARR**

---

**Verhoordatum:                7 Maart 2002**

**Datum van Uitspraak:        28 Maart 2002**

**Opsomming:                Shifren-saak bekragtig; bona fides in kontrakverband  
bespreek; art 26(3) van die Grondwet uitgelê.**

---

## **UITSpraak**

---

**HARMS, STREICHER & BRAND ARR**

## HARMS, STREICHER en BRAND ARR

[1] Drie vrae ontstaan in hierdie appèl, nl (a) die trefwydte van die sg *Shifren*-beginsel<sup>1</sup> waarkragtens 'n beding ('n verskansingsklousule) in 'n skriftelike kontrak wat bepaal dat alle wysigings van die kontrak aan bepaalde formaliteite moet voldoen, bindend is, (b) in verband daarmee, die strekwydte van die sg bona fide-beginsel in die kontraktereg en (c) die trefwydte van art 26(3) van die Grondwet wat o a bepaal dat niemand uit sy woning gesit mag word sonder 'n hofbevel en na oorweging van alle tersaaklike omstandighede nie. Ons behandel die vrae agtereenvolgens.

[2] Die appellante (die huurder) het 'n huurkontrak met die respondente (die verhuurder) gesluit waarkragtens die huurder 'n meenthuis huur teen betaling van 'n huurgeld van R3500,00 wat op die eerste van elke maand vooruit betaalbaar was. Die huurder het van meet af nie stiptelik betaal nie

---

<sup>1</sup> *SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Bpk v Shifren* 1964 (4) SA 760 (A).

en toe sy teen 31 Januarie 2000 nog nie die Januarie-huur ten volle betaal het nie, het die verhuurder die huur opgesê en die huurder goedgunstiglik veertien dae tyd gegee om die perseel te ontruim. Mosie-verrigtinge waarin die verhuurder gepoog het om die huurder uit te sit, het gevolg. Elke denkbare vertragingstaktiek is aangewend, aangehelp deur howe wat telkens nie die aangeleentheid op meriete wou beoordeel nie. Soos die saak gesloer het, het die huurder haar weergawe aangedik, in so 'n mate dat mens ernstige bedenkinge oor haar geloofwaardigheid het. Hoe dit ook al sy, die saak is en sal beoordeel word op die huurder se weergawe omdat die verhuurder mosie-prosedure gekies het.

[3] Vorster Wnde R het 'n uitsettingsbevel verleen. Hy het haar sonder omhaal van woorde, maar met klaarblyklike verwysing na hofreël 45A, tien dae tyd gegee om die perseel te ontruim. Hoewel die kontrak voorsiening maak vir 'n kostebevel op prokureur-en-kliëntskaal het hy dit nie toegestaan,

bloot omdat hy nie daartoe 'geneë' was nie. Hy het klaarblyklik nie daarop ag geslaan dat hy in hierdie verband slegs 'n beperkte diskresie gehad het nie.<sup>2</sup> Hoe dit ook sy, die verhuurder het nie 'n kruis-appèl aangeteken teen óf die *spatium* van tien dae óf die beperkte kostebevel nie en daardie aspekte is gevolglik nie tydens die appèl beredeneer nie en verdien nie verdere oorweging nie. Die appèl dien voor ons met die verlov van die hof *a quo*.

[4] Die kontrak tussen die partye is 'n sg CNA-kontrak, m a w, 'n standaard-ooreenkoms wat mens by 'n bekende skryfbehoeftewinkel kan koop. Soos gemeld, maak dit voorsiening vir die vooruitbetaling van huurgeld, voor of op die eerste van elke maand. Dit bepaal verder dat indien die huurgeld nie stiptelik betaal word nie, die verhuurder die ooreenkoms onverwyld mag kanselleer. Laat ontvangs van huurgeld verhoed nie die verhuurder om, ten aansien van enige ander versuim om tydig te betaal, die

---

<sup>2</sup> *South African Permanent Building Society v Powell and Others* 1986 (1) SA 722 (A).

huurkontrak te kanselleer nie. Uitstelle, toegewings, nalates om die terme van die ooreenkoms af te dwing ens affekteer nie die verhuurder se regte nie.

Beroepe op estoppel en afstanddoening word beperk. En dan is daar die gewraakte bepaling –

‘No alteration, variation or cancellation of any of the terms or conditions of this LEASE shall be of any force or effect unless it is recorded in writing and signed by the parties thereto.’

[5] Die huurder se verweer teen die aansoek om uitsetting was aanvanklik drieledig: sy het haar beroep op 'n latere mondelinge ooreenkoms wat haar toegelaat het om vir die eerste ses maande die huurgeld te betaal 'soos dit my pas in die loop van die betrokke maand'; sy het op estoppel staatgemaak omdat die verhuurder aan haar sou voorgestel het dat sy laat kan betaal; en sy het in Januarie slegs gedeeltelik betaal omdat sy 'n uitgawe gehad het om die riool te herstel. Nadat sy die geleentheid gekry het om by wyse van

aanvullende verklaringe haar op art 26(3) van die Grondwet te beroep, het sy sommer die geleentheid aangegryp om 'n rektifikasie-verweer te opper: die maandkontrak was inderdaad een vir drie jaar en die betalingsreëling is nou vóór kontraksluiting bereik. Haar weergawe oor die riool het ook 'n nuwe dimensie verkry.

[6] DIE AANVAL OP *SHIFREN*: Die *Shifren*-beginsel moet, glo ons, in historiese en regsfilosofiese konteks gesien word. Kort tevore was daar 'n konstitusionele krisis toe die destydse parlement 'n verskanste ('entrenched') statutêre bepaling met 'n gewone meerderheidstem wou omseil. Hierdie hof het in die eerste *Harris*-beslissing<sup>3</sup> beslis dat dit nie gedoen kan word nie. In die *Shifren*-saak is 'n betoog analoog aan dié in die *Harris*-saak geopper: self opgelegde verskansings kan op dieselfde wyse, dit is deur blote ooreenkoms, ongedaan gemaak word as waarop hulle in die lewe gebring is;

---

<sup>3</sup> *Harris and Others v Minister of the Interior and Another* 1952 (2) SA 428 (A).

verder, die beperking op die vermoë om die verskansingsklousule in die kontrak mondeling te wysig is 'n beperking op die partye se bevoegdheid om later hulle algemene kontrakteervryheid (parlementêre soewereiniteit) uit te oefen.

[7] Terdeë bewus van die destyds bestaande besware (wat vandag nog geopper word, weliswaar in ander woorde maar in substansie dieselfde) uit akademiese en ander oorde teen die handhawing van die verskansingsklousule, het hierdie hof groter waarde geheg aan die partye se oorspronklik uitoefening van hulle kontrakteervryheid as aan hulle bevoegdheid om hulle aanvanklike keuse sonder beperkings ongedaan te maak. Die wetgewer doen dit dikwels deur te bepaal dat sekere soorte kontrakte op skrif moet wees, so ook alle wysigings daarvan. Partye doen dit deur vooraf ooreen te kom dat 'n kontrak alleen dan tot stand kom wanneer aan sekere formaliteite voldoen is. Die oogmerk is om geskille te

beperk of uit te skakel. Natuurlik staan dit partye vry om die formaliteite te ignoreer en te handel asof 'n bepaalde wet nie bestaan nie. Ontstaan 'n dispuut, is enigeen geregtig – en die hof verplig – om die strikte reg toe te pas. En hoekom moet dit anders wees in vrye kontrakverband? Daar is ook 'n algemeen heersende mite dat hierdie tipe bepaling slegs ten bate van die ekonomies magtige bestaan en dat dit tot ongelykheid in kontrakverband aanleiding gee. Dit is waarskynlik waarom daar 'n beroep op die grondwetlike gelykheidsbeginsel gemaak word. Hierdie bepaling dien ter beskerming van beide partye. Mens kan maar net wonder hoe die huurder sou gereageer het as die verhuurder sou beweer het dat daar mondeling op 'n verhoogde huurgeld ooreengekom is.

[8] Die *Shifren*-beginsel is 'trite'<sup>4</sup> en die vraag ontstaan waarom dit, na bykans veertig jaar, omvergewerp moet word? Mens kan jou beswaarlik die handelsgevolge, regsonsekerheid en die bewysprobleme wat gaan ontstaan, indink.<sup>5</sup> Die huurder betoog egter dat die toepassing van die beginsel tot die absurde gereduseer kan word en verwys in hierdie verband na 'pittige' opmerkings van Hiemstra R wat die 'draak gestee' het met hierdie hof.<sup>6</sup> Natuurlik kan mens gevalle bedink waar die beginsel tot minder aanvaarbare resultate mag lei, maar daarvan was hierdie hof bewus. 'n Hof moet dikwels 'n beleidskeuse tussen twee teenstrydige standpunte maak waar daar gewigtige argumente na weerskante is. Die een antwoord is nie noodwendig in absolute terme 'reg' en die ander 'verkeerd' nie, maar as 'n keuse uitgeoefen is, moet ons daarby hou tensy daar gegronde redes is om daarvan af te wyk. *Contra bonos mores* is die verskansingsklousule van meet af nie;

---

<sup>4</sup> *Academy of Learning (Pty) Ltd v Hancock and Others* 2001 (1) SA 941 (C) 954C-D

<sup>5</sup> Vgl *Thoroughbred Breeders' Association v Price Waterhouse* 2001 (4) SA 551 (SCA) 601A-E.

<sup>6</sup> *Impala Distributors v Taunus Chemical Manufacturing Co* 1975 (3) SA 273 (T) 278H e v.

immers ons grondwetlike bedeling is op 'n analoë geval gebou en dit word dikwels in wetgewing opgeneem.

[9] Die *Shifren*-beginsel skep ook nie 'n onredelike 'dwangbuis' nie. Die algemene beginsels van die kontraktereg geld steeds. Die howe het reeds dikwels in die verlede 'n party uit die greep verlos, hoewel partymaal op twyfelagtige gronde.<sup>7</sup> Die huurder se advokaat het tydens betoog elk en ieder van hierdie oplossings aangegryp soos afstanddoening, *pactum de non petendo*, wysiging deur gedrag, eleksie, rektifikasie, kollaterale ooreenkomste, estoppel en, les bes, bona fides (oor lg later meer). Hy het hom telkens teen óf ander bepalings van die kontrak óf die feite vasgeloop. Soos gemeld, bepaal die ooreenkoms bv dat die gedrag van die verhuurder nie op 'n wysiging, afstanddoening of estoppel kan neerkom nie. Die beroep op rektifikasie is bv nie alleen strydig met haar aanvanklike verklaring waar

---

<sup>7</sup> Dale Hutchison 'Non-Variation Clauses in Contract: Any Escape from the *Shifren* Straightjacket? (2001) 118 *SALJ* 720 bespreek die regspraak.

sy haar op 'n wysiging beroep het nie, maar is ook andersins onhoudbaar. Sy erken dat sy die kontrak deurgelees het alvorens sy dit onderteken het en dat sy dit eers met haar algemene adviseur asook haar moeder bespreek het. Daar is ook geen getuienis dat die verhuurder op ander terme as dié in die geskrewe dokument vervat, wou kontrakteer nie; sy het inderdaad aangedring op die skriftelike kontrak. Geld kon die huurder ook nie ingevolge die kontrak se bepalings terughou vir die sg rioolkoste nie.

[10] Die gevolge van die aanval op *Shifren* strek egter verder: is die ander klousules wat bv voorsiening maak vir 'n verbod op estoppel, novasie of afstanddoening nou ook kwesbaar? Indien wel, op watter gronde? Waar die kontraktereg die beginsel van regsekerheid nastreef, blyk dit nou dat dit op sand gebou is. Omdat die advokaat nie antwoorde hierop kon bied nie, was hy genoop om te betoog dat die skriftelike kontrak deur die partye gekanselleer is en dat daar 'n mondelinge huurkontrak tot stand gekom het.

Dit was egter nooit die huurder se saak nie en daar is geen feite waarop die betoog gefundeer kon word nie.

[11] BONA FIDES: Ons handel vervolgens met die bona fides-argument.

Die betoog namens die huurder was dat die verhuurder se beroep op die verskansingsklousule nie afgedwing behoort te word nie omdat dit in die omstandighede onredelik, onbillik en in stryd met die beginsels van bona fides (goeie trou) sal wees. In hierdie verband het hy hom veral beroep op die beslissing van Ntsebeza Wnde R in *Miller and Another NNO v Dannecker* 2002 (1) SA 928 (C) asook die vermelde artikel deur prof Dale Hutchison wat na aanleiding van hierdie beslissing verskyn het.

[12] Prof Hutchison skyn van die vertrekpunt uit te gaan (op 721) dat die hof 'n algemene diskresie het om 'n verskansingsklousule óf af te dwing óf nie. Die vertrekpunt is na ons oordeel verkeerd. In beginsel het 'n hof geen

diskresie om te weier om 'n geldige kontraksbepaling (waarvan verskansingsklousules bloot een is) af te dwing nie.<sup>8</sup>

[13] Die *Miller*-saak bied wel steun vir die huurder se betoog dat die hof kan weier om die beroep op 'n verskansingsklousule te handhaaf indien dit op 'n verbreking van die goeie trou-beginsel sou neerkom. Na ons mening kan hierdie beslissing egter nie as korrek aanvaar word nie.

[14] As gesag vir sy siening dat hy op grond van oorwegings van goeie trou geregtig is om van die beslissing van hierdie hof in die *Shifren*-saak af te wyk, beroep Ntsebeza Wnde R hom veral op die minderheidsuitspraak van Olivier AR in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO* 1997 (4) SA 302 (SCA) 318 e v. Dit blyk dat die minderheidsuitspraak verstaan is as gesag vir twee standpunte: eerstens dat afgewyk kan word van die beslissings van hierdie Hof indien die toepassing

---

<sup>8</sup> Bv *South African Permanent Building Society v Powell and Others* 1986 (1) SA 722 (A).

daarvan na die regter se oordeel in stryd met die beginsels van goeie trou sal wees; en tweedens, dat oorwegings van goeie trou 'n selfstandige, onafhanklike grondslag bied vir die tersydestelling of die nie-toepassing van kontraktuele bepalinge en beginsels van die kontraktereg.<sup>9</sup>

[15] Dat die eerste standpunt nie korrek kan wees nie spreek eintlik vanself. Ooreenkomstig die beginsels van die presedentestelsel is laer houe aan die uitsprake van hierdie Hof gebonde en kan hulle nie die sienings van enkel regters van hierdie Hof, hoe oortuigend ook, bo uitsprake daarvan kies nie.

[16] Wat die tweede punt betref, is dit inderdaad so dat Olivier AR 'n pleidooi gelewer het dat aan goeie trou 'n meer prominente plek in die kontraktereg toegedeel moet word. Die slotsom waartoe hy vir die doeleindes van sy uitspraak kom, nl dat 'n handelsbevoegde persoon op

---

<sup>9</sup> Sien ook *Janse van Rensburg v Grieve Trust* 2000 (1) SA 315 (C) en *Mort NO v Henry Shields Chiat* 2001 (1) SA 464 (C).

grond van oorwegings van billikheid van aanspreeklikheid verskoon kan word, is dan ook ingrypend. Ons insiens, moet die standpunte in sy uitspraak met omsigtigheid benader word. In die eerste plek is dit 'n minderheidsuitspraak wat die siening van 'n enkel regter verteenwoordig gebaseer op 'n uiteensetting van die feite waarmee die ander vier regters dit nie eens was nie. Ten tweede is die aspek nie in daardie saak betoog nie. Ten derde het die meerderheidsuitspraak geen aanduiding gebied dat die regsuiteensetting juis is nie. Weliswaar is in *NBS Boland Bank v One Berg River Drive CC* 1999 (4) SA 928 (SCA) 937G die opmerking gemaak dat –

‘An analogous conclusion may well be reached if one applies the modern concept of public policy, bona fides and contractual equity to the question in issue (see, for example, *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO* 1997 (4) SA 302 (SCA) 318-331, per Olivier JA).’

Hoewel hierdie opmerkings op oënskynlike goedkeuring van die minderheidsuitspraak in die *Saayman* saak dui, was dit terloops gemaak en sonder analise daarvan. Voorts het die opmerkings nie deel gevorm van die *ratio decidendi* nie. Die sienings in die uitspraak van Olivier AR verteenwoordig dus nog steeds net dié van 'n enkel regter.

[17] Voorts is die slotsom van Olivier AR se uitspraak grotendeels gebaseer op wat ons as twyfelagtige gronde beskou. Ons sal met enkele voorbeelde volstaan. Die uitspraak, so skyn dit vir ons, poog om op indirekte wyse lewe in die *exceptio doli generalis* te blaas en wesenlik dieselfde beginsels onder 'n ander vaandel in te voer.<sup>10</sup> Die vertrekpunt van die uitspraak is 'n aanhaling uit *Neugebauer & Co Ltd v Hermann* 1923 AD 564 573 waarin Innes HR 'n algemene stelling gemaak het oor die bona fides in kontrakverband. Die probleem is egter dat die aanhaling nie die

---

<sup>10</sup> Of die *exceptio* heroorweging verdien, ontstaan tans nie.

wese van die uitspraak weergee nie. Wat beslis is, is dat wanneer 'n bieër bedrog pleeg op 'n veiling, hy hom nie op die veilingsvoorwaardes kan beroep nie. Dat dit om bedrog gegaan het, is iets wat Innes HR herhaaldelik duidelik gemaak het.

[18] Die tweede uitspraak waarop Olivier AR staatgemaak het, is *MacDuff & Co Ltd (in liquidation) v Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd* 1924 AD 573 waar daar ook algemene stellings oor die bona fides in kontrakverband gemaak is. Dit is 'n geval waar die hof beslis het dat as 'n party opsetlik (overgeset as '*dolo*') die vervulling van 'n voorwaarde verhinder, die voorwaarde as vervul beskou moet word. Opmerklik is dat die hof nie die gebrek aan bona fides as die maatstaf gebruik het nie.

[19] Wat die buitelandse reg betref, het Olivier AR (op 329-331) vir sy standpunt steun gevind in die 'special equity theory' van Scott LJ, in *Barclays Bank plc v O'Brien and Another* [1992] 4 All ER 983 (CA), 'n

saak wat spesifiek met borgkontrakte handel. Behalwe dat die beginsels van ons reg rakende borgkontrakte wesenlik van die Engelse reg verskil, is die 'special equity theory' deur die House of Lords verwerp in *Barclays Bank plc v O'Brien and Another* [1993] 4 All ER 417 (HL).

[20] Dit word nou gesê dat die gedagte dat *Shifren* nie toegepas moet word as die toepassing in stryd met die bona fide-normkompleks is, reeds te vind is in 'n aanhaling uit 'n uitspraak van *Resisto Dairies (Pty) Ltd v Auto Protection Insurance Co Ltd* 1962 (3) SA 565 (C) 571E-F (per Rosenow R).

Ten eerste is hierdie beslissing vóór *Shifren* gelewer. Daarbenewens is dit op appèl omvergewerp en blyk dit uit die uitspraak van hierdie Hof dat dit alles om estoppel gegaan het.<sup>11</sup> Meer belangrik nog is die gesag waarna Rosenow R verwys het. Die een uitspraak het op die aangewese plaatse met

---

<sup>11</sup> *Resisto Dairies (Pty) Ltd v Auto Protection Insurance Co Ltd* 1963 (1) SA 632 (A) 642F-643C.

die *exceptio doli generalis* gehandel<sup>12</sup> en die ander, *Wells v South African Aluminite Co* 1927 AD 69 73, toevallig weer deur Innes HR, is insiggewend:

'No doubt the condition [ 'n bepaling dat die koper hom nie op 'n wanvoorstelling mag beroep nie] is hard and onerous; but if people sign such conditions they must, in the absence of fraud, be held to them. Public policy so demands.'

[21] Uit gerapporteerde beslissings blyk dat Olivier AR se uitspraak al tot heelwat debat aanleiding gegee het. Van Zyl R<sup>13</sup> het die uitspraak uitgelê om gesag te bied vir die stelling dat van die eeue-oue vereistes van die *actio quanti minoris* afgewyk kan word wanneer die regter hierdie vereistes as onbillik beskou. Davis R<sup>14</sup> het weer in die uitspraak 'n basis gevind vir die gedagte dat die konsep van *boni mores*, oftewel die opvatting van die gemeenskap, wat in die deliktereg toepassing vind, ook vir die kontraktereg geld. Indien daarmee bedoel word dat die afdwingbaarheid van

---

<sup>12</sup> *Zuurbekom Ltd v Union Corporation Ltd* 1947 (1) SA 514 (A) 537.

<sup>13</sup> *Janse van Rensburg v Grieve Trust* 2000 (1) SA 315 (C).

<sup>14</sup> *Mort NO v Henry Shields Chiat* 2001 (1) SA 464 (C) 474J-475A.

kontraksbepalings van die gemeenskapsgevoel afhang, kan ons nie daarmee saam stem nie. Daar bestaan wesenlike beleidsverskille in die benadering tot kontrakte en dié wat op delikte van toepassing is. In die geval reël die partye hulle regsverhouding vrywilliglik en ag hulle hulself gebonde aan hulle wilsuitinge. Hulle bepaal die aard en omvang van hulle regsverhouding. In die geval van delikte het die partye geen seggenskap in die skep van hulle regsverhouding nie en bepaal die gemeenskapsoortuiging of 'n regsverhouding moet bestaan en wat die inhoud daarvan moet wees. Indien hierdie beslissings ongekwalfiseerd aanvaar word, sal dit 'n toestand van onaanvaarbare wanorde en onsekerheid in ons kontraktereg skep.

[22] Wat die rol van goeie trou betref, stem ons in wese saam met die siening van prof Hutchison (op 743-744) waarvolgens goeie trou nie 'n onafhanklike, oftewel 'n 'free-floating', basis vir die tersydestelling of die nie-toepassing van kontraktuele bepalinge bied nie. Goeie trou is 'n

grondbeginsel wat in die algemeen onderliggend is aan die kontraktereg en wat uiting vind in die besondere reëls en beginsels daarvan. Of, soos hy dit t a p stel:

'What emerges quite clearly from recent academic writing and from some of the leading cases, is that good faith may be regarded as an ethical value or controlling principle based on community standards of decency and fairness that underlies and informs the substantive law of contract. It finds expression in various technical rules and doctrines, defines their form, content and field of application and provides them with a moral and theoretical foundation. Good faith thus has a creative, a controlling and a legitimating or explanatory function. It is not, however, the only value or principle that underlies the law of contract; nor, perhaps, even the most important one.'

[23] 'n Ander waarde onderliggend aan die kontraktereg is deur Rabie HR in *Magna Alloys and Research (SA)(Pty) Ltd v Ellis* 1984 (4) SA 874 (A) 893I-894A onderstreep toe hy daarop gewys het dat –

'dit in die openbare belang is dat persone hulle moet hou aan ooreenkomste wat hulle aangegaan het. In laasgenoemde verband het STEYN HR in *S A Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Bpk v Shifren en Andere* 1964 (4) SA 760 (A) op 767A, gewag gemaak van –

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

[24] Die taak van howe in die algemeen en van hierdie Hof in besonder is om hierdie grondliggende waardes wat soms met mekaar in botsing kom teen mekaar op te weeg en om by geleentheid, wanneer dit nodig blyk te wees, geleidelik en met verdrag aanpassings te maak. Of soos Lord Simon of Glaisdale dit stel in *Miliangos v George Frank (Textiles) Ltd*<sup>15</sup>

' ... [J]udicial advance should be gradual ... [O]ne step is enough ... It is, I concede, a less spectacular method of progression than somersaults and cartwheels; but it is the one best suited to the capacity and resources of a Judge.'

---

<sup>15</sup> [1976] AC 443 (HL) 481-2 waarna ook verwys word deur MM Corbett in 'n artikel *Aspects of the Role or Policy in the Evolution of our Common law* (1987) 104 SALJ 57.

Om eensklaps aan regters 'n diskresie te verleen om kontraktuele beginsels te verontagsaam wanneer hulle dit as onredelik of onbillik beskou is in stryd met hierdie werkswyse. Die gevolg sal immers wees dat die beginsel van *pacta sunt servanda* grotendeels verontagsaam sal word omdat die afdwingbaarheid van kontraktuele bepalings sal afhang van wat 'n bepaalde regter in die omstandighede as redelik en billik beskou. Die maatstaf is dan nie meer die reg nie maar die regter.<sup>16</sup> Vanuit die hoek van die kontrakterende partye gesien, sal hulle nie kan handel op die algemene verwagting dat wanneer daar 'n dispuut tussen hulle ontstaan hulle kontrak ooreenkomstig die terme daarvan afgedwing sal word nie. Hulle sal moet wag en sien of die individuele regter die bepalings as redelik en billik beskou. Dat so 'n algemene benadering nie aan die behoeftes van die

---

<sup>16</sup> Vgl *Preller and Others v Jordaan* 1956 (1) SA 483 (A) 500. Sien ook P M Nienaber *Regters en Juriste* 2000 TSAR 190 op 193.

handelsverkeer sal voldoen nie, spreek eintlik vanself.<sup>17</sup> 'n Hof kan nie skuiling soek in die skaduwee van die Grondwet om vandaar beginsels aan te val en omver te werp nie; wel in die lig van die Grondwet kan en moet die reg *aangepas* word. In hierdie konteks is vaagweg na konstitusionele waardes verwys sonder om spesifiek te wees. 'n Vrye regterlike diskresie is nie so 'n waarde nie en ons is ook nie in staat 'to discern any societal value which is imperilled'<sup>18</sup> deur die handhawing van *Shifren* en die weiering om 'n 'special equity theory' in die kontraktereg in te voer nie.

[25] Wat verskansingsklousules in die besonder betref, is, soos reeds ten dele aangedui, dit duidelik dat die uiteindelijke beslissing in die *Shifren*-saak juis die resultaat is van 'n opweging van verskillende geldige oorwegings.

So het die Hof byvoorbeeld die vraag gestel of daar enigiets verkeerts of

---

<sup>17</sup> JJF Hefer 'Billikheid in die kontraktereg volgens die Suid-Afrikaanse regskommissie' 2000 TSAR 143.

<sup>18</sup> *Thoroughbred Breeders' Association v Price Waterhouse* 2001 (4) SA 551 (SCA) 604F-G.

onaanvaarbaar is in die oorwegings wat die verskansingsklousule ten grondslag lê. Hierop gee Steyn HR die volgende antwoord (op 766H):

'Hul [dit is die kontrakterende partye se] klaarblyklieke doel met so 'n bepaling is om te waak teen die geskille en bewysmoeilikhede wat by mondelinge ooreenkomste kan ontstaan. Om albei daarteen te beskerm kom hulle uitdruklik ooreen dat mondelinge wysigende ooreenkomste . . . al word hulle *animo contrahendi* aangegaan, tussen hul van nul en gener waarde sal wees.'

[26] Dit staan dus vas dat 'n verskansingsklousule op sigself nie ongeldig is nie ten spyte daarvan dat 'n beroep daarop noodwendig sal neerkom op 'n weiering om uitvoering te gee aan 'n mondelinge ooreenkoms wat *animo contrahendi* aangegaan is. Wat beklemtoning uit die aanhaling verdien, is dat die verskansingsklousule beide partye beskerm – en dit was hulle vrye keuse. Die potensiële ongelykheid van die partye in hulle bedingingsmag of

finansiële vermoë en die beskerming van swakkere kontraktante kom dus glad nie hier ter sprake nie.

[27] Die standpunt in die *Miller*-saak waarop die huurder steun, kom in wese daarop neer dat hoewel daar geen beswaar ingebring kan word teen die verskansingsklousule nie, 'n beroep op die toepassing van die klousule in stryd is met die beginsels van goeie trou. Suiwer logika toon dat so 'n standpunt onhoudbaar is. Die alternatiewe betoog was dat selfs al sou die beroep op die verskansingsklousule in die algemeen gesproke nie in stryd met die beginsels van goeie trou wees nie, die afdwinging daarvan in die onderhawige geval so onbillik sal wees dat die hof in openbare belang behoort te weier om dit af te dwing. As gesag vir hierdie betoog is 'n beroep gedoen op *Magna Alloys* asook op *Sasfin(Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A).

[28] *Magna Alloys* het te make met die afdwingbaarheid van 'n ooreenkoms ter beperking van handelsvryheid ('restraint of trade') wat in twee opsigte van die verskansingsklousule verskil. Eerstens is daar, soos uit die uitspraak (te 893-894) blyk, by die afdwinging van 'n beperking op handelsvryheid twee grondliggende oorwegings van openbare belang wat met mekaar in botsing kom en teen mekaar opgeweeg moet word. Aan die een kant is daar die oorweging wat in die stelreël *pacta sunt servanda* opgesluit is. Aan die ander kant is die oorweging dat iedereen toegelaat moet word om vrylik aan die handelsverkeer deel te neem of sy beroep te beoefen. Laasgenoemde oorweging geld uiteraard nie by verskansingsklousules nie.

[29] 'n Verdere aspek van beperkings op handelsvryheid blyk uit die volgende uitlating van Botha R in *National Chemsearch SA (Pty) Ltd v Borrowman and Another* 1979 (3) SA 1092 (T) 1107E-H:

'At first sight it might be thought strange that a contract can be void at one point of time and valid at another. But that, I believe, is not the right way of looking at a situation where the decisive question is whether the Court should decline to enforce a contract in restraint of trade because of considerations of public policy. In an article in 1941 *SALJ* 335 at 346, *Aquilius* gives the following definition of a contract against public policy:

"A contract against public policy is one stipulating a performance which is not *per se* illegal or immoral, but which the Courts, on grounds of expedience, will not enforce, *because performance will detrimentally affect the interests of the community.*"

(My italics.) With regard to agreements in restraint of trade, it seems to me that the Court's concern is to assess the effect of an order enforcing the agreement in the light of the dictates of public policy, and that the proper time for making that assessment is the time when the Court is asked to make the order, taking into account the relevant circumstances existing at that time. Public policy does not require the Court to penalise the party seeking to enforce the agreement, by declining to do so, because at the time when it was entered into it was so worded that it could not be accurately forecast whether

it would be reasonable or not to enforce it when the occasion for its enforcement should arise.'

(Onderstreping bygevoeg.)

[30] Weens hierdie oorwegings dra 'n ooreenkoms ter beperking van handelsvryheid reeds by die sluiting daarvan die kiem in sigself om later onafdwingbaar blyk te wees en aanvaar die partye hierdie risiko. Wat verskansingsklousules betref, is die effek van *Shifren* egter juis dat dit nie hierdie kiem dra nie. Gevolglik is die toepassing van oorwegings wat by beperkings op handelsvryheid geld nie vanpas by verskansingsklousules nie.

[31] *Sasfin* se saak is 'n toepassing van die beginsel dat kontraksterme wat dermate onbillik is dat dit in stryd is met openbare belang, om dié rede ongeldig is. Aangesien die verskansingsklousule op sigself nie ongeldig is nie, vind die *Sasfin*-beginsel geen direkte toepassing nie. Op die veronderstelling dat die *Sasfin*-beginsel uitgebrei kan word om die afdwing

van kontraksbepalings (wat nie *per se* in stryd met die openbare belang is nie) te verhoed, sal sodanige toepassing noodwendig beperk moet word tot gevalle wat analoog is aan *Sasfin*, synde gevalle waar die afdwinging van die verskansingsklousule so onbillik sal wees dat dit as 'inimical to the interests of the community' (op 8C-D) beskryf kan word. Voorts sal die oorwegings wat uit die volgende *dicta* van Smalberger AR (op 9B-E) blyk, ook daarop van toepassing te wees:

‘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 the restrictions on that freedom.<sup>19</sup>

[32] Selfs al sou die *Sasfin*-beginsel toepassing vind, skiet die huurder se saak na ons oordeel ver te kort aan hierdie streng toets van buitengewone onbillikheid. Selfs op die huurder se weergawe is die verhuurder bloot besig om haar op die bepalings van die verskansingsklousule te beroep. Die doel van die verskansingsklousule is onder meer om 'n dispuut oor die bestaan van 'n latere mondelinge ooreenkoms te vermy. Dit is presies die doel waarvoor die verhuurder dit nou wil aanwend. Indien die huurder gelyk

---

<sup>19</sup> Sien ook *De Beer v Keyser and Others* 2002 (1) SA 827 (SCA) 837C-E.

gegee word in die betoog, sal dit daarop neerkom dat die onbillikheid van 'n beroep op die verskansingsklousule saamhang met die bestaan van 'n mondelinge wysigingsooreenkoms; dit sal in effek die dispuut wat die verskansingsklousule wou verhoed by wyse van 'n sirkelredenasie by die agterdeur inlaat.

[33] Die huurder se verdere beswaar is dat die verhuurder haar nie nou sonder kennisgewing op die terme van die huurkontrak kan beroep nadat sy in die verlede die huurder toegelaat het om van hierdie terme af te wyk nie. Die vraag is: waarom nie? Eerstens is daar bepalings in die ooreenkoms wat 'n beroep op estoppel of afstanddoening, bloot op grond daarvan dat laat betalings in die verlede toegelaat is, uitdruklik uitsluit.<sup>20</sup> Tweedens is die nie duidelik waarom die huurder nou in 'n swakker posisie is as wat sy sou

---

<sup>20</sup> Wat die saak onderskei van die situasie wat, byvoorbeeld, in *Garlick Ltd v Phillips* 1949 (1) SA 121 (A) ter sprake gekom het.

wees indien die verhuurder by die eerste laat betaling van huur die huurkontrak sou kanselleer nie.

[34] Vir hierdie redes kan die huurder se beroep op die beginsels van goeie trou ook nie slaag nie.

[35] ART 26(3) VAN DIE GRONDWET: Dit bring ons by die laaste deel van die betoog, nl dat selfs indien die huurkontrak geldiglik gekanselleer is die hof *a quo* nie `n uitsettingsbevel moes toegestaan het nie vanweë die bepaling van art 26(3) van die Grondwet. Die artikel bepaal soos volg:

‘No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.’

Volgens die huurder het die blote feit dat die verhuurder die eienaar was en die huurder die eiendom onregmatig geokkupeer het, nie die verhuurder op `n uitsettingsbevel geregtig gemaak nie. Sy voer aan dat die omstandighede

waaronder die huurkontrak gekanselleer is asook haar en haar moeder en kind se sosio-ekonomiese omstandighede relevante omstandighede was wat deur die hof *a quo* in ag geneem moes word.

[36] Die huurder steun op die beslissing in *Ross v South Peninsula Municipality* 2000 (1) SA 589 (C). In daardie saak het die verhuurder aansoek gedoen vir die uitsetting van die huurder op grond daarvan dat hy die eienaar van die betrokke eiendom was en die huurder die eiendom geokkupeer het sonder enige reg daartoe. Op appèl het die hof, by monde van Josman Wnde R, beslis dat art 26 (3) die gemenereg soos neergelê in *Graham v Ridley* 1931 TPD 476 gewysig het. Ingevolge die gemenereg, soos wat dit was voordat die Grondwet in werking getree het, was `n eiser wat beweer en bewys het dat hy die eienaar van eiendom was en dat die verweerder in besit daarvan was, geregtig op `n uitsettingsbevel tensy die

verweerder kon aantoon dat hy geregtig was om die eiendom te okkupeer.<sup>21</sup>

Volgens Josman Wnde R het art 26(3) tot gevolg dat 'n eiser, wat die uitsetting van 'n okkupeerder verlang wat onregmatiglik sy eiendom okkupeer, nie meer bloot op grond van daardie feite kan slaag nie en dit selfs al word die saak nie deur die okkupeerder geopponeer nie. Die eiser moet naamlik boonop addisionele relevante omstandighede aanvoer wat die hof geregtig maak om so 'n bevel te maak (op 596H).

[37] Wat méér die eiser moet beweer en bewys, het Josman Wnde R nie beslis nie. Volgens hom het dit buite die bestek van die appèl voor hom geval om te oorweeg presies welke omstandighede relevant sou wees (op 596I). Hy meen nietemin dat die Wet op die Voorkoming van Onwettige Uitsetting en Onregmatige Besetting van Grond 19 van 1998 in hierdie verband van hulp kan wees, meer spesifiek art 4(6) en (7) daarvan, wat aan

---

<sup>21</sup> *Graham v Ridley* op 479 en *Chetty v Naidoo* 1974 (3) SA 13 (A) 20A-E.

’n hof ’n diskresie verleen om onder sekere omstandighede ’n uitsettingsbevel te verleen as die hof dit reg en billik ag na oorweging van die behoeftes van bejaardes, kinders, gestremde persone en huishoudings waarvan ’n vrou die hoof is (op 599B-C).

[38] Klaarblyklik is die faktore wat relevant is in die geval waar ’n hof ’n diskresie het geen aanduiding van wat relevante faktore is in die geval waar die hof geen diskresie het nie. Hy het gevolglik gefouteer deur in die gemelde wet ’n aanduiding te vind van wat relevante omstandighede vir doeleindes van art 26(3) sou wees alvorens dit vasstaan dat art 26(3) aan die hof ’n diskresie verleen het en wat die aard van daardie diskresie is.

[39] Die hof *a quo* het in navolging van *Betta Eiendomme (Pty) Ltd v Ekple-Epoh* 2000 (4) SA 468 (W) 473A-B beslis dat *Ross* verkeerd beslis is en dat art 26 slegs vertikale werking het en dus nie van toepassing is op natuurlike persone en regspersone anders as staatsorgane nie.

[40] Hoewel art 26(1) en (2) waarskynlik slegs vertikale werking het en die laaste sin van art 26(3) 'n verbod op die staat plaas om bepaalde wetgewing aan te neem, het die hof *a quo* na ons mening verkeerdelik beslis dat dit op die gewraakte deel van art 26(3) van toepassing is. Artikel 8(2) van die Grondwet bepaal:

'A provision of the Bill of Rights binds natural and juristic persons if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and of any duty imposed by the right.'

Daar is geen rede waarom art 26(3) nie toegepas kan word (of toegepas behoort te word) op alle natuurlike en regspersone nie. In *Betta* het die hof beslis dat die geheel van art 26 slegs vertikale werking het omrede dit nie van persone soos die applikant in daardie saak verwag kon word om behuising aan die algemene publiek, 'all comers', of die huurder in daardie

saak te verskaf nie (te 473A). Daardie oorwegings is egter geen rede vir `n bevinding dat art 26(3) nie horisontale werking het nie.

[41] Dit volg dat ook in `n geval soos die onderhawige art 26(3) vereis dat `n hof, alvorens `n uitsettingsbevel gemaak word, oorweging moet skenk aan alle relevante omstandighede. Davis, Cheadle and Haysom<sup>22</sup> sê:

‘The relevant circumstances which the court must consider before it makes such an order should include at least the personal circumstances of those being deprived of accommodation, and the availability of alternative accommodation. These were among the factors which were considered relevant to the exercise of a court’s discretion in issuing an ejectment order in terms of s 46(2) of the repealed Group Areas Act 36 of 1966 (*S v Govender* 1986 (3) 969 (T) at 971H-J). These factors should be weighed against the reasons for the party seeking the order (for example, an illegal occupation, a default on bond or rent payments, the resettlement of a community in another area).’

---

<sup>22</sup> *Fundamental Rights in the Constitution* 349-350.

[42] Ons stem nie saam dat die bogenoemde omstandighede sonder meer relevante omstandighede sal wees nie. Artikel 26(3) vereis dat alle relevante omstandighede in ag geneem moet word maar bepaal nie self dat enige omstandighede relevant sal wees nie. Daarvoor moet na die algemeen geldende reg gekyk word. Omstandighede kan slegs relevant wees indien hulle *regtens* relevant is. Indien die artikel aan 'n hof 'n diskresie verleen het om 'n uitsettingsbevel te weier onder sekere omstandighede, soos byvoorbeeld indien die hof dit reg en billik sou ag, sou alle omstandighede wat relevant is met betrekking tot die vraag of dit in 'n bepaalde geval reg en billik sou wees natuurlik relevant wees by die uitoefening van daardie diskresie. Die artikel verleen egter geen diskresie aan die hof om onder sekere omstandighede te weier om 'n uitsettingsbevel toe te staan aan 'n eienaar wat andersins op so'n uitsettingsbevel geregtig sou gewees het nie.

[43] Regtens is `n eienaar geregtig op besit van sy eiendom en op `n uitsettingsbevel teen `n persoon wat sy eiendom onregmatiglik okkupeer behalwe indien daardie reg beperk word deur die Grondwet, `n ander wet, `n kontrak of op een of ander ander regsbasis. 'n Voorbeeld van sodanige beperking is te vinde in die Wet op die Voorkoming van Onwettige Uitsetting en Onregmatige Besetting wat, soos hierbo aangetoon, `n uitsettingsbevel in die omstandighede genoem in daardie wet onderhewig maak aan die uitoefening van `n diskresie deur die hof.<sup>23</sup> Artikel 26(2), wat sekere behuisingsverpligtinge op die Staat plaas, mag moontlik in bepaalde gevalle so'n beperking op die Staat se eiendomsreg plaas. Vir doeleindes van hierdie saak is dit egter nie nodig om te beslis of dit wel die geval is nie.

---

<sup>23</sup> `n Ander voorbeeld is die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg 62 van 1997 wat in art 8 daarvan, behoudens die bepalings van die artikel, vereis dat die beëindiging van `n okkupeerder (soos omskryf in daardie wet) se verblyfreg regverdig en billik moet wees met inagneming van alle ter saaklike faktore en in besonder die faktore spesifiek in die artikel genoem.

[44] In *S v Govender*, waarna Davis, Cheadle en Haysom in die hierbo aangehaalde passasie verwys, het die hof nie te doen gehad met die reg op 'n uitsettingsbevel van 'n eienaar teen 'n okkupeerder nie. In daardie saak het die hof beslis dat 'n hof wat 'n persoon skuldig bevind het aan 'n oortreding van die nou herroepe Groepsgebiedewet 36 van 1966, ingevolge daardie wet 'n wye diskresie het om daardie persoon uit te sit van die grond wat deur hom geokkupeer word. Artikel 46(2) van die wet het naamlik bepaal dat die hof wat 'n persoon skuldig bevind aan 'n oortreding van sekere artikels in die wet, benewens enige straf opgelê, 'n uitsettingsbevel **kan** ('may') uitvaardig. Goldstone R het in hierdie verband gesê:

'The power to make such an ejectment order is a wide one. It is one which may, and in most cases will, seriously affect the lives of the person or persons concerned. It may, and frequently will, interfere with the normal contractual relationship which exists between landlord and tenant. Such an order should not therefore be made without the fullest

enquiry. Whether such enquiry takes place before or after sentence does not appear to me to matter. However, a court should not make such an order unless requested to do so and there appears to me to be no onus upon the convicted person to dissuade the court from granting the order.'

Die omstandighede waarna Goldstone R verwys het, was dus deur hom as relevant beskou omrede die statuut 'n diskresie aan die hof verleen het.

[45] In die onderhawige geval is die verhuurder die eienaar van die betrokke eiendom. Die huurder se huurkontrak is gekanselleer en sy het gevolglik geen kontraktuele reg om die eiendom te okkupeer nie. Die huurder het ook nie aangevoer dat sy enige statutêre reg, anders as wat te vinde mag wees in art 26(3), het om die eiendom te okkupeer nie en die hof het geen diskresie om 'n uitsettingsbevel te weier nie. Die omstandighede waarna die huurder verwys as synde omstandighede wat deur die hof in ag geneem moet word alvorens 'n uitsettingsbevel toegestaan word, is

gevolglik nie relevante omstandighede wat ingevolge art 26(3) in ag geneem moet word nie. As eienaar is die verhuurder geregtig op besit. As die verhuurder nie 'n reg op besit het nie en die hof nie 'n diskresie het om, desnieteenstaande, 'n uitsettingsbevel te weier nie is die enigste relevante omstandighede wat 'n hof in mag neem die feit dat die eiser die eienaar is en die feit dat die verweerder in besit is. *Ross* is dus verkeerd beslis.

[46] Dit volg dat die hof *a quo* inderdaad alle relevante omstandighede oorweeg het en tereg bevind het dat die huurder geregtig is op 'n uitsettingsbevel.

[47] Dit volg dat die appèl van die hand gewys moet word met koste. Soos gemeld, maak die kontrak voorsiening daarvoor dat die huurder aanspreeklik is vir koste op prokureur-en-kliënt skaal. Geen redes is aangevoer waarom die ooreenkoms nie ook in hierdie verband gehandhaaf moet word nie.

Die appèl word van die hand gewys met koste getakseer op prokureur-  
en-kliënt skaal.

---

LTC HARMS  
APPÈLREGTER

---

PE STREICHER  
APPÈLREGTER

---

FDJ BRAND  
APPÈLREGTER

OLIVIER AR

[1] Op sy eenvoudigste gestel is die hoofvraag in hierdie appèl of daar van die beginsel neergelê in *S A Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Bpk v Shifren en Andere* 1964 (4) SA 760 (A) ("die Shifren-beginsel") afgewyk moet word, dan wel of dit gehandhaaf moet word. Die antwoord op hierdie vraag bepaal in wese die uitslag van die appèl.

[2] Ingevolge 'n skriftelike huurkontrak gedateer 15 September 1999 het die respondente ("Drotsky") 'n meenthuis in Pretoria waarvan sy eienares is aan die appellante ("Brisley") verhuur. Die huurgeld het R3 500,00 per maand beloop, vooruitbetaalbaar op die eerste dag van elke maand vanaf 1 Oktober 1999. Brisley het versuim om die gemelde verpligting na te kom en het soos volg betaal :

|     |                    |            |
|-----|--------------------|------------|
| (i) | Vir Oktober 1999 : |            |
|     | Op 18 Oktober      | R 3 000,00 |
|     | Op 19 Oktober      | R 500,00   |

- (ii) Vir November 1999 :  
Op 12 November R 3 500,00
- (iii) Vir Desember 1999 :  
Op 10 Desember R 3 500,00
- (iv) Vir Januarie 2000 :  
Op 15 Januarie R 3 000,00
- (v) Vir Februarie 2000 :  
Op 9 Februarie R 3 500,00

[3] Die skriftelike huurkontrak bepaal dat in geval van wan- of nie-tydige betaling van huurgeld Drotsky die reg het om die huurkontrak summier te beëindig. Dit het sy laat doen deur op 31 Januarie 2000 'n skriftelike opseggingskennisgewing aan Brisley te laat aflewer, waarin laasgenoemde ook aangesê word om die perseel binne 14 dae te ontruim.

[4] Brisley het geweier om aan dié kennisgewing gehoor te gee, met die gevolg dat Drotsky op 31 Maart 2000 'n aansoek in die Transvaalse

Provinsiale Afdeling aanhangig gemaak het, waarin bevestiging dat die huurkontrak gekanselleer is en 'n bevel van uitsetting versoek is.

[5] Brisley het die aansoek ge-opponeer. Sy ontken nie die datums van die betalings van die huurgelde soos hierbo vermeld, nie. Sy ontken ook nie dat, volgens die bepalinge van die skriftelike kontrak, die betalings laat was nie. Wat sy wel beweer is dat na sluiting van die huurkontrak

' ... ek die applikant [Drotsky] genader het vir verligting van die bepaling dat huur stiptelik op die eerste dag van die maand betaal moes word en gevra dat ek toegelaat moes word om vir die eerste ses maande laat te betaal, en dat ek daarna op of voor die 7<sup>de</sup> van elke maand sou betaal.

Die applikant het gesê dat sy glad nie omgee nie; die skriftelike kontrak is 'n "CNA-kontrak" wat sy bekom het net om iets op skrif te hê en dat ek kan betaal soos voorgestel, en soos dit my pas in die loop van die betrokke maand, en dat sy afstand doen van stiptelike betaling op die eerste van die maand; voorts dat ek direk in haar bankrekening moes inbetaal.'

[6] Ten aansien van die kortbetaling in Januarie 2000 van R 500,00, het Brisley aangevoer dat dit geld is wat sy agterweë gehou het vir uitgawes

vir daardie bedrag om die riool in orde te laat kry. Sy beweer dat Drotsky daarvan bewus was en die kortbetaling as in orde aanvaar het.

[7] Gesien die feite-dispuut tussen die partye, sou Drotsky se aansoek nie sonder meer kon slaag nie tensy dit na 'n verhoor bereg is, welke verwysing vir verhoor nie deur enige van die partye gevra of gedoen is nie. Drotsky se *riposte* lê op 'n ander vlak : die verweer waarop Brisley haar beroep, beide met betrekking tot die laat- en die onvolledige betaling, nl toestemming verleen deur 'n mondeling ooreenkoms tussen die partye na sluiting van die skriftelike huurkontrak, is regtens onontvanklik, uit hoofde van die bepalinge van klousule 19 van die skriftelike kontrak, wat soos volg lees :

'19:0 ENTIRE AGREEMENT, VARIATION AND WAIVER:

19.1 This LEASE constitutes the entire agreement between the parties as to the subject matter hereof. No warranties, representations, stipulations or conditions, other than as recorded herein, shall be binding on the LESSOR.

19.2 No alterations, variation or cancellation of any of the terms or conditions of this LEASE shall be of any force or effect unless it is recorded in writing and signed by the parties hereto.

19.3 No latitude, indulgence, consent or forbearance or any other similar act by the LESSOR in enforcing any provision of this LEASE shall constitute a variation or novation of this agreement or a waiver of or estoppel in respect of its rights in terms of this agreement.

19.4 Without derogating from the generality of the foregoing:

19.4.1 no acceptance by the LESSOR of any rent, or any other payments after due date (whether on one or more occasions), shall preclude the LESSOR from exercising any of its rights under this LEASE by reason of any subsequent payment not being made strictly on due date;

19.4.2 the receipt by the LESSOR of any rent or other payment shall in no way prejudice, or operate as waiver, rescission or abandonment of any cancellation effected or right of cancellation acquired prior to such receipt.'

[8] Die beroep deur Brisley op 'n mondelinge wysigende ooreenkoms en die teenberoep op klousule 19 plaas die toepaslikheid van die *Shifren*-beginsel onvermydelik in ons midde. Hierdie beginsel hou in dat waar die kontrakspartye ooreengekom het dat geen latere wysigings van die

kontraksterme geldig sal wees nie tensy dit aan sekere formaliteite voldoen nie, geen wysiging, insluitende 'n wysiging van die verskanste bepaling self, wat nie aan die afgesproke formaliteite voldoen nie, afdwingbaar is nie.

[9] Die hof benede het tereg klousule 19 van die huurkontrak as so 'n verskanste bepaling beskou, die *Shifren*-beginsel toegepas en Drotsky se aansoek toegestaan. Dit is teen gemelde beslissing wat Brisley, met verlof van die hof benede, in hoër beroep kom.

[10] Die *Shifren*-beslissing is al dikwels in die regsliteratuur bevraagteken en selfs uitgemaak as 'surprisingly naïve', 'n ontkenning van die estoppel-beginsel, strydig met die vereistes van goeie trou en openbare belang, en verouderd, gesien die nuwe benadering in ons kontraktereg ten opsigte van kontraktuele geregtigheid. (Sien J S McLennan, *The Demise of the 'Non-variation' clause in Contract*, 2001 (118) SA Law Journal 574 - 580). Dit word ook aangevoer dat as die *Shifren*-beginsel nie op gepaste wyse in die

lig van erkende gemeenregtelike beginsels gekwalifiseer word nie, dit as strydig met die tans geldende grondwetlike beginsels oorboord gewerp moet word. (Dale Hutchison, *Non-variation clauses in contract : Any escape from the Shifren straitjacket?* 2001 (118) SA Law Journal 720 - 746.)

[11] Namens die respondent is betoog dat die akademiese kritiek ten spyte, hierdie Hof nie van sy eie vorige beslissing in *Shifren* sal afwyk nie weens die *stare decisis* beginsel wat hierdie Hof self in *Bloemfontein Town Council v Richter* 1938 AD 195 op 232 soos volg geformuleer het :

'The ordinary rule is that this Court is bound by its own decisions and unless a decision has been arrived at on some manifest oversight or misunderstanding that is there has been something in the nature of a palpable mistake a subsequently constituted Court has no right to prefer its own reasoning to that of its predecessors - such preference, if allowed, would produce endless uncertainty and confusion. The maxim "*stare decisis*" should, therefore, be more rigidly applied in this the highest Court in the land, than in all others.'

Van 'n vorige beslissing kan hierdie Hof ook afwyk indien

' ... its attention was not drawn in the previous decisions to relevant authorities' -

sien *John Bell and Co Ltd v Esselen* 1954 (1) SA 147 (A) op 153 *in fine*.

[12] Namens respondent is voorts aangevoer dat daar nie van die *Shifren*-beslissing gesê kan word dat dit op 'n klaarblyklike oorsig of wanopvatting of fout berus nie. Voor *Shifren* was daar ten aansien van die bindende aard van 'n verskansingsklousule van die aard tans onder bespreking 'n hele aantal teenstrydige provinsiale beslissings. Vir 'n nuttige oorsig, sien P M A Hunt in 1963 *Annual Survey of South African Law* 137 - 141. Hunt se oorsig - geskryf vóór die *Shifren*-beslissing in hierdie Hof, het sterk betoog teen die aanvaarding van die absolute bindende krag van die soort klousules tans onder bespreking. Die debat was dus nie iets nuut nie. *Shifren* het blykbaar om beleidsoorwegings, weens doelmatigheidsredes en volgens die insigte van die Hof, 'n bepaalde standpunt laat seëvier. Daar kan dus nie

met reg gesê word dat *Shifren* op 'n klaarblyklike oorsig of wanopvatting berus of dat enige relevante gesagsbronne oor die hoof gesien is nie.

Namens Drotsky is dus aangevoer dat hierdie Hof in elk geval, al sou twyfel bestaan oor die korrektheid van *Shifren*, nie geredelik van dié uitspraak sal afwyk nie, ook gesien die feit dat dit 'n oorwoë en eenparige beslissing was (sien ook *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Strydom* 1984 (1) SA 1 (A) op 16 G - 17 D; *Government of Lebowa v Government of the Republic of South Africa and Another* 1988 (1) SA 344 (A) op 361 B - D; *Catholic Bishops Publishing Co v State President and Another* 1990 (1) SA 849 (A) op 866 G - J).

[13] Ek kan met genoemde benadering en stellings in die algemeen nie fout vind nie. Mnr Pieters, wat namens Brisley in hierdie Hof opgetree het, kon op geen oorsig of wanopvatting of negering van bindende gesag in die *Shifren*-beslissing wys nie. Hy het wel aangevoer dat die beslissing op 'n

fout in die logika waarop dit gebaseer is, berus. Hy het aangevoer dat hierdie Hof in *Shifren* 'n 'kategorieverwarring' tussen die materiële bepalings van die kontrak en formele bepalings oor prosedure by die kontraksluiting aan die ander kant begaan het. Hy het gesê dat hulle van verskillende ordes is en dat opskrifstelling slegs op die eerste een betrekking kan hê. Daarom kon die partye geldiglik mondeling ooreengekom het om die prosedure waarop hulle voorheen wilsooreenstemming bereik het, te wysig of daarvan af te stap.

[14] Die gemelde kritiek - en die logika daaragter - oortuig nie. Die verskil tussen materiële en prosedurele bepalings is een wat die advokaat self gemaak het en het niks om die lyf nie. Formele vereistes vir geldige kontraksluiting is net so bindend soos die vereiste van *consensus* oor die inhoud van die kontrak. Dit is minstens net so 'n wesenlike geldigheidsvereiste. Aandrang op nakoming van die formele vereistes

beskerm juis die materiële inhoud van 'n kontrak teen die soort dispute wat dikwels uit beweerde mondelinge ooreenkomste spruit.

[15] Namens Drotsky is voorts aangevoer dat die *Shifren*-beginsel nou al reeds vir byna 40 jaar as geldende reg aanvaar is; dat die *Shifren*-klousule in byna elke skriftelike kontrak voorkom; dat dit 'n belangrike komponent van die handelslewe is en dat enige afwatering daarvan op hierdie stadium groot regs- en handelssonsekerheid sal meebring, om van 'n toeloop na die howe nie eens te praat nie. Daar is verwys na 'n reeks beslissings van hierdie Hof waarin die bogemelde kontinuï teits- en regsekerheidsbeginsel telkemale beklemtoon en toegepas is, onder andere *Harris and Others v Minister of the Interior* 1952 (2) SA 428 (A) op 454 A - B; *John Bell and Co Ltd v Esselen*, *supra*, op 154 A - B; *Attorney General, Northern Cape v Brühns* 1985 (3) SA 688 (A) op 701 C - D; *Cullinan v Noordkaaplandse Aartappelkernmoerkwekers Koöperasie Bpk* 1972 (1) SA 761 (A) op 767 F -

768 A; *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Strydom*

1984 (1) SA 1 (A) op 16 G - 17 D. Die beginsel geld des te meer, so is

aangevoer, waar hierdie Hof in resente tye na *Shifren* verwys het en die

tersake beginsel toegepas het - vgl *Barclays Western Bank Ltd v Ernst* 1988

(1) SA 243 (A) op 253 J; *Randcoal Services Ltd and Others v Randgold*

*and Exploration Co Ltd* 1998 (4) SA 815 (A) op 841 E - G; *Golden Fried*

*Chicken (Pty) Ltd v Sirad Fast Foods CC and Others* 2002 (1) SA 822

(HHA) op 826 F.

[16] Dit is moeilik om as algemene riglyn die houdbaarheid van die pas

vermelde argument namens Drotsky aan te kyf. Om nou die *Shifren*-

beginsel in sy geheel te begrawe, kan kommersiële chaos skep, 'n

vraagteken plaas agter talle bestaande kontrakte en, les bes, kontra-

produktief wees ten aansien van beleggings en ondernemings wat op die

lange duur almal se belange kan bevorder, soos die oprigting en verhuur van

wooneenhede. As die risiko van geskille en hofsake, wat weens beweerde mondelinge ooreenkomste kan ontstaan, nie effektief uitgeskakel kan word nie, sal verstandige sakelui en selfs private deelnemers aan die handelsverkeer hulle óf van ondernemings en beleggings weerhou óf hul toevlug neem tot ander, minder gewenste, beskermingsmoontlikhede. Daar is dus veel te sê vir die behoud van die *Shifren*-beginsel.

[17] Nogtans moet toegegee word dat Hutchison korrek is waar hy (in 2001 118 *SA Law Journal* 720 op 721) die volgende oor *Shifren* sê.

"The principle in *Shifren's* case has consistently been reaffirmed, albeit with the rider in a recent case that non-variation clauses are to be restrictively interpreted since they curtail freedom of contract. It is therefore still good law, despite the fact that the courts have frequently felt uncomfortable about applying the principle, and have resorted to all sorts of ingenious stratagems to avoid doing so. The reason is quite simply that, no matter how logical its theoretical justification, in practice the principle would be productive of injustice if applied without a good deal of discretion and qualification. For, on the face of it, *Shifren* appears to allow a party to go back on his or her word, even when another has in good faith relied thereon. Take the all too common situation represented by *Shifren* itself: a contract of lease containing a non-variation clause

requires the written consent of the landlord for any cession by the tenant of its rights under the contract; the landlord orally consents to such a cession but later, after the cession has taken place, purports to cancel for breach, averring that the oral agreement is of no force or effect in view of the non-variation clause. To permit the landlord to cancel the contract in such circumstances seems not merely unjust but a violation of the principle that parties to a contract are expected to behave in accordance with the dictates of good faith.'

[18] Eerstens, dan, die moontlikheid om in die onderhawige geval beperkende uitleg toe te pas. Klousule 19 is reeds hierbo aangehaal en is in i ondubbelsinnig. Dit dek alle 'alterations' en 'variations' en kan dus nie *per se* beperkend uitgelê word nie.

[19] Maar wat van afstanddoening? In die onderhawige soort gevalle kan afstanddoening een van twee vorme aaneem: daar kan afstand gedoen word van die verskanste bepaling self, of van die reg om weens kontrakbreuk te kanselleer (lg is vermeld in *Shifren* op 765 B - C). Maar afgesien van welke vorm van mondelinge afstanddoening aangevoer word, bly die feit staan dat afstanddoening in die konteks waarin dit hier ter sprake kom, 'n

tweesydigse regshandeling *in casu* 'n ooreenkoms is. (*Administrator, Orange Free State v Mokopanele* 1990 (3) SA 780 (A) op 787 teenoor F; *Resisto Dairy (Pty) Ltd v Auto Protection Insurance Co Ltd* 1962 (3) SA 565 (C) op 571 A - B; Hutchison op 723 vir nuttige bespreking en literatuurverwysings.) Hieruit volg dat mondelinge afstanddoening in hierdie geval neerkom op 'n mondelinge ooreenkoms wat ongetwyfeld die bepalings van die skriftelike kontrak **wysig** - en dus vierkantig binne die verbodsbepaling van klousules 19.2 val. Die bepalings van klousules 19.2 en 19.3 is in elk geval so wyd dat dit enige beroep op afstanddoening uitskakel.

[20] Dieselfde moet ook gesê word ten aansien van **estoppel**. Klousule 19.3 verbied enige beroep op estoppel om afbreuk te doen aan die bepalings van die skriftelike ooreenkoms (sien die bespreking by Hutchison op 731 - 739).

[21] Mnr Pieters het ook aangevoer dat in die onderhawige geval die *Shifren*- beginsel nie toegepas behoort te word nie weens die werking van die norme van die openbare belang, soos uitgekristaliseer in die *bona fide* - normkompleks. Hierdie is nie 'n nuwe gedagte nie. Reeds in *Resisto Dairy, supra* op 571 E - F is gesê

'The plaintiff Company agreed in advance to a condition which is hard and onerous, and it seems to me that unless it can be shown that it would, indeed, in the circumstances of this case, be fraudulent or unconscionable, or a manifestation of bad faith, to rely on this condition, effect should be given to it. (*Wells v. South African Alumenite Co.* 1927 A.D. 69 at p. 73; *Zuurbekom Ltd. v. Union Corporation Ltd.* 1947 (1) S.A. 514 (A.D.) at p. 537)'

In resente tye is die beginsels van die openbare belang en die goeie trou weer tereg beklemtoon ( sien o a *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) op 7 I - 9 G; *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis* 1984 (4) 874 (A) op 891 G e v oor die openbare belang en ten aansien van die goeie trou *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO* 1997

(4) SA 302 (A) op 318 H ev; *NBS Boland Bank Ltd v One Berg River Drive CC*; *Deeb v Absa Bank Ltd*; *Friedman v Standard Bank of SA Ltd* 1999 (4) SA 928 (SCA) op 937 F - G; *Janse van Rensburg v Grieve Trust CC* 2000 (1) SA 315 (C) op 326 I - 327 D; *Miller and Another NNO v Dannecker* 2001 (1) SA 928 (C) op 938 par 19).

[22] In onlangse tye is onderskraging van die toepassing *bona fides* in die kontraktereg ook in die Grondwet en die *penumbra* daarvan gesoek. So het Davis R in 'n *obiter dictum* in *Mort NO v Henry Shields-Chiat* 2001 (1) SA 464 (C) op 474 J - 475 F verklaar:

'Like the concept of *boni mores* in our law of delict, the concept of good faith is shaped by the legal convictions of the community. While Roman-Dutch law may well supply the conceptual apparatus for our law, the content with which concepts are filled depends on an examination of the legal conviction of the community - a far more difficult task. This task requires that careful account be taken of the existence of our constitutional community, based as it is upon principles of freedom, equality and dignity. The principle of freedom does, to an extent, support the view that the contractual autonomy of the parties should be respected and that failure to recognise such autonomy could cause contractual litigation to mushroom

and the expectations of contractual parties to be frustrated. See G B Glover (1998) 61 *THRHR* 328 at 334.

But the principles of equality and dignity direct attention in another direction. Parties to a contract must adhere to a minimum threshold of mutual respect in which the "unreasonable and one-sided promotion of one's own interest at the expense of the other infringes the principle of good faith to such a degree as to outweigh the public interest in the sanctity of contracts" *Zimmermann* (*supra* at 259-60). The task is not to disguise equity or principle but to develop contractual principles in the image of the Constitution. For an instructive insight into this approach see Derek van der Merwe 1998 *Tydskrif vir Suid Afrikaanse Reg* 1.

In short, the constitutional State which was introduced in 1994 mandates that all law should be congruent with the fundamental values of the Constitution. Oppressive, unreasonable or unconscionable contracts can fall foul of the values of the Constitution. In accordance with its constitutional mandate the courts of our constitutional community can employ the concept of *boni mores* to infuse our law of contract with this concept of *bona fides*. See in this regard *Janse van Rensburg v Grieve Trust* CC 2000 (1) SA 315 (C) at 325-6.'

[23] Ook Hutchison lewer 'n sterk pleidooi dat die *bona fides*, geskraag deur die Grondwet, groter erkenning in ons kontraktereg verdien. In 'n hoofstuk getiteld '*Good faith in the South African law of contract*' in Roger Brownsword, Norma J Hird and Geraint Howells *Good Faith in Contract: Concept and Context* (1999) 213 op 230-1 skryf hy :

'What emerges quite clearly from recent academic writings, and from some of the leading cases, is that good faith may be regarded as an ethical value or controlling principle, based on community standards of decency and fairness, that underlies and informs the substantive law of contract. It finds expression in various technical rules and doctrines, defines their form, content and field of application and provides them with a moral and theoretical foundation. Good faith thus has a creative, a controlling and a legitimating or explanatory function. It is not, however, the only value or principle that underlies the law of contract nor perhaps, even the most important one. In the words of Lubbe and Murray:

"It does not dominate contract law but operates in conjunction (and competition) with notions of individual autonomy and responsibility, the protection of reasonable reliance in commerce, and views of economic efficiency in determining the contours of contract doctrine. However, it will ensure just results only if judges are alert to their task of testing existing doctrines and the operation of particular transactions against the constantly changing mix of values and policies of which bona fides is an expression."

On this view of things, which seems to be correct, the influence of good faith in the law of contract is merely of an indirect nature, in that the concept is usually if not always mediated by some other, more technical doctrinal device. Thus, for example, while good faith does not empower a court directly to supplement the terms of a contract, or to limit their operation, it might in appropriate cases enable the court to achieve these same results indirectly, through the use of devices such as implied terms and the public policy rule.'

[24] Terwyl bogemelde perspektiewe onderskryf moet word, is die moeilike vraag hoe die *bona fides* op kontraktuele geskille toegepas moet

word. Die werking van die *bona fides* in ons kontraktereg is nog lank nie volledig verken en inhoud gegee nie. Dit sal oor jare en aan die hand van baie uitsprake moet geskied. Uiteindelik sal, hopelik, 'n nuwe raamwerk en denkpatroon in ons kontaktereg ontstaan.

[25] Teen 1988 het die meerderheid van hierdie Hof by monde van Joubert AR nie gehuiwer om 'n grafrede oor die *exceptio doli generalis* uit te spreek nie, soos blyk uit *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas* 1988 (3) SA 580 (A). Dié *exceptio* was 'n belangrike regsmiddel wat aan die redelikheid en billikheid 'n sterk derogerende werking verleen het, d w s dit is gebruik om die gestrengte reg in bepaalde gevalle te versag. Maar slegs 'n jaar later het hierdie Hof nie teruggedeins om kontrakteervryheid en regsekerheid op te weeg nie teen 'the doing of simple justice between man and man' - (*Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) op 9 A - C). Sedertdien, soos reeds genoem, het die redelikheid en billikheid in die vorm

van die *bona fides* al hoe meer op die voorgrond getree. Dit is duidelik dat ons reg in 'n ontwikkelingsfase is waar **kontraktuele geregtigheid** meer as ooit tevore as 'n morele **en** juridiese norm van groot belang op die voorgrond tree. Hierdie tendens sal na alle waarskynlikheid, soos akademiëci soos Neels tereg aantoon, deur grondwetlike waardes versterk word. (Sien Jan Neels, *Regsekerheid en die korrigerende werking van redelikheid en billikheid (deel 3)* in (1999) 3 *TSAR* 477 op 489; sien ook A van Aswegen *The Future of South African Contract Law in Die Toekoms van die Suid-Afrikaanse Privaatreg*, (1994) 44, 46 - 51; A van Aswegen *The implications of a bill of rights for the law of contract and delict* 1995 *SAJHR* 50 ev).

Daar kan veral gewys word op hoofstuk 2 van die Grondwet wat waardes soos vryheid, gelykheid en waardigheid beskerm; art 39 (2) wat vereis dat die houe die gees, strekking en oogmerke van die handves moet bevorder wanneer die gemereg ontwikkel word, en op art 173 wat bepaal dat die hoër

howe die inherente bevoegdheid het om die gemenereg te ontwikkel met inagneming van die belang van geregtigheid.

Dit word ook al hoe meer duidelik dat kontemporêre gemeenskapsbehoefte, o a die beskerming van swakkere kontraktante, van die howe vereis om meer aktief op te tree. Ek vereenselwig my dus met Prof C F C van der Walt se pleidooi in *Beheer oor onbillike kontraktsbedinge*

- *quo vadis vanaf 15 Mei 1999*) (2000 TSAR 33 op 41):

'Bykans 80 jaar na die uitspraak in *Neugebauer & Co Ltd v Hermann* en ten spyte van die "lyn van beslissings" wat daarop gevolg het, moet gekonkludeer word dat die howe waarskynlik nie self die punt sal bereik waar hulle relevante waardes regstreeks op kontraktsbedinge sal toepas nie. Vir sover die howe aan hulleself en die presedentestelsel oorgelaat word om te onderskei tussen bedinge wat afgedwing sal word of nie, en tussen bedinge wat nietig is of nie, sal hulle nie daarby uitkom nie. Intussen sal die howe waarskynlik steeds voortgaan om die "grondliggende waarde" van goeie trou onregstreeks, agter die mom van allerlei ander regsfigure, remedies en diskresies toe te pas. Laasgenoemde werkswyse moet uit die oogpunt van judisiële optrede teen onbillike kontraktuele situasies uiteraard nie geringgeskat word nie. Tensy daar egter snel vordering met die regstreekse benadering kom, sal 'n aanvaarbare ewewig van regte en verpligtinge op die kontrakteregterrein (dit wat as billik en regverdig bestempel word) nie deur die howe bereik kan word nie.'

(Sien ook Neels a w op 489 e v.)

[26] Die vraag voor ons is soos volg deur Hutchison ((2002) 118 *SALJ* op 746) saamgevat:

'To what extent the principle of good faith may be used to overcome a non-variation clause is uncertain. One possibility is that the principle may be employed directly, on the grounds that it affords a judge an equitable, discretionary power, based on public policy, to refuse to enforce a provision in a contract whenever a party's attempt to rely on the provision is unconscionable or in bad faith. The more widely accepted view is that good faith operates indirectly, in that it is always mediated by other, more concrete rules or doctrines. In terms of the latter view, the courts would be justified, even obliged, to develop the technical rules of the common law to ensure that the *Shifren* principle is applied in a way that is consistent with the dictates of good faith.'

[27] Welke van die roetes voorgestel deur Hutchison ookal gevolg word, is die uiteindelijke vraag of die toepassing van die *Shifren*-beginsel in elke bepaalde geval so onredelik, só sosiaal-eties onaanvaarbaar is, dat dit nie, of nie ten volle, toegepas moet word nie. Hierdie benaderingswyse verskil geensins van die analoë geval van ooreenkomste wat die handelsvryheid

beperk nie. In *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis* 1984 (4)

863 (A) het hierdie Hof die toets vir afdwingbaarheid van so 'n ooreenkoms

as die **openbare belang** gestel. Op sy beurt word die openbare belang o a

aan die hand van die **redelikheidsvraag** getoets (sien op 891 C - I); 893 H -

894 E; 898 A - E).

[28] Of daar in enige spesifieke geval gevolg aan 'n *Shifren*-klousule gegee

moet word dan wel of die latere mondelinge wysiging in stand gehou moet

word, moet dus, in die lig van die bogemelde oorwegings, aan die hand van

die bestaande gemeenskapsopvattinge oor die openbare belang en

redelikheid - kortom, die *boni mores* - beoordeel word.

[29] Hoe moet die *bona fides* of te wel redelikheid en billikheid in die

kontraktereg toegepas word? Vanweë die voortreflike formulering van die

antwoord op gemelde vraag deur Neels ((1999) 4 *TSAR* op 700) haal ek hom

woordeliks aan:

'Die howe, so is reeds herhaaldelik betoog, behoort die bevoegdheid tot korreksie beginselmatig en terughoudend uit te oefen. Die beginsels van regsekerheid en outonomie vereis dat die wilsooreenstemming wat die partye tot die kontrak bereik het of die redelike vertrouwe wat geskep is, as uitgangspunt moet dien (voorlopige regsoordeel). Slegs in gevalle waar die onredelikheid of onbillikheid van die voorlopige regsoordeel duidelik, klaarblyklik, kennelik of onmiskenbaar is (marginale toetsing), moet dit in die finale regsoordeel gekorrigeer word op die grondslag van nuutverfynde reëls en beginsels.'

**[30]** Vervolgens gaan dit dan om die vraag of dié klousule gesien die feite

van die betrokke geval afdwinging moet word : is dit, gesien al die

omstandighede en die belang van alle partye, objektief redelik in die sin so

pas bespreek om dit af te dwing? Na analogie van ooreenkomste +wat die

handelsvryheid beperk, sal dit o a gaan oor die vraag welke belang die party

wat hom of haar op 'n *Shifren*-klousule beroep, in die strikte afdwinging

daarvan het? Tot welke mate het die ander party op die mondelinge

ooreenkoms vertrou en haar of sy posisie na aanleiding daarvan verander?

Het die een wat op die *Shifren*-klousule staatmaak, die ander redelike kennis gegee dat die mondelinge afspraak nie meer sal geld nie, maar wel die skriftelike kontrak? Wat is die wedersydse gevolge van die handhawing al dan nie van die klousule? Hierdie en ander vrae, sal noukeurig onder die loep geneem moet word.

[31] Dit mag so wees dat die voorgestelde benadering 'n mate van regs- en kommersiële onsekerheid sal invoer, maar dit is die prys wat 'n viriele regstelsel, wat billikheid net so belangrik as regsekerheid ag, moet betaal : 'n balans moet gevind word tussen kontinuïteit van die regsisteem en die aktualiteit van die sosiale werklikheid (Neels, 1999 (2) *TSAR* op 266 e v; (1998) *TSAR* op 702, 716 - 717; (1999) 4 *TSAR* 685 - 698).

[32] In die onderhawige geval kan nie gesê word dat 'n beroep op die skriftelike kontrak so onredelik is dat dit nie toegelaat moet word nie. Dit

is, enersyds, so dat in die lig van die mondelinge ooreenkoms (wat vir die doeleindes van die mosie-verrigtinge as bewese aanvaar moet word), Drotsky se ommeswaai deur haar op die skriftelike dokument te beroep, as ongeregverdigd voorkom. Behalwe vir wat hieronder gesê word, was daar geen rede om 'n ongenaakbare houding teenoor Brisley in te neem nie. Geen kennis is aan Brisley gegee van die ommeswaai en die dreigende kansellasië nie. Geen redelike geleentheid is aan Brisley gegee om in die toekoms die bepalings van die skriftelike huurkontrak na te kom nie. Die tydperk van die bestaan van die mondelinge kontrak was baie kort en uit die voorgelegde getuienis het geblyk dat alternatiewe en vergelykbare huisvesting geredelik beskikbaar was. Hoewel hierdie miskien 'n grensgeval is, meen ek dat Drotsky se beroep op die verskanste bepalings in die skriftelike kontrak toegelaat moet word.

[33] Mnr Pieters het, namens Brisley, egter nie met 'n aanval op *Shifren* volstaan nie. Hy het as alternatief aangevoer dat sy kliënt nie uit die gehuurde perseel gesit kan word nie, vanweë die voorskrifte van art 26 (3) van die Grondwet van ons land, Wet 108 van 1996. Die Engelse teks, tot nog toe die enigste amptelike een, lees soos volg:

- '26. (1) Everyone has the right to have access to adequate housing.
- (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.
- (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.'

In die loop van die verrigtinge in die hof benede het Patel Wnde R die partye beveel om beëdigde verklarings met betrekking tot hul 'tersaaklike omstandighede' in terme van a 26 (3) voor te lê. Dit is in oorvloedige mate gedoen.

[34] Die eerste vraag is of a 26 (3) van die Grondwet van toepassing is op 'n gewone huurkontrak tussen privaat individue of instansies soos maatskappye. Ek meen van wel.

[35] Die betekenis en sosio-ekonomies strekkingswydte van a 26 van die Grondwet is volledig behandel in *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 (11) BCLR 1169 (CC) in die uitspraak van Yacoob R. Alhoewel die uitspraak grootliks met die Staat se verpligtinge om huisvesting te verskaf, handel, volg dit ook uit wat gesê is dat a 26 (3) ook horisontale werking het, d w s van toepassing is op private verhoudings. Dit word dan ook uitdruklik in par [35] van gemelde uitspraak erken :

'A right of access to adequate housing also suggests that it is not only the State who is responsible for the provision of houses, but that other agents within our society, including individuals themselves, must be enabled by legislative and other measures to provide housing. The State must create the conditions for access to adequate housing for people at all economic

levels of our society. State policy dealing with housing must therefore take account of different economic levels in our society.'

Trouens, dit sou futiel wees as die Staat sy verpligtinge ten aansien van huisvesting nakom, maar privaatpersone of instansies dit kan frustreer.

[36] Artikel 26 (3) moet teen gemelde agtergrond ge-interpreteer word en nougesette aandag moet aan die bepaling self gegee word.

Die Engelse teks bepaal:

'No one may be evicted ... '

'Niemand' en 'No one' is terme van wye en ongekwalifiseerde betekenis.

Terwyl spesifieke wetgewing op bepaalde persone - soos plakkers of huurarbeiders - van toepassing is, geld die grondwetlike bepaling vir **alle** persone. Dit sluit dus, m i , private huurders in. Die stelling van Flemming

ARP in *Betta Eiendomme (Pty) Ltd v Ekple-Epoh* 2000 (4) SA 468 (W) op

472 J, par [7.2] tot die teendeel is dus verkeerd; so ook die stellings in par [7.3].

[37] Die woorde 'hul woning' ('their home') in a 26 (3) van die Grondwet dra insgelyks 'n wye en ongedefinieerde betekenis. In die lig van die *Grootboom*-beslissing en die gevolgtrekking waartoe ek so pas hierbo gekom het, dra dit dus ook die betekenis van 'n huis, woning, meenthuis, woonstel, kamer ens in 'n stedelike gebied wat 'n privaat persoon of instansie van 'n ander huur.

[38] Só gelees behels die eerste verbodsbepaling van a 26 (3) van die Grondwet niks anders as wat die gemenereg reeds bepaal nie : niemand, ook nie 'n eienaar of verhuurder, mag eierigting gebruik om 'n huurder uit 'n woning of perseel selfs na wettige kansellasië te verwyder nie (sien *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120 op 122, 125).

[39] Al wat nuut is in a 26 (3) van die Grondwet ten opsigte van uitsetting in geval van private huurkontrakte is die vereiste dat die hof al die tersaaklike omstandighede in ag moet neem voordat 'n uitsettingsbevel verleen word. Volgens die gemenereg geld geen sodanige vereiste nie : as regmatige beëindiging van die huurkontrak, hetsy weens tydsverloop of kansellasië weens kontrakbreuk van die huurder bewys is, het die hof geen bevoegdheid om 'n uitsettingsbevel te weier nie (sien *Human v Rieseberg* 1922 TPD 157 veral op 163 - 166 goedgekeur in *Oatavian Properties (Pty) Ltd v Maroun* 1973 (3) SA 779 (A) op 785). Of 'n hof die bevoegdheid het om die tenuitvoerlegging van 'n uitsettingsbevel vir 'n tydperk op te skort, is aan twyfel onderhewig (sien *Potgieter and Another v Van der Merwe* 1949 (1) SA 361 (A) op 373 - 374; *Evans v Schoeman, NO* 1949 (1) SA 571 (A) op 580; *Bhyat's Departmental Store (Pty) Ltd v Dorklerk Investments (Pty) Ltd* 1975 (4) SA 881 (A) op 886 F - 887 A).

[40] Wat beteken die woorde ' ... al die tersaaklike omstandighede ...' ten opsigte van uitsettingsbevele na beeëndiging van 'n huurkontrak? Die waardes van die goeie trou, redelikheid en billikheid en kontraktuele geregtigheid sal verloën word, as dit neergelê word dat summiere uitsettingsbevele sonder enige uitsondering en sonder oorweging van die menslikheid daarvan na regmatige kansellasië of afloop van 'n huurkontrak, moet en sal volg. Myns insiens verg die redelikheid en billikheid, in gepaste gevalle, ten minste dat die Hof die tenuitvoerlegging van die uitsettingsbevel vir 'n redelike tyd kan opskort. In die hof *a quo* is gelas dat Brisley die gemelde eiendom moet ontruim binne 10 dae vanaf die betekening van die hofbevel op haar. Dit is nie aangevoer dat dié tydperk onredelik was nie; in die lig van die getuienis met betrekking tot die geredelike beskikbaarheid van alternatiewe behuising en van vervoerkontraakteurs skyn dit my ook 'n billike bevel te wees.

Ek sou die appèl van die hand wys met koste.

**OLIVIER AR**

## CAMERON JA:

- [1] I have had the benefit of reading the judgment of Olivier JA, as well as that of Harms, Streicher and Brand JJA ('the joint judgment'). I concur in the joint judgment, and wish to add some observations. All law now enforced in South Africa and applied by the courts derives its force from the Constitution. All law is therefore subject to constitutional control, and all law inconsistent with the Constitution is invalid. That includes the common law of contract, which is subject to the supreme law of the Constitution. The Bill of Rights applies to all law, and binds the judiciary no less than the legislature, the executive and all organs of state. In addition, the Constitution requires the courts, when developing the common law of contract, to promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.
- [2] These propositions, if they ever were controversial, are no longer so. They derive from the provisions of the Constitution itself,<sup>24</sup> as the Constitutional Court has interpreted and applied them.<sup>25</sup> They bear on this case. In it, the appellant asks this Court to reverse the doctrine that contracting parties may validly agree in writing to an enumeration of their rights, duties and powers in relation to the subject matter of a contract, which they may alter only by again resorting to writing. This Court nearly four decades ago upheld the validity of such clauses.<sup>26</sup> It did so after some years of academic and judicial controversy, and after full argument, which canvassed the opposing contentions. Its decision expressly considered the paradox at the core of such provisions: that they limit contractual freedom, but do so by the prior design and agreement of the parties themselves,<sup>27</sup> in the exercise of their contractual freedom, and in order to enhance certainty in their future dealings and to minimise disputes between them.

---

<sup>24</sup> Constitution of the Republic of South Africa, sections 2, 8(1) and 39(2).

<sup>25</sup> *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA and Another: in re ex parte President of the Republic of South Africa and Others* 2000 (2) SA 674 (CC) para 44; *Carmichele v Minister of Safety and Security and Another (Centre for Applied Legal Studies intervening)* 2001 (4) SA 938 (CC) paras 33-56.

<sup>26</sup> *SA Sentrale Ko-Op Graanmaatskappy Bpk v Shifren en Andere* 1964 (4) SA 760 (A).

<sup>27</sup> 1964 (4) SA 760 (A) at 767A-B, per Steyn CJ.

[3] The appellant's attack invites us to reconsider that decision. We are obliged to do so in the light of the Constitution and of our 'general obligation', which is not purely discretionary,<sup>28</sup> to develop the common law in the light of fundamental constitutional values. For the reasons the joint judgment gives, I do not consider that the attack can or should succeed. The *Shifren* decision represented a doctrinal and policy choice which, on balance, was sound. Apart from the fact of precedent and weighty considerations of commercial reliance and social certainty, that choice in itself remains sound four decades later. Constitutional considerations of equality do not detract from it. On the contrary, they seem to me to enhance it. As the joint judgment observes (para 7), it is fallacious to suggest that insistence on only written alterations to a contractual regimen necessarily protects the strong at the expense of the weak. In many situations the reverse is likely to be true. And where a contracting party, strong or weak, seeks to invoke the writing-only requirement in deceit or to attain fraud, the courts will not permit it to do so.<sup>29</sup>

[4] The jurisprudence of this Court has already established that, in addition to the fraud exception, there may be circumstances in which an agreement, unobjectionable in itself, will not be enforced because the object it seeks to achieve is contrary to public policy.<sup>30</sup> Public policy in any event nullifies agreements offensive in themselves – a doctrine of very considerable antiquity.<sup>31</sup> In its modern guise, 'public policy' is now rooted in our Constitution and the fundamental values it enshrines. These include human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms, non-racialism and non-sexism.<sup>32</sup>

[5] It is not difficult to envisage situations in which contracts that offend these fundamentals of our new social compact will be struck down as offensive to public

---

<sup>28</sup> *Carmichele* at para 39.

<sup>29</sup> See Dale Hutchison in (2001) 118 *SALJ* 720; RH Christie *The Law of Contract* (4ed, 2001) pages 520-521.

<sup>30</sup> *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A); *de Beer v Keyser and Others* 2002 (1) SA 827 (SCA) para 22.

<sup>31</sup> *Robinson v Randfontein Estates GM Co Ltd* 1925 AD 172, per Innes CJ, who analyses the Roman and Roman-Dutch authorities at 204-205.

<sup>32</sup> Constitution, sections 1(a) and (b).

policy. They will be struck down because the Constitution requires it, and the values it enshrines will guide the courts in doing so. The decisions of this Court that proclaim that the limits of contractual sanctity lie at the borders of public policy will therefore receive enhanced force and clarity in the light of the Constitution and the values embodied in the Bill of Rights.

[6] I share the misgivings the joint judgment expresses about over-hasty or unreflective importation into the field of contract law of the concept of '*boni mores*'. The 'legal convictions of the community' – a concept open to misinterpretation and misapplication – is better replaced, as the Constitutional Court itself has suggested, by the 'appropriate norms of the objective value system embodied in the Constitution'.<sup>33</sup> What is evident is that neither the Constitution nor the value system it embodies give the courts a general jurisdiction to invalidate contracts on the basis of judicially perceived notions of unjustness or to determine their enforceability on the basis of imprecise notions of good faith.<sup>34</sup>

[7] On the contrary, the Constitution's 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.<sup>35</sup> One of the reasons, as Davis J has pointed out,<sup>36</sup> is that contractual autonomy is part of freedom. Shorn of its obscene excesses,<sup>37</sup> contractual autonomy informs also the constitutional value of dignity:

'If we look at the law simply from the point of view of the persons on whom its duties are imposed, and reduce all other aspects of it to the status of more or less elaborate conditions in which duties fall on them, we treat as something merely subordinate, elements which are at least as characteristic of law and as valuable to society as duty. Rules conferring private powers must, if they are to be understood, be looked at from the point of view of those who exercise them. They appear then as an additional element introduced by the law into social life over and above that of

---

<sup>33</sup> *Carmichele* para 56.

<sup>34</sup> As to which, see A Cockrell 1997 *Acta Juridica* 26 at 41ff.

<sup>35</sup> See generally RH Christie 'The Law of Contract and the Bill of Rights' Section 3H in *Bill of Rights Compendium* (1996), especially at paras 3H5, 3H6, 3H8 and 3H13(f).

<sup>36</sup> *Mort NO v Henry Shields-Chiat* 2001 (1) SA 464 (C) 475B-F.

<sup>37</sup> Compare *Lochner v New York* 198 US 45 (1905), 49 L Ed 937; discussed by Laurence H Tribe *American Constitutional Law* (2 ed, 1988) chapter 8 pages 560-586, and by Owen M Fiss *History of the Supreme Court of the United States* vol VIII, chapter VI pages 155-184.

coercive control. This is so because possession of these legal powers makes of the private citizen, who, if there were no such rules, would be a mere duty-bearer, a private legislator. He is made competent to determine the course of the law within the sphere of his contracts, trusts, wills, and other structures of rights and duties which he is enabled to build.’<sup>38</sup>

- [8] The Constitution requires that its values be employed to achieve a careful balance between the unacceptable excesses of contractual ‘freedom’, and securing a framework within which the ability to contract enhances rather than diminishes our self-respect and dignity. The issues in the present appeal do not imperil that balance.

**E CAMERON**  
**JUDGE OF APPEAL**

---

<sup>38</sup> HLA Hart, *The Concept of Law* (1961) pages 40-41.