

# Доктрина заблуждения в Шотландии и ЮАР

П. В. Корнилина

**Для цитирования:** Корнилина П. В. Доктрина заблуждения в Шотландии и ЮАР // Правоведение. 2023. Т. 67, № 2. С. 137–173. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2023.202>

В статье представлен результат сравнительно-правового анализа доктрины заблуждения при заключении договора в Шотландии и Южно-Африканской Республики (далее — ЮАР). Указанные юрисдикции часто рассматриваются как смешанные, поскольку они испытали значительное влияние как права континентальной цивилистической традиции, так и общего права. Относительно недавно в российский правопорядок были трансплантированы институты континентального и общего права, а именно институт преддоговорной ответственности и институт, названный в российском праве заверением об обстоятельствах (*warranties* и *representations* в терминологии английского права). С учетом этого для выявления эффективного применения инструментов доктрины заблуждения в российском праве представляется важным рассмотрение вопроса о том, как смешанный характер указанных правовых систем отразился на доктрине заблуждения и к формированию каких правовых конструкций он привел. Доктрина заблуждения в рассмотренных правопорядках прошла схожее историческое развитие, в основе которого находится гражданско-правовая доктрина заблуждения (*error*), испытывавшая последующее влияние общего права. В этой связи доктрины заблуждения в Шотландии и ЮАР сталкиваются со схожими проблемами, которые не всегда, однако, решаются одинаково. В статье автор анализирует ключевые вопросы доктрины заблуждения, в частности содержание наполнения понятий «материальная ошибка» и «*justus error*» в праве ЮАР и понятий «*essential error*» / «*error in substantialibus*», а также «*but for*» тест в праве Шотландии. Рассматривается влияние института введения в заблуждение (*misrepresentation* в терминологии английского права) на доктрину заблуждения в правопорядках Шотландии и ЮАР, а также правовые последствия, к которым приводит существенное заблуждение. Отмечается, что, несмотря на отсутствие в рассматриваемых правопорядках четко закрепленных правовых последствий существенности заблуждения, право Шотландии стоит на позиции ничтожности, в то время как в праве ЮАР прослеживается тенденция к оспоримости. Исследование полезно для развития и совершенствования отечественной доктрины заблуждения.

**Ключевые слова:** договор, заблуждение, ошибка, существенное заблуждение, существенная ошибка, смешанные юрисдикции.

## Введение

Юридическая наука в своем существе не является интернациональной — доктрины современного частного права в разных странах отличаются<sup>1</sup>. Тем более важным представляется исследование юрисдикций, которые формировались путем синтеза элементов нескольких правовых традиций. В сравнительном правоведении их принято называть смешанными.

---

Корнилина Полина Владимировна — Конституционный Суд Российской Федерации, Российская Федерация, 190000, Санкт-Петербург, Сенатская пл., 1; [poly.kornilina@yandex.ru](mailto:poly.kornilina@yandex.ru)

<sup>1</sup> Циммерманн Р. Римское право и гармонизация частного права в Европе // Древнее право. *Ius Antiquum*. 2005. № 1 (15). С. 156.

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2023

Конечно, понятие смешанной правовой системы далеко от ясности<sup>2</sup>. Можно выделить два подхода к определению смешанных правовых систем: плюралистический и исторический. Они различаются методологией и, как результат, выводами о характере смешанных юрисдикций. Первый подход — широкий, восприняв методологию социологического позитивизма и стремясь определить причины такого явления, как смешанные юрисдикции, он предполагает, что большинство национальных правовых систем имеют смешанный характер<sup>3</sup>. В сборнике статей, изданных Ереке, Атволлом и Койлом, авторы исходят из предположения, что все правовые системы являются смешанными, хотя некоторые могут быть более смешанными, чем другие. Этот взгляд корреспондирует с наблюдением, что в результате своего исторического развития все национальные правовые системы в Европе сегодня могут быть описаны как смешанные правовые системы<sup>4</sup> и что новое европейское *ius commune* также однажды составит смешанную систему<sup>5</sup>. Второй подход — более узкий, так как исходит из того, что смешанные юрисдикции формировались прежде всего путем синтеза романо-германского и общего права<sup>6</sup>. С точки зрения методологии исторический подход использует в основном формально-логический и сравнительный методы. В рамках данного подхода понятие смешанной юрисдикции, которое в определенной степени стало классическим, более 100 лет назад Ф. П. Уотсон сформулировал как правовую систему, в которой романо-германская традиция вступила в определенное согласие с англо-американским правом<sup>7</sup>. Современный подход к определению смешанной правовой системы в рамках узкого исторического подхода мало чем отличается<sup>8</sup>. Так, например, Вернон Палмер ограничивает свое исследование правовыми системами на пересечении между *common law* и *civil law* и, таким образом, использует понятие «смешанная правовая система» в его узком, или техническом, смысле. Палмер доказывает, что эти юрисдикции составляют тесно связанную «третью» правовую семью, со связующими ее членов общими чертами и тенденциями<sup>9</sup>.

Среди тех, кто использует понятие «смешанная правовая система» в ограниченном (узком) смысле, есть единомышленники в том, что Шотландия и Южная Африка, наряду с Луизианой и Квебеком, являются одними из главных представителей этого феномена<sup>10</sup>. В компаративистике стало традицией сравнивать право Шотландии с правом Южно-Африканской Республики (далее — ЮАР). Томас Браун Смит (Thomas

---

<sup>2</sup> Циммерманн Р. «Двойной перекресток»: сравнение шотландского и южно-африканского права // Древнее право. *Ius Antiquum*. 2005. № 2 (16). С. 165.

<sup>3</sup> Богдановская И. Ю. Смешанные юрисдикции как объект исследования сравнительного правоведения // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 6. С. 5.

<sup>4</sup> Zimmermann R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*. Oxford, 2004. P. 158ff.

<sup>5</sup> Циммерманн Р. «Двойной перекресток»... С. 165.

<sup>6</sup> Богдановская И. Ю. Смешанные юрисдикции как объект исследования сравнительного правоведения. С. 5.

<sup>7</sup> Watson F. P. *The Civil Law and the Common Law in Canada* // *Juridical Review*. 1899. No. 11. P. 282.

<sup>8</sup> Азарова И. А. Современные методы исследования смешанных правовых систем // Известия Тульского государственного университета. 2016. Вып. 2. С. 108.

<sup>9</sup> Циммерманн Р. «Двойной перекресток»...

<sup>10</sup> В ЮАР все еще применяется римско-голландское право в том виде, как оно было ввезено колонистами Ост-Индской компании в середине XVII в. Таким образом, даже сегодня суды в Кейптауне, Блумфонтейне и Претории опираются на авторитет таких авторов, как Вет, Винний, Гроций и Хубер. В Шотландии суды также все еще время от времени прибегают к римскому праву, поскольку Шотландия сохранила независимую правовую систему (несмотря на унию корон и парламентов), которая обязана своим цивилистическим уклоном в основном институциональным писателям XVII–XVIII вв. См. об этом подробнее: Циммерманн Р. Римское право и гармонизация частного права в Европе. С. 164–165.

Brown Smith), часто описываемый как одна из самых влиятельных фигур в развитии современного шотландского права, называл эти страны «соседями по праву». Несмотря на то что они географически разделены, «соседи по праву» сравнимы, так как имеют сходные интересы, основные принципы, методы и источники права<sup>11</sup>.

Сравнительно-правовой анализ доктрины заблуждения в правопорядках Шотландии и ЮАР представляет особый интерес. Рассматриваемая доктрина в названных правопорядках в отсутствие кодифицированного права прошла схожее историческое развитие, в основе которого находится гражданско-правовая доктрина заблуждения (*error*), испытывавшая последующее влияние общего права<sup>12</sup>. В этой связи доктрины заблуждения в Шотландии и ЮАР сталкиваются с аналогичными проблемами, которые не всегда, однако, решаются в указанных юрисдикциях похожим образом. Последовательный анализ позволит определить наиболее оптимальные варианты решений существующих проблем и учесть имеющийся практический опыт, что может быть полезно для отечественного права.

Для проведения анализа доктрины заблуждения в правопорядках Шотландии и ЮАР использованы методы, характерные для ограничительного подхода к пониманию смешанных юрисдикций, а именно: исторический метод, с помощью которого рассматриваются вопросы развития указанной доктрины; формально-логический и формально-юридический методы используются для анализа существующих правовых источников, регулирующих вопросы заблуждения в рассматриваемых правопорядках; сравнительный метод — для проведения последовательного анализа ключевых вопросов доктрины заблуждения, в частности критериев определения и правовых последствий существенности заблуждения.

Еще в 1925 г. известный французский компаративист Анри-Леон Леви-Уллманн в заключительной части своей работы, посвященной праву Шотландии, писал: «Когда имеет место комбинация двух правовых систем, одна из которых восходит к римскому праву, а другая к англо-саксонскому, то в тех вопросах, на которые римское право отвечает не особо подходящим образом, английское право в определенной мере пронизывает ее, но в то же время гений римского права абсорбирует и ассимилирует новый элемент, делая его более гибким и этой работой по слиянию готовя путь для правовой унификации Западной Европы. Я прихожу к выводу, что шотландское право в том виде, как оно есть сейчас, дает нам представление о том, каким будет (возможно, уже в конце этого века) право цивилизованных наций, а именно комбинацией между англо-саксонской и континентальной системами»<sup>13</sup>. В силу близости систем Шотландии и ЮАР то же самое, что Леви-Уллманн писал о шотландском праве, можно с полной уверенностью сказать и о праве Южной Африки, чем объясняется важное значение не только правовой системы Шотландии, но и ЮАР для гармонизации европейского частного права<sup>14</sup>, а значит, и для российской цивилистики тоже.

---

<sup>11</sup> Богдановская И. Ю. Смешанные юрисдикции как объект исследования сравнительного правоведения. С. 8.

<sup>12</sup> См. подробнее: Zimmermann R. 1) Roman Law in a Mixed Legal System: The South African Experience / Robin Evans-Jones (ed.). The Civil Law Tradition in Scotland. 1995. P.41; 2) Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today. P. 130–133; 3) Римское право и гармонизация частного права. С. 156–175.

<sup>13</sup> Lévy-Ullmann H.-L. The Law of Scotland // Juridical Review. Vol. 37. 1925. P.390. — Цит. по: Пудовас А. Д. Неопандектистика и европейское право (вступительное слово к дискуссии) // Древнее право. Ius Antiquum. 2005. № 1 (15). С. 148.

<sup>14</sup> Nils J., Zimmermann R. Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Traditional Models // Oxford Journal of Legal Studies. 2011. Vol. 31, no. 4. P.652–653.

## 1. Шотландия

В компаративистике подчеркивают особую притягательность шотландской правовой системы, которая является «особым примером симбиоза английской и континентальной традиций»<sup>15</sup>. Как указывали К. Цвайгерт и Х. Кётц, в этом качестве оно «может помочь разработке и реализации стоящих на повестке дня грандиозных проектов будущего — о постепенном сближении общего права и гражданского права»<sup>16</sup>.

Точкой отсчета Шотландского государства принято считать 843 год (когда Кеннет Макальпин стал королем скоттов и пиктов). На протяжении девяти веков (до объединения с Англией в 1707 г.) Шотландия в основном сохраняла независимый статус. Восхождение на шотландский престол в 1124 г. короля Дэвида I первоначально навязало шотландцам англо-норманнское феодальное право<sup>17</sup>. Последующие войны за независимость, создавшие сильное чувство антагонизма ко всему английскому, привели к Auld Alliance с Францией<sup>18</sup> и к ориентации на континентальную Европу. В связи с этим на право Шотландии оказало влияние каноническое право (до Реформации 1550 г.) и римское право, изучаемые шотландскими юристами на ведущих факультетах континентальной Европы<sup>19</sup>.

Вопрос заимствования римского права в современном праве Шотландии вызывает споры: с одной стороны, римское право до сих пор цитируется в шотландских судах; с другой — в учебниках отмечается неуместность использования римского права в современном праве Шотландии<sup>20</sup>.

В XVII–XVIII вв. в праве Шотландии появился такой уникальный источник, который и сегодня используется при вынесении судебных решений, — труды «институциональных писателей» (*institutional writers*), которые давали интерпретацию правовых принципов, основанных на римском праве. Речь идет о нескольких наиболее авторитетных представителях шотландской доктрины прошлых веков, на труды которых судьи опираются и сейчас, тем самым внедряя идеи и принципы континентального права в систему прецедентного права<sup>21</sup>.

Новой эпохой в праве Шотландии считается подписание Акта об Унии 1707 г., согласно ст. 3 которого произошло объединение Шотландии и Англии, сформировался парламент Великобритании со штаб-квартирой в Вестминстерском дворце. Передача законодательной власти в Лондон и введение обращений к палате лордов привели к установлению влияния английского права на шотландское. До объединения парламентов Шотландия использовала свое статутное право, но в период с 1707 до 1998 г. законодательством занимался парламент Великобритании, выпуская иногда специальные законы для Шотландии, но чаще Шотландия воспринимает законодательство Англии и Уэльса. С возобновлением работы шотландского парламента в 1998 г. парламент Великобритании продолжает иногда издавать статуты для Шотландии, которые ратифицирует парламент Шотландии<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> Циммерманн Р. «Двойной перекресток»... С. 164.

<sup>16</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I: Основы. М.: Международные отношения, 2000. С. 307.

<sup>17</sup> Циммерманн Р. «Двойной перекресток»... С. 170.

<sup>18</sup> Там же.

<sup>19</sup> Там же.

<sup>20</sup> Графшонкина А. А. Эволюция институтов государства и права в Шотландии: дис. канд. юрид. наук. М.: РУДН, 2016. URL: <https://sci-book.com/gosudarstva-prava-istoriya/formirovanie-prava-shotlandii-53413.html> (дата обращения: 05.06.2023).

<sup>21</sup> Там же. С. 205.

<sup>22</sup> Там же.

## 1.1. Доктрина заблуждения

Несмотря на почти пятивековое развитие<sup>23</sup>, доктрина заблуждения<sup>24</sup> в праве Шотландии до сих пор остается крайне запутанной<sup>25</sup>. Профессор Томас Браун Смит отмечает, что доктрина заблуждения Шотландии затрудняется ответить на ряд вопросов, а именно: что следует понимать под «существенным заблуждением» (*essential error*); как определить случаи существенности односторонней ошибки; есть ли в праве Шотландии категория невиновного введения в заблуждение (*innocent misrepresentation* в терминологии английского права), которая порождает ошибку, влияющую на заключение договора (*error dans locum contractui*); какие последствия влечет существенное заблуждение и когда договор в результате этого заблуждения является ничтожным, а когда оспоримым<sup>26</sup>.

Трудности при ответе на указанные вопросы возникают по ряду причин: 1) классическая шотландская доктрина заблуждения (*error*) уходит корнями к римскому праву (*non videntur qui errant consentire*<sup>27</sup>), однако она не развивалась в соответствии с последовательной логикой гражданского права и испытала влияние английской доктрины ошибки (*mistake*) и введения в заблуждение (*misrepresentation*)<sup>28</sup>; 2) отсутствие юридических комментариев в период формирования права в XIX в.; 3) отсутствие четкого использования субъективного и объективного подходов по вопросу достижения сторонами консенсуса: основоположники доктрины заблуждения в Шотландии отдавали главную роль воле и субъективному согласию, однако впоследствии согласие стало определяться не на основании субъективной воли стороны, а на основании объективно изъявленного; 4) влияние гражданского процесса — большинство дел, связанных с заблуждением, рассматривалось судом присяжных, что приводило к разрозненности и бессистемности судебной практики; 5) объективная сложность самого учения о заблуждении<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> Одно из первых упоминаний об ошибке в судебной практике встречается в деле *Hay v. Cockburn* [1697]. См.: *MacLeod J. Before Bell: the Roots of Error in Scots Law of Contract* // *Edinburg Law Review*. 2010. No. 14 (3). P. 387.

<sup>24</sup> В статье термины «ошибка» и «заблуждение» используются как тождественные. См. подробнее: *Зезекало А. Ю. Заблуждение при совершении сделки*. Томск: Изд-во Томского университета, 2011. С. 12.

<sup>25</sup> «...The law of error in Scotland regarding which there is at present a regrettable amount of confusion»; «...it is altogether impossible to reconcile conflicting statements contained in decided cases and in writings of legal authors...». См. подробнее: *Smith T. B. Error in the Scottish Law of Contracts* // *Law Quarterly Review*. No. 71. 1955. P. 507; *Hogg M. Perspectives on Contract Theory from a Mixed Legal System* // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2009. Vol. 29, no. 4. P. 671.

<sup>26</sup> *Smith T. B. Error in the Scottish Law of Contracts*. P. 507, 516.

<sup>27</sup> Перевод с лат.: «тот, кто ошибается, кажется, не соглашается».

<sup>28</sup> Как отмечает профессор Т. Б. Смит, английские доктринальные источники в вопросах ошибки должны использоваться с большой осторожностью, в противном случае это запутывает шотландскую доктрину заблуждения. Нужно учитывать, что английский подход в первую очередь акцентирует внимание на честности/нечестности ответчика, в то время как правовые системы гражданского права обращают внимание на то, нарушено ли согласие лица, которое хочет освободиться от обязательства (*Smith T. B. A Short Commentary on the Law of Scotland*. Edinburgh: W. Green & Son Ltd, 1962. P. 810. — См. подробнее: *Smith T. B. English Influences on the Law of Scotland* // *The American Journal of Comparative Law*. 1954. Vol. 3, no. 4. P. 522–542; *Thomson J. M. The Effect of Error in the Scots Law of Contract* // *Acta Juridica*. 1978. P. 135).

<sup>29</sup> *Smith T. B. A Short Commentary on the Law of Scotland*. P. 810.

## 1.2. Согласие по праву Шотландии

Договор понимается как добровольно создаваемый вид обязательства. В праве Шотландии обязательства имеют цивилистический характер происхождения<sup>30</sup>. Чтобы соглашение между сторонами считалось достигнутым, они должны достичь *consensus ad idem*<sup>31</sup> по всем существенным вопросам. Помимо достижения согласия, стороны должны иметь намерение связать себя договором. Только после этого можно говорить о заключенности договора<sup>32</sup>.

Изначально право Шотландии следовало за Джорджем Джозефом Беллом<sup>33</sup> (George Joseph Bell, 1770–1843), который считается основоположником доктрины заблуждения в Шотландии. Он исходил из субъективного подхода к определению достижения консенсуса между сторонами, отдавая приоритет субъективной воле, а не объективному изъяснению. Этому подходу придерживалась и последующая судебная практика<sup>34</sup>.

Однако в современном праве Шотландии изъясненное согласие, как и в общем праве, оценивается объективно<sup>35</sup>. Ведущим делом, устанавливающим объективный подход, считается *Muirhead & Turnbull v. Dickson* [1905], в котором лорд-президент Дюнедин (Lord President Dunedin) утверждал, что коммерческие договоры не могут согласовываться через мысли людей. Коммерческие договоры согласовываются на основании того, что люди говорят. Дальнейшее развитие доктрины<sup>36</sup> и судебной практики<sup>37</sup> встали на позицию объективного подхода.

## 1.3. Институциональные авторы и формирование доктрины заблуждения в праве Шотландии

Отправной точкой дискуссии о доктрине заблуждения являются Институты шотландского права (Institutions of the Law of Scotland, 1681) виконта<sup>38</sup> Джеймса Далримпла Стэйра (viscount James Dalrymple Stair, 1619–1695)<sup>39</sup>.

<sup>30</sup> *Smith T. B.* A Short Commentary on the Law of Scotland. P. 615.

<sup>31</sup> *Percy v. Board of National Mission of the Church of Scotland* [2005], *Advice Centre for Mortgages Ltd v. McNicoll* [2006].

<sup>32</sup> *Avintair Ltd v. Ryder Airline Services Ltd* [1994].

<sup>33</sup> В 1821 г. Дж. Дж. Белл был избран профессором шотландского права в Эдинбургском университете; а в 1831 г. он был назначен на одну из главных должностей в Верховном суде. Его работа «Принципы права Шотландии» стала классическим учебником для студентов-юристов. Он написал также труд «Иллюстрации к Принципам».

<sup>34</sup> *MacLeod J.* Before Bell... P. 414.

<sup>35</sup> Предпосылки для принятия объективного подхода усматриваются в делах *Higgins & Sons v. Wilson & Co* [1847] и *Thomson v. James* [1855]. Данные дела рассматривают момент оферты и акцепта и не связаны напрямую с заблуждением. Так, несмотря на подтверждение правила о почтовом акцепте (postal acceptance rule) в деле *Thomson v. James* [1955], лорд Айвори (Lord Ivory) подчеркивал, что стороны должны быть согласны со всеми существенными условиями договора, иначе одна сторона будет иметь в виду один договор, а другая — другой.

<sup>36</sup> *Gloag W. M.* The Law of Contract. A treatise on the Principles of Contract in the law of Scotland. 2<sup>nd</sup> ed. Edinburgh: W. Green & Son Ltd, Law Publisher, 1929. P. 115.

<sup>37</sup> *Buchanan v. Duke of Hamilton* [1878], *M'Cutcheon v. David MacBrayne* [1964].

<sup>38</sup> Англ. viscount, буквально — заместитель графа, вице-граф, — титул европейского дворянства.

<sup>39</sup> Виконт Стэйр был не первым шотландским автором, который касался темы заблуждения. До него в конце XVI в. вопросы заблуждения рассматривал Крайг (Craig, 1538–1608), но его ссылки на заблуждение были незначительными и бессистемными (*McBryde W. W.* Error. A History of Private Law in Scotland. Vol. 2. Obligations, 2000. P. 74).

Он, следуя общему тренду *jus commune*, ссылаясь на знаменитый текст из Дигест Юстиниана<sup>40</sup>. Это обусловлено тем, что правовая система Шотландии основывается на традиции *jus commune*<sup>41</sup>. Как отмечает Р. Циммерманн, вплоть до конца XVIII в. обсуждение ошибки при заключении договора не получило принципиально нового импульса, а догматизировало то, что содержалось в высказывании Ульпиана на страницах Дигеста D. 18. 1.9<sup>42</sup>.

Взгляды Дж. Д. Стэйра на происхождение обязательств совпадают со взглядами представителей северной школы естественного права. В частности, отмечается схожесть его взглядов на происхождение обязательств со взглядами Г. Гроция<sup>43</sup>.

Дж. Д. Стэйр утверждал, что поведение человека рационально и определяется причиной. Право устанавливает причины, определяющие поведение человека. Договор — это акт свободной воли, цель которого — связать себя договором<sup>44</sup>. Но не каждый акт человеческой воли является связывающим. Дж. Д. Стэйр выделил три волевых действия (*acts in will*)<sup>45</sup>: желание (*desire*), решение (*resolution*), связь (*engagement*)<sup>46</sup>. Он определял договор как соглашение (*consensus in idem*), для достижения соглашения должна совпасть истинная воля сторон. Соответственно те, кто ошибаются в существе (*in the substantials*), не соглашаются. К ошибке в существе Дж. Д. Стэйр относился как к дефекту соглашения и самостоятельному основанию для наступления последствий.

И заблуждение, и обман предполагают наличие ошибки<sup>47</sup>. Он четко разграничил обман и заблуждение. Обман (*circumvention* в терминологии Дж. Д. Стэйра) он определял как акт, который склоняет лицо к обязательству<sup>48</sup>. В случае обмана между сторонами есть согласие, но оно дефектно. В случае заблуждения между сторонами согласие отсутствует. Соответственно, когда речь идет о заблуждении в существе, договора нет, он является ничтожным, или юридическим нулем. Когда речь идет об обмане, обманутая сторона может либо аннулировать договор, либо потребовать возмещения убытков. В основе правовых последствий, связанных с обманом, лежит защита заблуждающегося от действий другой стороны, поэтому любая ошибка, влияющая на мотив, является существенной и должна учитываться. Напротив, в основании недействительности при заблуждении, не связанном с обманом, отсутствуют действия другой стороны, поэтому возможны ситуации, когда заблуждение, не связанное с обманом, может причинять заблуждающемуся лицу значительный вред, но тем не менее не учитываться правом<sup>49</sup>.

Разграничение заблуждения в существе и обмана схожи с тем, как разграничивается естественное право и *jus commune*. Сфера релевантных ошибок зависит не от заранее определенных видов ошибок в существе, а от того, что мотивировало сторону к заключению договора. Последствие заблуждения — это не просто

<sup>40</sup> MacLeod J. Before Bell... P.387.

<sup>41</sup> Ibid. P.387.

<sup>42</sup> Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Traditions. Juta & Co Ltd, South Africa. Kluwer, Deventer, Boston, 1992. P.609.

<sup>43</sup> См. подробнее: MacCormack J. Grotius and Stair on promises // American Journal of Jurisprudence. 1977. Vol. 22. P. 160–167; MacLeod J. Before Bell... P.394.

<sup>44</sup> Hogg M. Perspectives on Contract Theory from a Mixed Legal System. P.650.

<sup>45</sup> MacLeod J. Before Bell... P.394.

<sup>46</sup> Использование данного деления виконта Стэйра встречается и в современной судебной практике. Например, *Cawdor v. Cawdor* [2007]. Hogg M. Perspectives on Contract Theory from a Mixed Legal System. P.652.

<sup>47</sup> MacLeod J. Before Bell... P.398.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Ibid.

логическая необходимость (т. е. техническое последствие), а защитная мера (т. е. политический выбор)<sup>50</sup>.

Дж. Д. Стэйр рассматривает пример ошибки в личности: Якоб женился на Лие, хотя ожидал жениться на ее сестре Рейчел. Если бы Якоб не признал этот брак, то Лия не была бы его женой. Он мог основывать свои требования на ошибке, хоть она и была допущена по его вине. Этот пример дает исследователям основания полагать, что Дж. Д. Стэйр не рассматривал значение вины заблуждающейся стороны. Он допускал, что односторонняя ошибка, так же как и двусторонняя, могла являться существенной<sup>51</sup>.

Признавая важность положений о заблуждении Дж. Д. Стэйра и его последователей<sup>52</sup>, основоположником доктрины заблуждения в договорном праве Шотландии принято считать Джорджа Джозефа Белла. Институциональные авторы до Дж. Дж. Белла уделяли вопросам заблуждения недостаточно много внимания, чтобы сказать, что они сформировали полноценную доктрину заблуждения. Дж. Дж. Белл создал более целостную модель, дающую возможность ее последующего комментирования.

Он считал, что правовой эффект незнания и ошибки одинаков. Нельзя провести различие между ошибкой и незнанием, ошибочным знанием и отсутствием знания. Незнание есть общее понятие, включающее ошибку. Но в узком смысле незнание исключает идею заблуждения<sup>53</sup>.

Главное место в своем учении об обязательстве (*conventional obligation*) он отводит воле и субъективному согласию<sup>54</sup>. Так же как и Дж. Д. Стэйр, он отмечал, что для достижения согласия не должно быть ошибки. Существенная ошибка в праве или в факте исключает реальное согласие.

Дж. Дж. Белл на основе уже известной шотландскому праву категории ошибки в существе сделки (*error in substantialis*) создает классификацию, которая породила последующую дискуссию как в доктрине, так и в судебной практике Шотландии<sup>55</sup>. Согласно классификации Дж. Дж. Белла ошибкой в существе всегда является такая ошибка, которая относится: (1) к предмету договора (*the subject of the contract*); (2) существенным характеристикам другой стороны (*the other party, wherever personal identity is essential*); (3) цене (*the price*); (4) количеству/качеству (*the quantity, quality or the thing engaged for*); (5) природе договора (*the nature of the contract itself*)<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> MacLeod J. Before Bell... P. 399.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> В частности, МакДауэлл (лорд Банктон) (MacDowall (Lord Bankton), 1685–1760) и Генри Хьюм (лорд Камес) (Henry Hume (Lord Kames), 1696–1782) продолжили ход мысли виконта Стэйра в естественно-правовом направлении. Лорд Камес считал, что защита обещаний и договоров, связывающая в первую очередь потому, что они порождают доверие (*reliance*). См. подробнее: Ibid. P. 402–414; Hogg M. Perspectives on Contract Theory from a Mixed Legal System. P. 652.

<sup>53</sup> Bell G. J. Commentaries of the Law of Scotland. Vol. 1. 7<sup>th</sup> ed. Edinburg: T. & T. Clark, 1870. P. 313–314. URL: [https://books.google.ru/books?id=hEYtAQAAAJ&pg=PA302&source=gbs\\_toc\\_r&cad=3v=onepage&q&f=false](https://books.google.ru/books?id=hEYtAQAAAJ&pg=PA302&source=gbs_toc_r&cad=3v=onepage&q&f=false) (дата обращения: 24.10.2022).

<sup>54</sup> Bell G. J. Principles of Law of Scotland. 10<sup>th</sup> ed. Edinburgh: Morrison and Gibb Limited. 1899. § 7, 10–14. URL: [https://archive.org/stream/BellPrinciplesOfTheLawOfScotland10thEd1899/BellPrinciples10thEd1899\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/BellPrinciplesOfTheLawOfScotland10thEd1899/BellPrinciples10thEd1899_djvu.txt) (дата обращения: 24.10.2022).

<sup>55</sup> MacLeod J. Before Bell... P. 415–416.

<sup>56</sup> Walker D. M. Contracts and related obligations in Scotland. 2<sup>nd</sup> ed. London: Butterworth, 1985. P. 231; Bell G. J. Commentaries of the Law of Scotland.



Учение Дж. Дж. Белла часто критикуют как порождающее неопределенность всей доктрины заблуждения<sup>57</sup>. В частности, не ясно, какие правовые последствия, согласно Дж. Дж. Беллу, порождает заблуждение: ничтожность или оспоримость. Дж. Дж. Белл отмечал, что отсутствие согласия, когда обязательство основано на ошибке, аннулирует (*annuls*) договор: но недействительность должна быть объявлена в судебном порядке. Договор якобы действует до тех пор, пока не будет отменен (*reduced*)<sup>58</sup>. Ряд авторов на основании этого высказывания приходят к выводу, что ошибка в договоре влечет оспоримость, а не ничтожность, поскольку аннулирование должно производиться в судебном порядке, и договор существует до тех пор, пока не отменен<sup>59</sup>. Но не стоит забывать, что Дж. Дж. Белл признавал, что в случае ошибки нет согласия, тогда как в случае обмана существует реальное, но дефектное согласие<sup>60</sup>.

Профессор Т. Б. Смит отмечает, что Дж. Дж. Белл был прав в отношении необходимости оспаривания в случае заблуждения, но, вероятно, вполне согласился бы с тем, что в определенных случаях диссенсус между сторонами договора мог быть юридическим нулем. Здесь прослеживается влияние Р. Ж. Потье и доктрины ошибки-препятствия (*erreur-obstacle*), однако Дж. Дж. Белл не проводил четкого деления между ошибками-препятствиями, которые приводят к диссенсусу, и остальными ошибками, которые лишь порочат согласие (*vice de consentement*)<sup>61</sup>.

#### 1.4. Ведущие судебные прецеденты

Судебные прецеденты относительно вопросов заблуждения до середины XIX в. были разрозненными<sup>62</sup>. Такое положение дел было обусловлено, помимо прочего, влиянием процессуального порядка рассмотрения гражданских дел, связанных с заблуждением, большинство из которых рассматривалось перед присяжными. Дела решались не на основании каких-то четких правил, а на основании конкретных фактических обстоятельств дела и доказательств. Любой элемент слабости истца (безграмотность, давление, спешка, отсутствие юридической консультации перед принятием решения и т. п.) имел влияние на присяжных. Все это не приводило к единообразию в судебной практике и сказывалось неблагоприятным образом на развитии доктрины заблуждения<sup>63</sup>.

---

<sup>57</sup> Gow J. J. Mistake and Error // International & Corporation Law Quarterly. 1952. No. 1. P. 412, 475; Reid K., Zimmermann R. A History of Private Law in Scotland. Oxford University Press. Vol. 1. P. 77; MacLeod J. Before Bell... P. 417.

<sup>58</sup> «The want of consent, where the obligation proceeds from error or force, *annuls* the contract: but the nullity *must be declared judicially*. The contract ostensibly is valid and regular, and 1. It subsists till it be reduced; 2. [The objection on the ground of error or force] will be effectual against third parties without notice... A distinction has been taken in the case of fraud that it will not be effectual as a ground of reduction against third parties; seeing there is here Consent, though proceeding on a false ground. Is there any real ground for such a distinction?» (*Bell G. J. Principles of Law of Scotland. Notes relative to Sections 11, 12, 13 after § 14*).

<sup>59</sup> «Thus when an arrangement was made by the directors of a company whereby the shares of certain shareholders were cancelled — a contract beyond the powers of the directors, but within the powers of the company itself — and a notice was sent to every shareholder and no objection was taken, it was held that the *arrangement was validated* by the acquiescence of the shareholders, and could not be questioned by the liquidator on the subsequent failure of the company» (*Gloag W. M. The Law of Contract. No. 115; Smith T. B. Short Commentary on the Law of Scotland. P. 815–816*).

<sup>60</sup> *Bell G. J. Commentaries on the Law of Scotland. P. 297.*

<sup>61</sup> *Smith T. B. A Short Commentary on the Law of Scotland. P. 815.*

<sup>62</sup> *McBryde W. W. Error... P. 79–80.*

<sup>63</sup> *Ibid. P. 82.*

В праве Шотландии выделяют два дела, на основе которых формируется современная доктрина: *Stewart v. Kennedy* [1890] и *Menzies v. Menzies* [1893].

### 1.5. *Stewart v. Kennedy* [1890]

Стюарт (наследник) решил продать свою недвижимость. Агент покупателя убедил Стюарта направить покупателю предложение, объяснив это тем, что принятие предложения покупателем даст возможность Стюарту удержать покупателя и повлиять на дальнейший ход переговоров.

Направив Кеннеди (покупателю) предложение с условием, что если предложение будет принято, то продажа будет подлежать одобрению (ратификации) судом, Стюарт полагал, что согласно Акту о наследовании 1882 г. единственный способ осуществить продажу наследственного имущества — получить ратификацию суда о том, что все условия сделки справедливы и разумны. Агент Кеннеди сказал, что он имел аналогичный опыт продаж и данный вариант являлся единственным ему известным. Тем самым агент Кеннеди побудил Стюарта поверить, что результатом принятия предложения Кеннеди будет условная сделка, требующая одобрения суда.

На самом деле принятие предложения покупателем означало заключение договора и возникновение обязанности продать дом по указанной в предложении цене при получении ратификации суда на основании Акта о наследовании 1853 г.

Сессионный суд Шотландии решил, что стороны связаны договором, несмотря на ошибку. Лорд Киннер (Lord Ordinary Kinnear) считал, что нельзя игнорировать договор на том основании, что одна из сторон ошиблась в правовом эффекте договора. Однако лорд-президент Инглис (Lord President Inglis) решил, что ошибка не является существенной, так как она не затрагивает существенные условия договора, т. е. не относится к фактам соглашения, которые абсолютно необходимы для этого вида договора<sup>64</sup>.

Палата лордов не согласилась с таким решением. Во-первых, лорд Уотсон (Lord Watson) рассматривал ошибку не как ошибку в праве или правовом эффекте условия договора, а как ошибку в природе договора, т. е. как ошибку в факте<sup>65</sup>, и *dicta* решения больше относится к ошибкам в фактах, чем к ошибкам в праве<sup>66</sup>. Во-вторых, он обратился к классификации профессора Белла, которая перечисляла категории существенной ошибки<sup>67</sup>, и, широко истолковав значение категории существенной ошибки в природе договора, включил в нее заблуждение относительно существа и цены договора.

Таким образом, дело *Stewart v. Kennedy*, во-первых, иллюстрирует сложность разграничения ошибки в праве и ошибки в факте, так как часто при подписании договора можно говорить о заблуждении в правовом эффекте положений подписываемого договора.

Во-вторых, исправление позиции большинства Сессионного суда, который понимал существенное заблуждение слишком узко, расширило применение концепта существенности заблуждения. Несмотря на такое расширительное толкование категории существенного заблуждения, применение доктрины заблуждения по-прежнему оставалось узким, так как не допускало возможности учитывать никакое заблуждение, кроме заблуждения в существе договора<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Walker D. M. Contracts and related obligations in Scotland. P. 235.

<sup>65</sup> Ibid. P. 233.

<sup>66</sup> Ibid. P. 239.

<sup>67</sup> Hogg M. Perspectives on Contract Theory from a Mixed Legal System. P. 649.

<sup>68</sup> Reid K., Zimmermann R. A History of Private Law in Scotland. P. 87.

## 1.6. *Menzies v. Menzies* [1893]

Следующей ключевой отметкой после решения по делу *Stewart v. Kennedy* является решение палаты лордов по делу *Menzies v. Menzies*, которое показало, что к пониманию существенного заблуждения может быть не один, а несколько подходов.

Был заключен договор между отцом и сыном. Сын, являясь наследником (*heir of entail in possession*) имущества стоимостью £ 300 000, согласился на установление доверительной собственности (*fee tail* или *entail*), которая ограничивает его возможность продажи и установления наследников в обмен на увеличение годового дохода (с £ 600 до £ 900) и выплату долга (в размере £ 6000) отцом. Если бы стороны не установили указанную доверительную собственность по договору, то сын смог бы получить это имущество после смерти отца в свое свободное распоряжение.

Сын заявил, что согласился на договор в результате влияния своего отца и его агента. Последний заверил его, что заключение договора было его единственной альтернативой, не сказав, что он мог занять деньги у любой страховой компании без согласия отца на условиях возврата после вступления в наследство (*post-obit bond*). В связи с этим сын хотел аннулировать договор.

При решении спора лорд Макдоналд (Lord Justice-Clerk Macdonald) счел утверждения истца недостаточными, чтобы освободить от договора на основании заблуждения, так как в соглашении нет ничего такого, на что бы он не давал согласия. Он собирався дать согласие именно на эти условия и понимал их последствия. Истец должен был сам позаботиться и осведомиться о потенциально существующих способах получения денег.

Однако палата лордов не согласилась с таким решением и аннулировала договор. Лорд Уотсон (Lord Watson) использовал «*but for*» тест, согласно которому если бы не ошибка, то сторона не согласилась бы на заключение договора или заключила бы его на существенно иных условиях<sup>69</sup>. Но данный тест основан на слишком широком субъективном усмотрении, поэтому должны быть установлены ограничения (как, например, в праве Германии<sup>70</sup> или штата Луизиана<sup>71</sup>). Для этого лорд Уотсон сказал, что лицо не может аннулировать договор, если только его ошибка не была создана утверждением другой стороны и ошибка касается предмета договора (*subject matter of the contract*).

Таким образом, во-первых, дело *Menzies v. Menzies* [1893] даже с такими ограничениями, которые использовал лорд Уотсон, расширило значение и применение концепции существенной ошибки за счет использования «*but for*» теста к определению существенности заблуждения, во-вторых, дело *Menzies v. Menzies*,

---

<sup>69</sup> Лорд Уотсон в деле *Menzies v. Menzies* [1893]: «Error becomes essential whenever it is shown that but for it one of the parties would have declined to contract. He cannot rescind unless his error was induced by the representations of the other party, or of his agent, made in the course of negotiations, and with reference to the subject matter of the contract. If his error is proved to have been so induced, the fact that the misleading representations were made in good faith affords no defense against the remedy of rescission». («Ошибка становится существенной всякий раз, когда показано, что, если бы не она, одна из сторон не заключила бы договор. Аннулировать договор допустимо только при условии, что только ошибка была вызвана представителями другой стороны или его агентом в ходе переговоров и в отношении предмета договора. Если будет доказано, что ошибка была вызвана таким образом, тот факт, что вводящие в заблуждение заявления были сделаны добросовестно, не дает защиты от расторжения договора (перевод мой. — П. К.)». (URL: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8de60d03e7f57e5ebc2> (дата обращения: 24.10.2022)).

<sup>70</sup> § 119 (2) ГГУ: «Заблуждением относительно содержания волеизъявления признается также заблуждение в таких свойствах лица или вещи, которые в обороте считаются существенными».

<sup>71</sup> Статья 1949 ГК Луизианы: «Ошибка нарушает согласие только тогда, когда она касается основания (каузы), без которого обязательство не возникло бы, и это основание (кауза) было известно или должно было быть известно другой стороне».

по сути, инкорпорировало английскую доктрину введения в заблуждение в право Шотландии. Ошибка может быть признана существенной, если она возникла в результате введения в заблуждение другой стороной договора. То есть фактически допускается применение доктрины заблуждения к случаям обмана<sup>72</sup>.

### 1.7. Современные подходы к определению существенности заблуждения

После дела *Menzies v. Menzies* глобально в праве Шотландии выделяют два подхода к определению существенности заблуждения.

Узкий подход, согласно которому существенной можно признать только ошибку в существе договора, которое можно устанавливать через категории существенных видов заблуждения по классификации Дж. Дж. Белла и через существенные условия договора, как это определял лорд-президент Инглис (Lord President Inglis) в деле *Stewart v. Kennedy*. Существенность ошибки в таком случае ставится в зависимость от типа договора, а ошибка имеет самостоятельное значение без учета каких-либо иных дополнительных факторов. Очевидный минус данного подхода заключается в сложности определения существенных условий договора<sup>73</sup>.

Широкий подход допускает определение существенности заблуждения через использование «*but for*» теста<sup>74</sup>. Этот подход был предложен лордом Уотсоном в палате лордов. Развитие судебной практики<sup>75</sup> и доктрины заблуждения<sup>76</sup> показало, что «*but for*» тест подходит и применяется для решения споров, связанных с заблуждением, и существенная ошибка не обязательно должна быть в существенных условиях договора<sup>77</sup>.

Таким образом, в праве Шотландии отсутствует единый подход к пониманию существенности заблуждения. Понятие существенной ошибки в праве Шотландии (*essential error*) до определенного момента было ограничено случаями ошибки в существе договора (*substantials of the contract*)<sup>78</sup>. Традиционно считалось, что по праву Шотландии существенная ошибка является основанием для аннулирования договора, но ошибка в мотиве таковым основанием не является<sup>79</sup>. Однако с применением «*but for*» теста стало возможным расширительное понимание существенного заблуждения.

Современное шотландское право стремится к использованию смешанного подхода, т. е. к сочетанию узкого и широкого подходов для определения существенности заблуждения. Таким образом, деление ошибок профессора Белла на пять категорий, принятое палатой лордов, и сегодня имеет значение для права Шотландии<sup>80</sup>. Но это не означает, что любая ошибка, относящаяся к этим элементам, будет признана существенной. Существенность ошибки определяется в зависимости от важности для стороны, а не просто по тому, к какому элементу она относится<sup>81</sup>.

<sup>72</sup> Hogg M. Perspectives on Contract Theory from a Mixed Legal System. P. 649.

<sup>73</sup> См. подробнее: Walker D. M. Contracts and related obligations in Scotland. P. 232.

<sup>74</sup> McBryde W. W. Error... P. 91.

<sup>75</sup> *Straker & Sons v. Campbell* [1926]; *Westville Shipping Co. Ltd v. Abram Steamship Co. Ltd* [1922]; *Ritchie v. Glass* [1936]; *McCulloch v. McCulloch* [1950].

<sup>76</sup> Gloag W. M. The Law of Contract. A treatise on the Principles of Contract in the law of Scotland. P. 471–472.

<sup>77</sup> McBryde W. W. Error... P. 74.

<sup>78</sup> Smith T. B. A Short Commentary on the Law of Scotland. P. 809.

<sup>79</sup> Ibid. P. 828.

<sup>80</sup> *Stewart v. Kennedy* [1890] лордом Уотсоном. *Shankland v. Robinson* [1920] лордом Аткином.

<sup>81</sup> «An error, to a material or substantial extent, in one or more of the five respects listed by Bell» (Walker D. M. Contracts and related obligations in Scotland. P. 235).

## 1.8. «Ошибка плюс»

Субъективный характер «*but for*» теста должна ограничиваться учетом дополнительных факторов, в частности таких, как введение в заблуждение (*misrepresentation*), знание противоположной стороны о заблуждении, взаимность заблуждения. В связи с этим право Шотландии в отношении определения существенности заблуждения иногда характеризуют как «ошибка плюс»: ошибка плюс введение в заблуждение, ошибка плюс знание противоположной стороны о заблуждении и извлечение необоснованной выгоды, ошибка плюс ошибка другой стороны<sup>82</sup>.

## 1.9. Ошибка плюс введение в заблуждение (*misrepresentation*)

Лорд Уотсон ограничил применение «*but for*» теста доктриной введения в заблуждение. Таким образом, доктрина введения в заблуждение расширяет применение понятия существенной ошибки (*essential error*) путем возможности учета ошибок в мотиве, которые *per se* не являлись бы основанием для аннулирования, если бы не было введения в заблуждение<sup>83</sup>.

Профессор В. М. Глоаг (William Murray Gloag, 1865–1934) признавал такой расширительный подход, полагая, что, когда отсутствуют доказательства обмана и договор оспаривается на основании необманного введения в заблуждение (*material non-fraudulent misrepresentation*), не обязательно доказывать наличие ошибки в существе (*error in substantialis*)<sup>84</sup>. Однако фактически такой подход признает, что последствия обманного и не обманного введения в заблуждение одинаковы.

Не все авторы согласны с таким подходом к определению роли введения в заблуждение в праве Шотландии. В частности, профессор Т. Б. Смит отмечал, что из права Шотландии не следовало явного принятия необманного введения в заблуждение (*non-fraudulent misrepresentation*) как отдельной категории, дающей право аннулировать договор в отсутствие ошибки в существе (*error in substantialibus*)<sup>85</sup>. Он считал, что лорд Уотсон использовал выражение «существенная ошибка» *per incuriam*<sup>86</sup>, на самом деле он рассматривал дело как связанное с обманом, а не с существенным заблуждением<sup>87</sup>. Т. Б. Смит признавал влияние английской судебной практики и доктрины введения в заблуждение на вопрос о возможности освободиться от обязательства из-за ошибки. По его мнению, это не противоречит принципам шотландской правовой традиции, согласно которой лицо, которое при заключении договора вводило в заблуждение другую сторону, не может получать какую-либо помощь со стороны суда<sup>88</sup>.

Такой вывод следует из *Adamson v. Glasgow Waterworks Commissioners* [1859] и *Wilson v. Caledonian Ry* [1860]. Считается, что данные дела связаны именно с ошибкой в существе (*error in substantialibus*). Однако в *dicta* прослеживается определенное замешательство судейской мысли по вопросу о том, можно ли

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> Ibid. P. 809.

<sup>84</sup> *Gloag W. M.* The Law of Contract... P. 471–472.

<sup>85</sup> *Smith T. B.* A Short Commentary on the Law of Scotland. P. 831.

<sup>86</sup> *Per incuriam* (пер. с лат.) — по неосторожности.

<sup>87</sup> Ibid. P. 829.

<sup>88</sup> В деле *Mair v. Rio Grande Rubber Estates* [1913] лорд Шоу (Lord Show) в *dictum* отмечал, что случаи введения в заблуждение не сильно отличаются от обмана, поскольку противоречат добросовестности. Очевидно, что лицо не может извлекать выгоду из договора, который возник в результате его обмана. Точно так же нельзя извлекать выгоду из ошибочности (*falsehood*), которую он разделит с другой стороной в виде побуждающей причины (*inducing cause*) (*Smith T. B.* A Short Commentary on the Law of Scotland. P. 829–830).

освободиться от обязательства в случае введения в заблуждение без ошибки в существе (*error in substantialibus*).

Господствующим и правильным подходом, по мнению профессора Смита, было бы считать введение в заблуждение вспомогательным в вопросе доказывания причин возникновения ошибки. Доказывать разумность односторонней ошибки в форме субъективного намерения крайне сложно и возможен отказ на основании *personal bar*<sup>89</sup>. Введение в заблуждение как основание возникновения ошибки позволяет обосновать разумность возникновения ошибки (*reasonable* или *justus et probabilis*) и избежать отказа в аннулировании<sup>90</sup>. Для этих целей подходит как обманное, так и не обманное введение в заблуждение<sup>91</sup>.

Путаница возникла как результат использования терминов «обман» (*fraud*) и «введение в заблуждение» (*misrepresentation*) в случаях, когда введение в заблуждение порождало ошибку в существе. Существенная односторонняя ошибка оправдывает аннулирование договора даже без введения в заблуждение, а следовательно, *a fortiori* и обманное, и не обманное введение в заблуждение может использоваться для установления происхождения существенной ошибки<sup>92</sup>.

Другой вопрос, может ли не обманное введение в заблуждение, которое просто влияет на мотивы заключения договора, являться основанием для недействительности договора<sup>93</sup>.

Правопорядку Шотландии знаком такой дефект согласия, известный со времени римского права как *dolus* (обман)<sup>94</sup>. Право Шотландии традиционно проводит четкую границу между пороками согласия, вызванными ошибкой и обманом<sup>95</sup>. В то время как в случае ошибки имеет значение существенность заблуждения, в случае обмана существенность или серьезность ошибки не имеет значения.

Нельзя однозначно утверждать, что невиновное введение в заблуждение (*innocent misrepresentation* в терминологии английского права) является отдельной самостоятельной категорией в праве Шотландии. Правильнее было бы сказать, что невиновное введение в заблуждение является одним из побуждающих мотивов ошибки (*inductive cause of error*), который учитывается<sup>96</sup>. Таким образом, введение в заблуждение (*misrepresentation*) и ошибка (*error*) уместаются в концепции существенного заблуждения (*error in essentialibus*)<sup>97</sup>. Исходя из этого, для того чтобы невиновное введение в заблуждение имело правовой эффект по праву Шотландии, оно должно идти дальше, чем в английском праве, — оно должно порождать существенное заблуждение (*error in substantialibus*)<sup>98</sup>.

В частности, лорд Киллаки (Lord Kyllachy) в решении по делу *Woods v. Tulloch* [1893] отметил, что праву Шотландии не известно источника, который бы ут-

<sup>89</sup> Доктрина *personal bar* в праве Шотландии в значительной степени берет на себя функцию эстоппеля в общем праве или защиты ожиданий противоположной стороны.

<sup>90</sup> *Smith T. B. A Short Commentary on the Law of Scotland*. P. 831.

<sup>91</sup> Доказать разумность односторонней ошибки в форме субъективного намерения крайне сложно.

<sup>92</sup> *Smith T. B. A Short Commentary on the Law of Scotland*. P. 832.

<sup>93</sup> В деле *Woods v. Tulloch* [1893] лорд Киллаки (Lord Kyllachy) прямо отклонил возможность освободиться от договора на основании не обманного введения в заблуждение, которое не привело к существенной ошибке (*ibid*).

<sup>94</sup> Концепция *dolus malus* в римском праве понималась широко и охватывала все формы обманного поведения (не только намеренного введения в заблуждение). Например, получение согласия путем дачи взятки тоже охватывается понятием *dolus*.

<sup>95</sup> *Smith T. B. A Short Commentary on the Law of Scotland*. P. 121–122.

<sup>96</sup> *Brown R. Treatise on the Sale of Goods*. 2<sup>nd</sup> ed. Edinburgh: Green, 1911. P. 412.

<sup>97</sup> *Ibid*.

<sup>98</sup> *Hogg M. Perspectives on Contract Theory from a Mixed Legal System*. P. 649.

верждал, что невинное введение в заблуждение, которое не порождает существенное заблуждение (*essential error*), может привести к аннулированию договора. Вместе с тем, согласно английскому праву, любое имеющее значение заявление об обстоятельствах (*material representation*) достаточно для аннулирования договора. Лорд Киллачи также упоминает решение по делу *Kennedy v. The Panama, etc. Mail Company* [1867], в котором лорд Блэкберн (Lord Blackburn) рассуждает так, как если бы о нем рассуждали в Шотландии: невинное введение в заблуждение не может являться основанием для аннулирования, если только оно (1) не было гарантировано (*warranted*), (2) повлекло результат, который в Шотландии называют *essential error*<sup>99</sup>.

### 1.10. Взаимная ошибка

Как и в праве ЮАР, в праве Шотландии выделяют проблему в использовании понятий *common* и *mutual*<sup>100</sup>. Взаимная ошибка признается правом Шотландии, но ее значение не было четким. Различия между понятиями *common* и *mutual* не анализировались судами Шотландии. Не ясно, должны ли обе стороны разделять взаимную ошибку, или у сторон должны быть разнонаправленные цели<sup>101</sup>.

Так, лорд Трейнер (Lord Trauner), используя термин *mutual*, полагал, что взаимная (*mutual*) ошибка может быть использована в контексте отсутствия договора, связывающего стороны и соглашения сторон *in idem*<sup>102</sup>. Лорд Монкрейфф (Lord Moncreiff), напротив, приводил пример взаимной ошибки, основываясь на деле *Hamilton v. Western Bank* [1861], когда обе стороны находились в заблуждении относительно размера земельного участка, которым владел покупатель. Если стороны допускают одну и ту же ошибку, то между сторонами нет *dissensus*.

### 1.11. Односторонняя ошибка

Как уже отмечалось, традиционно основой договорного права Шотландии, и доктрины ошибки в частности, считается римское право. Виконт Стэйр и Дж. Дж. Белл напрямую не выделяли одностороннюю ошибку, однако косвенно из их текстов следует, что они признавали ее существование<sup>103</sup>. Допустимость аннулирования договора на основании односторонней ошибки подтверждалась и судебной практикой<sup>104</sup>.

В конце XIX в. лорд М'Ларен (Lord M'Laren) впервые в издании Комментариев Дж. Дж. Белла добавляет в сносках, что если одна сторона манифестирует свои намерения таким образом, что побуждает другую сторону заключить договор, то нельзя учитывать расхождение заявления с ее истинными намерениями. Вместе с тем нельзя допускать извлечение выгоды из ошибки, если другая сторона знала или, исходя из здравого смысла, должна была знать о заблуждении противоположной стороны и не исправила ошибку, рассчитывая получить выгоду<sup>105</sup>.

---

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> Cheshire Cf., Fifoot, and Furmston's Law of Contract. 13<sup>th</sup> ed. Oxford University Press. 1996. P. 235.

<sup>101</sup> *Kenneth R., Zimmerman R.* A History of Private Law in Scotland. Vol. 2: Obligations. Oxford University Press. 2000. P. 96.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Gow J. J. Mistake and Error... P. 472–474.

<sup>104</sup> *Sword v. Sinclairs* [1771], *Hepburn and Somerville v. Campbell* [1781], *Riddell v. Grosset* [1791], *Moncrieff v. Lawrie* [1896].

<sup>105</sup> Gow J. J. Mistake and Error... P. 475.

В 1899 г. в 10-м издании Принципов Дж. Дж. Белла В. Гатри (*W. Guthrie*) отмечал неоднозначность вопроса о допустимости односторонней ошибки в праве Шотландии. Он предполагал, что если договор сводится к письменной форме, то заблуждающаяся сторона не может его расторгнуть, только если не было заверений другой стороны<sup>106</sup>.

Современное право Шотландии также не дает однозначного ответа на вопрос о допустимости учета односторонней ошибки. Профессор Смит, отмечая сложность доказывания существенности односторонней ошибки<sup>107</sup>, говорил о принципиальной допустимости ее учета, даже если она не связана с введением в заблуждение<sup>108</sup>.

Профессор Дж. Дж. Гоу (J. J. Gow, 1918–2009) со ссылкой на судебную практику отмечал тенденцию по снижению роли односторонней ошибки<sup>109</sup>. В деле *Stein v. Stein* [1914] было отмечено, что, по общему правилу, существенной ошибки недостаточно, чтобы аннулировать договор. Ошибка должна возникнуть в результате введения в заблуждение либо должна быть взаимной<sup>110</sup>. Извлечение противоположной стороной выгоды из заблуждения также является основанием для недействительности договора (*Steuart's Trs. v. Hart* [1875]<sup>111</sup>).

Лорд Фуллертон (Lord Fullerton) в деле *Forth Marine Insurance Co v. Burnes* [1848] указывал, что современный общий подход состоит в том, что каждая сторона, которая заключает договор, должна следить за своими собственными интересами. Односторонняя существенная ошибка не превращает договор в недействительный. Лорд Данпарк (Lord Dunpark) в деле *Steel's Trustee v. Bradley Homes* [1972] отмечал, что для стабильности оборота является важным правилом о том, что возмездный договор, который сведен к письменной форме, должен связывать стороны.

Таким образом, общее правило и тенденция права Шотландии состоит в том, что само по себе односторонняя ошибка крайне редко будет являться основанием для освобождения от обязательства<sup>112</sup>, но в исключительных случаях односторонняя ошибка может иметь значение. В качестве примера лорд-президент Дунедин (Lord President Dunedin) приводил ситуацию, в которой лицо по ошибке подписывает чек, полагая, что оно не подписывает чек, а расписывается в книге посетителей.

## 1. 12. Учет знания об ошибке противоположной стороной

В праве Шотландии отсутствует однозначный ответ относительно того, всегда ли следует учитывать знание об ошибке противоположной стороной и аннулировать договор на этом основании. В судебной практике возможность аннулировать на основании знания об ошибке противоположной стороной и подвергалась сомнению<sup>113</sup>, и подтверждалась<sup>114</sup>. Профессор Глоаг приводил пример с редкой

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> *Smith T. B. A Short Commentary on the Law of Scotland*. P. 819.

<sup>108</sup> Ibid. P. 820.

<sup>109</sup> *Gow J. J. Mistake and Error...* P. 475.

<sup>110</sup> *Stein v. Stein* [1914].

<sup>111</sup> Стороны согласовали цену земельного участка. Продавец находился под влиянием заблуждения в цене, но покупатель его не исправил. Договор был признан недействительным, так как покупатель не исправил продавца и несправедливо извлек выгоду для себя.

<sup>112</sup> *Reid K., Zimmerman R. A History of Private Law in Scotland*. P. 98.

<sup>113</sup> *Brooker-Simpson Ltd v. Duncan Logan (Builders) Ltd* [1969]; *Spook Erection (Northern) Ltd v. Kaye* [1990] SLT 676. Lord President Clyde suggested that *Steuart's Trs* had never been followed but this is wrong—see *Inglis's Trs v. Inglis* [1887] 14 R 740, 760 per Lord Shand, affirmed (1890) 17 R (HL) 76 and *Moncrieff v. Lawrie* (1896) 23 R 577.

<sup>114</sup> *Angus v. Bryden* [1992].



книгой, в ценности которой заблуждался продавец. Он полагал, что решение вопроса о существенности заблуждения зависит от рисков, которые разумный человек мог предположить как принимаемые на себя сторонами. Иногда такой риск может быть нормальной частью покупки, а, следовательно, знание о заблуждении противоположной стороной не будет давать права аннулировать договор на этом основании<sup>115</sup>.

Шотландская правовая Комиссия приводила пример с покупкой компьютерного обеспечения. Покупатель не был введен в заблуждение продавцом, заблуждался в том, что программное обеспечение является подходящим. Комиссия полагала, что даже если предположить, что продавец — эксперт и ему известна ошибка покупателя, то нет никакого нарушения договора. Однако было отмечено, что дать однозначный ответ затруднительно<sup>116</sup>.

### 1. 13. Правовые последствия существенного заблуждения

Вопрос о правовых последствиях договора, заключенного в результате заблуждения, является практически значимым, когда речь идет о правах третьих лиц. Если договор, заключенный в результате заблуждения, оспорим, то до момента его оспаривания он является действительным. Следовательно, если переход права на вещь третьему лицу произошел до момента оспаривания договора, то право на вещь должно остаться у третьего лица, поскольку первоначальный договор, заключенный в результате заблуждения, являлся действительным на момент перехода права третьему лицу (хотя и оспоримым). Таким образом, оспоримость договора, заключенного в результате заблуждения, защищает интересы третьих лиц. Напротив, если в результате существенного заблуждения договор изначально являлся юридическим нулем, то не имелось основания для перехода права на эту вещь в рамках договора, заключенного в результате заблуждения, а значит, и последующее отчуждение вещи третьему лицу не имеет правовых оснований. Следовательно, если признавать договор, заключенный в результате существенного заблуждения, юридическим нулем, то вещь не может остаться у третьего лица и подлежит возврату.

Вопрос о том, когда ошибка превращает договор в абсолютный ноль, а когда предоставляет возможность оспорить (*reduce*) договор, не получил убедительного ответа ни в работах институциональных авторов Шотландии, которые не всегда проводят разницу между ничтожностью (*null/void*) и оспоримостью (*reducible/voidable*), ни в существующей практике шотландских судов<sup>117</sup>.

Институциональные авторы обычно рассматривали проблему заблуждения, возникшего в отношениях между самими сторонами договора, без участия третьих лиц. Суды также преимущественно рассматривают споры между сторонами, когда интересы третьих лиц не затрагиваются, следовательно, отсутствует принципиальная разница между правовыми последствиями ничтожности или оспоримости<sup>118</sup>.

В рамках вопроса о разграничении ничтожности и оспоримости в судебной практике Шотландии можно назвать лишь одно дело — *Morrisson v. Robertson* [1908]. Тэлфорд представился продавцу сыном Уилсона из Бонниригга и сообщил, что отец уполномочил его купить две коровы. Морриссон (продавец) знал о хорошей репутации Уилсона из Бонниригга, поэтому согласился продать коров в кредит

<sup>115</sup> *Gloag W. M.* The Law of Contract. P. 438.

<sup>116</sup> *Reid K., Zimmerman R.* A History of Private Law in Scotland. P. 96.

<sup>117</sup> *Smith T. B.* A Short Commentary on the Law of Scotland. P. 817.

<sup>118</sup> *Smith T. B.* A Short Commentary on the Law of Scotland. P. 815, 817.

и доставил их Тэлфорду. Последний, не оплатив коров, перепродал их Робертсону, который заплатил за них полную стоимость. Морриссон просил истребовать коров у Робертсона. Суд решил, что дело касается ошибки в личности покупателя и рассмотрел его так же, как в английском деле *Cundy v. Lindsay* [1878], в котором договор был признан ничтожным, так как стороны не достигли согласия *ab initio*.

Профессор Смит полагает, что решение верно по существу, но сам поход к рассмотрению дела неправильный. Тэлфорд находился в позиции вора и взял бы любую вещь, которую бы ему передали, поэтому в данном деле нельзя говорить о применении доктрины *justa causa* и на *ratio decidendi* нельзя с уверенностью полагаться. Таким образом, по мнению профессора Смита, дело *Morrisson v. Robertson* не может быть принято в качестве основания для подтверждения позиции о том, что ошибка *in substantialis* должна всегда влечь ничтожность договора<sup>119</sup>.

Вместе с тем отмечается, что до дела *Menzies v. Menzies* [1893] классическая доктрина склонялась к ничтожности договора, заключенного в результате ошибки в существе (*error in substantialibus*). Влияние же английской доктрины введения в заблуждение (*misrepresentation*) внесло еще больше неопределенности<sup>120</sup>.

В современных работах, посвященных заблуждению, существует мнение, что в договорном праве Шотландии ошибка в существе, которая препятствует достижению *consensus in idem*, влечет ничтожность договора. Если же ошибка не рушит *consensus in idem*<sup>121</sup> либо возникла в результате введения в заблуждение (*error dans causam contractui* или ошибка в мотиве), то договор является оспоримым<sup>122</sup>. Как отмечалось выше, институциональные авторы рассматривают оспаривание при определенных обстоятельствах как подходящее средство защиты в делах об ошибке<sup>123</sup>.

Важно разграничивать концепции ничтожности (*nullity/annulment*) по праву Шотландии и концепцию ничтожности (*void/voidability*) по праву Англии. Издатели трудов Дж. Дж. Белла положили начало тенденции по разграничению правовых последствий с использованием терминов английского права — «ничтожность» (*void*) и «оспоримость» (*voidable*), в результате чего стали перекладывать существо концепций английского права на право Шотландии, что не совсем верно. В основании английского деления последствий заблуждения на ничтожность/оспоримость лежит дихотомия общего права и права справедливости, передача собственности по соглашению, а также признание доктрины *market overt*. Поэтому для шотландских юристов разумнее рассматривать недействительность с точки зрения гражданско-правовой традиции, чем с точки зрения английско-правового контекста<sup>124</sup>.

## 2. ЮАР

Распространенным является подход, согласно которому характер правовой системы ЮАР считается смешанным<sup>125</sup>. С одной стороны, право Капской колонии

<sup>119</sup> *Smith T. B.* A Short Commentary on the Law of Scotland. P. 816.

<sup>120</sup> *Thomson J. M.* The Effect of Error in the Scots Law of Contract. P. 135.

<sup>121</sup> См. подробнее: *Thomson J. M.* The Effect of Error in the Scots Law of Contract. P. 135–155; *Smith T. B.* A Short Commentary on the Law of Scotland. P. 817.

<sup>122</sup> *Ibid.* P. 815.

<sup>123</sup> *Ibid.* P. 817.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> Однако есть иная позиция, согласно которой правовая система ЮАР отнесена к континентальному праву. См., напр.: *Van Huyssteen L. F., Maxwell C. J.* Contract Law in South Africa. 2<sup>nd</sup> ed. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2021. URL: [https://books.google.ru/books?id=KjMhEAAQBAJ&pg=PA217&source=gbs\\_toc\\_r&cad=3v=onepage&q&f=false](https://books.google.ru/books?id=KjMhEAAQBAJ&pg=PA217&source=gbs_toc_r&cad=3v=onepage&q&f=false) (дата обращения: 30.09.2022).

развивалось в русле римско-голландской традиции<sup>126</sup> вплоть до начала XIX в.<sup>127</sup> С другой стороны, в 1814 г. Капская колония была передана Британии, и английское общее право неизбежно начало влиять на дальнейшее развитие права. Таким образом, позитивное право Нидерландов, которое обосновалось на мысе Доброй Надежды в XVII в., в XIX–XX вв. подверглось влиянию английского общего права.

Большую роль в правовом регулировании ЮАР играют английские и римско-голландские источники права. Судьи придерживаются правила *stare decisis*, которое требует, чтобы все нижестоящие суды придерживались решений, принятых вышестоящим судом; если правовое регулирование отсутствует, то судьи обращаются к общим правовым принципам, создавая прецедент<sup>128</sup>. Также в соответствии с Конституцией ЮАР 1996 г. определенную роль играет традиционное африканское право<sup>129</sup>.

Доктрина заблуждения в праве ЮАР, так же как и в Шотландии, является довольно сложной и неоднозначной<sup>130</sup>. Это обусловлено рядом причин, в частности: 1) как и в Шотландии, отсутствие четкого использования субъективного и объективного подходов по вопросу достижения сторонами консенсуса; 2) разрозненность судебных прецедентов; 3) сложность самой проблематики доктрины заблуждения.

## 2.1. Согласие по праву ЮАР

Окончательный выбор между договорными доктринами *justa causa* или *consideration* южноафриканскому праву еще предстоит сделать<sup>131</sup>. Однако уже сейчас можно отметить, что доктрина *iusta causa* в южноафриканском договорном праве имеет большее влияние, чем доктрина *consideration*<sup>132</sup>. Знаменитая попытка судьи Верховного суда Кейпа, Генри де Вильерс (*Lord de Villiers*), уравнивать *iusta causa* римско-голландского права и английское требование равноценного предоставления не увенчалась успехом<sup>133</sup>. Позднее в деле *Conradie v. Rossouw* [1919] было зафиксировано, что консенсус — это единственное условие, которого

---

<sup>126</sup> Голландия колонизировала Южную Африку в XVII в. Первая голландская переселенческая колония, получившая название Капская колония (от нидерл. *Kaapkolonie* от «Каар де Годе Хоор» — мыс Доброй Надежды), была основана голландским мореходом по имени Ян ван Рибек в 1652 г. в удобной Столовой бухте близ мыса Доброй Надежды с центром в городе Капстад (затем город был переименован в Кейптаун). См подробнее: *Zimmermann R., Visser D., Reid K.* «Double Cross»: Comparing Scots and South African Law. Oxford University Press. 2005. P. 5.

<sup>127</sup> *Zimmermann R., Visser D.* Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa. Oxford: Clarendon Press, 1996. P. 46–49. URL: [https://books.google.ru/books?id=SErloCP9knlC&pg=PA190&lpg=PA190&dq=Trollip+v.+Jordaan+\(1961\)&source=bl&ots=gZJvuhCRc&sig=ACfU3U390mRDDUyBL7r7uFKPrjDfBVmwNA&hl=en&sa=X&ved=2ahUKewiv7Y784s70AhXQQEEAHXptDjgQ6AF6BAgQEAMv=onepage&q&f=false](https://books.google.ru/books?id=SErloCP9knlC&pg=PA190&lpg=PA190&dq=Trollip+v.+Jordaan+(1961)&source=bl&ots=gZJvuhCRc&sig=ACfU3U390mRDDUyBL7r7uFKPrjDfBVmwNA&hl=en&sa=X&ved=2ahUKewiv7Y784s70AhXQQEEAHXptDjgQ6AF6BAgQEAMv=onepage&q&f=false) (дата обращения: 30.09.2022).

<sup>128</sup> *Ibid.* P. 11–15.

<sup>129</sup> The Constitution of the Republic of South Africa. 1996. URL: <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/saconstitution-web-eng.pdf> (дата обращения: 30.09.2022).

<sup>130</sup> «Our old authorities have not provided us with clear guidance in this field and modern South African practice is not entirely harmonious» («Наши давние авторитетные источники не оставили нам четких указаний в этой области, а современная южноафриканская практика не является единообразной (перевод мой. — П. К.)») (*De Vos W.* Mistake in Contract. Essay in Honour of Ben Beinart. Acta Juridica. 1976. P. 177).

<sup>131</sup> *Zimmermann R., Visser D.* Southern Cross... P. 46–49. P. 171.

<sup>132</sup> *Bradfield G. B.* Christie's Law of Contract in South Africa. 7<sup>th</sup> ed. Cape Town: LexisNexis, 2016. P. 9; *Zimmermann R.* The Law of Obligations. P. 557.

<sup>133</sup> *Zimmermann R., Visser D.* Southern Cross... P. 165.

требует южноафриканское право, чтобы договор был действительным<sup>134</sup>. Выделяют следующие элементы консенсуса: 1) согласие в последствиях; 2) намерение связать себя обязательством (*animus contrahendi*); 3) знание одной стороной о выраженной воле другой стороны<sup>135</sup>.

Нельзя однозначно сказать, какой подход к достижению соглашения сторонами является господствующим в договорном праве ЮАР<sup>136</sup>: 1) субъективно-консенсуальная теория, согласно которой договор имеет силу, когда воли сторон совпадают (*meetings of minds / consensus ad idem*); 2) объективно-деклараторная теория, согласно которой сила договора зависит от провозглашенных намерений сторон; 3) теория квазивзаимного согласия / разумного ожидания (*reliance theory*), которая пытается найти фикцию достижения согласия сторон и обосновывает силу договора через разумность ожиданий, придаваемых словам или поведению. Нежелание судебной практики выбирать единственную концепцию договора объясняется традицией *case to case*, которая длительное время развивается в ЮАР<sup>137</sup>.

## 2.2. Субъективный подход

В авторитетных источниках, на которых основано право ЮАР, можно найти многочисленные заявления о том, что совпадение воли сторон как необходимый элемент договора должно быть подлинным (в смысле *meeting of minds / consensus ad idem*). Согласно этому подходу, если в результате ошибки в сознании одной или обеих сторон не возникнет подлинного субъективного согласия, то договор не будет заключен, каким бы несправедливым ни казался результат при объективном рассмотрении с точки зрения того, как каждая из сторон, будучи разумным человеком, может толковать слова и действия другой стороны<sup>138</sup>. В доктрине<sup>139</sup> и судебной практике<sup>140</sup> встречаются утверждения о том, что в южноафриканском праве действует именно субъективный подход: где нет консенсуса, там нет договора.

Значимым является дело *Saambou-Nasionale Bouvereniging v. Friedman* [1979], в котором судья Джансен (Jansen JA) отдает приоритет субъективной концепции договора и необходимости достижения сторонами *consensus ad idem*<sup>141</sup>. Вместе с тем судья Джансен в последующем рассмотренном деле отмечал, что там, где истинного субъективного согласия нет (*dissensus*), следует применять теорию ожидания<sup>142</sup>. Судебная практика последовала за этим подходом, несмотря на то

<sup>134</sup> Joubert D. J. General Principles of the Law of Contract. Cape Town; Wetton; Johannesburg: Juta & Co Ltd., 1987. P.32–35; Van der Merwe S. W. J., Van Huyssteen L. F., Reinecke M. F. B., Lubbe G. F., Lotz J. G. Contract General Principles. Cape Town; Wetton; Johannesburg: Juta & Co Ltd., 1993. P. 79.

<sup>135</sup> Bloom v. American Swiss Watch Co. [1915].

<sup>136</sup> Van Huyssteen L. F., Maxwell C. J. Contract Law in South Africa. P.214.

<sup>137</sup> Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa. P.2.

<sup>138</sup> Ibid. P.30.

<sup>139</sup> Hutchison D., Van Heerden B. J. Mistake in Contract: A Comedy of (Justus) Error // South African Law Journal. Vol. 104, part 4. 1987. P.525.

<sup>140</sup> Rose-Innes Diamond Mining Co Ltd v. Central Diamond Mining Co Ltd [1883]; Potgieter v. New York Mutual Life Insurance Society [1900]; Joubert v. Enslin [1910].

<sup>141</sup> Ответчиком для покупки акций был выдан чек, который попал в руки третьего лица. Воспользовавшись ситуацией, третье лицо притворилось ответчиком и передало чек истцу для покупки акций на имя незнакомых ответчику лиц. Суд пришел к выводу, что вне зависимости от того, какой концепции договора придерживаться, согласие между истцом и ответчиком не было достигнуто (Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa; Kritzinger K. M. Approach to Contract: A Reconciliation // South African Law Journal. 1983. No. 47. P.50).

<sup>142</sup> Судья Джансен характеризовал *dictum* судьи Блэкберна в английском деле *Smith v. Hughes* [1871] как форму теории ожидания (Kritzinger K. M. Approach to Contract... P.60).

что он отражен в *obiter dictum* и не является связывающим для судов. В судебной практике ЮАР отсутствуют судебные решения, в *ratio decidendi* которых было бы четко сформулировано, какой подход следует применять в вопросе определения достижения согласия сторонами<sup>143</sup>.

### 2.3. Объективно-декларативный подход

Объективно-декларативный подход связывает стороны договором на основании объективных совпадающих волеизъявлений. В этом случае выраженные намерения сторон имеют преимущество над реально существовавшими намерениями<sup>144</sup>. К объективному подходу часто обращаются голландские юристы<sup>145</sup>.

А. Дж. Барнард (*A. J. Barnard*), обращаясь к экономике и философской мысли, пытается обосновать, что в южноафриканском обществе господствует индивидуализм. Роль судов заключается в невмешательстве в отношения сторон; суды должны поддерживать право, которое создано сторонами в договоре, и предотвращать возникновение у сторон обязательств, на возникновение которых они не соглашались<sup>146</sup>. Основные аргументы в пользу неинтервенционистского подхода и ограниченного вмешательства суда заключаются в том, что это будет усиливать свободу и безопасность, которая необходима, чтобы поддерживать и гарантировать экспансию рыночной системы<sup>147</sup>.

Однако помимо того, что объективный подход в чистом виде способен привести к выводу о связанности сторонами обязательством, на которое ни одна из них не соглашалась, объективный подход не способен объяснить возможность исправления письменного договора, широко применяемую в южноафриканском праве. Также объективный подход вступает в противоречие с максимальной *plus valet quod agitur quam quod simulatione concipitur*<sup>148</sup>, которая позволяет судам в случае оспаривания отстаивать юридическое содержание сделки, а не форму, в которой она представлена<sup>149</sup>.

### 2.4. Теория квазивзаимного согласия. *Blackburns dictum*. Поиск баланса

Южноафриканское право обращается к теории квазивзаимного согласия как к альтернативному основанию для оценки ситуаций, когда сторонами не достигнут консенсус в субъективном смысле<sup>150</sup>, а также для защиты ожиданий противоположной стороны<sup>151</sup>. Сторона, которая хочет придать договору силу, должна доказать, что другая сторона заставила поверить, что консенсус достигнут, и по-

---

<sup>143</sup> *Mondorp Eiendomsagentskap (Edns) Bpk v. Kemp en De Beer* [1979]; *Spes Bona Bank Ltd v. Portals Water Treatment South Africa (Pty) Ltd* [1983].

<sup>144</sup> *Jethro P. J. D. Reliance protection as the Basis of Contractual Liability: thesis of master of law. University of South Africa. 1996. P. 3. URL: [https://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/17011/dissertation\\_jethro\\_pjd.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/17011/dissertation_jethro_pjd.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (дата обращения: 30.09.2022).*

<sup>145</sup> *Ibid.* P. 4.

<sup>146</sup> *Barnard A. J. The South African Law of Contract: a Critical Evaluation. Pretoria: University of Pretoria, 2006. P. 69.*

<sup>147</sup> *Ibid.* P. 72.

<sup>148</sup> «То, что сделано, важнее того, что задумано». *Commissioner for the South African Revenue Service v. NWK Ltd* [2011], *Bosch and Another v. Commissioner for the South African Revenue Service (WCC)* [2013].

<sup>149</sup> *De Vos W. Mistake in Contract... P. 179.*

<sup>150</sup> *Pieters & Company v. Salomon* [1911]; *Allen v. Sixteen Stirling Investments (Pty) Ltd* [1974]; *Spes Bona Bank Ltd v. portals Water treatment South Africa (Pty) Ltd* [1983].

<sup>151</sup> *Bamford B. R. Mistake and Contract // South African Law Journal. 1955. No. 72 (2). P. 168.*

ложиться на него (*reasonable reliance test*). Данный тест является объективным, т. е. предполагает оценку того, как разумный человек при схожих обстоятельствах расценил бы поведение ответчика<sup>152</sup>.

Южноафриканскому праву хорошо известен *dictum* судьи Блэкберна (Blackburn J) по английскому делу *Smith v. Hughes* [1871], ссылки на который активно используются в судебной практике<sup>153</sup>. «Если, какими бы ни были истинные намерения человека, он ведет себя так, что разумный человек поверит, что он соглашается с условиями, предложенными другой стороной, и что другая сторона, исходя из этого убеждения, заключает с ним договор, то человек, таким образом, ведет себя так, как если бы он намеревался согласиться с условиями другой стороны (перевод мой. — П. К.)»<sup>154</sup>. Данный подход прочно укоренился в южноафриканском праве<sup>155</sup>.

К моменту рассмотрения южноафриканского дела *Pieters & Co v. Salomon* [1911] подход, использованный судьей Блэкберном, был стандартом английского права, что отражалось и в ведущих английских учебниках, которые в то время использовались в Южной Африке<sup>156</sup>. Рассматривая дело *Pieters & Co v. Salomon*, отделение апеллиционного суда единогласно (сознательно или неосознанно, поскольку в деле отсутствуют ссылки на первоисточники) ввело в южноафриканское право английский стандарт объективности, отраженный в деле *Smith v. Hughes*. Таким образом, закрепился подход, что истец не может ссылаться на свое невыраженное намерение<sup>157</sup>. Любые невыраженные оговорки, скрытые в сознании продавца, не имеют отношения к делу<sup>158</sup>.

Судья Весселс (Wessels JA) в деле *South African Railways and Harbours v. National Bank of South Africa Ltd* [1924] отмечал, что право рассматривает не волю, а изъявление. И даже если истинная воля не совпадает с изъявлением, но, исходя из действий стороны, кажется, что воля и изъявление совпадают, то воля определяется, исходя из действий.

---

<sup>152</sup> *Van der Merwe S. W. J., Van Huyssteen L. F., Reinecke M. F. B., Lubbe G. F., Lotz J. G. Contract General Principles*. P. 30–32.

<sup>153</sup> *Kritzinger K. M. Approach to Contract...* P. 58–59. — См., напр.: *Pieters & Co v. Salomon* [1911].

<sup>154</sup> «If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him? The man thus conducting himself would be bound as if he had intended to agree to the other party's terms».

<sup>155</sup> *Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa; De Vos W. Mistake in Contract...* P. 180–181.

<sup>156</sup> См., напр.: *Anson W. Law of Contract*. 11<sup>th</sup> ed. Oxford, 1906. P. 154; 12<sup>th</sup> ed. Oxford, 1910. P. 156.

<sup>157</sup> В деле *Pieters & Co v. Salomon* [1911] предложение выплатить причитающуюся сумму должнику, разумно понимаемое как означающее выплатить полную сумму в 490 фунтов стерлингов, обязывало оферентов выплатить эту сумму, а не меньшую сумму в 345 фунтов стерлингов, которую оференты считали причитающейся суммой. Судья Де Виллерс (De Villiers CJ) заявил: «Если в ходе их отношений с ответчиком было разумно заставить его поверить в то, что они намеревались заплатить ему полную сумму, то невыраженное намерение истца заплатить меньшую сумму не может быть им использовано (служить к его пользе) (перевод мой. — П. К.)».

<sup>158</sup> В деле *Pieters & Co v. Salomon* [1911] судья Иннес (Innes J) пришел к выводу, который часто цитируют: «Когда человек делает предложение простым и недвусмысленным языком, который понимается в обычном смысле человеком, к которому оно обращено, и принимается им добросовестно в этом смысле, тогда заключается договор. Любые невыраженные оговорки, скрытые в сознании продавца, при таких обстоятельствах не имеют отношения к делу. Он не может быть услышан, чтобы сказать, что он имел в виду свое обещание быть подчиненным тому или иному условию, о котором он не упомянул и о котором другая сторона не знала (перевод мой. — П. К.)». *Kritzinger K. M. Approach to Contract...* P. 58–59.

Но и доктрина квазивзаимного согласия не лишена недостатков. В частности, возникает вопрос о возможности применения этой доктрины в ситуациях, когда необходимо оценить бездействие стороны<sup>159</sup>.

Рассмотрев три вышеописанных подхода к формированию договора, можно сделать вывод, что выбор между субъективной, объективной теориями и теорией взаимного квазисогласия в праве ЮАР еще не сделан. На первое место ставится справедливость, для достижения которой в разных случаях применяется разный подход к достижению сторонами соглашения<sup>160</sup>. Вместе с тем, исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что чаще всего при разрешении споров учитываются разумные ожидания противоположной стороны.

## 2.5. Понятие заблуждения и *justus error* как критерий существенности

В праве ЮАР для обозначения ошибки используют либо понятие *mistake* (в Шотландии используют термин *error*), что ближе к терминологии общего права. Ошибка и незнание (*ignorantia*) в праве ЮАР приводят к тождественным правовым последствиям<sup>161</sup>, чего нельзя однозначно сказать об английском праве<sup>162</sup>.

В английском праве используются понятия односторонней, взаимной (*mutual*) и общей (*common*) ошибок. Использование данных терминов в южноафриканском праве вызывало путаницу на практике, что привело к их замене. В частности, термин *mutual* был заменен на *reciprocal*; термин *common* — заменен на *joint*<sup>163</sup>. Впоследствии от такой замены отказались. Сейчас под *mutual* понимаются ситуации заблуждения, когда каждая сторона ошибается относительно намерений другой стороны<sup>164</sup>. Поскольку о таких ситуациях говорят, что стороны *are at cross purposes*, данный термин на русский язык можно перевести как «перекрестная» ошибка<sup>165</sup>. Под *common* понимают ситуации заблуждения, когда обе стороны разделяют одну и ту же ошибку<sup>166</sup>. На русский язык данный термин можно перевести как «обоюдная»<sup>167</sup>.

---

<sup>159</sup> В деле *Van Ryn Wine and Spirit Co v. Chandos Bar* [1928] Франклин был продавцом в компании Ван Рин Вайн. Он продал продукцию компании г-жи Херли и пообещал ей (неверно), что если она заплатит наличными, то получит скидку; ей будут приходить счета на оплату по полной стоимости, но ей не следует обращать на это внимание, так как компания обязана это делать, чтобы не возникали проблемы, связанные с ценовой политикой. Г-жа Хердли согласилась и произвела оплату наличными, но Франклин не передал деньги компании. Ни о каких скидках, которые Франклин обещал г-же Хердли, компании не было известно. Для защиты своих интересов компания решила воспользоваться доктриной квазивзаимного согласия, полагая, что разумное лицо на месте г-жи Хердли полагало бы, что соглашается на цену, выставленную ей в счетах. Но суд не поддержал применение квазивзаимного подхода к определению согласия в ситуациях бездействия (см. подробнее: *Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa*. P. 33).

<sup>160</sup> *Ibid.* P. 2.

<sup>161</sup> *Ibid.* P. 365.

<sup>162</sup> См. подробнее: слова лорда Эшера (Lord Esher M. R.) в деле *Barrow v. Isaacs & Son* [1891]: «Can you, in English, say 'I fogot', and is that the same thing as saying, 'I was mistaken'? I think not. Both those questions depend on something happening in his mind. If he merely forgets, he does not assume that one state of things exists whereas some other state of things exists: it is a mere passive state of mind» (*Cartwright J. Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*. 3<sup>rd</sup> ed. London: Sweet & Maxwell. Thomson Reuters, 2012. P. 578–579; *Sheehan D. What is a Mistake? Legal Studies // Wiley Online Library*. 2000. P. 542–543).

<sup>163</sup> В первом издании *Christie's Law of Contract in South Africa* 1981 г. встречается использование именно такой терминологии (*Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa*. P. 366).

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> Зезекало А. Ю. Заблуждение при совершении сделки. С. 90.

<sup>166</sup> *Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa*. P. 366.

<sup>167</sup> См. подробнее: Зезекало А. Ю. Заблуждение при совершении сделки.

Суды едины в том, что для наступления правовых последствий ошибка должна быть *justus*<sup>168</sup>. Однако четкое содержательное наполнение данного критерия отсутствует<sup>169</sup>. Суды используют его по-разному. Исходя из существующей судебной практики выделяют следующие ситуации, когда заблуждение признается *justus*<sup>170</sup>.

1. Ошибка должна относиться к существу договора (*relates to a material matter*). Ошибка в мотиве не является существенной<sup>171</sup>. Ошибка в мотиве не будет существенной, даже если заблуждающаяся сторона в соответствии с объективным принципом сможет доказать, что ошибка в мотиве побудила к заключению договора заблуждающую сторону точно так же, как и побудила бы любое разумное лицо к заключению договора в данной ситуации (при условии отсутствия знания об ошибке у противоположной стороны). Такая ошибка не порочит взаимного согласия<sup>172</sup>.

2. Заблуждение признается *justus*, если противоположная сторона знала или должна была знать об ошибке, либо сама способствовала появлению заблуждения (*misrepresentation*).

Требование о необходимости знания о заблуждении установлены в деле *Lake v. Caithness* судьей Джонсом (Jones J). В отличие, например, от права Луизианы, которое требует знания только о каузе, но не об ошибке, южноафриканское право придерживается более узкого подхода, что приближает южноафриканское право к подходу общего английского права. Знание противоположной стороны об ошибке препятствует возможности использовать доктрину квазивзаимного согласия, так что заблуждающаяся сторона сможет расторгнуть договор, если ошибка была материальной<sup>173</sup>.

Ошибка будет считаться *justus*, если противоположная сторона должна была знать о заблуждении с позиции разумного лица. Только сторона в положении разумного лица может полагаться на доктрину квазивзаимного согласия<sup>174</sup>.

Ошибка может возникнуть в результате введения в заблуждение противоположной стороной. Ввести в заблуждение можно молчанием, когда есть обязанность сообщить информацию. В частности, отмечается, что если другая сторона знает или должна знать о заблуждении, то она должна была сообщить о нем заблуждающейся стороне<sup>175</sup>.

---

<sup>168</sup> В англоязычной литературе термин *justus* объясняется как *reasonable*, что можно перевести на русский как «разумная» или «обоснованная» либо с учетом общего контекста доктрины заблуждения как «существенная».

<sup>169</sup> *Hutchison D., Van Heerden B. J. Mistake in Contract: A Comedy of (Justus) Error. P. 523; De Vos. W. Mistake in Contract... P. 182.*

<sup>170</sup> *Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa. P. 366.*

<sup>171</sup> *SA Vroue Federasie Tvl v. Thackwray [1967].*

<sup>172</sup> *Diedericks v. Minister of Lands [1964].*

<sup>173</sup> Дело *Sonap Petroleum (SA) (Pty) Ltd v. Pappadogianis [1992]* иллюстрирует данную позицию: адвокаты квартиросъемщика составили приложение к договору аренды и направили его арендодателю и квартиросъемщику на подпись. Управляющий директор квартиросъемщика подписал, не заметив ошибки в документе. Арендодатель заметил ошибку, но подписал, надеясь сорвать сделку. Суд признал соответствующую часть приложения недействительной (*Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa. P. 371*).

<sup>174</sup> Судья Хармс (Harms AJA) в деле *Sonap Petroleum (SA) (Pty) Ltd v. Pappadogianis*: «Если бы он понял (или должен был понять как разумный человек), что есть реальная возможность ошибки в предложении, он был бы обязан поговорить и спросить, является ли выраженное предложение истинным». Впоследствии судья Хармс (Harms AJA) применял тест об обоснованном знании ошибки в делах *Horty Investments (Pty) Ltd v. Interior Acoustics (Pty) Ltd [1984]* и *Nasionale Behuisingskommissie v. Greyling [1986]*.

<sup>175</sup> См., напр.: *Spindrifter (Pty) Ltd v. Lester Donovan (Pty) Ltd [1986]* (*Hutchison D., Van Heerden B. J. Mistake in Contract: A Comedy of (Justus) Error. P. 524*).



3. Чтобы ошибка была признана *justus*, заблуждение должно быть извинительным. Заблуждающуюся сторону нельзя винить в совершении ошибки, если она вела себя так, как любое разумное лицо повело бы себя при данных обстоятельствах, т.е. действуя осторожно, с должной заботой и осмотрительностью<sup>176</sup>. Какой бы материальной ни была ошибка, нельзя освободиться от договорных обязательств, если ошибка допущена по вине самой стороны<sup>177</sup>. Этот принцип применяется вне зависимости от того, состоит вина в том, что не проведено достаточного предварительного сбора информации, или в том, что договор не был прочитан до подписания. То есть любые обстоятельства, в которых ошибка возникла из-за безразличия или невнимательности, не могут рассматриваться как существенное заблуждение (*justus error*)<sup>178</sup>.

## 2.6. Односторонняя ошибка и введение в заблуждение

Если противоположная сторона не знала / не должна была знать об ошибке и не способствовала ее появлению, то границы для защиты заблуждающейся стороны на основании односторонней ошибки очень узки<sup>179</sup>.

Во-первых, когда возникает вопрос о допустимости учета односторонней ошибки, в борьбу вступают два противоречащих подхода: субъективный подход к формированию согласия, исходя из которого односторонняя ошибка подлежит учету, и доктрина квазивзаимного согласия (разумного ожидания), которая стремится учесть интересы противоположной стороны, разумно полагававшейся на видимость возникшего согласия<sup>180</sup>. Как было отмечено выше, в судебной практике ЮАР встречается использование субъективного подхода<sup>181</sup>, однако в случае противоречия субъективной модели и модели квазивзаимного согласия приоритет отдается квазивзаимному подходу<sup>182</sup>.

Во-вторых, в ситуации коллизии между результатом применения подхода *justus error* и результатом применения квазивзаимного согласия приоритет отдается последнему, т.е. существенность заблуждения в первую очередь определяется через

---

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> *ABSA Bank Ltd v. Jansen van Rensburg* [2015].

<sup>178</sup> *Bradfield G. B.* Christie's Law of Contract in South Africa. P. 368.

<sup>179</sup> *Van Rensburg v. Rice* [1914] упоминается как одно из немногих дел (а возможно, единственное), когда односторонняя ошибка была признана существенной сама по себе (в отсутствие знания или вины другой; не связана с тем, что она возникла по вине другого лица; не связана с установленными требованиями закона или правами трех лиц).

<sup>180</sup> *Van Huyssteen L. F., Maxwell C. J.* Contract Law in South Africa. P. 215.

<sup>181</sup> Например, *Saambou-Nasionale Bouvereniging v. Friedman* [1979], *Spes Bona Bank Ltd v. Portals Water Treatment South Africa (Pty) Ltd* [1983] (*Hutchison D., Van Heerden B. J.* Mistake in Contract: A Comedy of (Justus) Error. P. 523).

<sup>182</sup> Судья Фаган (Fagan CJ) в деле *George v. Fairmead (Pty) Ltd* [1958] «As I read the decisions, our Courts, in applying the test, have taken into account the fact that there is another party involved and have considered his position. They have, in effect, said: Has the first party — the one who is trying to resile — been to blame in the sense that by this conduct he has led the other party, as a reasonable man, to believe that he was binding himself». URL: <https://www.studocu.com/row/document/university-of-namibia/law-of-contract/cct3630-george-v-fairmead-pty-ltd-1958-2-sa-465-a-for-2017/6222765> (дата обращения: 28.07.2022); в деле *National and Overseas Distributors Corpn (Pty) Ltd v. Potato Board* [1958] Попейто Боард предприняли попытку аннулировать договор, основываясь на том, что менеджмент ошибочно направил письмо с акцептом, в то время, когда он должен был направить письмо другому оференту. Суд не придал ошибке существенного значения, сославшись, в частности, на позицию по делу *George v. Fairmead Ltd*: «Если ответчик — физическое лицо, которое приняло предложение, нет сомнений, что договор был заключен в момент, когда было получено согласие. Это следует из общего объективного подхода к заключению договоров, которому следует право» (*Bradfield G. B.* Christie's Law of Contract in South Africa. P. 366).

доктрину квазивзаимного согласия<sup>183</sup>. Например, сторона А обоснованно положи- лась на изъятие стороны Б, а сторона Б допустила ошибку, которая является извинительной и может быть признана *justus*. В таком случае приоритет будет отдан защите интересов стороны А. Приведем еще один пример: сторона А необо- снованно положила на изъятие стороны Б, а сторона Б допустила ошибку в ре- зультате своей небрежности, т. е. ошибка не является извинительной и не является *justus*. В данном примере ошибка, скорее всего, будет учтена правом<sup>184</sup>. В связи с этим некоторые исследователи задаются вопросом о необходимости существо- вания критерия *justus error* (пусть и прочно укоренившегося), когда можно обойтись использованием только критерия квазивзаимного согласия<sup>185</sup>. Однако применение доктрины квазивзаимного согласия не является обоснованным в случаях, когда противоположная сторона должна была знать об ошибке или ошибка возникла в ре- зультате введения в заблуждение противоположной стороной.

В южноафриканском праве, в отличие от права Шотландии, не возникает сложностей с применением английской доктрины введения в заблуждение (*misrepresentation*). Если противоположная сторона спровоцировала возникно- вение ошибки и ей об этом известно, то речь будет идти об обманном введении в заблуждение<sup>186</sup>. Последствием обманного, небрежного или невинного вве- дения в заблуждение является оспоримость. Как можно заметить, обманное вве- дение в заблуждение, которое очевидно является более предосудительным, тем не менее приравнивается в смысле правовых последствий к небрежному и не- винному введению в заблуждение и не получает более жесткого регулирования<sup>187</sup>.

Южноафриканскому праву знакома проблема, также хорошо известная об- щему английскому праву о соотношении обманного введения в заблуждение, прав- вым последствием которого является оспоримость, и существенной ошибки, в результате которой договор ничтожен *ab initio*.

Так, в деле *Beyers v. McKenzie* [1880] Холмс представился Бейеру уполномо- ченным правительством купить лошадей и тем самым побудил Бейера продать ему несколько лошадей в кредит, которые впоследствии быстро перепродал Маккензи за наличные. Это породило вопрос о том, какая из двух невинных сторон должна пострадать от обмана третьей стороны, поскольку не существует законодательства, позволяющего судам распределять убытки. Если первоначальная сделка между Бейером и Холмсом является оспоримой по выбору Бейера, то она действительна до момента ее оспаривания и в течение срока ее действия право собственности на лошадей принадлежало Холмсу, поэтому последующий договор продажи Маккензи действителен. Если первоначальная сделка недействительна *ab initio*, то собствен- ность никогда не переходила и лошади по-прежнему принадлежали Бейеру.

Если ошибка является достаточно существенной и обман имеет значение только в качестве причины такого результата, который в равной степени мог быть вызван невинным введением в заблуждение, то договор считается недей- ствительным *ab initio*<sup>188</sup>. При рассмотрении дела было установлено, что Холмс действительно представлялся покупателем от имени правительства. Фактически истец считал, что он имел дело с правительством и никогда не давал согласия на заключение контракта с Холмсом. На этом основании суд пришел к выводу,

<sup>183</sup> *Hutchison D., Van Heerden B. J. Mistake in Contract: A Comedy of (Justus) Error. P. 525.*

<sup>184</sup> *Horty Investments (Pty) Ltd v. Interior Acoustics (Pty) Ltd* [1984]. URL: [http://jutastat.juta.co.za/nxt/gateway.dll/salr/3/11686/11977/12002?f=templates\\$fn=default.htm](http://jutastat.juta.co.za/nxt/gateway.dll/salr/3/11686/11977/12002?f=templates$fn=default.htm) (дата обращения: 30.09.2022).

<sup>185</sup> *Hutchison D., Van Heerden B. J. Mistake in Contract: A Comedy of (Justus) Error. P. 526.*

<sup>186</sup> *Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa. P. 373.*

<sup>187</sup> *Zimmermann R., Visser D., Reid K. «Double Cross»... P. 122–124.*

<sup>188</sup> *Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa. P. 374.*

что договора купли-продажи не существовало. Контракт с правительством не заключался, поскольку правительство не давало Холмсу полномочий совершить покупку; с самим Холмсом договор купли-продажи также не заключался. Бейер смог вернуть лошадей себе.

Южноафриканское право разграничивает серьезные (фундаментальные) ошибки и менее серьезные ошибки. Фундаментальной является ошибка, в силу существования которой между сторонами отсутствует соглашение<sup>189</sup>. Последствием фундаментальной ошибки является ничтожность договора *ab initio*<sup>190</sup>. К менее серьезным ошибкам обычно относят ошибки в мотиве<sup>191</sup>. Южноафриканское право (в отличие от права Шотландии) позволяет определить, что (1) если менее серьезная ошибка (2) возникла в результате небрежности или невинного введения в заблуждение, то договор будет оспорим в результате введения в заблуждение и не будет ничтожен в результате ошибки<sup>192</sup>.

Проведение такого различия значимо с практической точки зрения. Если в договоре содержится исключаящая оговорка, согласно которой стороны признают, что в ходе заключения договора не было сделано никаких заявлений, то оспорить договор в результате введения в заблуждение нельзя. Следовательно, в отсутствие обмана такое условие является действительным и связывающим. Однако такой подход ограничен менее серьезными, но не фундаментальными ошибками<sup>193</sup>.

## 2.7. Взаимная ошибка

Взаимная ошибка возникает, когда условие договора или используемый в нем термин являются неоднозначными, и поскольку цели сторон не сонаправлены, то придать силу договору в пользу интерпретации одной из сторон невозможно.

Как и в случае с односторонней ошибкой, ситуация взаимной ошибки должна сначала пройти проверку на соответствие доктрине квазивзаимного согласия. Если сторона А и сторона Б преследуют перекрестные цели и понимание стороны А того, что было согласовано, является разумным, а понимание стороны Б — неразумным, то сторона А может полагаться на доктрину квазивзаимного согласия. Договор будет существовать в соответствии с пониманием стороны А. Так, в деле *Pieters & Company v. Salomon* [1911] компания «Питерс энд Компани» взяла на себя обязательство выплатить долги кредиторам Бергена, в том числе Саломону. Последний обоснованно полагал, что компания «Питерс энд Компани» согласилась заплатить ему полный размер требований к Берген (£ 490), но компания «Питерс энд Компани» необоснованно заявила, что согласилась заплатить только ту сумму, которая указана в документах Бергера (£ 345). Суд поддержал позицию Саломона<sup>194</sup>.

Если понимание каждой стороны является разумным и обоснованным, следовательно, каждая из сторон имеет равные права на содействие доктрины квазивзаимного согласия. Очевидно, что такое равенство не может быть достигнуто путем принудительного исполнения разных вариантов толкования условий договора, поэтому единственная альтернатива — это не исполнять ни один из вариантов, объявив договор недействительным *ab initio*, т. е. договора не было, потому что стороны не

<sup>189</sup> *Brink v. Humphries & Jewell (Pty) Ltd* [2005]; *Morgan Air Cargo (Pty) Ltd v. Sim Road Investments* [2009]; *Spenmac (Pty) Ltd v. Tatrim CC* [2014].

<sup>190</sup> *Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa*. P. 373.

<sup>191</sup> *Zimmermann R., Visser D., Reid K. «Double Cross»*... P. 122–124.

<sup>192</sup> *Ibid.* P. 122–124. — *Brink v. Humphries & Jewell (Pty) Ltd* [2005] (*Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa*. P. 374).

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> *Ibid.* P. 376.

достигли согласия *ad idem*<sup>195</sup>. Так, в деле *Maritz v. Pratley* [1894] Мариц проводил аукцион по продаже каминной доски. Торги выиграл Пратли, но он отказался платить, потому что думал, что купил каминную доску вместе с зеркалом, которое стояло на ней. Но зеркало было отдельным лотом аукциона. Дело было рассмотрено именно через взаимную ошибку. Судья Де Виллиерс (De Villiers CJ) решил, что «вопрос в том, был ли договор купли-продажи... не может быть договором купли-продажи, пока стороны не согласятся относительно одного и того же». Ошибка была признана *justus*, поэтому договор был признан недействительным *ab initio*<sup>196</sup>.

Взаимная ошибка, как только она выявляется, рассматривается как несоответствие оферты и акцепта (диссенсус). Если оферта и акцепт не согласованы, то договора нет вовсе. Конечно, может случиться так, что стороны решат проигнорировать ошибку и продолжить выполнение той или иной версии договора, однако они могут сделать это только по новому соглашению, так как без ясного и четкого соглашения не будет связывающего договора.

Различие между фундаментальной и менее серьезной ошибками, столь важное при одностороннем заблуждении, для того чтобы решить, является ли договор оспоримым по выбору заблуждающейся стороны или ничтожным *ab initio*, не применяется в ситуации взаимной ошибки. Вместо этого различие должно быть между истинным несоответствием оферты и акцепта и незначительным несоответствием, которое может быть проигнорировано на основе *maximis de minimis non curat lex*<sup>197</sup>.

## 2.8. Общая ошибка

В ситуации общей ошибки (*common mistake*) стороны разделяют единое, общее предположение, которое ошибочно<sup>198</sup>. Общая ошибка отличается от взаимной<sup>199</sup>. Взаимно заблуждающиеся стороны по определению не соглашаются *ad idem*. Таким образом, при условии, что ошибка каждой из них является *justus*, договор считается ничтожным *ab initio*, а если ошибка одной из сторон является *justus*, а другой — нет, то применяется доктрина квазивзаимного согласия. Стороны с общим заблуждением достигают консенсуса *ad idem*, поэтому вопрос о квазивзаимном согласии не может возникнуть и последствия ошибки определяются на основе других принципов.

<sup>195</sup> Zimmermann R., Visser D., Reid K. «Double Cross»... P. 122–124.

<sup>196</sup> В деле *Allen v. Sixteen Stirling Investments (Pty) Ltd* [1974] *justus* ошибка продавца была также очевидна. Покупатель утверждал, что агент продавца указал неверный земельный участок в качестве предмета продажи. Этого было достаточно, чтобы показать, что ошибка покупателя была *justus*, как и в деле *Maritz v. Pratley*.

В деле *Spenmac (Pty) Ltd (ранее Bobcart (Pty) Ltd) v. Tattrim CC* [2014] Татрим СС приобрела у Спенмак право собственности на секцию в здании, после того как агент по недвижимости убедил, что здание состоит только из двух секций и что для любого дальнейшего деления требуется согласие совладельца. Татрим СС заключила договор купли-продажи, в котором содержалась оговорка, признающая, что при заключении договора на Татрим СС не повлияли какие-либо заверения, выраженные явно или неявно, сделанные продавцом или от его имени. Впоследствии выяснилось, что за некоторое время до заключения договора продавец дал согласие на разделение другой секции. Татрим СС потребовала признать договор недействительным либо на основании обмана, либо в связи с отсутствием соглашения. Обман со стороны продавца доказан не был. Суд установил, что у обеих сторон сложилось ошибочное впечатление о том, что существует только две секции. Ошибка Татрим СС о характере имущества препятствует достижению консенсуса, допущена в существовании договора и является *justus*. Соответственно, суд решил, что договор купли-продажи недействителен в связи с отсутствием согласия сторон (*Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa* P.376–378).

<sup>197</sup> «Право не регулирует незначительные детали» (*Ibid.* P.379).

<sup>198</sup> *De Vos W. Mistake in Contract...* P. 177.

<sup>199</sup> *Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa.* P. 379–380.

*Justus* общей ошибки не имеет значения. Причем не важно, обе ли стороны необоснованно допускают одну и ту же ошибку, которая не является *justus*, или только одна<sup>200</sup>. Однако если общая ошибка вызвана введением в заблуждение одной из сторон, то имеются все основания для того, чтобы по-разному относиться к сторонам и освободить ту сторону, которая не несет ответственности за возникновение этой ошибки, от бремени договора, если эта ошибка сработает против нее, но не освобождать ответственную за эту ошибку сторону, если она сработает против нее<sup>201</sup>.

В деле *Van Reenen Steel (Pty) Ltd v. Smith NO* [2002] судья Хармс (Harms JA) высказался в отношении общей ошибки в мотиве. Независимо от того, основан ли мотив, ведущий к соглашению, на предположении о факте, он остается мотивом. Сторона не может оспорить договор, основываясь на ошибочном мотиве, связанном с существующим фактом, даже когда мотив является общим, если только договор не поставлен в зависимость от мотива или нет основания для оспаривания при введении в заблуждение<sup>202</sup>.

Правило о том, что общая ошибка в праве не оказывает эффекта на действительность договора, изначально рассматривалось как общепринятое. Но впоследствии значение общей ошибки в праве было пересмотрено<sup>203</sup>.

Южноафриканское право допускает исправление общей ошибки (*rectification*)<sup>204</sup>. При общей ошибке, во-первых, сторона может требовать исправления договора и ссылаться на ошибку как на защиту без встречного иска об аннулировании договора<sup>205</sup>. Встречный иск об исправлении не потребуется, достаточно доказать факты, которые давали бы право на исправление. Правом на исправление можно воспользоваться в качестве защиты уже в рамках процедуры предварительных судебных заседаний<sup>206</sup>. Во-вторых, не всегда разумно аннулировать договор, когда письменный вариант договора не отражает фактически согласованные сторонами положения и одна из сторон хотела бы придать силу истинному варианту договора<sup>207</sup>.

В случае общей ошибки договор может быть исправлен судом<sup>208</sup>. Необходимость исправления договора обусловлена тем, что пока письменный договор не исправлен, он исключает возможность использования доказательств, подтверждающих истинную версию соглашения сторон. Это происходит за счет комби-

---

<sup>200</sup> Ibid. — См. также: *Tshoba Colliery (Natal) Ltd v. Tshoba Coal Syndicate Ltd* [1926].

<sup>201</sup> *Fienberg v. Jardine* [1915].

<sup>202</sup> *Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa*. P. 382; *African Realty Trust Ltd v. Holmes* [1922]. — Суд не интересуется мотивы, приведшие к заключению договора, за исключением случаев, когда они стали неотъемлемой частью договора.

<sup>203</sup> Дело *S v. De Blom* [1977] отбросило клише о том, что все знают закон.

<sup>204</sup> Судья Де Вет (De Wet CJ) в деле *Meyer v. Merchants' Trust Ltd* [1942]: «In South African law, owing to the acceptance of the English rule that, when a contract has been expressed in writing, the writing is regarded as the exclusive memorial of the transaction, so that in a suit between the parties no evidence to prove the terms of the contract may be given save the document or, if it is lost, secondary evidence of its contents, the need has arisen, as in English practice, for rectification as prerequisite to a suit on the contract».

<sup>205</sup> *De Vos W. Mistake in Contract...* P. 187. — *Weinerlein v. Goch Buildings Ltd* [1925]; *Lindenberg v. Deetlefs* [1926]; *Southern Life Association of Africa v. Rixom* [1939]; *Brink v. Botha* [1943]; *Senekal v. Home Sites (Pty) Ltd* [1947]; *Bardopoulos and Macrides v. Miltiadous* [1947]; *Rosettenville Motor Exchange v. Grootenboer* [1956]; *Grallo (Pty) Ltd v. DE Claassen (Pty) Ltd* [1980].

<sup>206</sup> *Taylor v. Cape Importers* [1937].

<sup>207</sup> *De Vos W. Mistake in Contract...* P. 187; *Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa*. P. 383–384.

<sup>208</sup> *De Vos W. Mistake in Contract...* P. 187–188; *Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa*. P. 384; *Strydom v. Coach Motors (Edms) Bpk* [1975].

нированного действия правила *parol evidence rule* и правила о том, что никакое доказательство не может быть предоставлено, чтобы изменить ясное и недвусмысленное значение письменного договора. Поэтому, чтобы исправить договор, необходимо признать, что ни одно из данных правил не исключает возможности предоставления доказательств в поддержку требования об исправлении и на то имеются достаточные полномочия<sup>209</sup>.

В этой связи возникает вопрос неопределенности в соотношении письменного договора и противоречащих ему доказательств. Данную неопределенность решает нелегкое бремя доказывания. Сторона, желающая получить исправление, должна доказать факты, дающие ей право на получение этого освобождения самым ясным и удовлетворительным образом<sup>210</sup>.

### 3. Сравнительно-правовой анализ сходств и различий

У правовых систем Шотландии и ЮАР много общего, в частности отсутствуют кодифицированные источники права, соответственно при разрешении споров большое значение имеют судебные прецеденты и доктрина. Значимую роль в формировании доктрины заблуждения в правовых системах Шотландии и ЮАР сыграли источники *jus commune* и источники английского общего права<sup>211</sup>, причем за основу формирования доктрин заблуждения и в праве Шотландии, и в праве ЮАР была взята цивилистическая доктрина, которая впоследствии претерпела влияние общего права. Ввиду этого обе системы сталкиваются с похожими проблемами, а именно выработка критериев отграничения существенного заблуждения от несущественного, а также определение точного объема освобождения от обязательств, взятых на себя стороной договора под влиянием существенного заблуждения<sup>212</sup>. Отмечается влияние рассматриваемых правовых систем друг на друга, благодаря сравнениям в научных исследованиях, а также использованию ссылок в судах в качестве сравнительно-правового источника<sup>213</sup>.

Несмотря на схожее историческое развитие доктрины заблуждения, которое привело к аналогичным современным проблемам, необходимо проявлять аккуратность в проведении сравнительного анализа. Например, использование одинаковых названий в описании типичных видов заблуждений или предоставляемых в связи с ними средств защиты еще не означает, что содержание, которое скрывается за этим терминологическим фасадом, является сходным. Чтобы понять, что скрывается за одинаковой терминологией, нужно смотреть на существо регулирования<sup>214</sup>.

Правовые системы Шотландии и ЮАР, будучи едины в том, что договорные обязательства создаются согласием сторон<sup>215</sup>, различаются способом опре-

<sup>209</sup> Ibid. — См. также: *Dreyer v. Sacks and Goldstein* [1913]; *Richter v. Town Council of Bloemfontein* [1920]; *Rand Rietfontein Estates Ltd v. Cohn* [1937]; *Venter v. Liebenberg* [1954]; *Louw v. Riekert* [1957]; *Von Ziegler v. Superior Furniture Manufacturers (Pty) Ltd* [1962]; *Van Aswegen v. Fourie* [1964]; *Munnik and Munnik v. Sydney Clow & Co Ltd* [1965]; *Van der Westhuizen v. Santam Versekeringsmpy Bpk.* [1975].

<sup>210</sup> *Bushby v. Guardian Assurance Co.* [1915] (*Bradfield G. B. Christie's Law of Contract in South Africa*. P. 385).

<sup>211</sup> *Zimmermann R., Visser D., Reid K.* «Double Cross»... P. 5.

<sup>212</sup> Ibid. P. 118.

<sup>213</sup> См., напр.: *Cairns J. W. Academic Feud, Bloodfeud, and William Welwood: Legal Education in St. Andrews, 1560–1611. Part I // Edinburgh Law Review.* 1998. Vol. 2, issue 2. Part II. Issue 3.

<sup>214</sup> *Zimmermann R., Visser D., Reid K.* «Double Cross»... P. 119.

<sup>215</sup> *Du Plessis J., McBryde W. W. Defects of Consent // Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa / ed. R. Zimmermann, D. Visser, K. Reid.* Oxford, 2005. P. 138.

деления наличия согласия между сторонами. Объективный способ исходит из видимости согласия, т. е. учитывает изъявления сторон, в то время как субъективный — ориентируется на внутреннюю волю сторон в момент заключения договора. Хотя не будет ошибкой сделать вывод, что оба правопорядка в большей степени склонны к выбору объективного способа определения наличия согласия между сторонами, нельзя не отметить, что данный вывод в меньшей степени касается права ЮАР, поскольку там ситуация менее определенная и наряду с обоснованием приоритета объективного способа<sup>216</sup>, как в доктрине, так и в судебной практике, можно встретить обоснование приоритета субъективного способа<sup>217</sup>. В праве Шотландии больше определенности — отмечается уклон в сторону объективного способа, несмотря на то что изначально доктрина заблуждения ориентировалась на субъективное установление согласия сторон договора<sup>218</sup>.

В вопросе существенности заблуждения суды ЮАР признали, что для освобождения от обязательства, принятого под влиянием заблуждения, ошибка должна быть допущена в существе сделки<sup>219</sup> и быть *justus*<sup>220</sup>. Под ошибкой в существе сделки понимается ошибка, которая исключает консенсус. Обычно такая ошибка определяется через категории, которые традиционно выделялись как случаи существенного заблуждения еще со времен римского права и относились к самому обязательству, его содержанию или лицам, между которыми оно возникло<sup>221</sup>. Ошибка в существе сделки ограничивается от менее серьезной ошибки, под которой обычно понимают ошибку в мотиве. Менее серьезные ошибки не влияют на существование договора (если только они не возникли в результате введения в заблуждение, что дает возможность оспорить договор)<sup>222</sup> и не учитываются правом, даже если сторона не заключила бы договор, если бы знала о своей ошибке<sup>223</sup>.

Право ЮАР разграничивает понятия ошибки в существе сделки (*in material matters*) и ошибки в материале (*error in substantia*). Последнее не имеет признания в современной южноафриканской доктрине в качестве отдельно рассматриваемой категории<sup>224</sup>. Ошибки в материале относятся к ошибкам относительно материала, из которого сделан предмет, его качествам или свойствам. Такие ошибки, как правило, не признаются ошибками в существе, а относятся к ошибкам в мотиве<sup>225</sup>.

Категория *justus error* не имеет однозначно устоявшегося содержательного наполнения. Судебная практика в контексте *justus error* учитывает: 1) знание

<sup>216</sup> Van Huyssteen L. F., Maxwell C. J. Contract Law in South Africa. P. 214.

<sup>217</sup> *Saambou-Nasionale Bouvereniging v. Friedman* [1979]. Сторонники субъективного подхода в праве ЮАР говорят о том, что объективный подход смешивает средства доказывания, которые объективно манифестируются (например, поведение, слова и т. д.), с тем, что должно быть доказано (а именно субъективные намерения сторон).

<sup>218</sup> *MacLeod J. Before Bell*... P. 414; *Thomson v. James* [1855]; *Muirhead and Turnbull v. Dickson* [1905]; *Zimmermann R., Visser D., Reid K. «Double Cross»*...

<sup>219</sup> Van Huyssteen L. F., Maxwell C. J. Contract Law in South Africa. P. 215.

<sup>220</sup> В данном контексте можно перевести как «существенная», «обоснованная» или «разумная» (*Hutchison D.*, Contract Formation, in *Zimmermann R., Visser D. Southern Cross*... P. 180; *Van Huyssteen L. F., Maxwell C. J. Contract Law in South Africa*. P. 217.

<sup>221</sup> *Ibid.* P. 215.

<sup>222</sup> *De Vos W. Mistake in Contract*... P. 178; *Van Huyssteen L. F., Maxwell C. J. Contract Law in South Africa*. P. 214.

<sup>223</sup> *Ibid.* P. 216.

<sup>224</sup> *De Vos W. Mistake in Contract*... P. 178; *Van Huyssteen L. F., Maxwell C. J. Contract Law in South Africa*. P. 214.

<sup>225</sup> *Ibid.*

противоположной стороны о заблуждении; 2) возникновение ошибки под влиянием введения в заблуждение; 3) извинительность заблуждения. Таким образом, требование *justus error* через применение различных критериев направлено на защиту доверия и ожиданий противоположной стороны, но такая защита является косвенной, т. е. вопрос о защите интересов противоположной стороны ставится не прямо, а косвенно — через вопрос о том, когда заблуждающаяся сторона может освободиться от принятых на себя обязательств. Такая косвенная защита не всегда способна в полной мере защитить интересы противоположной стороны.

В этой связи в современном южноафриканском праве отмечают тенденцию по усилению защиты ожиданий противоположной стороны прямым способом, т. е. путем прямой постановки вопроса о том, подлежат ли интересы противоположной стороны защите. Для этого обращаются к английскому делу *Smith v. Hughes* [1871] и *dictum* судьи Блэкберна (Blackburn J). Если лицо обоснованно полагалось на согласие, то ответственность наступит вне зависимости от того, является ли ошибка обоснованной. Другими словами, данный тест используется в южноафриканском праве, чтобы расширить возможности для защиты ожиданий противоположной стороны и обойти доктрину *justus error*.

Содержание существенной ошибки в праве Шотландии не является идентичным по содержанию ошибке в существе и *justus* ошибке в праве ЮАР.

В праве Шотландии существует два подхода к пониманию существенности заблуждения. Первый подход узко понимает существенное заблуждение. Данный подход использует следующие термины для обозначения существенной ошибки: 1) *essential error*, 2) *error in essentialibus*, 3) *error in substantiate*, 4) *error in substantialibus*. Эти термины используются как тождественные<sup>226</sup>. Вместе с тем в шотландском праве возникают сложности, связанные с определением содержания понятий *essential error* или *error in essentialibus* из-за сходства с понятием существенных условий договора — *essentials of a contract*, т. е. возникает вопрос, должна ли признаваться существенной только такая ошибка, которая допущена в существенных условиях договора. Понятия *error in substantialibus* или *error in substantiate* обычно понимают через традиционные категории заблуждений римского права, т. е. так же, как южноафриканские юристы обычно определяют существенные ошибки (*error in persona*, *error in negotio*).

Второй подход для определения существенности заблуждения является более широким и использует «*but for*» тест, т. е. ошибка признается существенной, когда доказано, что если бы не было допущено заблуждение, то сторона не согласилась бы на заключение договора или заключила бы его на существенно иных условиях. Южноафриканское право не признает категорию существенной ошибки, как определяет право Шотландии через «*but for*» тест, оно лишь устанавливает минимальное требование, чтобы ошибка повлияла на решение о вступлении в договор.

Введение в заблуждение в праве Шотландии и праве ЮАР понимается неодинаково. Обоим правопорядкам знаком такой порок согласия, известный со времени римского права, как *dolus*, и обе системы используют термин *fraud* («обман»).

Однако право Шотландии традиционно проводит четкую границу между пороками согласия, вызванными ошибкой и обманом<sup>227</sup>. В то время как в случаях ошибок имеет значение существенность заблуждения, то в случае обмана существенность или серьезность ошибки не имеет значения. Нельзя однозначно

<sup>226</sup> Walker D. M. Contracts and related obligations in Scotland. P. 234.

<sup>227</sup> Ibid. P. 121–122.



утверждать, что невиновное введение в заблуждение (*innocent misrepresentation* в терминологии английского права) является отдельной самостоятельной категорией в праве Шотландии. Правильнее было бы сказать, что невиновное введение в заблуждение является одним из побуждающих мотивов ошибки (*inductive cause of error*), который учитывается<sup>228</sup>. В Шотландии введение в заблуждение (*misrepresentation*) и ошибка (*error*) уместаются во фразе *error in essentialibus*<sup>229</sup>. Для того чтобы невиновное введение в заблуждение имело правовой эффект по праву Шотландии, оно должно идти дальше, чем в южноафриканском и английском праве, — оно должно порождать *error in substantialibus*<sup>230</sup>.

Современное южноафриканское право под влиянием английского общего права понимает обман уже, чем право Шотландии. Обман приравнивается к намеренному введению в заблуждение (*intentional misrepresentation*), т. е. обманом признается не что иное, как проявление дефекта согласия через введение в заблуждение<sup>231</sup>.

Южноафриканское право позволяет утверждать, что, если (1) менее серьезная ошибка (2) возникла в результате любого введения в заблуждение (обманного, небрежности или невиновного), договор будет оспорим в результате введения в заблуждение и не будет ничтожен в результате ошибки. Как можно заметить, для намеренного введения в заблуждение, которое очевидно является более предосудительным, чем небрежное или невиновное введение в заблуждение, при таком подходе, однако, не установлены более строгие правовые последствия<sup>232</sup>.

#### 4. Правовые последствия заблуждения

Ни в праве Шотландии, ни в праве ЮАР не установлено единого правового эффекта существенного заблуждения<sup>233</sup>. Позиция южноафриканского права заключается в ничтожности договора в случае, если ошибка материальна и *justus*<sup>234</sup>. Право Шотландии как на уровне представителей академического сообщества, так и на уровне судебных решений также предусматривает ничтожность *ab initio* тех договоров, которые заключены под влиянием существенного заблуждения (*essential/substantial error*)<sup>235</sup>. В части менее серьезных ошибок право обеих систем занимает схожую позицию: договор не является ничтожным, но может быть оспорен, если ошибка была вызвана введением в заблуждение<sup>236</sup>. В отношении права ЮАР можно утверждать, что договор является оспоримым в результате менее серьезной ошибки, вызванной введением в заблуждение (обманным, небрежным или невиновным). В праве Шотландии вывод о том, что договор оспорим в результате менее серьезных ошибок, возникших в результате введения в заблуждение, не является общепризнанным. В большинстве случаев договор, заключенный под влиянием заблуждения, признается ничтожным в результате заблуждения, в то время как в ЮАР, напротив, аналогичный договор, заключенный под влиянием заблуждения, признается в большинстве случаев

---

<sup>228</sup> *Brown R.* Treatise on the Sale of Goods.

<sup>229</sup> *Ibid.*

<sup>230</sup> *Hogg M.* Perspectives on Contract Theory from a Mixed Legal System. P. 649.

<sup>231</sup> *Zimmermann R., Visser D., Reid K.* «Double Cross»... P. 122–124.

<sup>232</sup> *Ibid.*

<sup>233</sup> *Ibid.*

<sup>234</sup> *Plessis J., McBryde W. W.* Defects of Consent. P. 137.

<sup>235</sup> *Brown R.* Treatise on the Sale of Goods. P. 412.

<sup>236</sup> *Walker D. M.* Contracts and related obligations in Scotland. P. 280.

оспоримым<sup>237</sup>. Некоторые исследователи отмечают, что в правовом порядке ЮАР суд играет большую роль в вопросе оценки дефектов воли и определения правовой судьбы договора<sup>238</sup>.

## Заключение

Р. Циммерманн отмечал, что рассмотренные смешанные правовые порядки обладают особой идентичностью, которая представляет собой синтез двух важных правовых традиций. Большая сложность системы их источников права влечет за собой перспективу совершенства в той же мере, сколь и опасность хаоса и неопределенности: смешанные правовые системы, помимо всего прочего, могут сочетать в себе как лучшие, так и худшие черты *civil law* и *common law*. Однако во всяком случае они являются очень привлекательными объектами для исторического и сравнительного исследования<sup>239</sup>. Проведенный сравнительный анализ доктрины заблуждения это подтверждает, демонстрируя в рамках указанной доктрины варианты сложного синтеза элементов общего права и континентальной цивилистической традиции, которые трудно охарактеризовать однозначно.

С точки зрения российского права проведенный анализ может быть полезен, поскольку, во-первых, российское право относительно недавно заимствовало (с определенными модификациями) из английского права институт заверений об обстоятельствах (*warranties and representations* в терминологии английского права), поэтому важно обратить внимание на то, как работают и сочетаются элементы доктрины существенного заблуждения и элементы доктрины введения в заблуждение в двух рассмотренных выше смешанных юрисдикциях; во-вторых, значимым является опыт, связанный с гибким сочетанием узкого подхода к пониманию существенного заблуждения, традиционно определяющим его через категории, установленные еще в римском праве, и с широким подходом — через использование критерия каузальности («*but for*» тест), при котором достаточно установить минимальное требование для признания заблуждения существенным, а именно влияние ошибки на решение по договору.

Статья поступила в редакцию 1 декабря 2022 г.  
Рекомендована к печати 12 февраля 2023 г.

## The doctrine of error in Scotland and the South African Republic

*P. V. Kornilina*

**For citation:** Kornilina, Polina V. 2023. The doctrine of error in Scotland and the South African Republic. *Pravovedenie* 67 (2): 137–173. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2023.202> (In Russian)

The article presents the results of a comparative-legal analysis of the doctrine of error at the contract conclusion in the mixed jurisdictions of Scotland and the South African Republic. The jurisdictions in question were significantly influenced by the continental civil law tradition as well as the common law tradition. The civil doctrine was taken as the basis for the formation of the doctrines of error in the law of Scotland as well as in the law of South Africa and subsequently

<sup>237</sup> *Van der Merwe S., Van Huyssteen L.* The Force of Agreements: Valid, Void, Voidable, Unenforceable? // *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law*. No. 58. P. 551.

<sup>238</sup> *Smith T. B.* A Short Commentary on the Law of Scotland. P. 810; *Van der Merwe S., Van Huyssteen L. F.* The Force of Agreements... P. 549, 566; *Plessis J., McBryde W. W.* Defects of Consent. P. 138.

<sup>239</sup> *Циммерманн Р.* «Двойной перекресток»... С. 174.

underwent the influence of common law. In view of this similar doctrine development, both systems face similar problems: namely, the development of criteria for distinguishing a significant error from an insignificant one, as well as determining the exact amount of exemption from obligations assumed by a party to the contract under the influence of a significant error. Thus it is of interest to consider how the mixed nature is reflected in the doctrine of error, to the formation of which legal structures it has led to and to compare how each of the considered jurisdictions manage to solve similar problems arising. The author established a legal analysis of the mixed systems of Scotland and South Africa Republic, noting their proximity. The main issues of the doctrine of error are analysed, in particular, the content of the concepts of “material error” and “*justus error*” in the law of South African Republic, and the concepts of “*essential error*” / “*error in substantialibus*”, as well as “but for” test in Scottish law. The influence of the introduction of misrepresentation (in the terminology of English law) on the doctrine of error (mistake in the terminology of English law) in the legal jurisdictions of Scotland and South Africa is considered. Also the legal consequences of a significant error are analysed. Despite the lack of clear established legal consequences of the significant error in the legal jurisdictions in question, Scottish law stands for voidness, while South African law tends toward voidability.

*Keywords:* contract, error, error, material error, material error, mixed jurisdictions.

## References

- Anson, William. 1910. *Law of Contract*. 12<sup>th</sup> ed. Oxford.
- Bamford, Brian R. 1955. Mistake and Contract. *South African Law Journal*. 72 (2): 165–69.
- Barnard, Alfred J. 2006. *The South African Law of Contract: a Critical Evaluation*. Pretoria, University of Pretoria. Available at: <https://www.repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/25640/02chapter3.pdf?sequence=3&isAllowed=y> (accessed: 01.09.2022).
- Bell, Georg J. 1870. *Commentaries of the Law of Scotland* 1. 7<sup>th</sup> ed. Edinburg. T. & T. Clark. Available at: [https://books.google.ru/books?id=hEYtAQAAAMAAJ&pg=PA302source=gbs\\_toc\\_r&cad=3v=onepage&q&f=false](https://books.google.ru/books?id=hEYtAQAAAMAAJ&pg=PA302source=gbs_toc_r&cad=3v=onepage&q&f=false) (accessed: 01.09.2022).
- Bell, Georg J. 1899. *Principles of Law of Scotland*. 10<sup>th</sup> ed. Edinburgh, Morrison and Gibb Limited. Available at: [https://www.archive.org/stream/BellPrinciplesOfTheLawOfScotland10thEd1899/BellPrinciples10thEd1899\\_djvu.txt](https://www.archive.org/stream/BellPrinciplesOfTheLawOfScotland10thEd1899/BellPrinciples10thEd1899_djvu.txt) (accessed: 01.09.2022).
- Bogdanovskaya, Irina Y. 2017. Mixed Jurisdictions as an Object of Comparative Law Research. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*. No. 6. (In Russian)
- Bradfield, Graham. 2016. *Christie's Law of Contract in South Africa*. 7<sup>th</sup> ed. Cape Town, LexisNexis.
- Brown, Richard. 1911. *Treatise on the Sale of Goods*. 2<sup>nd</sup> ed. Edinburg: Green.
- Cairns, John W. 1998. Academic Feud, Bloodfeud, and William Welwood: Legal Education in St. Andrews, 1560–1611. Part I. *Edinburgh Law Review 2: 1560–1611*.
- Danielyan, Artem S. 2016. The phenomenon of mixed legal systems as an example of the convergence of legal cultures. *News of the Tula State University*. Economic and legal sciences: 157–164. (In Russian)
- De Vos, Wouter. 1976. *Mistake in Contract. Essay in Honour of Ben Beinart*. *Acta Juridica*. 1976. 177–192.
- Du Plessis, Jacques. 2019. Comparative Law and Study of Mixed Legal Systems. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford, Oxford Handbooks. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.013.15>
- Du Plessis, Jacques, McBryde, William W. 2005. Defects of Consent. *Mixed Legal Systems Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*. Zimmermann, Reinhard, Visser, Daniel., Reid, Kenneth. (eds). Oxford.
- Evans-Jones, Robin. 1998. Receptions of Law, Mixed Legal Systems and the Myth of the Genius of Scots Private Law. *Law Quarterly Review* 114: 228–249.
- Furmston, Michael. P. 1996. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*. 13<sup>th</sup> ed. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths.
- Gloag, William M. 1929. *The Law of Contract. A treatise on the Principles of Contract in the law of Scotland*. 2<sup>nd</sup> ed. Edinburgh, W. Green & Son Ltd, Law Publisher.
- Gow, James. 1952. Mistake and Error. *International & Corporation Law Quarterly* 1. 472–483.
- Grafshonkina, Anastasia A. 2016. *The evolution of institutions of state and law in Scotland: dissertation PhD*. Moscow, RUDN. (In Russian)

- Hogg, Martin. 2009. Perspectives on Contract Theory from a Mixed Legal System. *Oxford Journal of Legal Studies* 29, 4: 643–673.
- Hutchison, Dale, Van Heerden, B.J. 1987. Mistake in Contract: A Comedy of (Justus) Error. *South African Law Journal* 104, part 4.
- Jethro, Paul J. D. 1996. *Reliance protection as the Basis of Contractual Liability: thesis of master of law*. University of South Africa. Available at: [https://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/17011/dissertation\\_jethro\\_pjd.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/17011/dissertation_jethro_pjd.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (accessed: 01.09.2022).
- Joubert D.J. 1987. *General Principles of the Law of Contract*. Cape Town, Wetton, Johannesburg, Juta & Co Ltd.
- Kramer, Ernst A., Probst, Thomas. 2018. II. Mistake. *International Encyclopedia of Comparative Law Online*. Drobnig U., David, R., Egawa H.H., Graveson R., Knapp V., Mehren A.T.von, Noda Y., Rozmaryn S., Tschchikvadze V.M., Valladão H., Yntema H., Zweigert K. (eds). [https://doi.org/10.1163/2589-24021\\_IECO\\_COM\\_07110](https://doi.org/10.1163/2589-24021_IECO_COM_07110)
- Kritzinger, Konrad M. 1983. M. Approach to Contract: A Reconciliation. *South African Law Journal* 47.
- Lévy-Ullmann, Henri-Léon. 1925. *The Law of Scotland*. Juridical Review. Vol. 37.
- MacCormack, Jeffrey. 1977. Grotius and Stair on promises. *American Journal of Jurisprudence* 22: 160–167.
- MacLeod, John. 2010. Before Bell: the roots of error in Scots Law of Contract. *Edinburg Law Review* 14 (3): 385–417.
- McBryde, William W. 2000. Error. *A History of Private Law in Scotland* 2. Obligations. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198299288.003.0003>
- van der Merwe, Schalk, Van Huyssteen, Louis F. 1995. *The Force of Agreements: Valid, Void, Voidable or Unenforceable?* Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 58.
- van der Merwe, Schalk W.J., Van Huyssteen, Louis F., Reinecke, Michael F.B., Lubbe, Gerhard F., Lotz, Jan G. 1993. *Contract General Principles*. Cape Town, Wetton, Johannesburg, Juta & Co Ltd.
- Rudokvas, Anton D. 2005. Neopandectics and European law (introductory remarks to the discussion). *Ancient law. Yus Antikum* 1 (15): 146–155. (In Russian)
- Smith, Thomas. 1954. English Influences on the Law of Scotland. *The American Journal of Comparative Law* 3 (4): 522–542.
- Smith, Thomas. 1955. *Error in the Scottish Law of Contracts*. *Law Quarterly Review* 71: 507–526.
- Smith, Thomas. 1962. *A Short Commentary on the Law of Scotland*. Edinburgh, W. Green & Son Ltd.
- Thomson, Joe. 1978. *The Effect of Error in the Scots Law of Contract*. *Acta Juridica*: 135–156.
- Trikoz, Elena N. A hybrid legal systems and their place in mixed legal family. *Bulletin of Kutafin University* 4: 91–97. (In Russian)
- van Huyssteen, Louise F., Maxwell, Catherina J. 2021. *Contract Law in South Africa*. 2<sup>nd</sup> ed. The Netherlands. Kluwer Law International BV. Available at: [https://www.books.google.ru/books?id=KjMhEAAAQBAJ&pg=PA217&source=gbs\\_toc\\_r&cad=3v=onepage&q&f=false](https://www.books.google.ru/books?id=KjMhEAAAQBAJ&pg=PA217&source=gbs_toc_r&cad=3v=onepage&q&f=false) (accessed: 01.09.2022).
- Walker, David M. 1985. *Contracts and related Obligations in Scotland*. 2<sup>nd</sup> ed. London, Butterworth.
- Watson, Frederik P. 1899. The Civil Law and the Common Law in Canada. *Juridical Review* 11.
- White, Robin, Willock, Ian, MacQueen, Hector. 2007. *The Scottish Legal System*. Edinburgh.
- Zezekalo, Aleksandr Iu. 2011. *Error in the Transaction*. Tomsk, Tomsk University Publishing House. (In Russian)
- Zimmermann, Reinhard. 1992. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Traditions*. Juta & Co Ltd, South Africa. Kluwer, Deventer, Boston.
- 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. *Ancient law. Ius Antiquum* 2 (16): 164–191. (In Russian)
- Zimmermann, Reinhard. 2005. Roman law and harmonization of private law. *Ancient law. Ius Antiquum* 1 (15): 156–175. (In Russian)
- Zimmermann, Reinhard, Visser, Daniel. 1996. *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*. Oxford, Clarendon Press. Available at: [https://www.books.google.ru/books?id=SErloCP9knIC&pg=PA190&dq=Trollip+v.+Jordaan+\(1961\)&source=bl&ots=gZJvmuhCRc&sig=ACfU3U390mRDDUybL7r7uFKPrjDfBVmwHA&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwiv7Y784s70AhXQQEEAHXPtDjgQ6AF6BAQGEAMv=onepage&q&f=false](https://www.books.google.ru/books?id=SErloCP9knIC&pg=PA190&dq=Trollip+v.+Jordaan+(1961)&source=bl&ots=gZJvmuhCRc&sig=ACfU3U390mRDDUybL7r7uFKPrjDfBVmwHA&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwiv7Y784s70AhXQQEEAHXPtDjgQ6AF6BAQGEAMv=onepage&q&f=false) (accessed: 01.09.2022).

- Zimmermann, Reinhard, Visser, Daniel, Reid, Kenneth. 2005. *“Double Cross”: Comparing Scots and South African Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford, Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199271009.003.0001>
- Zweigert, Konrad, Kötz, Hein. 2000. *Introduction to comparative jurisprudence in the field of private law*. V. I. Moscow, Mezhdunarodnie otnosheniia Publ. (In Russian)

Received: December 1, 2022

Accepted: February 12, 2023

---

*Polina V. Kornilina* — Constitutional Court of the Russian Federation, 1, Senatskaya pl., St. Petersburg, 190000, Russian Federation; [poly.kornilina@yandex.ru](mailto:poly.kornilina@yandex.ru)