

СТАТЬИ

УДК 340.116

Сосуществование и гармонизация различных правовых традиций Южной Африки

А. Д. Рудоквас, Ф. Дж. Томас

Для цитирования: *Рудоквас А. Д., Томас Ф. Дж.* Сосуществование и гармонизация различных правовых традиций Южной Африки // Правоведение. 2023. Т. 67, № 2. С. 115–136.
<https://doi.org/10.21638/spbu25.2023.201>

Данная статья представляет современное описание смешанной юрисдикции Южной Африки. В ней показано, как в ЮАР имеют место сосуществование, гармонизация и противодействие правовых традиций различного происхождения в различных подотраслях частного права, и определяются подводные камни и преимущества такого смешения. В основном рассматривается взаимодействие нескольких компонентов: цивилистическая традиция, английское общее право, местное обычное право, Билль о правах и международно-правовые документы. Успешная гармонизация континентального и общего права объясняется внедрением английской системы отправления правосудия на этапе формирования этой смешанной юрисдикции. Заимствованные британские институты, структура суда и процессуальное право сосредоточили внимание на юридической процедуре и, таким образом, позволили избежать конфликта между различными правовыми культурами, поскольку экономические операции игнорировали различия в системах ценностей и доктринах. Однако та же модель не применялась в отношении обычного права коренных народов, где с самого начала выбор между ценностями и доктриной был разрешен окончательно и однозначно с вытекающими отсюда конфликтами. Новая Конституция 1996 г. в этом смысле имеет преобразующий характер, и на суды возложена миссия развивать общее право и право коренных народов в целях поощрения имплементации прав человека, ценностей, духа и смысла Билля о правах. Таким образом, во всех областях частного права судебные решения направлены на реализацию такой трансформации путем согласования правовой традиции с конституционными ценностями, и в то же время сильный импульс этому процессу придается законодательством. Поскольку представляется, что потребность в гармонизации цивилистической традиции и общего права ощущается главным образом в коммерческом праве, встает вопрос, могут ли континентальные юрисдикции

Рудоквас Антон Дмитриевич — д-р юрид. наук, проф., Санкт-Петербургский государственный университет, Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9; a.rudokvas@spbu.ru

Томас Филип Дж. — заслуженный профессор, Университет Претории, Южная Африка, 0029, X20 Хатфилд, частный почтовый ящик; philip.thomas123@gmail.com

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2023

трансформироваться в смешанные юрисдикции путем правовой трансплантации для облегчения гражданского оборота на глобальном рынке. Смешанные правовые системы сложились в основном в результате колониальной истории. Континентальное право и общее право смогли смешаться, потому что судебная система и гражданский процесс общего права позволили сведущим в английском праве судьям успешно синтезировать правовые традиции различного происхождения в определенных областях частного права, в первую очередь в коммерческой сфере. Это означает, что судебная система и процессуальное право, но в особенности система подготовки судейского корпуса, предъявляемые к нему квалификационные требования и критерии отбора кандидатов на должность судьи имеют первостепенное значение для гармонизации частного права.

Ключевые слова: гармонизация, правовой трансплантат, правовая традиция, общее право, смешанная юрисдикция, обычное право, конституционализация частного права.

Введение

В этой статье предлагается более полная интерпретация традиционного определения смешанной юрисдикции, предполагающего смешение континентального права и общего права. Будучи основанной на опыте исторического развития права на протяжении прошлых столетий, но и обогатившись более поздними событиями и порожденными ими новыми парадигмами правового развития, юридическая неоднородность Южной Африки многогранна и, как следствие, включает в себя несколько парадоксов. Таким образом, ответы на вопросы «почему?», «как?» и «когда?» связаны с колонизацией, деколонизацией, глобализацией, крипто-неоколонизацией, евроцентризмом, с одной стороны, и самосознанием чернокожих — с другой, все еще добавляющими новые и новые грани нынешней южноафриканской юрисдикции. Во время круглого стола «Смешанные юрисдикции» в рамках Петербургского международного юридического форума 2021 г. один из авторов данной статьи, будучи его модератором, поднял вопрос о том, происходит ли сосуществование или гармонизация различных правовых традиций в смешанной юрисдикции, и если гармонизация имеет место, то какими путями. В ЮАР можно выявить как сосуществование, так и гармонизацию и сопротивление ей, и положение в Южной Африке иллюстрирует как подводные камни, так и преимущества смешанной юрисдикции.

В этой истории можно выделить несколько различных этапов. Первым из них стал союз континентального права и английского общего права в результате того, что одни колонизаторы (англичане) пришли на смену другим (потомкам переселившихся ранее из Голландии колонистов, которых именуют «африканерами» или «бурами») в качестве доминирующей силы. Упомянутая вторая (английская) колонизация совпала с расширением территории, контролируемой европейцами в Южной Африке, что привело к непростому сосуществованию в ней права европейского происхождения и местного обычного права. Принятие Билля о правах в 1994 г. привело к конституционализации общего частного права Южной Африки и возникновению противоречий с правом коренных народов. В последнее время «культурное присвоение» (cultural appropriation¹) права коренных народов вместе с возрождением «самосознания чернокожих» (Black Consciousness²) и их стремлением к «африканизации» права Южной Африки общими усилиями породили академическую парадигму, отвергающую статус-кво и претендующую на новое направление правовых исследований.

¹ Об этом понятии см.: *Rogers R. A. From Cultural Exchange to Transculturation: A Review and Reconceptualization of Cultural Appropriation // Communication Theory. Nov. 2006. Vol. 16, iss. 4. P. 474–503.*

² Об этом понятии см.: *Hadfield L. A. Steve Biko and the Black Consciousness Movement. URL: <http://www.oxfordre.com/africanhistory/view/10.1093/acrefore/9780190277734.001.0001/acrefore-9780190277734-e-83> (дата обращения: 01.08.2022).*

1. Как и почему это случилось?

Европейская экспансия, начавшаяся в позднем Средневековье, привела в 1652 г. к созданию Голландской Ост-Индской компанией поселения на мысе Доброй Надежды, служившего временным пристанищем для ее кораблей, плывущих в Ост-Индию и обратно. Эта первая (акционерная) транснациональная компания в современном смысле слова решила, что на данной территории будет применяться право Голландии, каковым в ту пору было римско-голландское право. В этот «голландский» период своей истории транзитная стоянка постепенно расширялась, и потому процесс колонизации являлся доминирующим на этой земле.

В 1795 г. французская революционная армия оккупировала Нидерланды, и британский экспедиционный корпус был направлен на упомянутый мыс, чтобы защитить морской путь в Индию для Соединенного Королевства. Английские оккупанты, следуя английскому прецеденту³, сохранили существовавшую к тому времени на мысе Доброй Надежды правовую систему. Экспансия на Север недовольных оккупацией бывших голландских граждан в тандеме с британским империализмом постепенно довели ареал применения как римско-голландского права, так и появившегося позднее общего права Капской колонии до границ нынешней Южно-Африканской Республики⁴. Промышленная революция и открытие алмазов и золота в Южной Африке изменили общество и стали свидетелями «правовых трансплантатов» из Англии. Окончание второй англо-бурской войны в 1902 г. сделало всю Южную Африку колонией британской короны, а в 1910 г. был создан Южно-Африканский союз. Когда выборы 1948 г. привели к победе Национальную партию африканеров (Afrikaner National Party), она приступила к реализации обещанной ею избирателям законодательной программы расовой сегрегации, и в стране юридически закрепился апартеид. Выход страны из Британского Содружества и создание Южно-Африканской Республики стали неизбежными следствиями этих событий, отложив наступление демократии до 1994 г.⁵ В течение всех вышеуказанных периодов сосуществование, гармонизация и сегрегация конкурировали и чередовались, что может указывать на возможные ограничения этих процессов.

2. Гармонизировались ли в Южной Африке континентальное право и общее право?

2.1. Гармонизация

Фундамент смешения упомянутых правовых систем европейского происхождения в Африке был заложен в Капской колонии в первой половине XIX в. Правовая система, существовавшая здесь к 1795 г. и позднее получившая название римско-голландского права (Roman-Dutch law), представляла собой право, применимое в различных городах и регионах провинции Голландия до кодификации. Голландия

³ Campbell v Hall (1774) Cowper's Reports, 204 at 209, 98 ER 1045 at 1047 (URL: <https://www.home.heinonline.org/English-Reports/> (дата обращения: 01.08.2022)). — Лорд Мэнсфилд включил соответствующую норму международного права в английское общее право. По этой причине также утверждалось, что британцы просто следовали в подобном случае английскому прецеденту.

⁴ Thomas Ph. 1) Did the Supreme Court of the Colony of the Cape of Good Hope have equity jurisdiction? // Fundamina. 2006. Vol. 12, no. 1. P. 251–270; 2) The development of the Cape common law during the early nineteenth century: William Porter, James Kent and Joseph Story // Fundamina. 2014. Vol. 20, no. 1. P. 897–905.

⁵ Thomas Ph. J. Harmonising the law in a multilingual environment with different legal systems; Lessons to be drawn from the legal history of South Africa // Fundamina. 2008. Vol. 14, no. 2. P. 133–155.

была доминирующей провинцией федеративных Соединенных Штатов Нидерландов. В пределах штата Голландия законодательство варьировалось от города к городу и от региона к региону. Однако голландская правовая традиция признавала римское право субсидиарным источником права⁶, а голландская доктрина была частью европейского *ius commune*⁷. Таким образом, в теории права была разработана согласованная система правовых концепций, принципов и правил, восходящих к «Институциям» Гая и развитых комментаторами, испанскими схоластами⁸ и юснатуралистами.

Такая система резко контрастировала с английским «общим правом», которое развивалось от случая к случаю. Хотя в этой традиции судья занимал центральное место как нормотворец, создававший новое право посредством прецедентов, построение на началах состязательности процессуального права⁹ предопределяло его роль пассивного арбитра. Для решения упомянутой проблемы несовместимости правовых традиций британские власти модернизировали отправление правосудия в Капской колонии в соответствии с моделью общего права¹⁰. Неподготовленность судей, сконцентрированная на происходящем в зале суда устная процедура на английском языке¹¹, система присяжных заседателей¹², доктрина обязательности прецедента (*stare decisis*) и «правовые трансплантаты» из Соединенного Королевства стали основой для гармонизации римско-голландского и английского права.

⁶ Thomas Ph. J. Roman-Dutch Opinion Practice as a Source of Law // Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg. 2006. Vol. 69. P. 613–621. — В установлении содержания обычая важную роль играл институт *turbe*, представлявший собой особого рода судебную процедуру по установлению содержания применимого обычного права, осуществлявшуюся специальным органом, состоящим из 23 экспертов — адвокатов, докторов права, поверенных и нотариусов, — предпочтительно пожилых и обязательно с многолетним стажем практической работы. Столкнувшись с обычным правом и юридической практикой, Гуго Гроций утверждал, что институционализация *turbe* частично подтвердила обычай, но сразу же изменила соотношение местного голландского права с римским правом. Он считал, что обычай отклоняется от письменного *ius commune* и, следовательно, должен интерпретироваться как специальная норма, следуя теории источников и интерпретации, разработанной Бартолом.

⁷ Thomas Ph. J. Deconstruction of Myths: Roman-Dutch Law and Pan-European *Ius Commune* // South African Law Journal. 1999. Vol. 116. P. 784–790.

⁸ О забытой роли этой школы см.: Gordley J. 1) The moral foundations of private law // The American Journal of Jurisprudence. 2002. Vol. 47. P. 1–23; 2) Contract law in the Aristotelian tradition // P. Benson (ed.). The theory of contract law: New essays, Cambridge University Press, 2000; 3) The philosophical origins of modern contract law. Oxford Clarendon University Press, 1991.

⁹ Roodt C. A historical perspective on the accusatory and inquisitorial systems // Fundamina. 2004. Vol. 10. P. 137–158.

¹⁰ Об организации суда см.: Hahlo H.R., Kahn E. The South African Legal System and its Background. Cape Town: Juta, 1973. P. 541.

¹¹ С 1814 г. голландский и английский языки были языками судебного разбирательства. В 1822 г. английский стал языком правительства, а в 1828 г. — языком судов низшей инстанции в соответствии со ст. 7 Указа № 33 от 1827 г. Раздел 32 Хартии правосудия 1832 г. (Charter of Justice of 1832 / Statutes of the Cape of Good Hope 1652–1886. WA Richards & Sons. Cape Town, 1887. P. 1–16) применялся к высшим судам. В 1884 г. был принят Закон об использовании голландского языка в судебных органах (the Dutch Language Judicial Use Act / G.W. Eybers (ed.). Select Constitutional Documents illustrating South African history 1795–1910. P. 133 (URL: <http://www.archives.org/details/selectconstitu00eybesala/> (дата обращения: 01.08.2022)), предусматривающий, что «целесообразно предоставлять возможности для использования голландского языка наравне с английским в судах и в ходе судебных разбирательств» (*Van Niekerk G. Multilingualism in South African courts: the legislative regulation of languages in the Cape during the nineteenth century* // Fundamina. 2015. Vol. 21, no. 2. P. 372–391).

¹² В 1827 г. была принята в первой Хартии правосудия (cf. s. 34 Charter of Justice 1832) система присяжных заседателей, что, в свою очередь, привело к введению английского закона о доказательстве в 1830 г. (*Erasmus H. J. Circuit courts in the Cape Colony during the nineteenth century: hazards and achievements* // Fundamina. 2013. Vol. 19, no. 2. P. 266–299).

2.1.1. Английское судоустройство

Две Хартии правосудия (Charters of Justice)¹³ установили требования как к судьям, так и к адвокатам¹⁴ и ввели английское процессуальное право¹⁵. На практике это означало, что был легализован состязательный процесс, привычный для системы общего права. Его существенной особенностью является неподготовленность судей к рассмотрению дела в том смысле, что они ограничиваются сравнительной оценкой юридических аргументов, приводимых сторонами, а не пытаются самостоятельно установить истину¹⁶. Практическим результатом этого стало то, что право Капской колонии формировалось ее адвокатами¹⁷.

В тандеме с английским судоустройством доктрина *stare decisis*, то есть обязательная сила прецедента, являющаяся важным элементом системы общего права, тоже стала частью южноафриканского права¹⁸. Это нововведение сделало

¹³ Ibid.; *Erasmus H. J. The beginnings of a mixed system or, advocates at the Cape during the early nineteenth century, 1828–1850 // Fundamina. 2015. Vol. 21, no. 2. P. 219–233.*

¹⁴ Раздел 19 Хартии правосудия 1827 г. и раздел 17 Хартии 1832 г. требовали, чтобы новые адвокаты были приняты в коллегию адвокатов Англии, Ирландии или Шотландии или получили степень доктора права в Оксфорде, Кембридже или Дублине. Первоначальные судьи недавно созданного Верховного суда, сэр Джон Уайлд, Мензис, Бертон и Кекевич, были приняты в коллегию адвокатов Соединенного Королевства. При основании Верховного суда коллегия адвокатов Капской колонии состояла из адвокатов, получивших докторские степени в области права в Голландии, и эти «голландские» адвокаты были приняты в качестве адвокатов нового Верховного суда. Х. Клоэт учился в Лейдене, Утрехте и Гронингене и был призван в английскую коллегию адвокатов. Сэр Кристофелъ Бранд также был призван в английскую коллегию адвокатов и получил образование в Лейдене; де Вет, Хофмейер, Жубер и Нитлинг — все они учились в Лейдене (*Farlam I. G. The origin of the Cape bar // Consultus. 1988. Vol. 1, no. 1. P. 36–40; Bird W. W. State of the Cape of Good Hope in 1822. London: J. Murray, 1823. P. 11).*

¹⁵ Постановление № 72 от 1830 г. об изменении, дополнении и объявлении в определенных отношениях Закона о доказательствах в этой колонии (Ordinance 72 of 1830 for altering, amending, and declaring in certain respects the Law of Evidence within this Colony).

¹⁶ *Thomas Ph. J. Some reflexions on the role of the judge from a perspective of a mixed legal system // S. Correa Fattori et al. (eds). Estudos em homenagem a Luiz Fabiano Correa. São Paulo: Max Limonad, 2014. P. 347–361; Mann F. A. Fusion of the legal professions // Law Quarterly Review. 1977. Vol. 93. P. 367–377.* — Р. Циммерманн справедливо отмечает, что «эта система вместе с английским судоустройством и процессуальным правом восприняла и принцип “неподготовленности судей” (judicial unpreparedness) вместо принципа “суд знает право” (iura novit curia)» (*Zimmermann R. Die Rechtsprechung des Supreme Court of the Cape of Good Hope am Ende der sechziger Jahre des 19. Jahrhunderts // J. V. van der Westhuizen et al. (eds). Huldigungsbandel Paul van Warmelo. Pretoria, Universiteit van Suid Afrika, 1984. P. 306).* Ведь принцип *curia jus novit* незнаком традиции общего права (*Cowen D. V. Early years of aspiration // D. V. Cowen & D. P. Visser (eds). The University of Cape Town Law Faculty A History 1859–2004. Cape Town, Siber Ink, 2004. P. 7; Sachs A. Justice in South Africa. Berkeley, 1973. P. 38).*

¹⁷ Речь идет о так называемых голландских адвокатах, допущенных в качестве адвокатов нового Верховного суда, часть из которых также были приняты в английскую коллегию адвокатов (*Devenish G. E. Our legal heritage Lord de Villiers and the Cape Colony 1828–1910 // De Rebus Procuratoriis. Sept., 1978. P. 485–488).*

¹⁸ *Zimmermann R. Die Rechtsprechung des Supreme Court of the Cape of Good Hope... P. 287.* — «В начале приводятся обобщения судебной практики (Reports) Мензиса, собранные из сохранившихся рукописей судьи В. Мензиса, отредактированных Джеймсом Бьюкененом через 20 лет после его смерти в 1870 году». Правовые позиции, сформулированные Мензисом на основе обобщения избранных кейсов (Law Reports), содержат судебные решения с 1828 по 1849 г. Хотя официально эти рукописи были опубликованы только в 1870 г., известно, что Мензис распространял их среди своих ученых собратьев и адвокатов (*Van Niekerk J. P. An introduction to South African law reports and reporters, 1828 to 1910 // Fundamina. 2013. Vol. 19, no. 1. P. 106–145. URL: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1021-545X2013000100006 (дата обращения: 01.08.202).* — См. также: URL: <https://www.libguides.sun.ac.za/law/lawreports> (дата обращения: 01.08.2022)). Например, в деле *Мейер против Лоу* (*Meyer v Low, 1832 2 Menzies. Part 1. P. 12–16*) представитель истца Cloete процитировал более раннее решение суда по делу *Kotze v Meyer* (7 Sep., 1830). Суд поста-

возможной устойчивую инфильтрацию английского прецедента в право Капской колонии и Наталю, что подтверждается тем, что уже первые судьи рассматриваемого периода признали за собой право отправлять правосудие по «праву справедливости» (equity)¹⁹. Данные изменения²⁰ сделали возможной ассимиляцию общего права правовой системой Южной Африки.

2.1.2. Правовые трансплантаты и сопротивление им

На самом деле первым правовым трансплантатом на данной территории стало введение в действие права Голландии в 1652 г. Лишь вторым стало насаждение здесь британской судебной системы. Первым актом сопротивления этому и другим проявлениям английского доминирования оказалась эмиграция существенной части населения голландского происхождения из Капской колонии в Наталь и далее вглубь страны, начавшаяся в 1830-е годы.

В Капской колонии заметная рецепция английского материального права имела место главным образом в области коммерческого права²¹. В XIX в. произошла промышленная революция, и Англия превратилась из сельскохозяйственного общества в промышленную державу, что, вопреки привычному для Англии пути судебного правотворчества, потребовало быстрого введения в действие коммерческого права в виде законов, лишь затем развитых судами. Другой заметный правовой трансплантат той поры представлял собой замену континентальной системы универсального правопреемства при наследовании английской системой душеприказчика (executor)²².

После открытия месторождений золота, алмазов, угля и других полезных ископаемых в Южной Африке развились горнодобывающие промыслы и связанные с ними отрасли промышленности и торговли, а английские законы и судебные решения беспрепятственно переносились сюда, например: морское право, корпоративное право, страховое право, право несостоятельности и банкротства, банковское право, право интеллектуальной собственности. В частности, Закон о внесении поправок в общее право Капской колонии²³ предусматривал, что в вопросах морского права и судоходства, пожарной безопасности, охраны жизни и здоровья на море, остановки в пути и коносаментов будет применяться английское право²⁴.

новил, что принцип решения по делу *Kotze v Meyer* был обоснованным (*Girvin S. D. The architects of the mixed legal system // Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa / R. Zimmermann, D. Visser (eds). Oxford: Clarendon Press, 1996. P. 98; Reid C. J. Judicial precedent in the late eighteenth and early nineteenth centuries: A commentary on Chancellor Kent's Commentaries // Ave Maria Law Review 2007. Vol. 5, no. 1. P. 47–111; Dolezalek G. R. Stare Decisis: Persuasive Force of Precedent and Old Authority (12th–20th Century). Cape Town: University of Cape Town, 1989; Hahlo H. R., Kahn E. The South African Legal System and its Background... P. 213–301).*

¹⁹ *Thomas Ph. J.* 1) Did the Supreme Court of the Colony of the Cape of Good Hope have equity jurisdiction? ...; 2) The development of the Cape common law during the early nineteenth century... P. 907–915.

²⁰ Обязательными условиями подобной ассимиляции являются: способ обучения юридической профессии, разделение адвокатов на барристеров и солиситоров, английский метод подбора и назначения судей и множество неписаных правил внутри профессионального сообщества.

²¹ *Hahlo H. R., Kahn E. The South African Legal System and its Background... P. 577.*

²² *Cape Ordinance 104 of 1833.* — Со временем свойственная общему праву свобода завещания заменила собой институт обязательной доли наследства (*Cape Colony Act 23 of 1874; Natal Law 7 of 1885; Transvaal Proc 28 of 1902; Orange Free State Law Book of 1902; Du Toit F. Roman-Dutch law in modern South African succession law // Ars Aequi. 2014. No. 4. P. 278–285).*

²³ *The Cape General Law Amendment Act. No. 8 of 1879 // Statutes of the Cape of Good Hope 1652–1886. Cape Town: WA Richards & Sons, 1887. P. 1095–1096.*

²⁴ Статьи 1 и 2 упомянутого закона определили, что это право применяется постольку, поскольку оно не противоречит статутному праву Капской колонии, а ст. 3 предусматривала, что бу-

2.2. Никакой гармонизации! Великий поход, бурские республики, римско-голландское право

Однако, как уже было отмечено, на заре XIX в. значительное число недовольных английскими властями поселенцев голландского происхождения покинули Капскую колонию и переселились на север. В результате в 1852 г. Великобритания вынуждена была признать независимость сообщества буров, заселивших территорию к северу от реки Вааль, именуемую Трансвааль. Эти поселенцы учредили государство Южно-Африканская Республика (*Zuid-Afrikaanse Republiek*), также известное как Республика Трансвааль. Затем мигрировавшие из Капской колонии во время так называемого Великого похода буры поселились к северу от Оранжевой реки, которая образовывала границу между Капской колонией и остальной Южной Африкой, и в 1853 г. провозгласили этот район Оранжевым Свободным Государством (*Oranje Vrijstaat*). Новая бурская республика была признана независимой территорией в соответствии с Блумфонтейнской конвенцией 1854 г., гарантировавшей независимость территории между реками Оранжевой и Вааль.

В обоих случаях при учреждении новых государств было прямо оговорено, что правом этой страны является право Голландии. В качестве такового понималось римско-голландское право, так что было признано, что изданный в 1806 г. последний предшествовавший кодификации гражданского права в Голландии систематический обзор римско-голландского права под названием *Regtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek*, подготовленный авторитетным голландским правоведом и практиком Иоанном Ван Дер Линденом (*Joannes van der Linden*), является применимым в бурских республиках Кодексом этого права (в той мере, в какой он не противоречит Конституции и действующему законодательству). Кроме того, в тех случаях, когда для заполнения пробелов его было недостаточно, обязательную силу имели книга Симона Ван Левена (*Simon van Leeuwen*) «Римско-голландское право» (*Roomsch-Hollandse Recht*) и труды Гуго Гроция (*Hugo de Groot*) в качестве дополнительных источников. Статья 56 Конституции Оранжевого Свободного Государства провозгласила, что римско-голландское право применяется в том виде, как оно изложено в работах следующих авторов: *Voet, Leeuwen, Grotius, Pappegaaij, Merula, Lijbrecht, van der Linden* и *van der Keessel*.

Любопытно сопоставить эти сведения с замечаниями относительно правовой системы Трансвааля, изложенными в «Письмах о Трансваале» военного корреспондента российской газеты «Новое время» поручика А. Е. Едрихина, отправившегося на фронт англо-бурской войны по личному указанию военного министра Российской Империи (надо полагать, выполняя неофициальное поручение российского правительства) и освещавшего ее события в прессе под литературным псевдонимом Вандам, который он в 1907 г. принял уже и в качестве своей новой фамилии.

А. Вандам (Едрихин) писал, что единственная книга, которую буры вывезли из Европы, — это Библия²⁵ и что законодательство их было несложным, поскольку для общества, занятого в основном разведением крупного рогатого скота, достаточно нескольких законов о разделе земли, об использовании пастбищ и о краже скота²⁶. В то же время он упоминает, что нужды промышленного развития после открытия в Трансваале месторождений полезных ископаемых вызвали к жизни потребность в развитии соответствующего законодательства и в трудоустройстве

дущие имперские законы не будут применяться, если они не будут введены в действие для данной территории специальным актом. Статьи 7 и 8 касались аспектов аренды и запрета *laesio enormis*.

²⁵ Вандам (Едрихин) А. Е. Письма о Трансваале // А. Е. Вандам (Едрихин). Геополитика и геостратегия. Сборник статей / сост. И. Образцов. М.: Кучково поле, 2002. С. 198.

²⁶ Там же. С. 199.

имевших специальное образование иностранцев для замещения должностей чиновников, которые в основном приглашались из Голландии²⁷.

Судя по всему, А. Вандам (Едрихин) просто не осознавал, что в бурских республиках не было необходимости в принятии многочисленных собственных законодательных актов, коль скоро в этих государствах было признано применимым римско-голландское право. Последнее, по справедливому замечанию Р. Циммермана, представляет собой голландское ответвление континентального *ius commune*²⁸, иными словами — римский *Corsus Iuris Civilis*, дополненный толкованиями, данными ему голландскими правоведами XVI–XIX вв. Забегая вперед, отметим, что таким оно оставалось на протяжении всего XX в., в частности после крушения режима апартеида, так что в мотивировочной части судебных решений в ЮАР встречались и встречаются выдержки из источников римского частного права как действующего права этой земли²⁹.

В ходе второй англо-бурской войны 1899–1902 гг. Оранжевое Свободное Государство и Южно-Африканская Республика (Трансвааль) потерпели поражение, были аннексированы Великобританией и позднее включены в созданный в 1909 г. британский доминион — Южно-Африканский союз.

Вышеизложенное показывает, что сопротивление англицизации правовой системы было фактором, приведшим к миграции значительной части жителей Капской колонии. Вследствие этого при создании Южно-Африканского союза значительное внимание уделялось уже в равной мере обеим юрисдикциям, в отличие от позиции по отношению к праву коренных народов.

3. Завоеванные территории и народы: существование в условиях сегрегации

Существование римско-голландского и английского права в Капской колонии и процессы их гармонизации резко контрастировали с позицией права европейского происхождения в отношении существовавшего в южной части Африки на момент ее дальнейшего завоевания местного права.

Как британское имперское правительство, так и бурские государства практиковали косвенное правление³⁰, оставляя определенную часть юридической и административной власти в руках местных институтов. Это принесло очевидные финансовые преимущества в сочетании с иллюзией обеспечения определенной степени самоуправления³¹ при одновременном содействии империализму.

²⁷ Вандам (Едрихин) А. Е. Письма о Трансваале // А. Е. Вандам (Едрихин). Геополитика и геостратегия. Сборник статей / сост. И. Образцов. М.: Кучково поле, 2002. С. 200.

²⁸ Zimmermann R. Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today. Oxford University Press, 2004. P. 128.

²⁹ Подробнее об этом см.: Цвайгерт К., Кёйтц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. М., 2000. С. 348–353; Циммерманн Р. «Двойной перекресток»: сравнение шотландского и южноафриканского права // Древнее право. Ius antiquum. 2005. No. 2 (16). С. 164–191.

³⁰ Косвенное правление практиковалось на протяжении всей мировой истории экспансионистскими империями, основными примерами которых были Римская империя и Британская империя в их владениях в Африке и Азии.

³¹ Thomas Ph. Harmonising the law in a multilingual environment with different legal systems... P. 141f. — Указ для провинции Наталь (Natal Ordinance) № 3 от 1849 г. сохранил за туземными вождями право рассматривать дела между членами своих племен и выносить по ним решения в соответствии с правом коренных народов. Указ № 26 от 1875 г. «Об управлении аборигенами» (The Native Administration Law. Ordinance 26 of 1875) с поправками, внесенными Указом № 44 от 1887 г. (Ordinance 44 of 1887), предусматривал в разделе 5, что губернатор может назначать администраторов по местному праву, а также африканских вождей для рассмотрения гражданских дел в Африке в соответ-

В результате были сохранены местные властные структуры, и африканские дела рассматривались такими структурами в соответствии с обычным правом «в той мере, в какой это не противоречит политике и принципам естественной справедливости»³².

4. Южно-Африканский союз (Union of South Africa)

Британцы попытались объединить завоеванное. Мирный договор, заключенный в Веренигинге 31 мая 1902 г., обещал самоуправление побежденным, но отложил принятие решения по предоставлению избирательных прав чернокожим³³.

В 1910 г. различные колонии были преобразованы в Южно-Африканский союз³⁴. Однако законодательно было закреплено существующее разделение белого населения на англоязычных поселенцев, с одной стороны, и буров, для которых родным являлся обособившийся от старого голландского язык, именуемый «африкаанс» (Afrikaans), — с другой. Таким образом, в стране было два официальных языка³⁵, и университеты создавались по языковому принципу, способствуя, таким образом, раздельному получению высшего образования представителями упомянутых языковых сообществ³⁶. Трансплантация английского

стии с законами, обычаями и практикой коренных народов Африки, поскольку они не противоречат установленным принципам и политике естественной справедливости. Апелляционной инстанцией для этих решений был Высокий суд для аборигенов (Native High Court). В 1891 г. был обнародован Свод туземного права (the Code of Native Law), известный и применяемый в колонии Наталь, который в разделах 32–40 наделал верховного вождя (губернатора) абсолютной властью над всеми туземцами в Натале. Аналогичные положения были введены в Оранжевом Свободном Государстве, в Южно-Африканской Республике (ZAR), а во времена существования Южно-Африканского союза — в Законе № 38 об администрации коренных народов от 1927 г. (Native Administration Act no. 38 of 1927), Законе № 68 о власти в племени банту от 1951 г. (The Bantu Authorities Act no. 68 of 1951) и в новом конституционном устройстве (URL: <https://www.gov.za/about-government/government-system/traditional-leadership> (дата обращения: 01.08.2022)).

³² Речь идет о так называемой оговорке о противоречии принципам естественной справедливости (repugnancy clause) (*Thomas Ph. J., Tladi D. D. Legal pluralism or a new repugnancy clause // Comparative and international law journal of Southern Africa. 1999. Vol. 32. P. 354–363*).

³³ Согласно ст. 8 этого договора принятие решения об избирательных правах чернокожих было отложено до предоставления данным территориям самоуправления. Трансваалу самоуправление было предоставлено в 1906 г., а в следующем году его получила и Колония Оранжевой Реки (the Orange River Colony). Однако право голоса было предоставлено исключительно белым.

³⁴ Законопроект о союзе (The Union Bill), разработанный в 1909 г., который был принят британским парламентом 20 сентября 1909 г. как Закон о Южной Африке (The South African Act) (URL: <https://www.legislation.gov.uk> (дата обращения: 01.08.2022)). Многорасовая привилегия Кейптауна была включена в раздел 35 этого Закона. Данное законоположение могло быть изменено только большинством в две трети голосов в обеих палатах парламента. Закон о Южной Африке ввел вестминстерскую модель парламентского превосходства.

³⁵ В 1909 г. раздел 137 Закона о Южной Африке объявил английский и голландский официальными языками Южно-Африканского союза. Закон об официальных языках Союза № 8 от 1925 г. (The Official Languages of the Union Act, no. 8 of 1925) внес поправки в Конституцию Союза и определил, что в указанном контексте под голландским языком ретроспективно понимается язык африкаанс, который в конце концов и по наименованию заменил голландский. В республиканских конституциях 1961 и 1983 гг. именно английский и африкаанс были закреплены в качестве государственных языков. Но лишь только в условиях новой конституционной демократии языки коренных народов Африки были впервые официально признаны, и все эти 11 языков были объявлены государственными языками (*Van Niekerk G. Multilingualism in South African courts... P. 390*).

³⁶ Например, Университетский колледж Трансваала стал Университетом Претории в 1930 г., а африкаанс стал языком обучения в нем в 1932 г. Это разделение привело к дихотомии в юридическом образовании, юридической практике и отправлении правосудия (см.: URL: https://www.fr.wikipedia.org/wiki/Universit%C3%A9_de_Pretoria (дата обращения: 01.08.2022)).

права продолжалась, и оно в итоге было гармонизировано в общем праве Южной Африки³⁷. В то же время в Университете Стелленбош, преподавание в котором осуществлялось на языке африкаанс, выдающийся правовед Дж. К. де Вет³⁸ (Johannes Christiaan de Wet) реформировал южноафриканское право, поставив его на научную основу. Получившаяся в результате наука права была воспринята в рамках собственной африканерской юридической доктрины и противопоставила абстрактную, рациональную, основанную на системе, индивидуалистическую цивилистическую правовую культуру основанному на прецедентном праве прагматичному английскому методу рассуждений, практиковавшемуся в англоязычных университетах³⁹.

Политика объединения не распространялась на коренное население. Закон о местной администрации 1927 г. институционализировал косвенное правление⁴⁰. Результатом стала параллельная разработка письменного свода законов коренных народов колониальными администраторами, которые контролировали большинство маргинализированных второсортных граждан, не имеющих права голоса. Можно утверждать, что это было, скорее, вмешательство, чем развитие, и что эта «система» также существовала параллельно с неписаной практикой обычного права. Однако ни то ни другое никоим образом не было согласовано в рамках правовой системы⁴¹.

5. Правовые трансплантаты и сопротивление им в Южной Африке

В 1948 г. Национальная партия победила на выборах и новое правительство начало законодательно осуществлять свои предвыборные обещания, то есть политику апартеида⁴². Таким образом, Закон о власти банту⁴³ отменил Совет представителей

³⁷ Thomas Ph. J., Viljoen F. Mixed Blessings of Mixed Legal Systems: Servitudes and Restrictive Conditions // South African Law Journal. 1997. Vol. 114, no. 4. P. 738–749.

³⁸ A man of principle. The life and legacy of JC de Wet / J. du Plessis, G. Lubbe (eds). Claremont: Juta, 2013.

³⁹ Thomas Ph. J. Critique of the rational agent model: reinventing Roman law? // H. Dondorp, M. Schermaier, B. Sirks (eds). De rebus divinis et humanis. Essays in honour of Jan Hallebeek. V.R. Göttingen: Unipress, 2019. P. 371f.

⁴⁰ Закон № 38 от 1927 г. (URL: <https://www.gov.za/documents/black-administration-act-5-jul-1927-0000> (дата обращения: 01.08.2022)) консолидировал предыдущее колониальное законодательство по этим вопросам и институционализировал право коренных народов, признав за ним отдельное, хотя и неравноправное, существование путем создания отдельной структуры судов: суды вождя, суды уполномоченных по делам коренных народов и апелляционный суд коренных народов, который применял право коренных народов с учетом оговорки о противоречии принципам права (repugnancy clause). Глава 12 действующей Конституции, касающаяся традиционных лидеров, не упоминает о традиционных судах.

⁴¹ Bennett T. W. A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa. Cape Town: Juta, 1991.

⁴² Среди лавины законов об апартеиде его фундамент обнаруживается в следующих законодательных актах: Закон о запрете смешанных браков № 55 от 1949 г. (The Prohibition of Mixed Marriages Act 55 of 1949); Поправка к Закону о безнравственности № 21 от 1950 г. (The Immorality Amendment Act 21 of 1950); Закон о регистрации населения № 30 от 1950 г. (The Population Registration Act 30 of 1950); Закон о зонах проживания этнических групп № 41 от 1950 г. (The Groups Areas Act 41 of 1950); Закон об образовании банту № 47 от 1953 г. (The Bantu Education Act 47 of 1953); Закон о резервировании отдельных удобств № 49 от 1953 г. (The Reservation of Separate Amenities Act 49 of 1953); Закон о запрете расселения аборигенов № 64 от 1956 г. (The Natives Prohibition Act 64 of 1956); Закон о городских районах (The Urban Areas Act); Закон о туземных строительных рабочих (The Native Building Workers Act). Упомянутые законодательные акты см.: URL: <https://www.gov.za/documents/> (дата обращения: 01.08.2022).

⁴³ Bantu Authorities Act no. 68 of 1951. — Закон признал традиционные органы самоуправления племен местными органами власти. Этим местным традиционным властям была предоставле-

коренных народов (Native Representative Council), а избирательное право чернокожих Кейптауна оказалось смыто потоком дискриминационного законодательства. Поскольку сутью политики апартеида была расовая сегрегация, очевидно, что законодательство коренных народов должно было оставаться отдельным сводом законов.

Более того, сопротивление юридическим заимствованиям из английского права и их намеренное ограничение равным образом проявили себя и сформировали так называемое пуристское движение⁴⁴. Главной судья Стейн задавал здесь тон, так что не только доктрина, развивавшаяся на языке африкаанс, но и суды при удобном случае зачищали южноафриканское общее право от английских заимствований в попытке вернуться к его римско-голландским корням⁴⁵. Однако такое отрицание как правового развития, так и реальности закончилось вместе с апартеидом⁴⁶.

6. Новая Конституция

Новая Конституция 1996 г. ввела демократию, а также конституционное верховенство⁴⁷. Это означает, что Конституция является высшим законом страны, а также источником всего южноафриканского законодательства⁴⁸. Вновь созданный Конституционный суд стал высшим судом. Конституция имеет преобразующий характер, и раздел 39 предписывает судам развивать общее право

на ограниченная юрисдикция в отношении гражданских споров. Данный закон заложил основу для создания «родных земель» (homelands) как обособленных ареалов обитания чернокожих и племенных властей как органов власти в них. Конечная цель состояла в том, чтобы сконцентрировать различные чернокожие народы на приписанных им территориях, где каждая этническая группа могла бы развиваться в самодостаточную единицу. В 1970 г. реализация принципа независимости родины на основе этнической принадлежности привела к принятию Закона о гражданстве родины банту № 26 от 1970 г. (Bantu Homeland Citizenship Act, no. 26 of 1970), который ввел гражданство районов территориальной власти для всех африканцев в республике. Это создало три формы гражданства на территории Южно-Африканской Республики, то есть гражданство ЮАР, гражданство самоуправляющейся территории банту и гражданство «районов территориальной власти» (territorial authority areas). Последние со временем стали самоуправляющимися бантустанами (bantostaan в переводе с африкаанс означает «страна банту»), а четыре из них — Сискей, Транскей, Венда и Бопутатсвана — формально независимыми. Обретение гражданства бантустана прекращало гражданство ЮАР, поскольку последние рассматривались тогдашними властями ЮАР как независимые государства. В 1986 г. Закон о восстановлении южноафриканского гражданства № 73 1986 г. (the Restoration of South African Citizenship Act, no. 73 of 1986) восстановил южноафриканское гражданство всем лицам, которые потеряли его в соответствии с законом 1970 г. о независимости их родины. В 1993 г. был принят еще один Закон о восстановлении и расширении южноафриканского гражданства № 196 от 1993 г. (Restoration and Extension of South African Citizenship Act, no. 196 of 1993), чтобы гарантировать гражданство всем южноафриканцам, поскольку это было обязательным условием для голосования в 1994 г. Упомянутые законодательные акты см.: URL: <https://www.gov.za/documents/> (дата обращения: 01.08.2022).

⁴⁴ Zitske E. The history and politics of contemporary common law purism // *Fundamina*. 2017. Vol. 23, no. 1. P. 185–230.

⁴⁵ См., напр.: *Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen* 1963 (3) SA 402 (AD); *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 (1) SA 102 (AD); *Baines Motors v Piek* 1955 (1) SA 534 (AD); *Preller v Jordaan* 1956 (1) SA 483 (AD), *Bank of Lisbon & South Africa v De Ornelas* 1988 (3) SA 580 (A). — Об этом см.: *Cameron E. Legal chauvenism, executive-mindedness and Justice. LC Steyn's impact on South African law* // *South African Law Journal*. 1982. Vol. 99. P.38–75; *Forsyth C.F. In Danger for their Talents: A Study of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa from 1950–80*. Cape Town: Juta, 1985.

⁴⁶ См. иной взгляд: *Zitzke E. A decolonial critique of private law and human rights* // *South African Journal on Human Rights*. 2018. Vol. 34, no. 3. P.492–516.

⁴⁷ См. ст. 2 Конституции: URL: <http://www.gov.za/documents/constitution> (дата обращения: 01.08.2022).

⁴⁸ См.: *Cameron JA in Brisley v Drotsky*. URL: <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2002/35.html> (дата обращения: 01.08.2022).

и законодательство коренных народов в целях поощрения прав, ценностей, духа и смысла Билля о правах⁴⁹. Следует, однако, отметить, что как законодательное, так и прецедентное право, действовавшее до 1996 г., продолжают применяться, если только они прямо не отменены. Таким образом, некоторые отрасли права продолжают опираться на английский прецедент⁵⁰.

6.1. Конституционализация общего права

Во всех подотраслях частного права, в частности в договорном⁵¹, деликтном⁵², вещном⁵³, семейном⁵⁴, наследственном⁵⁵ и коммерческом⁵⁶ праве,

⁴⁹ Статья 173 Конституции уполномочивает суды развивать общее право с учетом интересов правосудия. (*Hawthorne L. Self-actualisation: the promise of the South African Constitution / M. M. Botha et al. (eds). De Serie Legenda. Vol. I. Developments in commercial law, Law of specific contracts and banking law. LexisNexis South Africa, 2019. P. 51–73).*

⁵⁰ См., напр., дело: *Schoeman v Constantia Insurance Co Ltd, 2002 3 SA 417 (W)*. — Подробнее см.: *Thomas Ph. J. Starting high or Fraud; Continued reception of English law; the trapdoor for bona fides // Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg. 2003. Vol. 66, no. 4. P. 667–672.*

⁵¹ Примеры этого процесса и повествующую о нем дополнительную литературу можно найти в следующих изданиях: *Du Plessis H. M. The harmonisation of good faith and ubuntu in the South African common law of contract (unpublished doctoral dissertation, UNISA. 2017). URL: http://www.uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/23679/thesis_du%20plessis_hm.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата обращения: 01.08.2022).* — Данная работа представляет собой превосходное повествование о предмете исследования (*Du Plessis H. M. Harmonising Legal Values and uBuntu: The Quest for Social Justice in the South African Common Law of Contract // Potchefstroom Elektroniese Regsblad. 2019. Vol. 22. P. 2–24.* — См. также: *Bhana D. Constitutionalising contract law: ideology, judicial method and contractual autonomy (doctoral dissertation, WITS, 2013). URL: <https://www.1library.net/document/q5p64k3y-constitutionalising-contract-law-ideology-judicial-method-contractual-autonomy.html> (дата обращения: 01.08.2022); *Louw A. M. Yet another call for a greater role of good faith in the South African law of contract: can we banish the law of the jungle, while avoiding the elephant in the room? // Potchefstroom Elektroniese Regsblad. 2013. Vol. 16, no. 5. P. 44–120; Hawthorne L. The ‘new learning’ and transformation of contract law: reconciling the rule of law with the constitutional imperative to social transformation // South African Public Law. 2008. Vol. 23, no. 2. P. 79ff.).**

⁵² *MacQueen H. L. Delict, Contract and the Bill of Rights: a perspective from the United Kingdom // South African Law Journal. 2004. Vol. 121. P. 359–394; Meerkotter A. The Dudley Lee case: a new approach to factual causation and its implications for transformative jurisprudence // South African Journal of Public Law. 2015. Vol. 20. P. 273–289.* — Эта работа дает обзор судебной практики и доктрины по данной теме.

⁵³ *Van der Walt A. J. Property and Constitution. Pretoria: Pretoria University Law Press (PULP), 2012.* — Упомянутый Andre van der Walt шел в авангарде конституционализации права собственности. См. об этом: *Transformative property law — Festschrift in honour of AJ van der Walt / G. Muller, R. Brits, B. Slade, J. Van Wyk (eds). Cape Town: Juta, 2018.*

⁵⁴ *Sachs A. The family in a democratic South Africa: the Constitutional position // Agenda. 1990. Vol. 8. P. 40–54; Sloth-Nielsen J. Children’s rights jurisprudence in South Africa // De Jure. 2019. Vol. 52. P. 501–520; Binford W. The constitutionalization of children’s rights in South Africa // NYLS Law Review. 2016. Vol. 60, no. 2. P. 333–363.*

⁵⁵ Например, в деле *Benjamin Godlieb Heydenrych testamentary trust, the George King testamentary trust and the Cyril Houghton bursary trust, 2012 (4) SA 103 (WCC)* вступила в конфликт с Конституцией свобода завещания. Об этом см.: *Matsemela P. Modern freedom of testation in South Africa: its application by the courts // Journal of Law, Society and Development Multi-, Inter- and Transdisciplinary. 2015. Vol. 2, no. 1. P. 93–119; Thomas Ph. J. The intention of the testator: from the causa Curiana to modern South African law // J. Hallebeek et. al. (eds). Inter cives nec non peregrinos. Gottingen: V&R Unipress, 2014. P. 727–741.* — См. также прецедент: *King N. O. and Others v De Jager and Others [2021] ZACC 4.*

⁵⁶ Отдельные примеры и ссылки на другие источники см.: *Mupangavanhu B. Constitutionalisation and transformation of credit law practices such as set-off: an analysis of National Credit Regulator v Standard Bank Ltd of South Africa Ltd // South African Mercantile Law Journal. 2019. Vol. 13. P. 417–434; Golela O. The Constitutionalisation of the Test for Statutory Illegality in South African Contract Law: Cool Ideas v Hubbard 2014 4 SA 474 (CC) // Potchefstroom Electronic Law Journal / Potchefstroomse Elektroniese Regsblad. 2018. Vol. 21. P. 2–38; Van Eck B. P. S. The constitutionalisation of labour law: no place for*

судебная практика пытается осуществить вышеупомянутую трансформацию путем согласования конституционных ценностей с правовой традицией⁵⁷. Мощный импульс этому процессу был придан законодательством, предусматривающим среди прочего равенство в сфере занятости⁵⁸, перераспределение земель⁵⁹, реформу землевладения⁶⁰, защиту прав потребителей⁶¹, брак⁶², равенство⁶³, новый режим прав на полезные ископаемые.

a superior Labour Appeal Court in labour matters (part 1): background to South African labour courts and the constitution // *Obiter*. Nelson Mandela University Law Journal. 2005. Vol. 26, no. 3. P. 549–560.

⁵⁷ *Klare K. E.* Legal culture and transformative constitutionalism // *South African Journal on Human Rights*. 1998. Vol. 14, no. 1. P. 146

⁵⁸ Employment Equity Act, no. 55 of 1998. URL: https://www.saflii.org/za/legis/num_act/eea1998240.pdf (дата обращения: 01.08.2022).

⁵⁹ Restitution of Land Right Act, no. 22 of 1994. URL: https://www.saflii.org/za/legis/num_act/rolra1994301 (дата обращения: 01.08.2022); Interim Protection of Informal Land Rights Act, no. 31 of 1996. URL: https://www.saflii.org/za/legis/num_act/ipoilra1996428/ (дата обращения: 01.08.2022). — 18-я поправка к Конституции, принятая в 2018 г. и разрешающая экспроприацию земли без компенсации, была отозвана в 2021 г. Сейчас находится в стадии разработки новый законопроект об экспроприации (URL: <https://www.parliament.gov.za/project-event-details/1670> (дата обращения: 01.08.2022)).

⁶⁰ Land Reform (Labour Tenants) Act, no. 3 of 1996. URL: <https://www.justice.gov.za/lcc/docs/1996-003> (дата обращения: 01.08.2022); Extension of Security of Tenure Act, no. 62 of 1997. URL: https://www.saflii.org/za/legis/num_act/eosota1997364.pdf (дата обращения: 01.08.2022).

⁶¹ Consumer Protection Act, no. 68 of 2008. — О нем см.: *Hawthorne L.* Public Governance: Unpacking the Consumer Protection Act 68 of 2008 // *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg / Journal for Contemporary Roman-Dutch Law*. 2012. Vol. 75, no. 3. P. 345–370; National Credit Act, no. 34 of 2000. — О нем см.: *Hawthorne L.* Making public knowledge, making knowledge public: information obligations effect truth-in-lending and responsible lending // *SA Publiekreg / Public Law*. 2007. Vol. 22. P. 477–490. — См. упомянутые законодательные акты: URL: <https://www.saflii.org/za/> (дата обращения: 01.08.2022).

⁶² В настоящее время брак определяется Законом о браке № 25 от 1961 г. (Marriage Act, no. 25 of 1961. URL: <https://www.gov.za/marriage-act-21-april-1961-0000> (дата обращения: 01.08.2022)), Законом о признании обычного брака № 120 от 1998 г. (Recognition of Customary Marriage Act, no. 120 of 1998. URL: <https://www.saflii.org/za/legis> (дата обращения: 01.08.2022)) и Законом о гражданском союзе № 17 от 2006 г. (the Civil Union Act, no. 17 of 2006. URL: <https://www.saflii.org/za/legis> (дата обращения: 01.08.2022)), который предусматривает однополые браки. Правительство предлагает объединить все относимые к браку нормы права в одном новом законе о браке, основанном на трех столпах Конституции — равенстве, недискриминации и человеческом достоинстве, что, по его мнению, позволит южноафриканцам различных религиозных и культурных убеждений и любой сексуальной ориентации заключать законные браки. Помимо прочего, таким образом должно быть обеспечено признание мусульманских браков, индуистских браков, браков, проводимых в соответствии с еврейскими обрядами, а также традиционных браков с точки зрения правового значения любых существующих традиций и ритуалов. Кроме того, Южная Африка должна выполнить обязательство, взятое на себя в рамках Протокола Южноафриканского сообщества развития (SADC) по гендерным вопросам и развитию (SADC Protocol on Gender and Development. URL: <https://www.sadc.int/sadc-protocols> (дата обращения: 01.08.2022)) в отношении предотвращения детских браков. В марте 2022 г. Комиссия по правовой реформе рекомендовала принять закон о запрете принудительных браков и регулировании связанных с ними вопросов. Этот законопроект касается искажения традиционной практики укутвалы (*ukuthwala*). Первоначально укутвала касалась женщины, которую привели в дом ее жениха, чтобы заставить ее семью вступить в переговоры о заключении обычного брака. Однако этой практикой злоупотребляют, и молодых девушек похищают под предлогом укутвалы. Недавно Высший суд Претории признал раздел 7(3)(а) Закона о разводе № 88 от 1984 г. несовместимым с Конституцией и недействительным в той мере, в какой это положение ограничивает действие раздела 7(3) Закона о разводе браками без общего имущества, заключенными до начала действия Закона о собственности супругов № 88 от 1984 г. (URL: <https://www.saflii.org/za/legis/> (дата обращения: 01.08.2022)). Это постановление было передано в Конституционный суд для подтверждения в соответствии со ст. 172(2)(а) Конституции 1996 г. (URL: <https://www.thesouthafrican.com/news/divorce-act-unconstitutional-high-court/> (дата обращения: 01.08.2022)).

⁶³ Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, no. 4 of 2000 (URL: <https://www.saflii.org/za/legis/> (дата обращения: 01.08.2022)).

Рассмотрим кратко недавнее развитие законодательства о правах на полезные ископаемые, поскольку оно является примером новой смеси конституционного и частного права. Ранее землевладелец обладал своего рода ограниченным вещным правом на разведку и разработку полезных ископаемых на своей земле⁶⁴. Это право было отчуждаемым и имело экономическую ценность. Для добычи полезных ископаемых государство должно было выдать разрешение⁶⁵.

В 2002 г. был принят Закон о разработке минеральных и нефтяных ресурсов⁶⁶ в целях, среди прочего, защиты окружающей среды, обеспечения экологически устойчивого освоения ресурсов, содействия экономическому и социальному развитию и социальному подъему общин, пострадавших от добычи полезных ископаемых, обеспечения равного доступа к ресурсам, искоренения всех форм дискриминационной практики и принятия мер для устранения последствий прошлой расовой дискриминации⁶⁷. Для достижения этих целей⁶⁸ Закон признает, что минеральные и нефтяные ресурсы Южной Африки принадлежат нации и что государство является их хранителем⁶⁹. Эта правовая конструкция была введена, чтобы избежать выплаты компенсации собственникам⁷⁰. В деле *Agri South Africa v Minister of Minerals and Energy*⁷¹ Конституционный суд поддержал эту уловку и подтвердил, что государство является «хранителем» минеральных ресурсов страны. Как следствие, раздел 3(2) MPRDA предоставляет государству абсолютные полномочия, но также возлагает на него конкретные обязанности по обеспечению устойчивого развития минеральных и нефтяных ресурсов Южной Африки в рамках национальной экологической политики, норм и стандартов при одновременном содействии экономическому и социальному развитию⁷².

В отношении права коренных народов следует отметить, что признание обычного права и политика разделения, но не равноправия в определенной степени соблюдаются в этом отношении даже сегодня. Данное обстоятельство вызывает трения с новым конституционным устройством, поскольку право коренных народов предусматривает патриархат и первородство в качестве своих существенных характеристик. Это явно противоречит Биллю о правах⁷³. В деле *Bhe and Others v Khayelitsha Magistrate and Others*⁷⁴ Конституционный суд под-

⁶⁴ *Badenhorst P. J., Mostert H. Minerals and Petroleum* // W.A. Joubert (ed.). *The Law of South Africa*. Vol. 18: Mining and Minerals Morningside. Butterworths, 2007. Para 41.

⁶⁵ *Ibid.* Para 54.

⁶⁶ Mineral and Petroleum Resources Development Act no. 28 of 2002 (далее — MPRDA) (URL: <https://www.saflii.org/za/legis> (дата обращения: 01.08.2022)).

⁶⁷ MPRDA Preamble and section 2.

⁶⁸ Статья 7 (2) Конституции: Государство должно уважать, защищать, поощрять и осуществлять права, закрепленные в Билле о правах.

⁶⁹ MPRDA Preamble and s 3(1). — Точное значение понятия «хранение» в данном контексте не ясно. Предполагается, что полезные ископаемые теперь являются *res communes omnium*, или же *res publica*, или находятся в публичном трасте (*Badenhorst P. J., Mostert H. Minerals and Petroleum... Para 41*).

⁷⁰ *Van der Vyver J. D. Nationalisation of mineral rights in South Africa* // *De Jure*. 2012. Vol. 45. P. 125–142.

⁷¹ [2013] ZACC 9; 2013 (4) SA 1 (CC); 2013 (7) BCLR 727 (CC) (URL: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC2013> (дата обращения: 01.08.2022)). — См. также: *Mthembu v Letsela and Another* 2000 (3) SA 867 (SCA); [2000] 3 All SA 219 (A) (URL: <https://www.saflii.org/za/cases/SCA2000> (дата обращения: 01.08.2022)).

⁷² MPRDA s. 3 (3).

⁷³ *Thomas Ph. J., Tladi D. D. Legal pluralism or a new repugnancy clause...*

⁷⁴ [2004] ZACC 17; 2005 (1) SA 580 (CC); 2005 (1) BCLR 1 (CC) (URL: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/17.html> (дата обращения: 01.08.2022)).

робно рассмотрел эту проблему. Однако вопрос о том, сохранится ли на периферии прежний статус-кво, то есть не гармонизация, а непрочное сосуществование, остается открытым.

6.2. Правовые трансплантаты, их привлекательность и ограничения, а также сопротивление им в XXI в.

Не секрет, что Конституция Южной Африки «позаимствована» одновременно из немецких, американских и канадских аналогов⁷⁵. Как следствие, ранняя судебная практика Конституционного суда опиралась по большей части на сравнительные прецеденты в этих юрисдикциях. И все же после несколько неуверенного начала конституционный триумфализм получил широкое распространение⁷⁶. Однако с течением времени в академических кругах (и в обществе) получило широкое распространение мнение, что эта Конституция является правовым трансплантатом и должна быть отвергнута как евроцентричная, инструмент монополии белых и прямое следствие колониализма.

В 2018 г. этому вопросу был посвящен специальный выпуск южноафриканского журнала по правам человека. Во введении к нему приглашенного редактора Джоэла Модери (Joel Modiri) красноречиво изложен социально-экономический, онтологический и эпистемологический контекст, ведущий к нынешним разногласиям вокруг Конституции. Ведущие сторонники конституционной аболиционистской парадигмы Джоэл М. Модери⁷⁷, Могобе Бернард Рамоз (Mogobe Bernard Ramose)⁷⁸ и Тшепо Мадлингози (Tshepo Madlingozi)⁷⁹ изложили здесь как контекст, так и суть движения. Проводимая ими деконструкция южноафриканского статус-кво⁸⁰ представляет собой современное противодействие правовой трансплантации и отрицание концепции смешанных юрисдикций. Со стороны других авторов данного сборника, представляющих различные гуманитарные дисциплины, поступают предложения по формированию концептуального каркаса, поддерживающего эти альтернативные теории, общим знаменателем которых является отказ от западных правовых доктрин, подспудно обосновывающих завоевание и колонизацию, а также подавление ценностей и знаний коренных народов. Та же мелодия, хотя и на менее интеллектуальном уровне, звучит на политической сцене. В январе 2022 г. министр туризма Сисулу опубликовала статью, в которой она назвала африканских судей «ментально колонизированными», в то время как в День прав человека 21 марта премьер-министр провинции Квазулу-Наталь Зи-

⁷⁵ *Madlingozi T.* South Africa's first black lawyers, amaRespectables and the birth of evolutionary constitution- a review of Tembeka Ngcukaitobi's *The Land is Ours: South Africa's first black lawyers and the birth of constitutionalism* // *South African Journal on Human Rights*. 2018. Vol. 34, no. 3. P. 528.

⁷⁶ *Davis D. M.* Is the South African Constitution an obstacle to a democratic post-colonial state? // *South African Journal on Human Rights*. 2018. Vol. 34, no. 3. P. 362f.

⁷⁷ *Modiri J. M.* Conquest and constitutionalism: first thoughts on an alternative jurisprudence // *South African Journal on Human Rights*. 2018. Vol. 34, no. 3. P. 300–325.

⁷⁸ *Ramose M. B.* Towards a post-conquest South Africa: beyond the constitution of 1996 // *South African Journal on Human Rights*. 2018. Vol. 34, no. 3. P. 326–341.

⁷⁹ *Madlingozi T.* South Africa's first black lawyers, amaRespectables and the birth of evolutionary constitution- a review of Tembeka Ngcukaitobi's *The Land is Ours...* P. 517–529.

⁸⁰ *Davis D. M.* Is the South African Constitution an obstacle to a democratic post-colonial state? ... P. 359–374; *Cachalia F.* Democratic constitutionalism in the time of the postcolony: beyond triumph and betrayal // *South African Journal on Human Rights*. 2018. Vol. 34, no. 3. P. 375–397. — Эти авторы критически относятся как к конституционному триумфализму, так и к аболиционистам, но утверждают, что Конституция обеспечила верховенство закона, права человека и демократию.

калала (Zikalala) предложил провести дебаты о том, не должно ли верховенство парламента заменить верховенство Конституции⁸¹, иными словами — не стоит ли задуматься о восстановлении Вестминстерской системы⁸².

7. Глобализация и смешанность юрисдикции

Потребность в гармонизации цивилистической традиции и общего права ощущается главным образом в коммерческой сфере. Здесь следует обратить внимание на два потока. Во-первых, множество международных документов, таких как Венская конвенция о международной купле-продаже товаров, модели ЮНСИТРАЛ, УНИДРУА и международного арбитража, направлены на то, чтобы сделать заимствования из иностранного права излишними⁸³. Во-вторых, тихое вторжение англо-американского общего права можно обнаружить в международных инициативах, направленных на искоренение коррупции, уклонения от уплаты налогов, отмывания денег и финансирования терроризма. Так, Рабочая группа G20 по борьбе с коррупцией (G20 Anti-Corruption-Working-Group — ACWG) была создана в 2010 г. на саммите в Торонто⁸⁴. ACWG сотрудничает с Группой Всемирного банка (World Bank Group)⁸⁵, Организацией экономического сотрудничества и развития (Organisation for Economic Co-operation and Development)⁸⁶, Управлением Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности (The United Nations Office on Drugs and Crime)⁸⁷, Международным валютным фондом (International Monetary Fund)⁸⁸, Группой разработки финансовых мер по борьбе с отмыванием денег (The Financial Action Task Force — FATF)⁸⁹, организациями «Бизнес-20» и «Гражданское общество — 20» (Business 20 and Civil Society 20)⁹⁰.

В этом контексте публикации Инициативы Всемирного банка по возвращению похищенных активов (Stolen Asset Recovery Initiative of the World bank)⁹¹ о бенефи-

⁸¹ Зикалала высказался следующим образом: «Мы хотим обратиться с призывом обсудить, не пора ли перейти от абсолютного правления Конституционного суда к ситуации, когда у нас парламентская демократия, в которой голос избранных народа является высшим по отношению ко всем другим голосам» (URL: <https://www.gov.za/speeches/premier%C2%A0sihle-zikalala-during-human-rights-day-commemoration-21-mar-2022-0000> (дата обращения: 01.08.2022)).

⁸² Эта модель была в свое время применена в Законе о Южной Африке (South Africa Act), и именно верховенство парламента способствовало апартеиду, поскольку судебным органам тогда было отказано в праве проверять конституционность законов с точки зрения их соответствия Конституции, не говоря уже о международных документах.

⁸³ Сравни в этом смысле роль международных конвенций и сборников «мягкого права» (soft law) для эволюции европейского частного права: *Циммерманн Р.* Текстуальные слои европейского договорного права // Правоведение. 2020. Т. 64, № 4. С. 422–457.

⁸⁴ Об этом см.: URL: <https://www.star.worldbank.org/g20-anti-corruption-working-group> (дата обращения: 01.08.2022).

⁸⁵ Об этом см.: URL: <https://www.worldbank.org> (дата обращения: 01.08.2022).

⁸⁶ Об этом см.: URL: <https://www.oecd.org>. — В частности, см.: *van Bladel M. L. L.* Beneficial ownership in the OECD model tax treaty. 2013. URL: https://www.oecd.org/ctp/treaties/BENOWNMLL_vanBladel.pdf (дата обращения: 01.08.2022).

⁸⁷ Об этом см.: URL: <https://www.unodc.org> (дата обращения: 01.08.2022).

⁸⁸ Об этом см.: URL: <https://www.imf.org> (дата обращения: 01.08.2022).

⁸⁹ Об этом см.: URL: <https://www.fatf-gafi.org> (дата обращения: 01.08.2022).

⁹⁰ Об этом см.: URL: *The other 20: Who are they and why are they in Brisbane?* — ABC News (дата обращения: 01.08.2022).

⁹¹ Об этом см.: URL: <https://www.star.worldbank.org/resources?f%5B0%5D=category%3A89> (дата обращения: 01.08.2022). — В 2016 г. здесь были опубликованы обзоры по бенефициарной собственности (beneficial ownership guides) относительно Республики Корея, Соединенного Королевства, США, Турции, Испании и Южной Африки. В течение 2017 г. в них была рассмотрена ситуация

циарной собственности (beneficial ownership) изобличают инвазивный элемент. Хотя право Южной Африки в целом придерживается цивилистической унитарной концепции собственности⁹², недавнее решение Гаутенгского отделения Высокого суда⁹³ постановило, что юридический вопрос здесь касается бенефициарной собственности. Несмотря на то что в апелляции было указано, что «решение Высокого суда об истинном владении акциями... не совсем ясно»⁹⁴ и «что Дж. Кэтри-Сетилоан использовала выражение “бенефициарная собственность” довольно расплывчато»⁹⁵, интересным моментом является то, что в юридической практике и судах концепция бенефициарной собственности⁹⁶, похоже, набирает поддержку.

Заключение

Вышеизложенное показывает, что если осмыслять смешанные правовые системы в рамках упрощенной метафоры брака между континентальным и общим правом, то такой супружеский союз редко заключается по взаимному согласию. Тем не менее, если уж он заключен, его нельзя аннулировать и практически невозможно расторгнуть. Более того, этот брак заведомо не свободен от внебрачных связей, которые часто оказывают влияние разной степени интенсивности на супружеские отношения. Таким образом, в правовых системах большинства африканских стран обнаруживается удивительный коктейль правовых традиций различного происхождения.

Более того, было бы наивно предполагать, что колонизация принадлежит истории, а глобализация вышла на сцену в качестве еще одного действующего лица. Как следствие, возникает вопрос, могут ли юрисдикции континентального права трансформироваться смешанные юрисдикции путем правовой трансплантации для содействия глобальному рынку.

Предсказывать будущее опасно, но некоторые предостережения, должно быть, уместны. Смешанные правовые системы сложились в основном в результате колониальной истории. Так, в Южной Африке место Голландской Ост-Индской компании заняло британское колониальное правление.

Здесь право континентальное право и общее смогли смешаться, потому что судоустройство и процессуальное право системы общего права позволили судьям, сведущим в английском праве, успешно объединить элементы различного происхождения в определенных областях частного права, в первую очередь в коммерческой сфере. Поэтому следует иметь в виду, что трансплантаты высеваются в разных почвах и климате, а это означает, что судебная система и процессуальное право, и особенно подготовка, квалификация и отбор судей, имеют в этом смысле первостепенное значение. Пересадка фрагментов общего права в цивилистиче-

применительно к Украине, Нигерии, Италии, Латвии и Российской Федерации, а в 2018 г. такие обзоры появились в отношении Индии, Лихтенштейна, Швейцарии и Бразилии.

⁹² *De Waal M. J.* The abuse of the trust (or: ‘Going behind the trust form’) The South African experience with some comparative perspectives // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Reinhard Zimmermann zum 60 Geburtstag. 2012. Vol. 76, no. 4. P. 1078–1098.

⁹³ Этот кейс не отображается в базе данных. См., однако, упоминание о нем: *Watson NO v Ngonyama and Another*, ZASCA [2021] 74 (URL: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC> (дата обращения: 01.08.2022)).

⁹⁴ *Watson NO v Ngonyama and Another*, ZASCA [2021] 74 at para 62.

⁹⁵ *Ibid.* Para 63.

⁹⁶ *Engelbrecht W. A.* A critical analysis of the meaning of beneficial owner of dividend income received by a discretionary trust // Stellenbosch University. SUNScholar Research Repository. 2013. URL: <http://www.scholar.sun.ac.za> (дата обращения: 01.08.2022).

скую традицию с присущей ей другой судебной культурой может привести к неожиданному результату.

Более того, успешное смешение — это долгосрочный процесс, который, как правило, инициируется и продвигается правительствами, часто вопреки пожеланиям местных жителей. Примеры такого рода — как, например, рецепция римского права в некоторых частях Западной Европы в период позднего Средневековья и Ренессанса или судьба Гражданского кодекса Эфиопии, а также различные проекты OHADA⁹⁷ в Западной Африке — показывают очень различные результаты. Как упоминалось ранее, правовая культура, правовые традиции, юридические профессии, и прежде всего образование и роль судьи, являются определяющими факторами. Притом процесс и результаты взаимодействия между этими и другими скрытыми или до поры до времени безмолвными социальными, политическими и экономическими факторами непредсказуемы.

Растущее признание культурных различий и скептические оговорки в отношении объективных возможностей обустройства монокультурного плавильного котла могут в конечном счете привести к сосуществованию различных юрисдикций, имеющих при этом два уровня. Первый уровень будет представлен наднациональной унифицированной надстройкой, предназначенной для регулирования международной торговли и сотрудничества по глобальным вопросам на основе международного права, но в то же время на национальном уровне будет усиливаться многокультурная юрисдикционная дифференциация. В последнем случае смешанность или сосуществование непохожих друг на друга юрисдикций возрастет вместо их унификации.

Статья поступила в редакцию 15 сентября 2022 г.
Рекомендована к печати 12 февраля 2023 г.

Co-existence and harmonisation of different legal traditions in South Africa

A. D. Rudokvas, Ph. J. Thomas

For citation: Rudokvas, Anton D., Thomas, Philip J. 2023. Co-existence and harmonisation of different legal traditions in South Africa. *Pravovedenie* 67 (2): 115–136.
<https://doi.org/10.21638/spbu25.2023.201> (In Russian)

This essay introduces a contemporary description of the mixed jurisdiction of South Africa. It depicts how in South Africa co-existence, harmonization and resistance are found in different fields of law and identifies both pitfalls and benefits of mixity. Several components are introduced: civil law, English common law, local customary law, the Bill of Rights and international legal instruments. The successful harmonisation of civil and common law is ascribed to introduction of the English administration of justice. The British institutions, structure and process placed the focus on legal procedure and succeeded to avoid conflict between different legal cultures as economic transactions ignored different value systems and doctrine. The same model was, however, not applied in respect of indigenous customary law, where from the onset choices between values and doctrine were cast in stone with the consequent conflicts. The new constitution of 1996 is transformative and the courts are instructed to develop common law and indigenous law to promote the rights, values, spirit and purport of the Bill of Rights. Thus, in all fields of private law court decisions attempt to realise such transformation by harmonising constitutional values with legal tradition while strong impetus has been provided by legislation. As it appears that the need for harmonisation between civil and

⁹⁷ The Organisation for the Harmonisation of Business law in Africa. О ней см.: URL: <https://www.ohada.com> (дата обращения: 01.08.2022) и URL: <https://www.ohada.org> (дата обращения: 01.08.2022).

common law is experienced mainly in the commercial field, the question arises whether civil law jurisdictions can transform themselves into a mixed jurisdiction by way of legal transplants to facilitate the global market. Mixed legal systems developed mostly as the result of colonial history. Civil law and common law were able to mix because the common law court system and procedure made it possible for English trained judges to successfully merge certain areas of private law, primarily in the commercial field. This means that the court system and the law of procedure, but especially training, qualification and selection of judges are of paramount importance.

Keywords: harmonization, legal transplant, legal tradition, common law, mixed jurisdiction, customary law, constitutionalisation of private law.

References

- Badenhorst, Pieter J., Mostert, Hanri. 2007. *Minerals and Petroleum*. W. A. Joubert (ed.). The Law of South Africa. Vol. 18: Mining and Minerals Morningside. Butterworths.
- Bennett, Thomas W. 1991. *A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa*. Cape Town, Juta.
- Bhana, Deeksha. 2013. *Constitutionalising contract law: ideology, judicial method and contractual autonomy* (doctoral dis. WITS). Available at: <https://www.1library.net/document/q5p64k3y-constitutionalising-contract-law-ideology-judicial-method-contractual-autonomy.html> (accessed: 01.08.2022).
- Binford, Warren. 2016. The constitutionalization of children's rights in South Africa. *NYLS Law Review* 60 (2): 333–363.
- Bird, William W. 1823. *State of the Cape of Good Hope in 1822*. London, J. Murray.
- van Bladel, Marco. 2013. *Beneficial ownership in the OECD model tax treaty*. Available at: https://www.oecd.org/ctp/treaties/BENOWNMLL_vanBladel.pdf (accessed: 01.08.2022).
- Cachalia, Firoz. 2018. Democratic constitutionalism in the time of the postcolony: beyond triumph and betrayal. *South African Journal on Human Rights* 34 (3): 375–397.
- Cameron, Edwin. 1982. Legal chauvenism, executive-mindedness and Justice — LC Steyn's impact on South African law. *South African Law Journal* 99: 38–75.
- Cowen, Denis V. 2004. *Early years of aspiration*. D. V. Cowen, D. P. Visser (eds). The University of Cape Town Law Faculty A History 1859–2004, Cape Town, Siber Ink: 1–23.
- Davis, Denis M. 2018. Is the South African Constitution an obstacle to a democratic post-colonial state? *South African Journal on Human Rights* 34 (3): 359–374.
- Devenish, George E. 1978. Our legal heritage Lord de Villiers and the Cape Colony 1828–1910. *De Rebus Procuratoriis* 9: 485–488.
- Dolezalek, Gero R. 1989. *Stare Decisis: Persuasive Force of Precedent and Old Authority (12th–20th Century)*. Cape Town, University of Cape Town.
- van Eck, Stefan. 2005. The constitutionalisation of labour law: no place for a superior Labour Appeal Court in labour matters (part 1): background to South African labour courts and the constitution. *Obiter*: 549–560.
- Engelbrecht, Waldette A. 2013. *A critical analysis of the meaning of beneficial owner of dividend income received by a discretionary trust*. Stellenbosch University. SUNScholar Research Repository. Available at: <http://www.scholar.sun.ac.za/handle/10019.1/85648> (accessed: 01.08.2022).
- Erasmus, Hennie J. 2013. Circuit courts in the Cape Colony during the nineteenth century: hazards and achievements. *Fundamina* 19 (2): 266–299.
- Erasmus, Hennie J. 2015. The beginnings of a mixed system or, advocates at the Cape during the early nineteenth century, 1828–1850. *Fundamina* 21 (2): 219–233.
- Farlam, Ian G. 1988. The origin of the Cape bar. *Consultus* 1 (1): 36–40.
- Forsyth, Christopher F. 1985. *In Danger for their Talents: A Study of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa from 1950–80*. Cape Town, Juta.
- Girvin, Stephen D. 1996. The architects of the mixed legal system. *Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa*. R. Zimmermann, D. Visser (eds). Oxford, Clarendon Press: 95–140.
- Golela, Odwa. 2018. The Constitutionalisation of the Test for Statutory Illegality in South African Contract Law: Cool Ideas v Hubbard 2014 4 SA 474 (CC). *Potchefstroom Electronic Law*

Journal / Potchefstroomse Elektroniese Regsblad 21: 2–38. <https://doi.org/10.17159/1727-3781/2018/v21i0a3293>

- Gordley, James. 1991. *The philosophical origins of modern contract law*. Oxford Clarendon University Press.
- Gordley, James. 2000. Contract law in the Aristotelian tradition. *The theory of contract law: New essays*. P. Benson (ed.). Cambridge University Press: 265–334. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511570834.007>
- Gordley, James. 2002. The moral foundations of private law. *The American Journal of Jurisprudence* 47: 1–23.
- Hadfield, Leslie A. 2017. *Steve Biko and the Black Consciousness Movement*. Oxford Research Encyclopedia of African History / online Oxford Research Encyclopedia. <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190277734.013.83>
- Hahlo, Herman R., Kahn, Ellison. 1973. *The South African Legal System and its Background*. Cape Town, Juta.
- Hawthorne, Luanda. 2007. Making public knowledge, making knowledge public: information obligations effect truth-in-lending and responsible lending. *SA Publiekreg / Public Law* 22: 477–490.
- Hawthorne, Luanda. 2008. The 'new learning' and transformation of contract law: reconciling the rule of law with the constitutional imperative to social transformation. *South African Public Law* 23 (2): 77–99.
- Hawthorne, Luanda. 2012. Public Governance: Unpacking the Consumer Protection Act 68 of 2008. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg / Journal for Contemporary Roman-Dutch Law* 75 (3): 345–370.
- Hawthorne, Luanda. 2019. Self-actualisation: the promise of the South African Constitution. *De Serie Legenda Vol. I. Developments in commercial law, Law of specific contracts and banking law*. M. M. Botha et al. (eds). LexisNexis South Africa: 51–73.
- Klare, Karl E. 1998. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights* 14 (1): 146–188. <https://doi.org/10.1080/02587203.1998.11834974>
- Louw, Andre M. 2013. Yet another call for a greater role of good faith in the South African law of contract: can we banish the law of the jungle, while avoiding the elephant in the room? *Potchefstroom Elektroniese Regsblad* 16 (5): 44–120. <https://doi.org/10.17159/1727-3781/2013/v16i5a2431>
- MacQueen, Hector L. 2004. Delict, Contract and the Bill of Rights: a perspective from the United Kingdom. *South African Law Journal* 121: 359–394.
- Madlingozi, Tshepo. 2018. South Africa's first black lawyers, amaRespectables and the birth of evolutionary constitution- a review of Tembeka Ngcukaitobi's *The Land is Ours: South Africa's first black lawyers and the birth of constitutionalism*. *South African Journal on Human Rights* 34 (3): 517–529.
- Mann, Frederick A. 1977. Fusion of the legal professions. *Law Quarterly Review* 93: 367–377.
- Matsemela, Patrick. 2015. Modern freedom of testation in South Africa: its application by the courts. *Journal of Law, Society and Development Multi-, Inter- and Transdisciplinary* 2 (1): 93–119. <https://doi.org/10.25159/2520-9515/126>
- Meerkotter, Anmari. 2015. The Dudley Lee case: a new approach to factual causation and its implications for transformative jurisprudence. *South African Journal of Public Law* 20: 273–289.
- Modiri, Joel M. 2018. Conquest and constitutionalism: first thoughts on an alternative jurisprudence. *South African Journal on Human Rights* 34 (3): 300–325.
- Muller, Timothy G., Brits, Reghard, Slade, Bradley, Van Wyk, Jeannie (eds). 2018. *Transformative property law- Festschrift in honour of AJ van der Walt*. Cape Town, Juta.
- Mupangavanhu, Brighton. 2019. Constitutionalisation and transformation of credit law practices such as set-off: an analysis of National Credit Regulator v Standard Bank Ltd of South Africa Ltd. *South African Mercantile Law Journal* 13: 417–434.
- van Niekerk, Gardiol. 2015. Multilingualism in South African courts: the legislative regulation of languages in the Cape during the nineteenth century. *Fundamina* 21 (2): 372–391.
- van Niekerk, Johan P. 2013. An introduction to South African law reports and reporters, 1828 to 1910. *Fundamina* 19 (1): 106–145.
- du Plessis, Hanri M. 2017. *The harmonisation of good faith and ubuntu in the South African common law of contract* (unpublished doctoral dissertation, UNISA). Available at: <http://www.uir.unisa.ac.za/>

- bitstream/handle/10500/23679/thesis_du%20plessis_hm.pdf?sequence=1&isAllowed=y (accessed: 01.08.2022).
- du Plessis, Hanri M. 2019. Harmonising Legal Values and uBuntu: The Quest for Social Justice in the South African Common Law of Contract. *Potchefstroom Elektroniese Regsblad* 22: 2–24.
- du Plessis, Jacques, Lubbe, Gerhard (eds). 2013. *A man of principle. The life and legacy of JC de Wet*. Claremont: Juta.
- Ramose, Mogobe B. 2018. Towards a post-conquest South Africa: beyond the constitution of 1996. *South African Journal on Human Rights* 34 (3): 326–341.
- Reid, Charles J. 2007. Judicial precedent in the late eighteenth and early nineteenth centuries: A commentary on Chancellor Kent's Commentaries. *Ave Maria Law Review* 5 (1): 47–111.
- Rogers, Richard A. 2006. From Cultural Exchange to Transculturation: A Review and Reconceptualization of Cultural Appropriation. *Communication Theory* 16 (4): 474–503. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2885.2006.00277.x>
- Roodt, Christa. 2004. A historical perspective on the accusatory and inquisitorial systems. *Fundamina* 10: 137–158.
- Sachs, Albie. 1973. *Justice in South Africa*. Berkeley, Los Angeles, Oxford, University of California Press.
- Sachs, Albie. 1990. The family in a democratic South Africa: the Constitutional position. *Agenda* 8: 40–54.
- Sloth-Nielsen, Julia. 2019. Children's rights jurisprudence in South Africa. *De Jure* 52: 501–520.
- Thomas, Philip J., Tladi, Dire D. 1999. Legal pluralism or a new repugnancy clause. *Comparative and international law journal of Southern Africa* 32: 354–363.
- Thomas, Philip J. 1999. Deconstruction of Myths: Roman-Dutch Law and Pan-European *Ius Commune*. *South African Law Journal* 116: 784–790.
- Thomas, Philip J. 2003. Starting high or Fraud; Continued reception of English law; the trapdoor for bona fides. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 66 (4): 667–672.
- Thomas, Philip J. 2006. Did the Supreme Court of the Colony of the Cape of Good Hope have equity jurisdiction? *Fundamina* 12 (1): 251–270.
- Thomas, Philip J. 2006. Roman-Dutch Opinion Practice as a Source of Law. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 69: 613–621.
- Thomas, Philip J. 2008. Harmonising the law in a multilingual environment with different legal systems; Lessons to be drawn from the legal history of South Africa. *Fundamina* 14 (2): 133–155.
- Thomas, Philip J. 2014. Some reflexions on the role of the judge from a perspective of a mixed legal system. *Estudos em homenagem a Luiz Fabiano Correa*. S. Correa Fattori et al. (eds). São Paulo, Max Limonad: 347–361.
- Thomas, Philip J. 2014. The development of the Cape common law during the early nineteenth century: William Porter, James Kent and Joseph Story. *Fundamina* 20 (1): 907–915.
- Thomas, Philip J. 2014. The intention of the testator: from the *causa Curiana* to modern South African law / J. Hallebeek et. al. (eds). *Inter cives nec non peregrinos*. Gottingen, V&R Unipress: 727–741.
- Thomas, Philip J. 2019. Critique of the rational agent model: reinventing Roman law? *De rebus divinis et humanis. Essays in honour of Jan Hallebeek*. H. Dondorp, M. Schermaier, B. Sirks (eds). V.R. Göttingen, Unipress.
- Thomas, Philip J., Viljoen, Frans. 1997. Mixed Blessings of Mixed Legal Systems: Servitudes and Restrictive Conditions. *South African Law Journal* 114 (4): 738–749.
- du Toit, Francois. 2014. Roman-Dutch law in modern South African succession law. *Ars Aequi* 4: 278–285.
- Vandam (Edrikhin), Alexey E. 2002. Letters about the Transvaal. *Vandam (Edrikhin) A. E. Geopolitics and Geostrategy. Collection of articles*. I. Obratsov (ed.). Moscow, Kuchkovo pole Publ.: 188–231. (In Russian)
- van der Vyver, Johan D. 2012. Nationalisation of mineral rights in South Africa. *De Iure* 45: 125–142.
- de Waal, Marius J. 2012. The abuse of the trust (or: 'Going behind the trust form') The South African experience with some comparative perspectives. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. Reinhard Zimmermann zum 60 Geburtstag* 76 (4): 1078–1098.
- van der Walt, Andre J. 2012. *Property and Constitution*. Pretoria. Pretoria University Law Press (PULP).

- Zimmermann, Reinhardt. 1984. Die Rechtssprechung des Supreme Court of the Cape of Good Hope am Ende der sechziger Jahre des 19. Jahrhunderts. *J. V. van der Westhuizen et al. (eds), Huldigingsbundel Paul van Warmelo*. Pretoria, Universiteit van Suid Afrika: 286–307.
- Zimmermann, Reinhard. 2004. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. Oxford University Press.
- Zimmermann, Reinhard. 2005. “Double Cross”: Comparing Scots and South African Law. *Drevnee Pravo. Ivs antiqvm* 2 (16): 164–191. (In Russian)
- Zimmermann, Reinhard. 2020. The textual layers of European contract law. *Pravovedenie* 64 (4): 422–457. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2020.401> (In Russian)
- Zitske, Emile. 2017. The history and politics of contemporary common law purism. *Fundamina* 23 (1): 185–230.
- Zitzke, Emile. 2018. A decolonial critique of private law and human rights. *South African Journal on Human Rights* 34 (3): 492–516.
- Zweigert, Konrad, Kötz, Hein. 2000. *Introduction to comparative jurisprudence in the field of private law*. Vol. I. Moscow, International Relations Publ. (In Russian)

Received: September 15, 2022

Accepted: February 12, 2023

Anton D. Rudokvas — Dr. Sci. in Law, Professor, St. Petersburg State University, 7–9, Universitetskaya nab., St. Petersburg, 199034, Russian Federation; a.rudokvas@spbu.ru

Philip J. Thomas — Emeritus Professor, University of Pretoria, Private Bag, X20 Hatfield, 0029, South Africa; philip.thomas123@gmail.com