ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ (УНИВЕРСИТЕТ) МИНИСТЕРСТВА ИНОСТРАННЫХ ДЕЛ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»

На правах рукописи

Куракин Юрий Михайлович

ТРАНСФОРМАЦИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ ЮЖНО-АФРИКАНСКОЙ РЕСПУБЛИКИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

специальность 5.1.1. Теоретико-исторические правовые науки

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук, профессор
Малиновский Алексей Александрович

Москва — 2026

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ ... 3

ГЛАВА 1. СМЕШАННАЯ ПРАВОВАЯ СИСТЕМА КАК ОБЪЕКТ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО ПОЗНАНИЯ ... 23

1.1. Понятие и классификации смешанных правовых систем ... 23

1.2. Методология исследования смешанных правовых систем ... 41

ГЛАВА 2. ТРАНСФОРМАЦИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ ЮАР ... 63

2.1. Колониальный период и становление правовой системы ЮАР ... 63

2.2. Апартеид и его влияние на правовую систему ЮАР ... 84

2.3. Постапартеидный период: трансформация правовой системы ЮАР ... 116

ГЛАВА 3. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ ЮАР 140

3.1. Источники права в ЮАР ... 140

3.2. Публичное и частное право в ЮАР ... 161

3.3. Конституционный контроль и судебная система ... 190

ЗАКЛЮЧЕНИЕ ... 206

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ ... 209

ПРИЛОЖЕНИЯ ... 230

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность исследования обусловлена широким спектром фундаментальных проблем, связанных с выявлением и характеристикой факторов, определяющих специфику и развитие правовых систем в рамках тенденции взаимодействия государств современного мира. В контексте происходящих процессов глобализации и конвергенции исследование вопросов воздействия названных процессов на государственную и правовую жизнь имеет огромное теоретическое и практическое значение[1]. Существенную роль в этом играют современные политические события, а также «поворот на Восток»[2], который касается в том числе исследований в сфере теории права и сравнительного правоведения[3]. Дело в том, что «поворот на Восток», наблюдаемый последние два года во внешней политике России, значительно изменил ландшафт ее внешнеэкономических связей, что не могло не сказаться на направлениях развития юридического образования, юридической науки и практики.

В качестве значимой причины выбора в пользу исследования именно правовой системы Южно-Африканской Республики (далее — ЮАР) можно назвать двустороннюю заинтересованность Российской Федерации и ЮАР в развитии дипломатических и экономических отношений[4]. Между Российской Федерацией и

---

[1] Марченко М.Н. Государство и право в условиях глобализации / М.Н. Марченко. — Москва, 2009. — С. 6.

[2] Изменение внешнеполитической стратегии Российской Федерации в начале XXI века, связанное с частичной внешнеэкономической и политической переориентацией на страны Азии (см.: Торкунов А.В. Российская политика поворота на Восток : проблемы и риски [Электронный ресурс] / А.В. Торкунов, Д.В. Стрельцов // РСМД. — URL: https://russiancouncil.ru/analytics-and-comments/comments/rossiyskaya-politika-povorota-na-vostok-problemy-i-riski/ (дата обращения: 02.02.20026); Караганов С.А. Поворот на Восток / С.А. Караганов, И.А. Макаров // Журнал Сибирского федерального университета. Серия: Гуманитарные науки. — 2015. — Т. 8. — С. 6–10).

[3] К примеру, на площадке XII Петербургского международного юридического форума одна из сессий была посвящена «праву Востока» (см.: Право Востока : знаем ли мы его? [Электронный ресурс]. — URL: https://legalforum.info/programme/business-programme/5349/ (дата обращения: 10.02.20026).)

[4] По данным МИД России годовой товарооборот между Россией и ЮАР в 2023 г. составил 1,26 млрд долл. США. В январе – апреле 2024 г. объем взаимной торговли оценивался в 260,1 млн долл. США. (см.: Южно-Африканская Республика [Электронный ресурс] // Министерство иностранных дел Российской Федерации. — URL: https://www.mid.ru/ru/maps/za/?FILTER-SECTION=44&COUNTRY_CODE=za /дата обращения: 02.01.20026/).

ЮАР осуществляется доверительный политический диалог на высшем и высоком уровнях. В 2023 г. проведены очные беседы президентов В.В. Путина и С. Рамафозы в Санкт-Петербурге 17 июня в ходе встречи российского лидера с президентами ЮАР, Союза Коморских островов, Сенегала, Замбии, премьер-министром Египта и спецпосланниками президентов Республики Конго и Уганды, а также 29 июля — на втором саммите Россия — Африка[5]. Во внешнеполитическом плане для Москвы и Претории характерна близость подходов к формированию мироустройства на принципах многополярности и уважения международного права, обеспечению ведущей роли Организации Объединенных Наций, урегулированию региональных конфликтов, борьбе с терроризмом. Россия и ЮАР активно координируют свои усилия в рамках БРИКС, «Группы двадцати» и в других многосторонних форматах. При этом, как отмечено в Концепции участия Российской Федерации в объединении БРИКС, «*для Российской Федерации сотрудничество в формате БРИКС — одно из ключевых направлений внешней политики на долгосрочную перспективу*»[6].

Наряду с экономическими, политическими причинами наиважнейшее значение приобретает тот факт, что правовая система ЮАР представляет пример так называемой смешанной правовой системы[7]. Определение понятия «смешанная правовая система» предполагает не просто исследование дефиниции терминов, сопряженных по смыслу со смешанной правовой системой, но и раскрытие теоретического содержания последней. Такое определение по своему существу не может быть ничем иным, как исследованием природы смешанной правовой системы, что предполагает изучение специфики, стадий развития смешанных правовых систем, их компонентов, уровней, места и функций среди родственных правовых явлений, а также причин актуальности и значимости их исследования для

---

[5] Южно-Африканская Республика [Электронный ресурс] // Министерство иностранных дел Российской Федерации. — URL: https://www.mid.ru/ru/maps/za/?FILTER-SECTION=44&COUNTRY_CODE=za (дата обращения: 02.01.20026).

[6] Концепция участия Российской Федерации в объединении БРИКС (утв. Президентом РФ) [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

[7] К примеру, см.: Fombad Ch. Mixed Systems in Southern Africa: Divergences and Convergences / Ch. Fombad // Tulane European and civil law forum. — 2010. — Vol. 25. — P. 1–21.

развития правовой науки[8]. К сожалению, в отечественной доктрине наличествует небольшое количество исследований, в которых рассматривается проблематика смешанных правовых систем. Между тем изучение смешанных правовых систем, анализ их правовой природы, уровней и характера смешения, а также методологии их исследований не только расширяют спектр познаний в государственно-правовой и сравнительно-правовой сферах, но и позволяет взглянуть по новому на традиционные, кажущиеся незыблемыми в отечественной правовой науке понятия и представления о ряде правовых явлений, институтов и концепций с учетом современных тенденций развития права и взаимодействия государств[9].

Классическое определение смешанных правовых систем дал более 100 лет назад Ф.П. Уолтон. Так, смешанная юрисдикция — это правовые системы, в которых романо-германская традиция вступила в определенное согласие с англо-американским правом[10]. Восприятие римско-голландского права сближает южноафриканскую правовую систему с правовой системой Шотландии, где также действует романо-германское право, трансформированное английским. Интересным образом о влиянии английского права и образа жизни на становление и развитие государственности в ЮАР высказывался бывший президент ЮАР — Н. Мандела: «Я был воспитан в британской школе, в то время Британия была домом всего лучшего в мире. Я не отвергаю влияния, которое Британия и британская история и культура оказали на нас»[11]. По верному замечанию Азаровой И.А., «каждая система права берет правовые массивы от обеих европейских традиций и при этом содержит отличительные собственные элементы. В обоих случаях это

[8] Азарова И.А. Смешанные правовые системы: правовой и сравнительно-правовой анализ : дис. … канд. юрид. наук. — Краснодар, 2016. — С. 47.
[9] Там же. С. 5.
[10] Walton F.P. The Scope and Interpretation of the Civil Code / F.P. Walton. — Toronto : Butterworth’s, 1980. — P. 1.
[11] Цит. по: Бжезинский З. Великая шахматная доска / З. Бжезинский. — Москва : АСТ, 2025. — С. 42.

привело к образованию современной правовой системы, которая не является ни чисто цивилистической, ни чисто английской»[12].

Кроме того, вызывает интерес то обстоятельство, что ЮАР в настоящее время представляет яркий пример государства, осуществившего исторический переход от тоталитарной политической системы с господствовавшей идеологией расизма и апартеида к государству с либерально-демократической политической системой[13]. В связи с этим опыт ЮАР представляет научный и практический интерес как наглядный образец краха антидемократических методов государственного управления и общемировой тенденции к построению демократических форм общественной и государственной жизни. Кроме того, сегодня мы наблюдаем становление новой правовой семьи — семьи африканского права, которая складывается в процессе рецепции норм западного права (в большинстве случаев без четкого преимущества одной из ведущих правовых систем), возрождения традиций, влияния религиозных норм, рамок международного права и развития интеграционных процессов[14].

Особый интерес вызывает процесс трансформации правовой системы ЮАР. Трансформация национальных правовых систем в условиях глобализации проявляется прежде всего в их структурном и ценностном усложнении, обусловленном одновременным воздействием процессов заимствования и сохранения правовой самобытности. Как справедливо отмечается в теории, современное развитие права характеризуется конвергенцией, гармонизацией и рецепцией правовых институтов, сопровождающихся расширением источников права и изменением моделей национальных правопорядков[15]. Однако данная трансформация не сводится к механическому усвоению внешних правовых

---

[12] Азарова И.А. Сравнительно-правовой анализ правовых систем Шотландии и южной Африки / И.А. Азарова // Юридический вестник Кубанского государственного университета. — 2015. — № 2. — С. 4–7.

[13] Ильин А.И. Конституция ЮАР 1996 года и права человека и гражданина / А.И. Ильин // Московский журнал международного права. — 2003. — № 2. — С. 106.

[14] Рыжкова Е.А. Становление и развитие права стран Африканского континента: общие вопросы / Е.А. Рыжкова // Право между Востоком и Западом. — 2024. — № 1. — С. 37.

[15] Михайленко Н. М. Трансформация национальных правовых систем в условиях глобализации (проблемы теории) // Известия ТулГУ. Экономические и юридические науки. 2014. №3-2.

элементов: её сущность заключается в поиске баланса между универсальными (глобальными) правовыми стандартами и национально-культурной спецификой, выраженной в правосознании, правовой культуре и традициях общества. Именно в этом контексте приобретает особое значение индигенизация права[16] как ответ на риски утраты правовой идентичности, обеспечивая «обратное движение» — интеграцию традиционных правовых институтов в современную правовую систему. Опыт Южно-Африканской Республики наглядно демонстрирует такую модель трансформации: сочетая рецепцию западных правовых форм с конституционным признанием обычного права, южноафриканский правопорядок формирует гибридную систему, в которой глобализационные процессы не вытесняют, а переосмысляют и институционализируют автохтонные правовые начала[17].

Степень разработанности проблемы. В МГИМО сложилась одна из самых влиятельных и уникальных школ сравнительного правоведения, в рамках которой, как представляется, возможно получить фундаментальный ответ на вопрос о том, в чем заключаются основные особенности правовой системы. Так, проблематике методологии сравнительного права посвящены работы А.А. Малиновского[18]. Особое значение для настоящего исследования имеют его специальные работы, посвященные правовой системе Южно-Африканской Республики, в которых

---

[16] Об этом см.: Кузьмин А. Г., Шумакова Н. И. Индигенизация права: южноафриканский опыт создания правового плюрализма // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». 2023. Т. 23. № 4. С. 89–93.

[17] Об этих процессах см.: пар. 2 Главы 1 настоящего исследования.

[18] Малиновский А.А. Сравнительное правоведение и юрислингвистика: методологическое взаимообогащение / А.А. Малиновский // Актуальные проблемы зарубежного и российского права / под общ. ред. В.В. Блажеева, М.А. Егоровой. — Москва, 2022; Малиновский А.А. Роль юрислингвистики в сравнительно-правовом исследовании / А.А. Малиновский // Актуальные проблемы сравнительного правоведения = Contemporary Issues of Comporative Law : сб. статей. Вып. 1 / отв. ред. А.А. Малиновский, Е.Н. Трикоз. — Москва, 2020. — С. 5–13; Малиновский А.А. Юридический перевод как способ сравнительного исследования уголовного права / А.А. Малиновский // Международное уголовное право и международная юстиция. — 2016. — № 2. — С. 10–14.

анализируются, с одной стороны, особенности системы источников права ЮАР[19], а с другой — развитие прав человека через практику Конституционного суда[20].

Кроме того, становление и развитие права стран африканского континента стало предметом исследований Е.А. Рыжковой[21]. Так, в одной из статей автор выявляет ряд особенностей современного права африканских государств: 1) нестабильность конституций; 2) общедекларативный характер права стран африканского континента; 3) отказ от колониального права; 4) повышенная роль обычая как источника права. В результате Е.А. Рыжкова констатирует, что «сегодня мы наблюдаем процесс становления нового права в странах Африки, которое представляет собой компромисс между традицией и интеграцией в мировые процессы. Следует отметить, что объединение всех правовых систем стран Африки в категорию смешанной или традиционной системы не отражает особенностей современного права этих государств, учитывая их продолжающуюся борьбу за самоопределение»[22].

Проблемам гибридных правовых систем и их месту в смешанном правовом семействе посвящены работы Е.Н. Трикоз[23]. Выявляя особенности природы гибридной смешанной правовой системы, автор отмечает, что «ее нельзя отнести ни к сугубо континентально-правовому сообществу, ни к семье общего права, так как она, находясь в пограничном состоянии, представляет собой правовую систему sui generis, как семья двойных наций, анклав романо-германского права в англосаксонском правовом пространстве. Представителями такой системы в составе “западной” семьи права являются американская Луизиана, канадский Квебек, британская Шотландия, фламандские и валлонские регионы Бельгии,

---

[19] Малиновский А.А. Источники права Южно-Африканской Республики» // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения, 2025, т. 21, №2.

[20] Малиновский А.А. Права человека в Южной Африке сквозь призму решений Конституционного Суда ЮАР // Вестник Московского университета МВД России. 2024. №6.

[21] Рыжкова Е.А. Становление и развитие права стран Африканского континента : общие вопросы / Е.А. Рыжкова // Право между Востоком и Западом. — 2024. — № 1. — С. 30–38.

[22] Рыжкова Е.А. Указ. соч. С. 37.

[23] Трикоз Е.Н. Гибридные правовые системы и их место в смешанном правовом семействе / Е.Н. Трикоз // Вестник университета имени О.Е. Кутафина. — 2017. — № 4. — С. 91–97.

скандинавские и латиноамериканские государства, Южно-Африканская Республика и Филиппины»[24].

Трансформации ведущих правовых традиций в условиях модернизации, превращения аграрных обществ в индустриальные, возникновения наций и национальных государств посвящен труд Д.Ю. Полдникова[25]. В нем рассматривается становление и развитие наиболее влиятельных национальных правовых традиций Англии (Великобритании), США, Франции и Германии, которые определили модели и правовой стиль западного права. Правовая модернизация Японии, Китая, Индии, стран Ближнего Востока представлена как результат рецепции и адаптации в контексте восточных традиций элементов романо-германского, англо-американского и советского права.

Различные аспекты понятия и содержания правовой системы, типологии и классификации правовых систем современности, вопросов сравнительно правовых исследований и их методов затрагивались в работах С.С. Алексеева, В.В. Бойцовой, Л.В. Бойцовой, М.Н. Марченко, С.А. Марковой-Мурашовой, Н.И. Матузова, А.Д. Рудокваса и Ф.Дж. Томаса[26], А.Х. Саидова, В.Н. Синюкова, В.В. Сорокина, Ю.А. Тихомирова.

Проблематике смешанных правовых систем посвящены работы И.А. Азаровой, А.Х. Саидова[27], М.Н. Марченко[28], С.А. Марковой-Мурашовой[29], которые рассматривают этот вид правовых систем в рамках общей классификации правовых систем и отмечают их значимость для сравнительно-правовой науки.

---

[24] Трикоз Е.Н. Указ. соч. С. 95.

[25] Полдников Д.Ю. Сравнительная история зарубежного права : учебник : в 2 т. Т. II. Современные правовые традиции / Д.Ю. Полдников. — Москва : Норма, 2025. — 624 с.

[26] Рудоквас А.Д. Сосуществование и гармонизация различных правовых традиций Южной Африки / А.Д. Рудоквас, Ф.Дж. Томас // Правоведение. — 2023. — Т. 67, № 2. — С. 115–136.

[27] Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности / А.Х. Саидов. — Ташкент, 1988; Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов. — Москва, 1993.

[28] Марченко М.Н. Государство и право в условиях глобализации/ М.Н. Марченко. — Москва, 2009.

[29] Маркова-Мурашова С.А. Смешанные правовые системы / С.А. Маркова-Мурашова // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. — 2006. — № 1(29). — С. 24–31.

Особое значение приобретает диссертационное исследование В.В. Сорокина, который разрабатывает концепцию эволюционного развития правовой системы в переходный период, акцентируя внимание на закономерностях преобразования правовых институтов в условиях системной трансформации[30]. Эта работа важна для настоящего исследования как теоретическая основа анализа изменчивости смешанных и переходных правопорядков.

Л. В. Сокольская в статье о взаимодействии правовых культур рассматривает исторические формы и механизмы правовой аккультурации, показывая, каким образом различные правовые культуры влияют друг на друга в историческом процессе[31]. Значение этой работы состоит в том, что она позволяет концептуализировать смешение правовых элементов не как случайный феномен, а как закономерный результат межкультурного правового взаимодействия.

С. С. Кузнецова в исследовании о правовом обычае в Индии и ЮАР анализирует место обычного права в концепции верховенства права и сопоставляет механизмы его признания в двух смешанных юрисдикциях[32]. Работа особенно значима тем, что раскрывает соотношение официального и «живого» обычного права, а также его роль в современном правопорядке Южной Африки.

Историко-правовые основания южноафриканской правовой системы подробно раскрываются в диссертационном исследовании Д. В. Терешкина, посвящённом режиму апартеида как особой форме институционализации правовой сегрегации[33]. Более широкий идейно-политический контекст развития африканских государств представлен в работах Е. Г. Емельяненко, исследующей панафриканизм и афроцентризм[34], а также К. Готтшалка, анализирующего

---

[30] Сорокин В. В. Концепция эволюционного развития правовой системы в переходный период: дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.01.

[31] Сокольская Л. В. Взаимодействие правовых культур в историческом процессе // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2013. № 4.

[32] Кузнецова С. С. Правовой обычай в концепции верховенства права в Индии и Южно-Африканской Республике (сравнительно-правовое исследование) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2020. № 5.

[33] Терешкин Д. В. Политический режим апартеида в ЮАР: теоретический и историко-правовой анализ: дис. … канд. юрид. наук. 2007.

[34] Емельяненко Е. Г. Панафриканизм и афроцентризм — актуальные тренды XXI века: потенциал симбиоза // Мировая политика. 2024. № 2.

процессы африканской интеграции[35]. Проблематика постколониального развития права и государства в Африке получила отражение в исследовании П. К. Мупендана и В. М. Сапогова, где выявляются ключевые вызовы формирования национальных правовых систем после деколонизации[36].

Вопросы цифровой трансформации современного южноафриканского правопорядка анализируются в исследовании У. М. Мокофе, акцентирующем влияние технологических изменений на правовую систему[37]. Влияние международного права на политико-правовую трансформацию ЮАР рассматривается в работе Ж. К. Нашсименту, что позволяет дополнить анализ внешними нормативными факторами[38].

Наконец, отдельное значение имеют работы, посвящённые роли традиционных и ценностных оснований права: Е. В. Харитонова анализирует применение элементов традиционных этических систем в урегулировании политических конфликтов[39], тогда как Дж. А. Тимкук раскрывает философию убунту как основу африканского коммунитаризма[40].

Среди работ зарубежных компаративистов, переведенных на русский язык, необходимо выделить труды Ж.-Л. Бержеля[41], Р. Давида[42], К. Жоффре-Спинози, К. Осакве, К. Цвайгерта, Х. Кетца[43].

---

[35] Готтшалк К. Шесть десятилетий африканской интеграции: достижения и неудачи // Ученые записки Института Африки РАН. 2024. № 2.

[36] Мупендана П. К., Сапогов В. М. Тенденции и проблемы развития постколониального права и государства в Африке // Московский юридический журнал. 2022. № 2.

[37] Мокофе У. М. Цифровые преобразования южноафриканского правового ландшафта // Journal of Digital Technologies and Law. 2023.

[38] Нашсименту Ж. К. Влияние международного права на трансформацию политической системы в ЮАР: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.10. М.: Институт Африки РАН, 1998.

[39] Харитонова Е. В. Этика и политика в Африке: прецеденты применения элементов традиционных этических систем в урегулировании политических конфликтов (на примере Руанды и ЮАР) // Конфликтология / Nota Bene. 2018. № 3.

[40] Тимкук Дж. А. Диалогический аспект африканского коммунитаризма в философии убунту // Социодинамика. 2017. № 9.

[41] Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель ; под общ. ред. В.И. Даниленко ; пер. с фр. Г.В. Чуршукова. — Москва, 2000.

[42] Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. — Москва, 1988.

[43] Цвайгерт К. Сравнительное частное право: в 2 т. Т. 1: Основы. Т. 2: Договор : неосновательное обогащение : деликт : пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — Москва : Международные отношения, 2010.

Особенностям правовой системы ЮАР посвящены работы следующих зарубежных авторов. Прежде всего стоит отметить работу Hahlo H. R. и Kahn E.[44], в которой произведен обзор истории и структуры правовой системы ЮАР. Книга Du Plessis L. посвящена вопросам толкования законов и юридической интерпретации в контексте южноафриканской правовой системы[45]. Изучению роли судейского усмотрения в Южной Африке в исторической перспективе посвящено исследование Corder H[46]. В книге Chaskalson A., Kentridge S., Klaaren J., Marcus G., Spitz D., & Woolman S. проводится комплексное исследование Конституции ЮАР 1996 года и ее влияния на правовую систему страны[47].

Кроме того, следует отметить также ряд работ, проливающих свет на особенности правовой системы ЮАР[48].

Теоретическая и методологическая основа исследования. Методологическую основу исследования составляют общенаучные методы познания, в частности анализ, синтез, аналогия, абстрагирование и конкретизация, а также специально-юридические методы: догматический метод, заключающийся в систематическом изложении норм права, действующих в настоящее время в той или иной стране[49]. При анализе общего и отличного в смешанных правовых системах и правовых семьях романо-германского и англосаксонского права активно применяется сравнительно-правовой метод. В силу сложности и неоднозначности исследуемой категории наряду с указанными методами и

---

[44] Hahlo H.R. The South African legal system and its background / H.R. Hahlo, E. Kahn. — Cape Town, Wynberg [etc.] Juta, 1968.

[45] Du Plessis L. Re-interpretation of Statutes / L. Du Plessis. — Butterworths, 2002.

[46] Corder H. Judges at Work: The Role and Attitudes of the South African Appellate Judiciary 1910–1950 / H. Corder. — Juta, 1984.

[47] Chaskalson A. Constitutional Law of South Africa / A. Chaskalson et al. — Juta, 1996.

[48] Rautenbach C. Introduction to Legal Pluralism in South Africa / C. Rautenbach, J.C. Bekker // Journal of African Law. — 2008; Fombad C.M. Constitutional Reforms and Constitutionalism in Africa: Reflections on Some Current Challenges and Future Prospects / C.M. Fombad // African Human Rights Law Journal. — 2011; Klug H. The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis / H. Klug // Comparative Constitutional Law and Policy. — Cambridge University Press, 2010; Davies R. The New Constitution and the Future of South Africa's Legal System / R. Davies // South African Law Journal. — 1995; Moseneke D. The Fourth Branch: The Role of the Judiciary in the Enforcement of Human Rights in South Africa / D. Moseneke // Human Rights Quarterly. — 2009.

[49] Шершеневич Г.Ф. Избранное: в 6 т. Т. 4 включая Общую теорию права / Г.Ф. Шершеневич ; вступ. слово, сост. П.В. Крашенинников. — Москва : Статут, 2016. — С. 664.

подходами используется контекстный подход, позволяющий «встроить» смешанную правовую семью в современный ландшафт правовых систем, указать на интеллектуальные и историко-правовые источники, под влиянием которых она возникла либо которые могут более рельефно отобразить присущие ей черты, носящие основополагающий характер.

Исторический метод также широко использовался, поскольку в прошлом могли быть обнаружены причины, по которым общественный строй принял соответствующую юридическую форму[50].

Более того, нами активно применялся социологический метод, так как судебное решение представляет собой социальное, экономическое и этическое суждение о ценности[51]. Обилие источников, посвященных теоретико-правовым исследованиям, предопределило использование критического метода[52].

Целью исследования является выявление доктринальной и компаративной специфики правовой системы ЮАР.

Диссертационное исследование достигает поставленной цели посредством следующих **задач**:

1) Выявить методологические основания анализа смешанных правовых систем, показав специфику южноафриканской модели и ее отличие от классических дихотомий «континентальное — общее право».

2) Проследить историческую эволюцию южноафриканского права, включая воздействие голландского и британского колониального наследия, а также процессы адаптации правопорядка к внутренним условиям общества.

---

[50] Там же. С. 679. Более подробно см.: Третьяков С.В. К проблеме использования исторической аргументации в цивилистической догматике / С.В. Третьяков // Неволин К.А. История российских гражданских законов. Часть первая: Введение и книга первая о союзах семейственных. — Москва : Статут, 2005. — («Классика российской цивилистики»).

[51] Sinzheimer H. Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft / H. Sinzheimer. — München : M. Rieger (G. Himmer), 1909. — S. 27 (цит. по: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 688).

[52] Критический метод выражается в единстве трех его составляющих: (1) осознание неудовлетворительности действующего правопорядка в его целом и в частях; (2) постановку идеала как цели, в направлении которой должно быть произведено преобразование права; (3) нахождение соответствующих мер для перехода от существующего к идеальному (см.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 691–692).

3) Исследовать роль апартеида, обосновав значение перехода к демократическому правопорядку на основе временной Конституции 1993 года и постоянной Конституции 1996 года.

4) Проанализировать систему источников южноафриканского права, уделив особое внимание признанию и институционализации африканского обычного права в качестве важного элемента правового плюрализма.

5) Рассмотреть влияние различных правовых традиций на частное и публичное право ЮАР, выделив особенности романо-голландских конструкций в частноправовой сфере и англо-американских моделей в публичном праве.

6) Охарактеризовать судебную систему ЮАР как ключевой механизм обеспечения единства и эффективности права в условиях его многослойности, а также как гаранта реализации верховенства Конституции и прав человека.

Структура исследования. Диссертация состоит из введения, трех глав, заключения и списка использованных источников.

Во введении обосновывается актуальность исследования, формулируются его цель и задачи, определяется объект и предмет анализа, а также методологические подходы, применяемые при изучении южноафриканского права.

Первая глава посвящена методологическим основам исследования и анализу понятия смешанных правовых систем. Здесь раскрывается специфика южноафриканской модели права, показывается ее отличие от традиционного деления на романо-германскую и англо-американскую семьи, а также подчеркивается значение взаимодействия западных правовых традиций с африканским обычным правом.

Вторая глава рассматривает историческое развитие южноафриканской правовой системы. В ней прослеживается эволюция права от колониального периода через эпоху апартеида к демократическим преобразованиям. Особое внимание уделяется роли временной Конституции 1993 года и Конституции 1996 года, которые обозначили разрыв с апартеидной моделью и закрепили новые ценностные основы правопорядка.

В третьей главе анализируются современные источники права ЮАР. Рассматривается влияние различных правовых традиций на частное и публичное право, а также освещаются характеристики судебной системы ЮАР.

В заключении подводятся итоги исследования, формулируются основные выводы о специфике южноафриканской правовой системы и ее значении для сравнительного правоведения.

В качестве иллюстративного материала в работе представлены два приложения. Первое приложение содержит схему механизма правового регулирования в Южно-Африканской Республике, позволяющую наглядно отразить особенности взаимодействия различных источников права и институтов конституционного контроля в условиях смешанной правовой системы. Во втором приложении представлена схема трансформации правовой системы ЮАР, раскрывающая основные этапы её эволюции и демонстрирующая влияние колониального наследия, режима апартеида и последующих конституционных преобразований на современное состояние южноафриканского правопорядка.

Направления исследования.

11. Развитие и ограничение прав и свобод человека. Юридические обязанности.

31. Современные правовые системы.

30. Право и социально-экономическое развитие общества. Правовая политика.

18. Право и иные социальные регуляторы

19. Источники права. Формы права.

20. Правообразование и правотворчество. Прогнозирование в праве.

21. Правовая система, система права, система законодательства.

23. Правовое регулирование.

24. Понятие, структура и классификация юридических норм.

25. Теория правовых отношений.

26. Реализация права. Применение права. Саморегулирование в праве.

27. Толкование права.

28. Правовое поведение. Законность и правопорядок в современном обществе.

Объектом исследования является правовая система ЮАР.

Предмет исследования — нормы права ЮАР, судебная практика ЮАР, доктрина. Кроме того, анализ понятия смешанных правовых систем предопределяет обращение к правовой природе подобных систем, их типологическому и фактическому разнообразию, а также практическим результатам смешения правовых систем, принадлежащих к отличным правовым традициям.

Хронологические рамки диссертационного исследования обусловлены целью исследования. Прежде всего, развитие правовой системы ЮАР предопределено наиважнейшими историческими событиями. Так, для того чтобы выявить известное влияние английского права на правовую систему ЮАР, надлежит обратиться к периоду Британской колонизации (с 1795 г. – начало XX в.). В 1961 г. Южно-Африканский Союз стал независимой Южно-Африканской Республикой, которая вышла из Содружества наций, возглавляемого Великобританией. Выход был обусловлен неприятием политики апартеида в ЮАР другими членами Содружества, членство ЮАР в Содружестве было восстановлено в июне 1994 г.

Невозможно не обратить внимания на так называемую политику апартеида. В 1948 г. Национальная партия победила на выборах и провела несколько строгих законов, ограничивающих права черного населения: конечной целью этой политики было создание «Южной Африки для белых», в то время как черных предполагалось вовсе лишить южноафриканского гражданства. Итоги данной политики сегрегации мы видим сейчас. Конечно, были затронуты все сферы жизни общества, но больше всего пострадала социальная. ЮАР до сих пор остается страной с резко полярной структурой общества. Именно из-за данной полярности невероятно большого уровня достигла преступность. Также проблемой является

бедность, увеличение неформального сектора экономики и безработица среди местного населения[53].

Как мы уже отмечали, ЮАР в настоящее время представляет яркий пример государства, осуществившего исторический переход от тоталитарной политической системы с господствовавшей идеологией расизма и апартеида к государству с либерально-демократической политической системой. Одним из важнейших этапов конституционного развития ЮАР явилось принятие новой конституции страны 1996 года (Акт № 108 от 1996 года). Конституция была разработана Конституционной Ассамблеей, которая утвердила ЮАР в качестве демократического и суверенного государства[54].

Научная новизна исследования определяется тем, что в ней впервые в отечественной науке предпринята комплексная характеристика южноафриканской правовой системы в контексте ее эволюции от колониального периода до современного этапа.

Кроме того, в работе предложено авторское понимание смешанных правовых систем в узком и широком смыслах. В соответствии с первым значением они представляют системы, находящиеся исключительно под влиянием англо-американского и романо-германского права, тогда как широкий смысл заключается в учете большего количества элементов смешения. Все смешанные правовые системы объединяет, во-первых, особый исторический путь развития, во-вторых, многообразие источников права, в-третьих, конфликтность и коллизионность элементов смешанных правовых систем.

Новизна исследования также заключается в системном анализе источников южноафриканского права с акцентом на признание и институционализацию африканского обычного права.

---

[53] Кораблева А.Е. Правовые меры против политики апартеида и его последствий в ЮАР / А.Е. Кораблева // Океанский менеджмент. — 2024. — № 1С(23). — С. 40–42.

[54] Ильин А.И. Конституция ЮАР 1996 года и права человека и гражданина / А.И. Ильин // Московский журнал международного права. — 2003. — № 2. — С. 106.

Основные положения, выносимые на защиту.

1. Предлагается различать смешанные правовые системы в узком и широком смыслах. В соответствии с первым значением они представляют собой правовые системы, находящиеся исключительно под воздействием англо-американского и романо-германского права (например, Квебек и Луизиана). При этом собственные правовые традиции смешанной юрисдикции минимизируется или упраздняются. Широкий смысл заключается во влиянии на смешанную правовую систему не только англо-американских и романо-германских правовых институтов, но и правового опыта других стран, прецедентов международных судебных органов, а также собственных правовых традиций, закрепленных в действующих правовых обычаях, религиозных источников права различных этносов, а также уникального правосознания и юридического мировоззрения.

2. В гносеологическом плане с методологической точки зрения для объективного исследования правовой системы ЮАР требуется выход за пределы привычных дихотомий «континентальное право — общее право». Доказано, что применительно к правовой системе ЮАР категория «смешанная правовая система» — это не промежуточное явление, а самостоятельная правовая модель, обладающая внутренней юридической логикой и способная к воспроизводству собственных правовых институтов.

3. Южноафриканская правовая система представляет собой уникальную юрисдикцию не только в сравнении с классическими (романо-германской или англо-американской) системами, но и в рамках всей подгруппы смешанных систем (правовые системы Индии, Шотландии и др.). Эволюция правовой системы ЮАР как «смешанной юрисдикции» не сводится лишь к простой рецепции норм романо-голландского (в терминологии некоторых правоведов ЮАР – «римско-голландского») и англо-американского права. В ЮАР происходит органическое переплетение собственных правовых традиций и реципированных из зарубежных юрисдикций правовых новаций, формирующее целостный, хотя и внутренне противоречивый правовой порядок. Это позволяет считать ЮАР полиюридичной правовой системой.

4. Трансформация правовой системы ЮАР прошла несколько этапов.

I этап начинается с основания Капской колонии голландцами в середине XVII века., во время которого сформировался особый правовой и культурный слой: в качестве основы использовалось римско-голландское право.

II этап представляет собой переход колонии под контроль Великобритании в начале XIX века. Британское владычество существенно трансформировало правовую систему, в результате чего усилилось влияние английского права (особенно в процессуальной сфере и публично-правовых институтах).

Во время III этапа Южная Африка уже обладала формальными признаками независимости (в 1910 году был создан Южно-Африканский Союз, а в 1961 году страна провозглашена республикой). Однако апартеид существенно трансформировал правовую систему ЮАР, законодательно закрепив расовую сегрегацию. этот период.

В начале 1990-х годов начался IV этап, ознаменовавший переход от режима апартеида к демократическому государству. Были приняты (временная) Конституция 1993 год, а затем (постоянная) Конституция 1996 года. Эти акты не просто обозначили конец эпохи апартеида, но и стали инструментом глубокой правовой трансформации, задав новые ценностные ориентиры: закрепив права человека в качестве социальной ценности и установив институт конституционного контроля.

5. Современная правовая система ЮАР характеризуется влиянием различных традиций на частное и публичное право. В области частного права сохраняется сильная опора на романо-голландские юридические конструкции, дополненные английскими категориями. В публичном праве решающую роль играют англо-американские модели и современные конституционные стандарты.

6. Особенность правовой системы ЮАР состоит в том, что источником ее трансформации выступает не законодательство парламента, а правотворческая деятельность высших судов. Именно руководящие прецеденты (сформулированные в рамках судейского активизма, который по сравнению с США имеет несравненно большие масштабы) позволяют осуществлять правовые

реформы, развивать систему обычного права и совершенствовать механизм защиты прав человека.

7. Уникальность смешанного характера правовой системы ЮАР проявляется в полиюридичной судебной аргументации, рецепированной из зарубежных юрисдикций. Толкование Канадской хартии прав и свобод служит главным ориентиром для Конституционного суда ЮАР по делам о расовой и социальной дискриминации. Руководящие прецеденты США являются основой в делах о надлежащей правовой процедуре и свободе слова. Немецкий тест на пропорциональность (нем. Verhältnismäßigkeitsprufung) применяется в рамках административного судопроизводства. Прецеденты ЕСПЧ используются как процессуальный ориентир для вынесения справедливых решений Южно-Африканскими судами. Ссылки на решения Верховного суда Индии изобилуют в делах о социально-экономических правах граждан.

8. Африканское обычное право в правовой системе ЮАР является полноценным источником права. Дуализм современного обычного права проявляется в том, что в ЮАР действуют две системы: классическое обычное право (например, старинные зулусские обычаи Лоболо) и «живое» обычное право (к примеру, обычай выбора женщины вождем племени).

9. Специфической чертой правосознания жителей ЮАР является дух Убунту (представление о необходимости гармоничного сосуществования прав и интересов личности, общины и государства), позволяющий на уровне юридического мировоззрения сглаживать противоречия полиюридической правовой системы, справедливо, с африканской точки зрения, применять действующее законодательство, изобилующее нормами западных юрисдикций.

10. Важнейшим направлением эволюции правовой системы ЮАР выступает индигенизация права, выражающаяся в конституционном признании и институционализации обычного африканского права, а также в интеграции традиционных ценностей (в частности, концепции Убунту) в современный правопорядок. Указанный процесс не сводится к простому сохранению правовых традиций, а представляет собой форму трансформации правовой системы в

условиях глобализации, при которой рецепция западных правовых моделей сочетается с переосмыслением и включением автохтонных правовых элементов. Индигенизация, таким образом, обеспечивает сохранение правовой идентичности, одновременно способствуя формированию устойчивого правового плюрализма и повышению легитимности правового регулирования в многонациональном обществе.

Практическая значимость работы. Выводы, полученные в рамках проведенного анализа, могут быть использованы для дальнейших исследований правовой системы ЮАР, в процессе правоприменительной и правоустановительной деятельности и преподавании дисциплин теории государства и права, сравнительного правоведения.

Теоретическое значение диссертационного исследования состоит в том, что сформулированные в нем теоретические положения и выводы развивают и дополняют некоторые разделы общей теории государства и права, сравнительного правоведения, например, такие как понятие и классификация правовых систем, правовая природа и сущность смешанных правовых систем, виды смешанных правовых систем.

Апробация результатов исследования. Результаты настоящего исследования отражены в статьях из списка рекомендованных изданий ВАК:

1. Куракин Ю.М. Конституционные основы трансформации правовой системы южно-Африканской Республики в постапартеидный период / Ю.М. Куракин // Образование и право. – 2025. – № 12. – С. 695-702;

2. Куракин Ю.М. Смешанные правовые системы: анализ на примере ЮАР / Ю.М. Куракин // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2026. – № 1. – С. 102-104;

3. Куракин Ю.М. Апартеид и его влияние на правовую систему Южно-Африканской Республики / Ю.М. Куракин // Право и управление. XXI век. – 2026. – Т. 22. – № 1(78). – С. 82-90.

Обсуждение выводов настоящего исследования становилось предметом дискуссий на российских и международных научных конференциях:

международная конференция «Новые вызовы и возможности частного права» (МГИМО, 2025 г.), международная научно-практическая конференция «Эволюция права» (МГУ им. М.В. Ломоносова, 2023, 2024 г.).

Диссертационное исследование подготовлено на Кафедре теории права и сравнительного правоведения.

ГЛАВА 1. СМЕШАННАЯ ПРАВОВАЯ СИСТЕМА КАК ОБЪЕКТ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО ПОЗНАНИЯ

1.1. Понятие и классификации смешанных правовых систем

Прежде чем приступить к исследованию правовой системы[55] ЮАР, необходимо определить, что представляет смешанная правовая система, поскольку в процессе динамического развития это понятие значительным образом эволюционировало. Так, если на заре развития компаративистики под смешанной правовой системой понималось сочетание систем общего и романо-германского права, то на современном этапе ученые говорят о полиюридической правовой общности, характеризующейся неоднородной правовой регламентацией[56].

Одна из самых выдающихся работ по теме смешанных правовых систем начинается с довольно неутешительных строк: «общепринятого определения смешанной правовой системы никогда не существовало и было бы преждевременно пытаться его предложить…»[57]. Причина состоит в том, что каждая правовая система, относящаяся учеными к смешанному типу, представляет собой уникальный образчик, появившийся в результате особенного исторического развития, исключительных политических процессов, а также эксклюзивного социального контекста. Ведущий компаративист В. Палмер афористически охарактеризовал смешанные правовые системы как «единственного и уникального

---

[55] Нам кажется весьма убедительным подход С.А. Марковой-Мурашовой, в соответствии с которым правовая система с формальной стороны предстает в нормативном (право и вообще нормативная структура общества, выраженная позитивно) и институциональном аспекте (правовая регламентация процедур правотворчества и правореализации). Содержательная сторона выражается в аксиологическом (правовая культура, правопонимание, правосознание, правовой менталитет и т.п.) и историческом аспектах (генезис правовой системы) (см.: Маркова-Мурашова С.А. Национальная правовая система России и типология правопонимания : дис. ... д-ра юрид. наук. — Санкт-Петербург, 2006. — С. 120).

[56] См., например: Напалкова И.Г. Национальные правовые системы: понятие и классификация / И.Г. Напалкова // Российский юридический журнал. — 2021. — № 1. — С. 46–53.

[57] Palmer V. Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family / V. Palmer. — Cambridge University Press, 2012. — P. 7.

ребенка, которому приходится самостоятельно осознавать свою идентичность или наследственность»[58].

Нередко в работах по сравнительному праву термин «смешанные правовые системы» не определяется, по всей видимости, ученые рассчитывают на его интуитивное понимание читателями[59]. Т. Смит описал подобные системы в самых общих чертах в качестве систем романо-германского права, испытавших влияние англо-американского общего права и в результате подчинившихся принципам последнего[60]. Несмотря на столь абстрактное обобщение, оно не является точным и вводит в заблуждение. К примеру, с помощью такого определения вряд ли можно квалифицировать правовую систему Израиля в качестве смешанной правовой системы, поскольку последняя отражает здесь взаимосвязь европейского западного и религиозного восточного права[61]. Кроме того, принимая в качестве центрального определение Т. Смита, складывается превратное представление, будто все смешанные правовые системы изначально принадлежали к романо-германской правовой семье.

В. Палмер выделяет три особенности смешанных правовых систем, которые, по его мнению, помогут сформировать правильное представление об их сущности. В дальнейшем мы неоднократно будем возвращаться к данным характеристикам. Во-первых, обозначим специфические элементы, вступающие в смешение. Так, ученый отмечает, что правовые системы, существующие во всем мире взаимообусловлены различными частями — нормами религиозного права,

---

[58] Palmer V. Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family / V. Palmer (ed.). — Cambridge University Press, 2012. — P. 7.

[59] См., например: Давид Р. Основные правовые системы современности /Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. — Международные отношения, 2002. — С. 30; так, в ведущем отечественном учебнике по сравнительному праву определения понятия смешанной правовой системы отсутствует, тем не менее, к примеру, при рассмотрении эволюции правовой системы Индии Д.Ю. Полдников рассуждает о смешанной (гибридной) правовой системе как о синергии англо-американского общего права, социалистического и персонального индусского права (Полдников Д.Ю. Сравнительная история зарубежного права в 2 т. / Д.Ю. Полдников. — Москва : Норма, 2025. — С. 495).

[60] Smith T.B. The Preservation of the Civilian Tradition in Mixed Jurisdictions / T.B. Smith // University of Puerto Rico Law Journal. — 1966. — Vol. 35. — P. 2–3.

[61] Денисенко В.В. Типология смешанных правовых систем / В.В. Денисенко, Е.Н. Трикоз // Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2018. — № 2(42). — С. 34.

обычным правом, влиянием прецедентного права, но только в смешанных правовых системах наличествует синергия англо-американского общего права и романо-германского[62].

Во-вторых, следует выделить психологическую и количественную оценка. Первый критерий связан с тем, что для ординарного наблюдателя (правоприменителя, законодателя и пр.) смешение будет очевидно. Последний элемент представляется наиболее любопытным, поскольку обозначает некий порог, преодолев который можно говорить о смешении. К примеру, с помощью этой характеристики удается объяснить, почему такие штаты, как Техас и Калифорния, несмотря на наличие признаков романо-германского права, все же остаются в рамках англо-американской правовой семьи, а штат Луизиана характеризуется смешанной правовой системой[63].

В-третьих, отметим структурную особенность. Зачастую в смешанных правовых системах частное право находится под влиянием романо-германской правовой системы, тогда как публичное состоит во власти англо-американской правовой семьи[64]. Это означает, что в сфере частного права система права состоит из семейного права, вещного права, наследственного права и обязательственного права, которое включают в себя все договорные, квазидоговорные и деликтные обязательства. В сфере вещного права подчеркивается различие между владением и правом собственности, между вещными и обязательственными правами, существует *numerus clausus* вещных прав. Принцип *solo consensus obligat* представляется основой для возникновения и исполнения обязательств, а деликтная ответственность в целом основывается на принципе вины (*culpa*). Влияние англо-американского права в публичной сфере означает господство принципов разделения властей, независимости судов, судебного контроля за действиями исполнительной власти, надлежащей правовой процедуры, свободы слова и свободы от произвольного обыска и ареста. В уголовном праве будут

---

[62] Palmer V. Op. cit. P. 8.
[63] Ibid. P. 9.
[64] Ibid. P. 10.

воплощены презумпция невиновности, принцип *nulla poena sine lege* и суд присяжных. Кроме того, влияние англо-американского права сказывается на том, что отдельного Конституционного суда в смешанных правовых системах не будет[65].

Эти три характеристики, по мнению В. Палмера, являются своего рода общим знаменателем для всех смешанных юрисдикций. Разумеется, они несколько абстрактны и требуют дальнейшей проработки. Однако если принять их в качестве надежных критериев, то они позволят отличить «классические» смешанные юрисдикции от широкого спектра гибридных и плюралистических систем.

Интерес представляет взгляд видного компаративиста К. Осакве, который противоречивым образом охарактеризовал смешанные правовые системы. С одной стороны, ученый следует сложившейся в доктрине точке зрения, согласно которой «между романо-германским и англо-американским правом находится смешанное право, т.е. гибридная правовая система, сочетающая элементы романо-германского и англо-американского права, но не считающаяся самостоятельной правовой семьей»[66]. С другой, он называет такие правовые системы «промежуточными», сущность которых заключается в том, что они «основаны на римском праве, но одновременно находятся под сильным влиянием англо-американского общего права. В эту смешанную группу входят штат Луизиана (США), провинция Квебек (Канада), зависимая территория Пуэрто-Рико (США), Шотландия, Южно-Африканская Республика и т.д.»[67] Такая консервативная позиция повторяет гипотезу Т. Смита. Каким образом, руководствуясь данным определением, можно описать смешанную правовую систему Японии, которая представляет своего рода «амальгаму» различных правовых культур, когда китайские, английские, французские, немецкие и американские юридические конструкции и правовые трансплантаты, помимо коренных, традиционно японских, слились воедино и

---

[65] Palmer V. Op. cit. P. 11.

[66] Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах : общая и особенная части : учеб.-практ. пособие / К. Осакве. — 2-е изд., перераб. и доп. — Москва : Дело, 2002.— С. 30.

[67] Там же. С. 31.

образовали «микстовую юрисдикцию»?[68] Полагаем, что это сделать весьма непросто.

Несколько отличается подход французского компаративиста П. Круза, который при классификации правовых систем руководствовался следующими признаками: специфика правового мышления, близость базовых правовых институтов, исторические корни правовых систем[69]. Это позволило ученому выделить романо-германскую, англосаксонскую, социалистическую и смешанную правовую систему, последняя сочетает в себе элементы общего и цивильного права (правовые системы Камеруна, Маврикии, Филиппин, Шотландии, Шри-Ланки, Японии)[70].

В отечественной литературе, напротив, присутствует широкий подход к определению смешанных правовых систем, который позволяет признать любую систему смешанной. Так, Денисенко В.В. и Трикоз Е.Н. понимают под смешанной правовой системой «такую правовую структурную общность, которая объединяет в себе элементы двух или более правовых традиций/семей. Для нее характерны такие черты, как полиюридизм, неоднородность правовой регламентации и юридическая гетерогенность»[71]. Такой подход приводит к тому, что наряду с традиционной классификацией появляется внушительное количество других способов систематизации. Так, в этой же статье авторы говорят о необходимости учета степени рациональности и иррациональности правовых систем, которые должны помочь в определении истинного места той или иной правовой системы[72]. Кроме того, предлагается классифицировать сначала смешанные правовые системы на плюралистические и гибридные, а затем еще и последние разделить на примыкающие смешанные системы и локальные смешанные системы[73]. В определенный момент читатель узнает, что авторы склонны согласиться с

---

[68] Трикоз Е.Н. Роль компаративистики в становлении смешанной правовой системы Японии / Е.Н. Трикоз // Правоведение. — 2023. — Т. 67, № 2. — С. 212.
[69] Cruz P.A. Modern Approach to Comparative Law / P.A. Cruz. — Boston, 1993. — P. 28–30.
[70] Ibid. P. 200.
[71] Денисенко В.В., Трикоз Е.Н. Указ. соч. С. 30.
[72] Там же.
[73] Там же. С. 31.

выдающимся отечественным ученым Ю.А. Тихомировым по поводу существования так называемых «кочующих правовых систем», которые, по мнению авторов, во-первых, составляют содержание локальных смешанных правовых систем, во-вторых, являются результатом перенесения «юридическими чужестранцами» (политические эмигранты, гуманитарные беженцы, переселенцы (мигранты), иностранные студенты, приглашенные специалисты) своей правовой культуры в правовую систему принимающего государства[74]. Далее выясняется, что и в «кочующих правовых системах» можно выделить «макро-кочующие правовые системы», которые полностью поглощают или значительно преобразуют местные национально-правовые системы, оставляя в них лишь традиционные «островки» коренного права[75].

Столь широкий подход вовсе стирает какие-либо сравнительно-правовые ориентиры, поскольку почти каждая правовая система предстает перед исследователем в качестве смешанной системы с уникальными, не поддающимися никакому сравнению, признаками. Например, приглашенный из Англии профессор читает лекции по английскому договорному праву в Германии, правовая система последней тоже приобретает «кочующий» характер. Для избежания подобных курьезов в зарубежной компаративистике и был предложен количественный метод (речь о достаточности влияния одной системы на другую) для определения смешанных правовых систем и главным образом для описания классических смешанных правовых систем[76].

Стоит обратить внимание на определение смешанной правовой системы, которое дает в своем диссертационном исследовании И.А. Азарова[77]. Проведя фундаментальный исторический анализ понятия смешанных систем, ученый приходит к выводу о том, что «самой важной особенностью смешанных правовых систем является их способность создавать единственные в своем роде нормы

---

[74] Денисенко В.В., Трикоз Е.Н. Указ. соч. С. 30.
[75] Там же.
[76] Palmer V. Op. cit. P. 9.
[77] Азарова И.А. Смешанные правовые системы: теоретико-правовой и сравнительно-правовой анализ : дис. ...канд. юрид. наук. — Краснодар, 2016.

вследствие манипулирования и слияния элементов общего и цивильного права. Их смешение временами рождает новые комбинации, которые вначале мутируют и лишь после начинают подавать признаки жизни, эффективно регулируя общественные отношения»[78].

При этом автором предложены уровни смешения, позволяющие определить смешанные системы[79]. Так, на первом уровне происходит смешение основных норм системы и методологии, с помощью которой эти нормы применяются. На следующем уровне смешение касается непосредственно самих норм. Речь идет о различии между нормами публичного и частного права. «Нормы конституционного и административного права, традиционно относящиеся к отрасли публичного права, практически во всех смешанных системах получены из традиции общего права. В то же время частноправовые нормы цивильны по своей природе»[80]. Наконец, третий уровень заключается в том, что смешение происходит в рамках частного и публичного права. К примеру, одни частноправовые нормы восприняты из традиции цивильного, а другие — из традиции общего права.

Если внимательно изучить предложения И.А. Азаровой, можно отчетливо увидеть подходы В. Палмера, рассмотренные ранее. Тем не менее важной особенностью подхода отечественного исследователя является констатация того, что «смешанные правовые системы сегодня занимают самостоятельное место в классификации правовых систем и образуют современную правовую семью наряду с общепризнанными правовыми семьями романо-германского, англосаксонского, исламского, скандинавского и прочего права»[81].

Заслуживает внимания подход одного из известнейших компаративистов современности — Р. Циммермана. Так, размышляя о понятии смешанных правовых систем, ученый пишет, что все национальные правовые системы

---

[78] Азарова И.А. Смешанные правовые системы: теоретико-правовой и сравнительно-правовой анализ : дис. ...канд. юрид. наук. — Краснодар, 2016.
[79] Там же. С. 58–59.
[80] Там же.
[81] Там же. С. 63.

являются в той или иной мере смешанными[82]. Однако, если понятие смешанных правовых систем применяется в таком широком смысле, оно, по мнению теоретика, вряд ли пригодится для таксономии правовых систем. Эта мысль находит подтверждение в одном из исследований: «Говорят, что шотландское право относится к семье смешанных правовых систем. В определенном смысле это бесполезное определение, поскольку все правовые системы являются в некоторой степени “смешанными” по историческому происхождению, совмещая или противопоставляя множество элементов, таких как обычное право, церковное право, римское право или судейское право»[83].

По этой причине Р. Циммерман предлагает выделять широкое и узкое понимание смешанных правовых систем. В широком смысле под такими системами принято понимать правовые системы, состоящие из элементов основных правовых семей, признанных сегодня (романская и германская правовые семьи объединяются под заголовком «романо-германское право»). Таким образом, немецкое, французское, голландское или итальянское право не являются примерами смешанных правовых систем, а правовые системы Алжира (романо-германское и исламское право), Пакистана (англо-американское и исламское право), Филиппин (романо-германское и англо-американское право), Мозамбика (романо-германское и хтоническое право) или Израиля (романо-германское, англо-американское и религиозное право) являются таковыми[84].

В узком смысле под смешанными правовыми системами понимают системы, находящиеся исключительно под влиянием англо-американского и романо-германского права. Как указывает Э. Рид: «Общая черта "смешанных" правовых систем в том, что они, как говорят, содержат два основных компонента, которые представляют традицию романо-германского права континентальной Европы и

---

[82] Zimmermenn R. Mixed Legal System [Электронный ресурс] / R. Zimmermenn. — URL: https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Mixed_Legal_Systems (дата обращения: 02.12.20025).

[83] Рид Э. Эволюция шотландского права как смешанной правовой системы / Э. Рид // Вестник гражданского права. — 2015. — № 4. — С. 145.

[84] Zimmermenn R. Mixed Legal System [Электронный ресурс] / R. Zimmermenn. — URL: https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Mixed_Legal_Systems (дата обращения: 02.12.2025).

России, с одной стороны, и англо-американского общего права — с другой»[85]. В качестве примера Р. Циммерманн приводит Филиппины, Пуэрто-Рико, Кипр, Маврикий, Таиланд и Сейшельские Острова, но основными членами этой группы являются Шотландия, Южная Африка, Луизиана, Квебек и Израиль. «Оживленный интерес, — пишет ученый, — который в последнее время вызывают смешанные правовые системы в этом узком смысле, очевидно, подогревается якобы фундаментальной дихотомией между романо-германской и англо-американской традициями, которая сегодня все чаще ставится под сомнение»[86].

Далее теоретик задается актуальным вопросом: можно ли здесь говорить о существовании третьей (особой) смешанной правовой системы? Ранее отмечалось, как в зарубежной, так и в отечественной компаративистике наличествует взгляд, согласно которому смешанные правовые системы представляют собой особую (третью) правовую систему, наряду с романо-германской и англо-американской традицией. Учитывая значительные различия между правовыми системами, относящимися к смешанным, это не так уж очевидно. Право Квебека и Луизианы, в отличие от права Южной Африки и Шотландии, кодифицированы, а Израиль в настоящее время готовит кодификацию своего частного права. Правовая система Израиля (на которую частично влияет религиозное право) сначала — после 1948 года — тяготела к англо-американской традиции и постепенно приблизилась к миру романо-германского права. В большинстве случаев процесс протекает в обратном направлении: романо-германская правовая система постепенно попадает под влияние англо-американской традиции. «Тот факт, что основные смешанные системы, упомянутые выше, в основном развивались независимо друг от друга, является еще одним препятствием для признания независимой правовой семьи. По этой причине также сложно делать общие заявления, которые были бы справедливы для всех смешанных систем»[87].

---

[85] Рид Э. Указ. соч. С. 145.
[86] Ibid.
[87] Zimmermenn R. Mixed Legal System [Электронный ресурс] / R. Zimmermenn. — URL: https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Mixed_Legal_Systems (дата обращения: 02.12.20025).

Интерес представляет классификация правовых систем, предложенная У. Маттеи в его знаменитой статье[88]. В основу разграничения положена роль права как инструмента социальной организации в веберианском смысле. Описать этот подход можно так: во всех обществах существуют три основных источника социальных норм или социальных стимулов, влияющих на поведение индивида — политика, право (или профессиональное право) и философская или религиозная традиция (общий термин — традиция)[89]. Правовые системы можно классифицировать по трехсторонней схеме в зависимости от того, какой источник социального поведения играет в них ведущую роль. Основное эпистемологическое допущение его работы заключается в том, что не только право в западном понимании, но и политика и традиция являются примерами социальной регуляции. Используя антропологическую терминологию, любая модель социального контроля является правом[90]. Столь широкая постановка вопроса позволяет включить в орбиту сравнительно-правовых исследований не только западные правопорядки, но и изучить системы других государств. Сам же У. Маттеи так охарактеризовал актуальность своего исследования: «Существующие классификации правовых семей, помимо того, что они в значительной степени ориентированы на Евро-Америку, нуждаются в пересмотре, поскольку геоправовая карта мира существенно отличается от карты, составленной Рене Давидом»[91]. В результате ученый иначе выстраивает всю архитектуру сравнительно-правового дискурса, влияет на определение смешанных правовых систем, поскольку оказывается, что такими признаются правовые системы, в которых соединяются различные источники социальных норм и стимулов, влияющих на поведение индивидов[92]. Более того, привычные для исследователей классические примеры

[88] Mattei U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems / U. Mattei // The American Journal of Comparative Law. — 1997. —Vol. 45, No. 1. — P. 5–44.
[89] Ibid. P. 12.
[90] Ibid. P. 13.
[91] Ibid. P. 10.
[92] Mattei U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems / U. Mattei // The American Journal of Comparative Law. — 1997. —Vol. 45, No. 1. — P. 40–43. В самой статье У. Маттеи его идеи схематично изображены в известном «треугольнике У. Маттеи», где на краю

смешанных юрисдикций вроде систем Луизианы и Шотландии вполне укладываются в рубрику «профессионального права». По мнению В.А. Слыщенкова, позиция У. Маттеи видится не совсем точной: «…ни политика, ни традиция как таковая не есть право, но лишь рассматривается как право, т.е. со стороны юридических функций соответствующей системы. Поэтому предложенная классификация сравнивает скорее не социальные регуляторы как разное право, а общественную значимость права как особого социального регулятора — от наименьшей в системах традиционного права до наибольшей в системах профессионального права»[93].

В научной литературе наряду с термином «смешанная правовая система» также встречается определение «смешанная юрисдикция»[94]. Как правило, последним обозначается территория, в рамках которой существует смешанная правовая система и действуют ее норму, а не само внутреннее содержание смешанной правовой системы. Таким образом, эти два термина соотносятся между собой как форма и содержание[95]. Разграничение указанных понятий и уяснение их смысла приобретает фундаментальное значение в настоящем исследовании.

Таким образом, в самом общем виде смешанную правовую систему можно определить как такую систему, которая сочетает в себе элементы нескольких различных правовых систем (романо-германская, а также англо-американская правовые системы). При этом важнейшее значение приобретает количественная характеристика, руководствуясь которой можно установить масштабы смешения. К сожалению, без данного принципа любое построение классификаций обречено на неудачу. Однако отметим, что речь идет об определении понятия в узком смысле. Справедливости ради стоит сказать, что в широком смысле к смешению

углов располагаются три основных источника социальных норм — право, политика, традиция (Ibid. P. 44).

[93] Слыщенков В.А. Методы сравнительного правоведения / В.А. Слыщенков // Проблемы постсоветской теории и философии права: перспективы свободного общества : сб. статей. — Москва : Юрлитинформ, 2018. — С. 260–261.

[94] В качестве примера можно привести статью Элспета Рида (см.: Рид Э. Эволюция шотландского права как смешанной правовой системы / Э. Рид // Вестник гражданского права. 2015. — № 4).

[95] Азарова И.А. Указ. соч. С. 50.

приводит не только взаимовлияние романо-германской и англо-американской систем, но также синергия иных элементов.

Разнообразие смешанных правовых систем делает выделение общих признаков крайне затруднительной задачей. Тем не менее в результате подробного анализа можно выявить несколько важных, присущих каждой смешанной правовой системе, характеристик.

Во-первых, отметим особый исторический путь. Подобный критерий действительно отличает многие смешанные правовые системы. Так, одни смешанные системы формировались в эпоху апогея колониализма[96]. «Семья смешанных правовых систем направляет исследователя сравнительного права в увлекательное путешествие, которое по большей части следует основным торговым путям и империалистическим амбициям Европы XVII и XVIII вв. В этих экзотических портах назначения — Южная Африка, Квебек, Луизиана, Пуэрто-Рико, особенно Филиппины — правоведы увидели кажущееся гармоничным сочетание традиций общего права и гражданского права, прежде чем обратиться к портам метрополий»[97]. Особый исторический процесс происходил в Шотландии, правовая система которой является классическим образцом смешанной правовой системы. Так, особенность этой системы проистекает из тесных культурных и политических связей государства на разных этапах его эволюции одновременно и с европейскими континентальными странами, и с Англией[98]. Таким образом, формирование смешанных правовых систем происходило либо в результате политики колониализма, либо путем своеобразной естественной эволюции. Во всяком случае, каждый из процессов представляет собой уникальный исторический путь.

Во-вторых, вызывает интерес многообразие и противоречивый характер источников права. К примеру, в ЮАР эту особенность можно описать так: «Понятийно-категориальный аппарат и структура южноафриканского права по-

---

[96] Reid K.G.C. The Idea of Mixed Legal Systems / K.G.C. Reid // Tulane Law Review. — 2003. — Vol. 78. — P. 5, 8.
[97] Рид Э. Указ. соч. С. 145.
[98] Там же.

прежнему основаны на римском праве. Семья общего права продолжает влиять на правоприменительную практику, процессуальные нормы, вопросы судоустройства, статус судей и адвокатов»[99]. В смешанных правовых системах позитивной формой выражения права являются нормы закона, нередко созданные на основе разных правовых традиций, решения судов, обычаи, важнейшие английские прецеденты.

В-третьих, целесообразно отметить конфликтность и коллизионность элементов смешанных правовых систем. Дело в том, что нередко на решение социального конфликта претендуют сразу два (а в некоторых обстоятельствах больше) конфликтующих элемента из разных правовых традиций. Именно на суды возложена роль разрешения указанных коллизий. В доктрине для взаимовлияния столь конфликтующих элементов даже был разработан специальный термин «полиюральность» (англ. polyjurality) — это эффект взаимодействия или взаимного влияния автохтонного права и иностранного права в социально-правовом контексте, отличном от того, из которого возникло иностранное право. Полиюральность является следствием массовой рецепции иностранного права, происходящей двумя альтернативными способами: либо спонтанной рецепцией, либо навязыванием со стороны колониальной державы[100].

В качестве примера можно привести известное дело, рассмотренное Конституционным судом ЮАР *Du Plessis v. De Klerk* (1996)[101], в котором рассматривался вопрос о прямом применении норм временной Конституции ЮАР в спорах частных лиц[102]. Дело в том, что традиция общего права предполагала ограниченное применение норм конституции в частных спорах, тогда как романо-германская традиция допускала их более широкое применение. В результате Конституционный суд ЮАР вынужден был применить два конфликтующих

---

[99] Денисенко В.В., Трикоз Е.Н. Указ. соч. С. 35.

[100] Andò B. As Slippery as an Eel? Comparative Law and Polyjural Systems / B. Andò // Palmer V.V., Mattar M.Y. Mixed Legal Systems, East and West (1st ed.). — Routledge, 2015. — P. 4.

[101] Du Plessis and Others v De Klerk and Another [1996] ZACC 10 (15 May 1996) [Электронный ресурс]. — URL: https://lawlibrary.org.za/akn/za/judgment/zacc/1996/10/eng@1996-05-15 (дата обращения: 12.11.20025).

[102] Далее в диссертационном исследовании это решение рассматривается более подробно.

подхода и постановил, что нарушение конституционных прав может служить основанием для исков частных лиц друг к другу. Похожие коллизии можно встретить и в иных смешанных юрисдикциях[103].

Таким образом, эти три черты, по нашему мнению, объединяют многие смешанные правовые системы. Все многообразие смешанных систем обусловливает необходимость выработать их непротиворечивые классификации, которые помогли бы лучше уяснить различия между ними. Разумеется, само по себе классификация не является самоцелью, как верно выразился У. Маттеи, «она является средством обогащения нашего сравнительного понимания правовых систем. Следовательно, ни одна классификация не может претендовать на универсальность…»[104].

Итак, используя в качестве критерия элементы смешения[105], все смешанные системы (в широком смысле) могут быть классифицированы следующим образом: в основу первого параметра может быть положена синергия англо-американского и романо-германского права. Строго говоря, к таким системам можно отнести правовую систему Шотландии, систему провинции Квебек, а также систему Луизианы[106]. В узком смысле именно такие системы относятся к смешанным.

Вторая классификация ставит акцент на смешении традиционного права и преимущественно англо-американской правовой традиции. В этих системах традиционные обычаи и обряды коренных народов сосуществуют с общим правом, часто привнесенным колонизаторами. Сюда можно отнести правовые системы Ганы, Кении, а также Индии.

Третья классификация связана со смешением религиозного права и преимущественно англо-американской правовой традиции. К подобного рода правовым системам относится, во-первых, правовая система Пакистана, где

---

[103] Более подробно обзор в работе В. Палмера (см.: Palmer V. Op. cit. 728 p.)

[104] Mattei U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems / U. Mattei // The American Journal of Comparative Law. —1997. — Vol. 45, No. 1. — P. 8.

[105] Сразу же отметим, что речь идет не о всяком смешении элементов, а лишь о таком, в котором сила смешения преодолевает количественный предел (по В. Палмеру).

[106] Andò B. As Slippery as an Eel? Comparative Law and Polyjural Systems / B. Andò // Palmer V.V., Mattar M.Y. Mixed Legal Systems, East and West (1st ed.). — Routledge, 2015. — P. 3–14.

мусульманское право (шариат) действует наряду с общим правом, заимствованным из английской традиции, во-вторых, правовая система Малайзии, в которой исламское право применяется в семейных и наследственных отношениях, в то время как англо-американское право регулирует большую часть частного права[107].

В некоторых правовых системах наиболее отчетливым представляется смешение романо-германского права с элементами религиозного права (четвертая классификация). В качестве примера можно привести правовую систему Ливана, где религиозные суды разных конфессий рассматривают семейные и наследственные дела, а романо-германское право действует в остальных сферах. Сюда же можно отнести правовую систему Израиля, несмотря на тот факт, что здесь наличествует синергия трех элементов (англо-американского, романо-германского и религиозного права), однако, по существенному замечанию Р. Циммермана, правовая система Израиля все больше тяготеет к романо-германской традиции[108].

Пятая классификация позволяет выделить смешанные системы с интеграцией традиционного и религиозного права (при незначительном влиянии англо-американской правовой традиции). Речь идет о правовой системе Нигерии, где традиционное африканское право действует параллельно с исламским правом (в северных регионах) при незначительном влиянии английского права.

В качестве шестой классификации можно выделить системы, в которых произошло смешение романо-германского, англо-американского и традиционного права (при значительном влиянии последнего). К таким системам относятся правовая система ЮАР, Филиппин, а также правовая система Шри-Ланки. Стоит отметить, что подобные системы сформировались в бывших колониях, где правовые традиции метрополий смешались с местным правом.

---

[107] Стрельникова А.В. Влияние норм и принципов шариата на формирование коллегии арбитров на примере Саудовской Аравии и Малайзии / А.В. Стрельникова // Третейский суд. — 2023. — N 3/4. — С. 124–142.

[108] Zimmermenn R. Mixed Legal System [Электронный ресурс] / R. Zimmermenn. — URL: https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Mixed_Legal_Systems (дата обращения: 02.12.20025).

Наконец, последняя классификация представляет собой смешение социалистической правовой системы и англо-американской или романо-германской правовой системы. Ярким примером представляется правовая система Вьетнама, где социалистическая правовая традиция находится под влиянием французского права[109].

Похожую классификацию можно обнаружить в трудах отечественных ученых. Так, Е.Н. Трикоз, опираясь на данные исследователей из Университета Оттавы (Канада), выделяет следующие группы правовых семейств смешанного типа: «континентального и общего права; континентального и обычного права; континентального и мусульманского права; общего и обычного права; общего и мусульманского права; континентального, мусульманского и обычного права; общего, мусульманского и обычного права; континентального, общего и обычного права; общего, континентального, мусульманского и обычного права; континентального, общего, иудейского и мусульманского права; мусульманского и обычного права»[110].

Подобная концентрация на элементах смешения позволяет выделить эти элементы, но не дает возможности каким-либо образом выстроить классификации на более высоком уровне абстракции. Это обстоятельство побудило Е.Н. Трикоз предложить более общие классификации, в частности, ученый в зависимости от превалирующей правокультурной традиции выделяет гибридные и плюралистические правовые системы[111]. При этом первые условно можно разделить на системы французской группы и голландской группы. Так, во французскую группу входят Квебек, Луизиана, Сейшелы, Сент-Люсия, Маврикий. Эта группа отличается кодифицированной французской моделью и более устойчива к проникновению общего права. Напротив, голландская группа (Шри-

---

[109] Нгуен К.З. Семья и право — основа современного государства (на примере Социалистической Республики Вьетнам) / К.З. Нгуен, Е.Г. Багреева // Семейное и жилищное право. — 2024. — N 3. — С. 12–15.

[110] Трикоз Е.Н. Гибридные правовые системы и их место в смешанном правовом семействе / Е.Н. Трикоз // Вестник Университета МГЮА им. О.Е. Кутафина. — 2017. — № 4. — С. 94.

[111] В следующем параграфе эта классификация обсуждается более подробно.

Ланка, ЮАР и пять других стран Африки), характеризуется некодифицированным римско-голландским правом и судейским правотворчеством[112].

Важно учитывать, что в действительности нет и не может быть законченной правовой классификации и любая выделяющаяся при этом правовая семья неизбежно будет иметь относительный характер[113].

Большой интерес представляют как понимание, так и классификация смешанных правовых систем, предложенные выдающимся теоретиком Э. Орюцю (E. Örücü)[114]. Ее подход некоторым образом отличается от ранее упоминавшейся позиции В. Палмера. Если последний сосредотачивается на элементах смешения, как по большому счету сделали и мы, когда приводили известные классификации, то Э. Орюцю попыталась сформулировать теорию, описывающую непосредственно результат смешения элементов[115]. В. Палмер рассматривает набор институтов, принципов и правил, принятых на определенной территории (нередко употребляя термин «смешанные юрисдикции»), в то время как анализ Э. Орюцю выходит за рамки национального государства. Ученый рассматривает все виды смешанных систем на государственном, внутригосударственном и наднациональном уровнях. В связи с этим в доктрине получила развитие точка зрения, согласно которой подход В. Палмера основан на исключении (поскольку исследуемые системы ограничены определенной территорией). В то же время ключевое слово, которое лучше всего резюмирует подход Э. Орюцю, противоположно исключению — расширение[116].

В результате, как было указано, В. Палмер приходит к выводу о том, что смешение проявляется во взаимосвязи элементов романо-германского и англо-американского права, по Э. Орюцю, речь в данном случае идет о простом

---

[112] Трикоз Е.Н. Гибридные правовые системы и их место в смешанном правовом семействе / Е.Н. Трикоз // Вестник Университета МГЮА им. О.Е. Кутафина. — 2017. — № 4. — С. 95.
[113] Марченко М.Н. Правовые системы современного мира / М.Н. Марченко. — Москва : Зерцало-М, 2015. — С. 25.
[114] Örücü E. Mixed and mixing systems: A conceptual search, in Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing / E. Örücü ; edited by E. Örücü, E. Attwooll, S. Coyle. — The Hague: Kluwer, 1996. — P. 335–352.
[115] Andò B. Op. cit. Pp. 8–9.
[116] Ibid.

смешении. По мнению теоретика, если принять во внимание больше элементов смешения (религиозное право, обычное право и пр.), то итоговое смешение будет зависеть от степени близости или сходства факторов, образующих смесь, от большего или меньшего количества точек соприкосновения между правовыми и социальными культурами смешиваемых традиций[117]. В связи с этим смешанные правовые системы можно представить в виде спектра, где на одном конце находятся системы, в которых произошло соединение элементов различных правовых традиций, утративших свою идентичность в смешанной системе и в силу сильной близости по социокультурным и юридико-культурным основаниям неразличимых в рамках нового образования. На другом конце находятся дисфункциональные системы — те, которые не могут корректно работать из-за огромных различий в традициях. В середине — системы, в которых различные элементы, пришедшие из разных традиций, узнаваемы, поскольку степень сходства систем, породивших смешанную, менее очевидна[118].

Гипотеза Э. Орюцю основана на применении двух теорий, заимствованных из лингвистики: теории семейного дерева и волновой теории. Первая предлагает применить теорию происхождения языков к анализу правовых систем. Эта теория, как пишет Э. Орюцю, «изначально деконструктивная, дезинтегративная и критическая», способна раскрыть разветвления и расхождения между системами, происходящими от одной материнской системы; однако она не способна объяснить сходства между системами, не имеющими общих корней, например, сходства, происходящие от горизонтальной рецепции. Для решения этой сложной задачи Э. Орюцю обращается к уже упомянутой волновой теории, которая позволяет выявить общие черты различных правовых систем на основе распространения одних и тех же институтов[119].

В результате Э. Орюцю приходит к выводу, который созвучен высказываемому в отечественной литературе подходу Ю.А. Тихомирова, о том, что

---

[117] Örücü E. What is a mixed legal system: Exclusion or expansion / E. Örücü // Electronic Journal of Comparative Law. — 2008. —Vol. 12(1). — P. 12.
[118] Andò B. Op. cit. P. 9.
[119] Ibid.

смешанные правовые системы являются результатом «мобильности права» (*mobility of law*)[120]. В терминологии Ю.А. Тихомирова этот тезис можно было бы описать как «кочевание» права. Система, которая в определенный момент считается частью правовой семьи, может выйти из нее и находиться «на периферии, на границе двух, а иногда и трех традиций»[121]. Если подход В. Палмера, как представляется, имеет практическую цель — способствует диалогу между системами, составляющими смешанную семью, для решения правовых вопросов, возникающих в повседневной юридической практике, то подход Э. Орюцю, по-видимому, имеет более теоретическую цель.

Таким образом, в рамках настоящего исследования смешанные правовые системы надлежит понимать в узком и широком смыслах. В соответствии с первым значением они представляют собой системы, находящиеся исключительно под влиянием англо-американского и романо-германского права, тогда как широкий смысл заключается в учете большего количества элементов смешения. Все смешанные правовые системы объединяет, во-первых, особый исторический путь развития, во-вторых, многообразие источников права, в-третьих, конфликтность и коллизионность элементов смешанных правовых систем.

1.2. Методология исследования смешанных правовых систем

Нередко в литературе можно обнаружить позицию, согласно которой правовая система ЮАР представляет собой смешанную правовую систему[122]. Это означает, что наряду с известными любому компаративисту правовыми системами романо-германского и общего права выделяется и третья группа — так называемые смешанные системы. Так, В. Палмер утверждает, что правовые системы Южной Африки, Шотландии, Луизианы, Квебека, Пуэрто-Рико, Шри-Ланки и Филиппин

---

[120] Andò B. Op. cit. P. 10.

[121] Örücü E. Approaching public law as a “mixed system” / E. Örücü // Juridical Review. — 2002. — Vol. 2. — P. 133.

[122] См., например: Азарова И.А. Указ. соч. С. 41; Van Der Merwe C.G. The origin and Characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalisation / C.G. Van Der Merwe // Fundamina. — 2012. — Vol. 18(1). — P. 91–114.

являются примерами настоящих смешанных систем, поскольку они обладают следующими тремя отличительными характеристиками: (1) представляют собой синергию романо-германского и общего права, с незначительным прямым влиянием религиозных норм, обычного права или канонического права; (2) наличие этих двух систем очевидно для любого стороннего наблюдателя; (3) как правило, романо-германская система повлияла на формирования частного права, тогда как общее право оказало существенное воздействие на нормы публичного права[123].

Трикоз Е.Н. относит правовую систему ЮАР к гибридному типу смешанных правовых систем. В самом общем виде такой взгляд можно представить следующим образом: гибридный тип смешанной правовой системы складывается в рамках западной традиции права, т.е. на перехлесте романо-германского и англо-американского права[124].

Тем не менее в литературе встречается обоснованная точка зрения, в соответствии с которой «объединение всех правовых систем стран Африки в категорию смешанной или традиционной системы не отражает особенностей современного права этих государств, учитывая их продолжающуюся борьбу за самоопределение. И сегодня мы наблюдаем уникальный процесс становления новой правовой семьи — семьи африканского права, которая складывается в процессе рецепции норм западного права (в большинстве случаев без четкого преимущества одной из ведущих правовых систем), возрождения традиций, влияния религиозных норм, рамок международного права и развития интеграционных процессов»[125].

---

[123] Palmer V. Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family / V. Palmer. — Cambridge University Press, 2012. — P. 3–7. Однако правовая система ЮАР обладает некоторыми существенными особенностями. Так, уголовное законодательство имеет, по сути, континентальную основу, а конституционное право оформлялось на основе смешения континентального (в частности, немецкого) и общего английского права.

[124] Трикоз Е.Н. Гибридные правовые системы и их место в смешанном правовом семействе / Е.Н. Трикоз // Вестник Университета МГЮА им. О.Е. Кутафина. — 2017. — № 4. — С. 94.

[125] Рыжкова Е.А. Становление и развитие права стран Африканского континента : общие вопросы / Е.А. Рыжкова // Право между Востоком и Западом. — 2024. — № 1. — С. 37.

Подобное разнообразие позиций заставляет нас, во-первых, проанализировать все методологические проблемы исследования смешанных правовых систем, во-вторых, установить, является ли правовая система ЮАР в действительности смешанной. Если ответ положительный, то каким образом необходимо подходить к изучению этой системы.

Прежде чем приступить к описанию методологии исследования смешанных систем, надлежит дать несколько общих замечаний. В зарубежной компаративистике высказывались сомнения относительно необходимости изучения правовых систем африканских государств[126]. Причина заключается в том, что западные правовые категории (деление права на частное и публичное, гражданское и уголовное и пр.) неизвестны многим африканским государствам. По мнению Р. Давида, «…европейские авторы задаются вопросом, не напрасно ли мы ищем в Африке то, что соответствует нашему понятию права, и не должно ли обычное право рассматриваться как объект изучения не юриста, а антрополога»[127]. Прежде всего такие сомнения характерны для изучения обычаев, понять которые, в особенности установить их содержание, европейским исследователям действительно непросто. В настоящем исследовании мы в меньшей степени будем касаться существующих и по сей день в ЮАР обычаев, сосредоточимся на описании позитивного права. Кроме того, правовая система ЮАР, как уже было указано, рассматривается рядом исследователей в качестве гибридного типа смешанной правовой системы, что означает присутствие влияния западной традиции права, в отличие от плюралистического типа, где правовая система развивается в русле внезападной традиции права, объединяя юго-восточное азиатское право и африканское обычное (родовое) право[128]. Подобное положение дел способствует достижению поставленной цели, поскольку роль обычного права в ЮАР не настолько велика, как в некоторых других африканских государствах (к примеру, в Республике Конго).

---

[126] См., например: Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. — Международные отношения, 2002. — С. 426–428.
[127] Там же. С. 428.
[128] Трикоз Е.Н. Указ. соч. С. 94–95.

Наука сравнительного права обладает целым арсеналом средств сравнения. Подобное многообразие приводит к тому, что часто компаративисты оказываются перед трудным выбором наиболее эффективного вида сравнения в конкретном исследовании[129]. Так, результат сравнительно-правового исследования напрямую зависит от того, учитываются ли методологические особенности и потенциал каждого вида сравнения[130]. Дело в том, что исследование смешанных правовых систем сопряжено с серьезными затруднениями, которые связаны с тем обстоятельством, что почти все национальные системы объективно смешаны и сегодня не осталось чистых правовых культур[131]. По этой причине Трикоз Е.Н. предлагает ориентироваться на более широкие категории: «западное» право и «восточное» право. При этом «западное право» основано на автономии личности и невмешательстве государства в ее дела, идеях справедливости, свободы и равенства, христианском вероучении (англосаксонская и романо-германская правовые системы)[132], тогда как «восточное право» основано на долженствовании, этатизации общества и сервильном долге человека, синкретизме и сакральном веровании (традиционные правовые системы — религиозные и клановые)[133]. Выходит, что смешанная правовая система имеет место при столкновении «западного» и «восточного» права. Такой подход значительно отличается от господствующего в традиционной сравнительно-правовой литературе, ведь в узком смысле смешанной признается система, в которой романо-германская традиция вступила в определенное согласие с англо-американским правом[134]. Иными словами, получается, что смешанная система в традиционном смысле

---

[129] Азарова И.А. Указ. соч. С. 93.

[130] Баранова Ю.О. Методологические правила видового сравнения правовых объектов / Ю.О. Баранова // Вопросы современной юриспруденции : сб. ст. по материалам XX Междунар. науч.-практ. конф. — Новосибирск, 2013.

[131] Трикоз Е.Н. Указ. соч. С. 92.

[132] Как справедливо указывает Г.Дж. Берман: «Запад определяется не по компасу. Географические границы помогают найти его, но со временем они меняются. «Запад» скорее культурный термин, но с очень значимым диахроническим измерением. Запад, однако, не просто идея; это — общество» (см.: Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г.Дж. Берман. — Москва, 1998. — С. 20).

[133] Трикоз Е.Н. Указ. соч. С. 93.

[134] Walton F.P. The Scope and Interpretation of the Civil Code / F.P. Walton. — Toronto : Butterworth’s, 1980. — P. 1.

укладывается в концепцию «западного» права. Денисенко В.В. и Е.Н. Трикоз пишут об этом следующее: «…изначально смешанные правовые системы развивались в границах семьи “западного права”, на пересечении двух классических универсальных юрисдикций (романо-германской и англо-американской)…»[135].

Тем не менее подход, ориентированный на принципы, лежащие в основе правовой системы, несколько напоминает цивилизационный подход С. Хантингтона. В самом общем виде его можно представить так: по мнению ученого, на сегодняшний день существует несколько цивилизаций, которые основаны на различных принципах. В основе «западной цивилизации» — античное (классическое) наследие, католицизм и протестантство, разделение духовной и светской власти, господство права, социальный плюрализм, существование представительных органов, индивидуализм[136], тогда как иные цивилизации либо лишены подобных принципов, либо имеют прямо противоположные основы. Интересно, что в отношении так называемой «африканской» цивилизации С. Хантингтон пишет следующее: «Большинство ведущих ученых, изучающих цивилизации, кроме Броделя, не признают отдельной африканской цивилизации. Север Африканского континента и его восточное побережье относятся к исламской цивилизации [видимо, в терминологии Е.Н. Трикоз, это означало бы плюралистический тип смешанной правовой системы — прим. автора] <…> В Южной Африке поселенцы из Голландии, Франции, затем Англии насадили мозаичную европейскую культуру <…> По всей Африке еще сильно самоопределение в соответствии с племенной идентичностью, но среди африканцев быстро возрастает чувство африканской идентичности, и, по-видимому, Африка “ниже” Сахары может стать отдельной цивилизацией, вероятно, с ЮАР в роли стержневого государства»[137].

---

[135] Денисенко В.В., Трикоз Е.Н. Указ. соч. С. 30.
[136] Хантингтон С. Столкновение цивилизаций / С. Хантингтон [перевод с английского Т. Велимеева]. — Москва : АСТ, 2021. — С. 89–100.
[137] Хантингтон С. Указ. соч. С. 57.

Также представляет интерес подход В.С. Нерсесянца к классификациям правовых систем. Ученый при отнесении правовой системы к той или иной правовой семье предлагает учитывать уровень (и меру) правовой развитости национальных систем позитивного права[138]. В.С. Нерсесянц выделяет наиболее развитые правовые системы (большинство стран Западной Европы, США, Канада, Австралия и пр.), среднеразвитые правовые системы (страны Латинской Америки, Восточной Европы, ряд азиатских стран — Индия, Япония, Южная Корея, Сингапур), наконец, слаборазвитые правовые системы (большое количество молодых государств Черной Африки и Азии)[139]. По мнению теоретика, «критерий уровня (и меры) правовой развитости национальных систем позитивного права имеет существенное значение и для характеристики отдельных национальных систем права, и для их классификации в правовые группы (“семьи”) различной степени развитости (на основе единой шкалы показателей правового развития), и для выявления общей картины современного состояния и тенденций развития права в отдельных странах, регионах и в мире в целом»[140]. Отметим, что такой критерий не лишен определенных недостатков: во-первых, очевидно, что основу критерия составляет западная система принципов, во-вторых, подобный критерий приводит к своеобразной дискредитации большинства правовых систем, что может негативным образом сказаться на сциентической ценности любых исследований не западных правовых систем, в-третьих, такой критерий не позволяет увидеть особенности той или иной правовой системы, поскольку дает возможность лишь констатировать отсталость или недостаточное развитие той или иной правовой системы. При этом не совсем ясно, как классифицировать правовую систему ЮАР. В качестве среднеразвитой или слаборазвитой в правовом плане страны? И что дает такая классификация?

Рассуждая об особенностях методологии сравнительно-правового исследования, А.А. Малиновский говорит о макросравнении, которое представляет

---

[138] Нерсесянц В.С. Сравнительное правоведение в системе юриспруденции / В.С. Нерсесянц // Государство и право. — 2001. — № 6. — С. 5–15.
[139] Там же.
[140] Там же.

собой сопоставление макрообъектов, к которым относятся правовые семьи и правовые системы[141]. Подобное сравнение предполагает системно-структурный и функциональный анализ элементов макрообъектов. Так, А.А. Малиновский указывает, что «при макросравнении исследуются:

1) источники права (доктрина, закон, прецедент, обычай, договор);

2) правовая идеология (к примеру, изучается влияние мусульманской и христианской идеологий на действующее право);

3) юридическое мировоззрение (в частности, можно сравнить американскую социологическую школу с европейским позитивизмом);

4) взаимодействие материнской и дочерних правовых систем в рамках одной правовой семьи (например, вопросы рецепции английского права правовыми системами США и Австралии);

5) взаимодействие правовых систем, принадлежащих к различным правовым семьям;

6) влияние международного и европейского права на национальные правовые системы»[142].

При этом, по мнению ученого, сравнительный анализ на макроуровне надлежит начинать с сопоставления основных государственно-правовых символов (герб, флаг, гимн и т.д.). Кроме того, важным аспектом сравнения на макроуровне также представляются конституционные предписания, а именно преамбула и положения, характеризующие правовую систему конкретного государства (например, иерархию основных источников права)[143].

При анализе смешанных правовых систем особого внимания заслуживает проблема правовой аккультурации, поскольку именно через механизмы межкультурного правового взаимодействия формируется их внутренняя структура и определяется динамика развития[144]. Правовая аккультурация понимается как

---

[141] Малиновский А.А. Методология сравнительного правоведения / А.А. Малиновский // Вестник Университета МГЮА им. О.Е. Кутафина. — 2016. — № 3. — С. 13.
[142] Там же.
[143] Там же. С. 14.
[144] Сокольская Л. В. Механизм правовой аккультурации // Журнал российского права. 2015. № 2. С. 25–33.

длительный и многоуровневый процесс взаимодействия правовых культур различных социумов, в рамках которого происходит взаимное влияние, заимствование и трансформация правовых элементов. Ее ключевая характеристика состоит в том, что речь идет не о простом механическом заимствовании норм, а о глубоком культурно-правовом контакте, результатом которого становится изменение исходных структур правовой культуры, формирование общего правового пространства и, в перспективе, — общей правовой культуры.

Содержательно правовая аккультурация раскрывается через механизм, представляющий собой совокупность взаимосвязанных методов, средств и факторов, обеспечивающих межкультурное правовое взаимодействие. В этом процессе участвуют, как правило, три типа субъектов: социум-донор, социум-реципиент и социумы-партнеры. Именно их взаимодействие определяет характер заимствования и глубину трансформации правовой системы. Важно подчеркнуть, что аккультурация всегда обусловлена объективной потребностью — прежде всего несоответствием существующих правовых механизмов новым социально-экономическим условиям, что побуждает обращаться к иностранному правовому опыту.

В литературе выделяется пять последовательных стадий правовой аккультурации. Первая стадия — выявление потребности. На этом этапе в обществе-реципиенте возникает запрос на изменение правового регулирования вследствие трансформации общественных отношений; осуществляется анализ зарубежного опыта и оценка его применимости. Вторая стадия — заимствование, предполагающая перенос правовых норм и институтов из одной системы в другую с учетом сравнительно-правового анализа и прогнозирования их эффективности. Третья стадия — адаптация, на которой заимствованные элементы приспосабливаются к национальной правовой культуре; именно здесь проявляются основные трудности, связанные с различиями правовых традиций, языковыми барьерами и культурной спецификой. Нередко на этом этапе возникают конфликты между «старым» и «новым» правом. Четвертая стадия — восприятие (усвоение), означает институционализацию заимствованных элементов: они закрепляются в

законодательстве, признаются и начинают применяться в правоприменительной практике. При этом важную роль играет их восприятие общественным и профессиональным правосознанием. Наконец, пятая стадия — результат, характеризующаяся оценкой эффективности функционирования заимствованных институтов. Итогом может быть как гармоничное включение новых элементов и формирование единого правового пространства, так и частичная трансформация либо даже вытеснение национальных правовых традиций. Правовая аккультурация представляет собой сложный, стадийный и контекстно обусловленный процесс, в котором юридические заимствования неотделимы от культурной трансформации. Ее успешность зависит не столько от самого факта заимствования, сколько от качества адаптации и способности правовой системы интегрировать новые элементы без разрушения собственной структурной целостности.

Логическим продолжением анализа правовой аккультурации как процесса заимствования и адаптации чуждых правовых элементов выступает обращение к феномену индигенизации права, отражающему противоположный по направленности, но функционально сопряжённый процесс[145]. Если аккультурация описывает трансформацию правовой системы под воздействием внешних правовых культур, то индигенизация акцентирует внимание на возвращении к собственным правовым традициям, их переосмыслении и институционализации в рамках современного правопорядка. В условиях смешанных правовых систем эти процессы не противопоставляются, а взаимодополняют друг друга, формируя сложную динамику взаимодействия «внешнего» и «внутреннего» в праве, где заимствование сочетается с сохранением и реконструкцией автохтонных правовых начал.

Наиболее показателен в этом отношении опыт Южно-Африканской Республики, правовая система которой исторически сформировалась как смешанная, соединяющая элементы романо-голландского, англосаксонского,

---

[145] Кузьмин А. Г., Шумакова Н. И. Индигенизация права: южноафриканский опыт создания правового плюрализма // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». 2023. Т. 23. № 4. С. 89–93.

религиозного и обычного права. Конституция ЮАР 1996 г. закрепила принцип признания обычного права, обязав суды применять его при условии соответствия конституционным положениям. Тем самым индигенизация получила институциональное выражение: традиционные нормы коренных народов были включены в официальную правовую систему и признаны значимым источником регулирования. Таким образом, смешанные правовые системы можно исследовать в рамках широкого «цивилизационного» подхода, ориентированного на столкновение цивилизаций и выявление особенностей той или иной правовой системы в «цивилизационном» контексте (или сравнение на макроуровне). Однако такой широкий подход перемещает исследователей из упорядоченного мира с четкой классификацией правовых семей в беспорядочный мир, в котором смешанная юрисдикция внезапно стала бы присутствовать везде[146]. В связи с этим надлежит обратиться к работам известных компаративистов, предлагающих свой механизм исследования правовых систем.

Так, К. Осакве полагает, что успешный сравнительно-правовой анализ заключается в семи поэтапных исследовательских стадиях: «1) выявления существующих правил, или подходов, в системах А и Б; 2) сопоставления установленных правил с целью познания их общих и/или отличительных свойств; 3) определения исторических причин существования данного правила в каждой системе; 4) выяснения жизнеспособности, эффективности данного правила в соответствующем национальном законодательстве; 5) установления необходимости (целесообразности) внесения изменений в существующее правило или заполнение пробелов в законе системы А путем заимствования определенных идей из системы Б; 6) изучения совместимости идей, заимствованных из системы Б, с природой правовой системы А; 7) адаптации заимствованного правила к национальным условиям правовой системы А»[147]. Разумеется, научное сравнение будет охватывать лишь первые четыре стадии.

---

[146] Азарова И.А. Указ. соч. С. 94.
[147] Осакве К. Указ. соч. С. 21.

Французские компаративисты Р. Давид и К. Жоффре-Спинози при классификации той или иной правовой системы предлагают исходить из нормообразующих факторов; в частности, из способов выработки, систематизации, толкования норм права можно вывести некоторые группы правовых семей[148]. При этом ученые подчеркивают, что на современном этапе развития известное напряжение между англо-американской и романо-германской правовыми семьями постепенно ослабевает. «И там, и здесь право испытывало влияние христианской морали, а господствовавшие начиная с эпохи Возрождения философские течения выдвинули на первый план идеи индивидуализма, либерализма, понятия субъективных прав. Общее право и сегодня сохраняет структуру, весьма отличающуюся от права романо-германской семьи, но при этом возросла роль закона и методы, используемые каждой из этих семей, сблизились, чему способствовало общее для обеих семей право Европейского союза. Норма права все более и более понимается в странах общего права так же, как и в странах романо-германской правовой семьи, и из этого следует, что, по существу, и там, и здесь по ряду вопросов принимаются очень сходные решения, основанные на одной и той же идее справедливости»[149]. При этом смешанные правовые системы авторы описывают в контексте синергии романо-германской и англо-американской правовых семей[150].

К. Цвайгерт и Х. Кетц напрямую не говорят о существовании смешанных правовых систем, однако выдвигают ряд требований для их анализа. В частности, по мнению ученых, надлежит учитывать исторический фон возникновения и развития правовой системы, характерный способ мышления, отличительные учреждения, признанные юридические источники, идеологию[151]. Столь сложные методологические требования опираются во многом на разработанный известным компаративистом Э. Рабелем методологический аппарат: «Материалом для

---

[148] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 26.
[149] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 30.
[150] Там же.
[151] Zweigert K. An Introduction to Comparative Law / K. Zweigert, H. Kotz. — 3rd ed. — Oxford University Press, 1998. — P. 63–73.

размышления над проблемой должны служить право всех стран мира, прошлое и современное, связь права с почвой, климатом, расой, исторической судьбой народов — их войнами, революциями, образованием государств, порабощением; с религиозными и этическими представлениями; честолюбием и творческой энергией отдельной личности; потребностью в производстве и потреблении; интересами социальных прослоек, партий и классов. Надо учитывать воздействие различных духовных течений, ибо не только каждая общественная формация — феодализм, капитализм, социализм — порождает своей тип права, последствия правильности избранного пути развития права, но и все, что обусловлено социальными, экономическими, правовыми реалиями…»[152].

Авторы используют указанные факторы в качестве критериев, чтобы обозначить типы правовых семей, которые они группируют в соответствии с традиционной номенклатурой народов, географией и религией[153]. Ученые выделяют шесть семей: романскую, германскую, англо-американскую, скандинавскую, дальневосточную (Китай и Япония) и религиозную (исламскую и индуистскую)[154]. Сталкиваясь со смешанными правовыми системами, К. Цвайгерт и Х. Кетц призывают действовать очень «деликатно», поскольку трудно выявить наиболее близкую к таким системам правовую семью. Гибридными ученые называют правовые системы Луизианы, Квебека, Израиля, Филиппин, Южной Африки, Шотландии, Пуэрто-Рико, а также Греции, Китайской Народной Республики и др. Общая черта у систем этих стран, по мнению ученых, лишь одна: их невозможно поместить в какую-либо из шести семей. К. Цвайгерт и Х. Кетц так объясняют свой метод сравнения: зачастую можно обнаружить, что одни области права в системе имеют черты одного родителя, другие — другого. Следовательно, исключительное отнесение к одному или другому родителю невозможно. Подход ученых можно назвать вертикальным методом сравнительно-правового

---

[152] Цит. по: Цвайгерт К. Сравнительное частное право: в 2 т. Т. 1: Основы. Т. 2: Договор : неосновательное обогащение : деликт : пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — Москва : Международные отношения, 2010. — С. 40.

[153] Азарова И.А. Указ. соч. С. 95.

[154] Zweigert K. An Introduction to Comparative Law / K. Zweigert, H. Kotz. — 3rd ed. — Oxford University Press, 1998. — P. 72.

исследования: компаративисту необходимо изучить материнский (родительский) правопорядок, после чего переходить к анализу «дочернего» правопорядка[155]. «По мере развития зрелых правовых систем, — пишут авторы, — они или полностью воспринимались, или становились предметом довольно полного подражания, и пока имитирующая система (так называемое “дочернее право”) сохраняет, по крайней мере, стиль оригинала, ее решение юридических проблем представляет собой лишь бледную копию решений материнского правопорядка, не достигая самобытности и взвешенности решений своего “знаменитого” предшественника. А потому компаративисту будет вполне достаточно ограничиться изучением материнского правопорядка, а дочерний правопорядок оставить в стороне»[156].

Иногда бывают случаи, когда правовая система находится в процессе движения по направлению к конкретной правовой семье. В такой ситуации сложно определить, в какой момент произойдет полное изменение сущности семьи[157]. Таким образом формируется предположение о том, что смешанные правовые системы являются незаконченными созданиями, в которых не была выполнена задача преобразования разрозненных элементов в систематическое национальное право[158]. Этот вывод напоминает высказанную Е.А. Рыжковой гипотезу, согласно которой африканское право продолжает свою борьбу за самоопределение. При этом говорить о смешанном характере африканской правовой системы нельзя[159].

Думается, что основной недостаток подхода К. Цвайгерта и Х. Кетца заключается в постоянном отрицательном результате. Действительно, если один «родитель» — англо-американец, а другой романист, у их потомков есть двойной генетический код, который не может соответствовать ни одной родине. Смешанная система всегда будет казаться чем-то аномальным. По мнению И.А. Азаровой, вертикальный метод смещает ориентиры: «И смешанная правовая система, и ее родители развивались разными способами в течение длительного времени. Эта

---

[155] Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 47.
[156] Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 46.
[157] Азарова И.А. Указ. соч. С. 96.
[158] Там же.
[159] Рыжкова Е.А. Указ. соч. С. 37.

сложность не всегда ценится во внутренней полемике смешанной юрисдикции, где использование вертикальных сравнений, относящихся к материнской правовой системе, часто сопровождалось анахронизмами, стереотипами и эмоциональным шовинизмом, которые угрожают точности сравнения»[160]. В результате автор приходит к выводу о том, что наилучшим методом исследования смешанных правовых систем представляется методология горизонтального кросс-компаративного исследования. И.А. Азарова использует господствующую в зарубежной компаративистике методологию изучения смешанных правовых систем. Такой метод прямо обоснован В. Палмером в его знаменитой работе, посвященной смешанным правовым системам. Так, кросс-компаративный метод заключается в том, чтобы изменить фокус анализа с «вертикальных» взаимоотношений «родитель — дочь», на сравнение самих смешанных систем[161]. Подобный способ описывает и углубляется в детали смешанных юрисдикций, пытаясь выявить существенные общие черты и значительные различия между ними. В качестве обоснования В. Палмер приводит такие примеры: «правовая система Пуэрто-Рико предстает в наиболее ярком свете, когда ее сравнивают с правовой системой Луизианы, а не с “родительскими правопорядками” — Испанией и США. Своеобразный стиль ЮАР можно обнаружить при сравнении этой правовой системы с правопорядком Шотландии, а не с современными правопорядками Голландии или Англии»[162].

Тем не менее предложенный И.А. Азаровой метод несколько отличается от кросс-компаративного. Это связано с тем, что она предлагает подойти к исследованию смешанных правовых систем с помощью методологии сравнительного правоведения эпохи постмодерна, которая проповедует переход от статики к динамике[163]. Основной тезис сводится к тому, что «в условиях смены интеллектуальных эпох в сфере юридической науки и практики исключительно важное место должен занимать вопрос о конституировании метода сравнительного

---

[160] Азарова И.А. Указ. соч. С. 97.
[161] Palmer V. Op. cit. P. 15.
[162] Ibid.
[163] Азарова И. А. Указ. соч. С. 98.

правоведения, адекватного наступившей эпохе постмодерна»[164]. Этот вывод в целом соответствует идее о том, что методы познания предопределены господствующим в данную эпоху в конкретной культуре-цивилизации мировоззрением[165].

И.А. Азарова здесь опирается на разработанную компаративистом Р. Сакко теорию правовых формантов (от лат. formants — образующий), что позволяет ей исследовать правовые системы в их динамике. «Для знания того, что есть право, — по мнению Р. Сакко, — необходим анализ целостного комплекса отношений между “правовыми формантами” системы, т.е. всей полнотой формативных элементов, которые влияют на создание правовых предписаний, в частности законов, общих предложений, отдельных определений, мнений и т.д. Все эти формативные элементы не обязательно являются согласованными между собой в пределах каждой системы. Только национальные юристы определяют такую согласованность в пределах своей системы права. Более того, юридические форманты обычно конфликтуют и могут быть лучше описаны в конкурирующих между собой отношениях»[166].

Таким образом, форманты представляются в качестве динамического комплекса, который отличается не только в различных правовых системах, но и в различных отраслях права.

У известного отечественного ученого И.Л. Честнова можно обнаружить похожие рассуждения. Так, методологические особенности постмодерна, по мнению теоретика, заключаются в своеобразных трех «поворотах»: лингвистическом, антропологическом, а также практическом[167]. Подобные изменения были вызваны кризисом структурализма (соответственно, догматизма) и позитивизма как основных методов в юридической науке. Итак,

---

[164] Там же.

[165] Честнов И.Л. Постклассическая теория права : монография / И.Л. Честнов. — Санкт-Петербург : Алеф-Пресс, 2012. — С. 152.

[166] Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law / R. Sacco // American Journal of Comparative Law. — 1991. — № 39. Installment I, II. — P. 1–34, 343–401. (цит. по: И.А. Азарова. Указ. соч. С. 100).

[167] Честнов И.Л. Указ. соч. С. 166.

«лингвистический поворот» связан с повышенным вниманием к знаково-символической характеристике всех социальных (и правовых) явлений. «Любое действие, предмет, сам человек становятся социальными явлениями, только будучи означенными и осмысленными в знаково-символических формах. Язык (точнее — человек, использующий язык) обозначает актами номинации, классифицирует, категоризирует и квалифицирует социальные ситуации, превращая некоторые из них — представляющиеся наиболее значимыми — в правовые»[168]. Кстати сказать, этим обусловлена популярность такого метода в сравнительно-правовых исследованиях, как юрлингвистика[169].

«Антропологический поворот» сводится к тому, что человек во всех его проявлениях, прежде всего, как существо социокультурное, объявляется центром социальности, а значит, правовой системы. Именно человек создает правовую реальность, он же ее воспроизводит своими действиями и ментальной (психической) активностью[170].

«Практический поворот» представляется наиболее любопытным, поскольку в его основе лежит то обстоятельство, что право существует только в том случае, если оно (его знаковое выражение) действует, т.е. претворяется в практиках людей-носителей правовых статусов. По мнению И.Л. Честнова, «действие (а значит — и бытие) права — это поведение и ментальные (психические) активности людей, взаимодополняющие и взаимообусловливающие друг друга как идеальное (психическое) значение и персональный смысл дополняет практическое действие и его результат»[171]. В дальнейшем мы сможем обнаружить закономерность, которая касается права стран африканского континента — общедекларативный

---

[168] Честнов И.Л. Указ. соч. С. 167.

[169] Малиновский А.А. Сравнительное правоведение и юрислингвистика: методологическое взаимообогащение / А.А. Малиновский // Актуальные проблемы зарубежного и российского права / под общ. ред. В.В. Блажеева, М.А. Егоровой. — Москва, 2022; Малиновский А.А. Роль юрислингвистики в сравнительно-правовом исследовании / А.А. Малиновский // Актуальные проблемы сравнительного правоведения. Contemporary Issues of Comporative Law : сборник статей. Выпуск 1 / отв. ред. А.А. Малиновский, Е.Н. Трикоз. — Москва, 2020. — С. 5–13.

[170] Честнов И.Л. Указ. соч. С. 167.

[171] Там же.

характер[172], поскольку зачастую в практиках людей-носителей правовых статусов нормы позитивного права не претворяются.

Подобный взгляд на методологию позволяет утверждать, что в настоящее время происходит переосмысление практически всех юридических категорий с формально-догматической основы на социолого-практическую. Это непременно отражается и на методах сравнительно-правовых исследований. Так, А.А. Малиновский подчеркивает, что в зависимости от конкретных целей исследования необходимо применять и другие научные приемы, среди которых: методы сравнительной юридической антропологии, сравнительной культурологии, сравнительного религиоведения, сравнительной политологии и т.д.[173]

Таким образом, постмодерн обусловил поиск новых методов сравнительно-правовых исследований, в том числе непозитивистских методологических направлений. Среди них наиболее перспективной представляется юридическая антропология[174]. В целом суть юридической антропологии сводится к человеческому измерению правовых явлений[175]. При этом человек мыслится в качестве способного создавать и воспринимать право (юридическое) на уровне абстракции в качестве культурного феномена, регулятора, идеала и т.п[176]. По мнению И.Л. Честнова, «наиболее существенной проблемой, стоящей перед антрополого-диалогической методологией, является уяснение такой взаимообусловленности человека и социальных институтов, при которой человек сохраняет свою идентичность и при этом сохраняется целостность института»[177]. Нередко с помощью юридической антропологии, изучающей в том числе соционормативную культуру синполитейных (современных) первобытных

---

[172] Рыжкова Е.А. Указ. соч. С. 34.
[173] Малиновский А.А. Указ. соч. С. 24.
[174] Честнов И.Л. Указ. соч. С. 170.
[175] Там же. С. 172.
[176] Левакин И.В. Философско-правовая антропология: диалектика homo juridicus / И.В. Левакин // Журнал российского права. — 2024. — N 11. — С. 5–18.
[177] Там же. С. 172.

этносов, а также ее пережитки в более продвинутых этнических общностях, возможно проанализировать происхождение древнейших источников права[178].

Поскольку смешанные системы, в том числе правовая система ЮАР, часто включают элементы традиционного права, тесно связанные с культурными и этническими особенностями, нельзя исключать применение подходов, сформированных юридической антропологией. Наиболее ярким примером, как будет показано впоследствии, представляется глубоко интегрирована в правовую систему ЮАР концепция «Ubuntu» (убунту), которая отражает стремление к объединению традиционных африканских ценностей с современными правовыми нормами. Ее влияние способствует гуманизации права, укреплению социальной сплоченности и созданию правового плюрализма, учитывающего культурное многообразие общества[179].

Таким образом, потребности современного периода и уровень развития науки, а также «антропологический» и «пракический» повороты обусловили синергию традиционных методов сравнительного правоведения и современных подходов. Так, можно сформулировать семь основных подходов к анализу смешанных правовых систем.

Во-первых, следует выделить хорошо известный отечественным ученым комплексный анализ норм права. Поскольку смешанные правовые системы формируются в результате наложения нескольких правовых традиций, надлежит не только детально изучить все известные источники права той или иной правовой системы, но и учитывать историческое происхождение каждого элемента. В качестве иллюстрации можно привести пример о том, как римско-голландские принципы вещных прав интегрированы в современное южноафриканское право.[180]

---

[178] См., например: Шепталин А.А. Об истоках права с позиций юридической антропологии / А.А. Шепталин // Журнал российского права. — 2022. — N 3. — С. 35–47.

[179] Гладун Е.Ф. Индигенизация конституционных ценностей (на примере концепции «убунту» Южно-Африканской Республики) / Е.Ф. Гладун // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». — 2022. — Т. 22, № 3. — С. 95–103.

[180] Один из центральных вопросов, который занимает К.Г. ван дер Мерве, Ж. Плесси, М.Ваала, Р. Циммерманна и П. Фарлама в их важной для нашей темы работе (The Republic of South Africa // Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family / C.G. Van Der Merwe et al ; ed. by V.V. Palmer. — Cambridge : Cambridge University Press, 2012. — P. 95–215).

Здесь же следует оговориться, поскольку ранее мы отмечали, что смешанные правовые системы по уровневой градации нередко рассматривают в рамках макросравнения[181], где акцент смещается на методы работы с правовым материалом, процедуры решения споров или роли отдельных элементов права. Тем не менее исследование смешанных правовых систем возможно проводить и на уровне микросравнения. В подобных обстоятельствах речь идет о специальных институтах, призванных разрешать повседневные проблемы и конфликты интересов[182]. Следует согласиться с И.А. Азаровой в том, что грань между сравнением на макро- и микроуровнях не является жесткой и ничто не мешает исследователю проводить сравнение одновременно на обоих уровнях[183].

Во-вторых, важнейшее значение приобретает историко-правовой метод (историко-сравнительный)[184], поскольку нередко смешанные системы развиваются в результате исторических, политических и колониальных процессов. Применение подобного метода позволит выявить исторические этапы развития правовой системы, а также исследовать вопрос о том, как исторический контекст влиял на адаптацию норм одной традиции в рамках другой. Критерий историко-правового и культурного происхождения важен для понимания своеобразия смешанной правовой системы[185]. В целом историко-правовой метод находится в русле набирающего популярность в последнее время культурологического подхода в сравнительно-правовых исследованиях, объединяющего исторический, герменевтический и симеотический методы. «Отмечаемый в последние годы подъем или ренессанс культурологического подхода, — размышляет В.А. Слыщенков, — во многом объясняется противодействием функциональному методу, который находится в русле инструментального подхода и долгое время

---

[181] См., например: Малиновский А.А. Методология сравнительного правоведения / А.А. Малиновский // Вестник Университета МГЮА им. О.Е. Кутафина. — 2016. — № 3. — С. 13.
[182] Арановский К.В. В преддверии сравнительного правоведения / К.В. Арановский // Правоведение. — 1998. — № 2. — С. 63.
[183] Азарова И.А. Указ. соч. С. 106.
[184] Ковалевский М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права / М. Ковалевский. — Москва, 1880.
[185] Азарова И.А. Указ. соч. С. 103.

определял мейнстрим сравнительного правоведения»[186]. По этой причине надлежит говорить об использовании культурологического подхода, содержание которого представляется более широким.

В-третьих, как уже было отмечено, специфика смешанных правовых систем предопределяет особый формат их сравнения. Речь идет о методологии горизонтального кросс-компаративного исследования, когда надлежит сравнивать сами смешанные правовые системы. Так, в рамках настоящего исследования надлежит выявить общие черты и различия между правовыми системами ЮАР, Шотландии, Квебека и пр. По мнению И.А. Азаровой, наиболее подходящим представляется метод полиструктурного сравнения, который дает возможность охватить значительное число правовых систем, обеспечивает перекрестное сравнение видов различных правовых систем и построение классификации по существенным признакам[187].

В-четвертых, целесообразно отметить подход юридической антропологии. Применение подобной методологии позволит рассмотреть роль обычаев и их влияние на законодательство и судебную практику. Как уже отмечалось, на правовую систему ЮАР оказывает значительное влияние концепция «Ubuntu», роль и содержание которой предстоит установить в рамках дальнейшего изложения.

В-пятых, при проведения сравнительно-правового исследования нельзя пренебрегать функциональным методом, смысл которого сводится к изучению того, как элементы разных правовых систем взаимодействуют на практике, избегая формального анализа в отрыве от реальной правоприменительной ситуации. По мнению А.А. Малиновского, «задача функционального сравнения заключается в том, чтобы, сопоставив функции сравниваемых (однородных) объектов, выявить сходства и различия не в сущности и не в структуре самих объектов, а в функциях,

---

[186] Слыщенков В.А. Методы сравнительного правоведения / В.А. Слыщенков // Проблемы постсоветской теории и философии права : перспективы свободного общества : сб. статей. — Москва : Юрлитинформ, 2018. — С. 231.
[187] Азарова И.А. Указ. соч. С. 104.

ими осуществляемых»[188]. При этом предметом сравнения являются не нормы права, а тот эффект, который они оказывают на регламентацию общественных отношений[189, 190]. Это означает, что при исследовании смешанных правовых систем функциональный подход позволит наиболее ярко проиллюстрировать, как конкретные институты (например, брачное право, право собственности) работают на пересечении нескольких традиций. Кроме того, рассмотреть, как суды интерпретируют нормы разных правовых традиций в рамках одного дела.

В-шестых, важное значение приобретает нормативно-ценностный анализ, в рамках которого возможно уяснить, какие правовые традиции воспринимаются обществом как легитимные и какие вызовы возникают при их интеграции. Это позволит выявить конфликты между традиционными нормами и нормами, заимствованными из других систем. Дело в том, что зачастую африканское право связывают с его общедекларативным характером, на деле все обстоит сложнее. Думается, что основная причина общедекларативности заключается в желании отдельных представителей власти с помощью права реформировать целые отрасли социальной жизни. Р. Давид и К. Жоффре-Спинози так обозначили это проблему: «За фасадами законов крестьяне продолжают жить так же, как жили их предки, игнорируя “право городов” и институты, установленные интеллектуалами <…> Все это, разумеется, не означает, что изданные властями законы бесполезны. Опережая общественное мнение и нравы, которые они пытаются реформировать, законы эти значимы в плане воспитания и убеждения, подобно ius commune далекого прошлого, преподававшемуся в европейских университетах»[191].

Наконец, прогностический метод, с помощью которого можно оценить будущую динамику изменений смешанных правовых систем, поскольку именно они подвержены постоянным трансформациям. Это связано с тем, что одни

---

[188] Малиновский А.А. Методология сравнительного правоведения / А.А. Малиновский // Вестник Университета МГЮА им. О.Е. Кутафина. — 2016. — № 3. — С. 19.
[189] Там же.
[190] О критике функционального метода см.: Варламова Н.В. Предмет, цели и принципы сравнительно-правовых исследований / Н.В. Варламова // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. — 2014. — №1. — С. 121.
[191] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 445.

элементы правовой системы получают большее распространение, тогда как другие устаревают и отменяются.

Интересно отметить, что зарубежные ученые также предлагают при рассмотрении смешанных правовых систем руководствоваться методологией, основанной на многомерном эмпирическом анализе, учитывать культурные переменные наряду с экономическими и институциональными, а также методологически, теоретически и содержательно увязывать сравнительно-правовые исследования с глобальными проблемами и тенденциями[192].

[192] Martz J. Comparing Similar Countries. Problems of Conceptualization and Comparability in Latin America / J. Martz // Comparing Nations: Concepts, Strategies, Substance / M. Dogan, Kasancigil. — Oxford, UK; Cambridge, USA: Blackwell, 1994. — P. 239.

ГЛАВА 2. ТРАНСФОРМАЦИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ ЮАР

2.1. Колониальный период и становление правовой системы ЮАР

В европейской историографии история ЮАР начинается с открытия португальцами в конце XV в. мыса Доброй Надежды. Такой подход, казалось бы, объясним: у народов, проживавших здесь до появления европейцев, не было письменности[193]. Тем не менее недавние археологические окаменелости иллюстрируют то обстоятельство, что на территории современной ЮАР обнаружены останки древнейших предков человека, таких как *Australopithecus africanus* и *Homo erectus*, свидетельствующие о раннем присутствии гоминидов в регионе[194]. До прихода бантуязычных народов регион населяли койсанские группы — охотники-собиратели (бушмены) и пастухи (готтентоты)[195]. Около I тысячелетия н.э. началась миграция бантуязычных народов с севера, принесших с собой земледелие и железные орудия труда[196].

В 1652 году Ян ван Рибек основал Капскую колонию от имени Голландской Ост-Индской компании, что стало началом европейской колонизации региона. «К началу XVII века, — отмечает Д.А. Жуков, — молодая Голландская республика достигла необычайного подъема. Политический, экономический, социальный и культурный потенциал нидерландской нации раскрылся стремительно и в потрясающем объеме»[197]. Разумеется, одной из главных проблем колонистов стало совместное сосуществование с местным населением. Первое время они жили мирно. Об этом, в частности, свидетельствует тот факт, что «в 1664 году в правительственном здании Капстада была официально отпразднована свадьба одного из первых колонистов с африканкой, которая после крещения была

---

[193] Жуков Д.А. ЮАР : полная история страны / Д.А. Жуков. — Москва : АСТ, 2024. — С. 17.
[194] В ЮАР нашли древнейшие останки прямоходящего человека [Электронный ресурс] // ТАСС. — URL: https://clck.ru/3RmmZm (дата обращения: 12.11.20025).
[195] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 18.
[196] Банту — группа народов, проживающих на территории Африки южнее Сахары. Антропологически относятся к негрской расе большой негроидной расы. Филологически ее представителей объединяет принадлежность к группе бантоидных языков в составе бенуэ-конголезских языков (Жуков Д.А. Указ. соч. С. 20).
[197] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 35.

наречена Евой»[198]. Кроме того, голландцы предпринимали всяческие попытки обратить в христианство представителей коренных народов. И хотя в 1685 году вышел закон, запрещавший смешанные браки, крайняя малочисленность женщин среди колонистов часто приводила к внебрачным связям между голландцами и их невольницами[199]. Вскоре мирному сосуществованию пришел конец, а вторая половина XVII века характеризуется голландско-готтентотскими войнами, результатом которых стало значительное расширение колонии и обложение местных (кой-коинов) данью в пользу Ост-Индской компании.

Как справедливо пишет Д.А. Жуков, со временем «капскую колонию стали заселять не только голландцы, но и немцы, фламандцы, австрийцы, шведы, датчане, норвежцы, португальцы. Кроме того, на Кап переселилось около ста семей французских протестантов-гугенотов, вынужденных бежать со своей родины из-за религиозных гонений, разразившихся после отмены Людовиком XIV Нантского эдикта о веротерпимости»[200]. На право, формировавшееся здесь после того, как голландская Ост-Индская компания обосновалась на мысе Доброй Надежды в 1652 году, сильно повлияли местные демографические, политические и экономические факторы, особенно смена голландского правления британским, расширение европейского поселения, порабощение коренного населения и развитие торгово-промышленной экономики в результате открытия золота и алмазов в конце XIX века[201]. Уже в то время зародилась самая «двойственность», которая характеризует в том числе современное право ЮАР. Прежде всего, накладывающиеся друг на друга дихотомии «белый — черный», «господин (бюргер или бур) — подчиненный (африканер)» нашли отражение в преобладании европейских правовых принципов над законами коренного населения, причем лишь малая часть последних была официально признана (с неохотой) в качестве действующего права[202]. Двойственность самого колониального общества — голландского и

[198] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 38.
[199] Там же.
[200] Там же. С. 42.
[201] Bois F. Introduction: History, System and Sources / F. Bois // Introduction to the Law of South Africa / ed. C.G. van der Merwe, Jacques E. du Plessis. — Kluwer Law International. — P. 2.
[202] Ibid.

представителей других европейских народов — проявилась в применении на местах значительных массивов принципов, взятых непосредственно из источников колониальных правовых систем.

Отправление правосудия на первоначальной территории, которая в течение XVIII века постоянно расширялась, превратившись из перевалочного пункта в обширную колонию, осуществлялось торговой компанией — Голландской Ост-Индской компанией (Verenigde Geoctroyeerde Oost-Indische Compagnie или VOC)[203], на основании хартии Генеральных штатов Нидерландов. Имплантация голландского варианта *jus commune* проходила очень медленно. Уже в 1621 году существовало неопределенное письмо Директората VOC в Совет Индии, в котором говорилось, что правом, подлежащим применению в странах, управляемых Советом Индии (а также в Капской провинции как *buitencomptoir* или иностранной зависимости), является право государства Голландия, наиболее влиятельного из семи государств Нидерландов[204]. Южноафриканские авторы, однако, сходятся во мнении, что эта инструкция не имела прямого практического эффекта в Капской провинции[205].

Помимо этого письма, в 1657 году ван Рибек — первый губернатор Капской провинции — дал указание так называемым бургерам (свободным гражданам, покинувшим службу в Голландской Ост-Индской компании и основавшим собственное поселение) жить по законам Нидерландов и Индии, которые уже были приняты в Капской провинции и дополнены местными законами[206]. Одним из главных факторов, способствовавших принятию, развитию и укреплению римско-голландского права в Капской провинции до британского завоевания, стал тот

---

[203] Голландская Ост-Индская компания (1602–1798 гг.) была учреждена Генеральными штатами Нидерландов для расширения торговли и обеспечения тесных отношений между голландским правительством и его колониальными предприятиями в Азии. Она обладала монополией на голландскую торговлю к востоку от мыса Доброй Надежды и к западу от Магелланова пролива.

[204] Van der Merwe C.G. The Republic of South Africa / C.G. Van der Merwe et al. // Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family / V. V. Palmer (Ed.). — Cambridge : Cambridge University Press. — P. 95.

[205] Hahlo H.R. The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution / H.R. Hahlo, E. Kahn. — London : Cape Town, 1960. — P. 12

[206] Colonial Archives, The Hague, 3969, Vol. 1657: Political Resolution of February 21, 1657.

факт, что с начала XVIII века, а особенно с 1750 года, через Батавию в Капскую провинцию попала важная римско-голландская юридическая литература[207]. Более того, к концу XVIII века большое количество капских студентов закончили юридический факультет в Лейдене[208]. В результате в Кейпе была доступна самая важная римско-голландская юридическая литература того времени, а римско-голландское право применялось везде, где существовал пробел.

Власть над коренным населением осуществлялась на основании того, что голландское право представляло собой своего рода *ratio scripta* (писаное право) и, таким образом, универсальное естественное право, применимое ко всем жителям. Так, римско-голландское право было перенесено на Капскую провинцию и приобрело территориальную, а не персональную сферу применения. Колониальная администрация создала систему регистрации земель и сеть судов[209].

Голландское право представляло собой смесь римского права, канонического права, *lex mercatoria* и германского права[210]. Римско-голландское право оставалось некодифицированным и применялось в Капской провинции вплоть до 1795 года, когда в результате наполеоновских войн контроль над Капской провинцией перешел к англичанам.

Постепенно колония расширялась. Так, в 1685 году был заложен Стелленбош, в 1691 — Дрейкенштейн, в 1743 — Рудесанд, в 1745 — Свартланд и Свеллендам[211]. Это обстоятельство предопределяло поиск оптимальной модели управления (или самоуправления), принимая во внимание тот факт, что Ост-Индская компания практически никак не регулировала и не влияла на процесс расселения буров. К 1786 году Свеллендам, Граф-Райнерт и Стелленбош стали столицами округов, которыми руководили ландросты — официальные

---

[207] Van Der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 96.
[208] Wijpkema A. Die Invloed van Nederland en Nederlands-Indië op Ontstaan en Ontwikkeling van die Regswese in Suid-Afrika tot 1881 / A. Wijpkema. — Doctoral thesis. — Leiden, 1934. — P. 55.
[209] Van Der Merwe C.G. The origin and characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalization / C.G. Van Der Merwe // Fundamina. — 2012. — Vol. 18(1). — P. 92.
[210] Fombad C.M. Mixed Systems in Southern Africa: Divergences and Convergences / C.M. Fombad // Tulane European and Civil Law Forum. — 2010. — Vol. 25. — P. 5.
[211] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 46.

представители компании с широким кругом полномочий[212]. Как отмечает Д.А. Жуков, «у ландростов почти не было подчиненных, за исключением делопроизводителя и одного–двух солдат. Им приходилось в значительной степени полагаться на безвозмездную помощь бурских фельдкорнетов[213]»[214]. При этом ландрост находился во главе совета (хеемраден), включавшего представителей местных бюргеров. Постепенно все большая часть Капской колонии переходила под более жесткий контроль VOC и подчинялась ее законам. Тем не менее чиновникам было очень трудно контролировать поселенцев с помощью закона и правовых институтов, особенно на границах поселения, где время от времени вспыхивало открытое неповиновение закону[215].

Капская колония находилась под управлением губернатора, председательствовавшего в Политическом совете. В последний входили семь высших должностных лиц и столько же самых состоятельных бюргеров[216]. Политическому совету принадлежала высшая исполнительная и законодательная власть. Судебную власть осуществлял Совет справедливости.

Последняя четверть XVIII столетия ознаменована серией кафрских войн, причиной которых послужила экспансия буров на восток[217].

В 1795 году происходит важнейшее событие, повлиявшее на правовой ландшафт современной ЮАР. Речь идет об английской оккупации Капской колонии. Формально британцы «представляли интересы» Вильгельма Оранского, бежавшего в Англию после того, как в Нидерландах возникла Батавская республика — вассал революционной Франции. Вильгельм и «уполномочил» английское правительство отправить на Юг Африки вооруженную экспедицию в

---

[212] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 47.

[213] Фельдкорнет — выборная неоплачиваемая должность у буров. Выполняли обязанности командиров бурского ополчения (коммандо), которое могло временно созываться в случае военной опасности или для операций против враждебных племен.

[214] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 47.

[215] Bois F. Introduction: History, System and Sources / F. Bois // Introduction to the Law of South Africa (ed. C.G. Van der Merwe, Jacques E. du Plessis). — Kluwer Law International. — P. 10.

[216] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 48.

[217] Более подробно см.: Потехин И.И. Аормирование национальной общности южно-африканских банту / И.И. Потехин. — Москва, 1955.

целях защиты колонии от французов и Батавской республики[218]. Правда, окончательно англичане стали господствовать в Капской колонии лишь в 1806 году[219], т.к. до этого власть несколько раз переходила Нидерландам[220].

В соответствии со Статьями капитуляции колонистам разрешалось сохранить существующие законы и привилегии на основании знаменитого принципа английского права, сформулированного в деле *Campbell v. Hall*[221], согласно которому закон завоеванных территорий остается в силе до тех пор, пока не будет изменен сувереном. Так, статья 8 Статей капитуляции от 10 января 1806 года гласила, что «бургеры и жители сохраняют все свои права и привилегии, которыми они пользовались до сих пор»; затем в статье 8 Статей капитуляции от 19 января 1806 года это положение было распространено на всех жителей Капской колонии. В статье 17 жителям гарантировалось дальнейшее пользование их прежними правами и привилегиями[222].

В сфере публичного права также произошли существенные изменения. Так, в 1806 году функции голландского губернатора, который управлял Капской колонией в период голландского правления, перешли к новому британскому губернатору, подчиненному британскому государственному секретарю. Исполнительные и законодательные полномочия губернатора в первые годы были подчинены только внешнему контролю. Эти полномочия губернатора в основном сохранялись (несмотря на принятие новой конституции в 1832 году) до 1853 года, когда новая конституция, учрежденная на основании *letter patent* (т.е. открытого письма короны), положила начало представительной форме правления[223]. Отныне законодательная власть в Капской колонии принадлежала Капскому парламенту,

---

[218] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 53.

[219] В результате Битвы у Блауберга или сражения при Кейптауне, которое состоялось 8 января 1806 года (подробнее см.: Anderson M.R. Blue Berg: Britain Takes the Cape : an Account of the 1806 Battle of Blaauwberg and the Participants as Well as the Causes Leading Up to This, the Second Occupation of the Cape by the British / M.R. Anderson. — M.R.D. Anderson, 2008).

[220] Капская колония официально уступлена британскому правительству по решению Лондонской конвенции 1814 года в рамках сделки, заключенной с Нидерландами (Van Der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 98).

[221] Campbell v. Hall (1774) Lofft 655, 98 ER 848; 1 Cowp 204.

[222] Hahlo H.R., Kahn E. Op. cit. P. 203.

[223] Van Der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 99.

который состоял из губернатора и двухпалатного (выборного) законодательного органа. Британская корона больше не могла издавать законы для колонии и взимать налоги, хотя британский парламент по-прежнему оставался суверенным, поскольку Капский парламент не мог вносить поправки в акты британского парламента, которые прямо или по необходимости были применимы к колонии. Британское правительство также могло признать недействительным законодательство Капского парламента в течение двух лет после его утверждения губернатором.

Сразу же после передачи колонии Британия начала навязывать свою собственную правовую систему путем принятия отдельных законодательных актов: Закон от 12 июля 1822 года предусматривал, что завещательные распоряжения подданных Соединенного Королевства должны иметь силу в соответствии с английским правом; Ордонанс от 1829 года снизил возраст совершеннолетия с двадцати пяти до двадцати одного года; Ордонанс от 1830 года сделал английский закон о доказательствах применимым в Капской колонии; Указ от 1833 года заменил римско-голландское право наследования английской системой душеприказчиков; Указ о браке в Капской колонии от 1839 года пересмотрел формальности брака[224].

Сначала английские власти попытались англифицировать Капскую колонию, поселив в 1820 году в Восточном Кейпе пятьсот британских иммигрантов, а в 1822 году комиссия Коулбрука-Бигге предложила немедленно ввести в Капской провинции английское законодательство. По описанию Д.А. Жукова, «для нации буров начался тяжелый период. Позднее африканерские историки назвали XIX век “столетием несправедливости”. Совет бюргеров Кейптауна был ликвидирован, всюду назначались британские чиновники. На содержание административного аппарата и английского гарнизона требовались деньги, и буров обложили гораздо более высокими налогами, чем во времена господства Ост-Индской компании, размеры земельных участков были существенно урезаны»[225]. Однако британские

[224] Обзор этих актов см.: Van Der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 105–110.
[225] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 56.

власти, столкнувшись с демонстрациями и угрозами отказа от сотрудничества, поняли, что не смогут навязать свои законы многочисленному голландскому населению, не понимавшему языка, на котором эти законы были написаны[226]. Вскоре они пришли к выводу, что внезапное и полное введение английского права неизбежно вызовет крайнее замешательство и проблемы. Кроме того, власти поняли, что римско-голландское право обеспечивает адекватное удовлетворение всех повседневных потребностей и нужд жизни в цивилизованном обществе и не является настолько предосудительным, чтобы требовать резкого и немедленного отказа от него[227].

Таким образом, английские власти остановились на более умеренной политике постепенной корректировки и поэтапного реформирования капской системы отправления правосудия, которая вскоре приобрела типично британский колорит. В 1807 и 1808 годах были созданы Апелляционный суд по гражданским делам и Апелляционный суд по уголовным делам, а в 1811 году были введены окружные суды для обслуживания отдаленных районов[228]. Рекомендация комиссии Коулбрука-Бигге в 1823 году о необходимости создания независимой судебной системы в качестве защиты от коррупции и злоупотребления властью привела к принятию Первой хартии правосудия в 1827 году и замене Raad van Justitie (высшего уголовного и гражданского суда при голландцах) новым Капским верховным судом в 1828 году[229]. В состав этого суда входили четыре (а позже три) квалифицированных судей, набранных из Англии или, в случае Уильяма Мензиса, Шотландии[230]. В 1827 году была создана новая система низших судов под председательством колониальных чиновников, известных как магистраты, взамен старых голландских судов ландростов и хемраденов. Процессуальное право и закон о доказательствах были переработаны в соответствии с английским правом.

---

[226] Palmer V.V. Op. cit. P. 24–25.
[227] Bois F. Op. cit. P. 10–11.
[228] Van der Merwe C.G. The origin and characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalization / C.G. Van der Merwe // Fundamina : A Journal of Legal History. — 2012. —18(1). — P. 94.
[229] Ibid
[230] Ibid.

Ордонанс 40 от 1828 года утвердил английское уголовное судопроизводство, Ордонанс 72 от 1830 года ввел английское доказательственное право, а различные правила Капского верховного суда сделали применимым английское гражданское судопроизводство, хотя некоторые черты римско-голландского права все же были сохранены[231].

Благодаря образованию и профессиональной подготовке новых судей, а вскоре и практикующих юристов, которые могли работать в Капской коллегии адвокатов только при наличии диплома Оксфорда, Кембриджа или Дублина, в Южной Африке появились характерные черты общего права[232]. К ним относятся публичные устные судебные заседания с участием законных представителей сторон; состязательные, а не инквизиционные процедуры; учреждение генерального прокурора вместо старого голландского прокурора (*Fiskaal*) и государственной прокуратуры по английской модели; введение суда присяжных в 1831 году; вынесение и освещение хорошо аргументированных решений отдельными судьями, а также доктрина прецедента. Составленные по английскому образцу судебные процессы и документы, такие как завещания и договоры, были сформированы по английскому образцу, что повлияло на соответствующее материальное римско-голландское право[233]. Были учреждены должности магистра Верховного суда и регистратора сделок. Вторая хартия правосудия 1832 года[234] гарантировала свободу для всех в Капской провинции, отменила ношение пропусков и открыла возможность обладания правом собственности на землю для всех[235].

Кроме того, британское правление втянуло Южную Африку в быстро расширяющуюся сеть международной торговли, что значительно активизировало

---

[231] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 109.
[232] Van der Merwe C.G. The origin and characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalization / C.G. Van der Merwe // Fundamina : A Journal of Legal History. — 2012. —18(1). — P. 95.
[233] Bois F. Op. cit. P. 11–15.
[234] Ordinance 50 of 1828, ss 205–207 (Cit. Van der Merwe C.G. The origin and characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalization / C.G. Van der Merwe // Fundamina : A Journal of Legal History. — 2012. —18(1). — P. 95).
[235] Bois F. Op. cit. P. 11.

коммерческую и политическую деятельность, которая была заторможена авторитарными методами управления голландской Ост-Индской компании. В 1809 году в Нидерландах была принята вариация французского Гражданского кодекса, так что Капская колония больше не могла следить за развитием законодательства в Нидерландах, стремясь модернизировать свое право[236]. Это привело к широкомасштабному законодательному импорту в Капскую провинцию английского коммерческого права, касающегося судоходства, страхования, законодательства о компаниях, несостоятельности, ценных бумаг[237]. В отчете комиссии Коулбрука-Бигге содержится намек на то, что английские законы по коммерческому праву были импортированы, поскольку римско-голландское право в этой области было слишком простым, чтобы справиться с растущей сложностью британских коммерческих операций[238]. Более сложное английское конституционное право успешно разрешало конфликты между голландскими поселенцами и английскими правителями. Как только принципы английского конституционного и административного права были приняты в Капской провинции, голландские принципы публичного права были полностью вытеснены[239].

С другой стороны, несмотря на то обстоятельство, что после создания в 1828 году Земельного регистрационного управления была введена более эффективная система регистрации земель, комиссия Коулбрука-Бигге назвала римско-голландское гражданское право, регулировавшее вопросы собственности и земли, «простым и эффективным» и высоко оценила систему публичной регистрации титулов[240]. В связи с этим удобную структуру римско-голландской регистрации права собственности не стали заменять «безбожным нагромождением» (по словам

---

[236] Bois F. Op. cit. P. 11.
[237] Hahlo H.R., Kahn E. Op. Cit. P. 18–20.
[238] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 108–109.
[239] Van der Merwe C.G. The origin and characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalization / C.G. Van der Merwe // Fundamina : A Journal of Legal History. — 2012. —18(1). — 95.
[240] Hahlo H.R., Kahn E. Op. Cit. P. 458.

Оливера Кромвеля) титулов по английскому праву[241]. Тем не менее англичане внесли изменения в существующую систему землевладения, которая «помимо своего удобства и простоты лишала правительство значительных доходов»[242]. В основном все изменения были связаны с преобразованием ограниченных прав на земельные участки (бессрочное владение участком, пользование участков с извлечением плодов и пр.). Так, 1830-х годах, руководствуясь желанием увеличить доходы бюджета, британцы попытались изменить систему бессрочного владения земельным участком на систему «фригольд» (*freehold*)[243]. Таким образом, в Южной Африке личные права, наследственное право, право собственности и обязательственное право оставалось в основном римско-голландским[244].

Однако победу англичан и их господство приняли далеко не все. В 1837 году «среди буров, — как пишет Д.А. Жуков, — возникло и быстро оформилось движение, получившее название Великий Трек. Это был массовый уход 15 тыс. африканеров (они стали именоваться фуртреккерами) из Капской колонии в глубь материка, где, как они надеялись, “ни английские миссионеры, ни англизированные готтентоты” не смогут докучать им; “где кафры ручные; где можно найти хорошие пастбища для скота; где будет хорошая охота на слонов, буйволов и жирафов; где человек может жить свободно”»[245]. Эти пятнадцать тысяч голландских колонистов, называемых «вортреккерами» (*Voortrekkers*), основали в 1854 году Оранжевое Свободное Государство (Оранжевая Республика) и в 1852 году Трансвааль. В конституциях обеих республик[246] указывалось на то, что на их

---

[241] Van der Merwe C.G. The origin and characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalization / C.G. Van der Merwe // Fundamina : A Journal of Legal History. — 2012. —18(1). — P. 95.
[242] Ibid.
[243] Ibid.
[244] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 105–106.
[245] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 71.
[246] Конституция Оранжевого Свободного государства (Grondwet) 1854 года, дополненная ордонансом 1856 года, признавала римско-голландское право в качестве основной системы права (hoofdwet) государства, а именно право, которое применялось голландскими судьями в Капской колонии до 1828 года, но исключала новые голландские законы и институты, которые противоречили праву, изложенному Воэтом, Левеном, Гроцием, Мерулой, Либрехтом, Ван дер Линденом и Ван дер Кесселем. В Трансваале парламент (Volksraad) подтвердил в статье 31 так называемых «Тридцати трех статей», разработанных в 1844 году и дополненных в 1849 году, «Голландскую ветвь» в качестве основы права, «но только в измененном виде и в соответствии

территории должно применяться римско-голландское право, а конституция Республики Трансвааль приняла в качестве основного источника права «Справочник торговца», элементарную работу известного римско-голландского писателя Ван дер Линдена. Однако на практике республики приняли систему открытых судов и систему присяжных, а также английские процессуальные нормы[247]. В области частного права, а также по некоторым вопросам публичного права они стали использовать «англифицированные» капские законы, а со временем приглашали судей и юристов из Капской колонии. На этих территориях судьи обращались за рекомендациями к английским, шотландским и особенно к капским делам (а также консультировались с источниками, отличными от авторитетов Голландии XVII века).

Кроме того, особенностью системы политического управления в созданных республиках было то обстоятельство, что в них устанавливалось, с одной стороны, полное бесправие африканского большинства, с другой, предоставление широких политических прав белым жителям республик. В то время как африканцы не имели права голоса и каких-либо других прав, белым предоставлялись широчайшие права и свободы[248].

После завоевания англичанами эти республики, а также республика Наталь[249] стали в полной мере «смешанными правовыми системами». Наталь был присоединен к Капской колонии в 1843 году и стал отдельной английской колонией в 1856 году; Оранжевое Свободное Государство и Трансвааль перешли под контроль Англии в качестве колоний Короны в 1902 году (после Второй англо-

---

с обычаями Южной Африки…». В Приложении 1 к Конституции Южно-Африканской Республики (Трансвааль) 1860 года «Справочник Коопмана» Ван дер Линдена был назван сводом законов государства, в то время как второстепенными источниками были другие сочинения юристов, в том числе Г. Гроция. Несмотря на то, что эти сборники законов не всегда можно было легко достать в республиках, а квалифицированных юристов не хватало, римско-голландское право, практиковавшееся в Капской колонии, таким образом, прочно утвердилось в качестве основного закона этих республик до их падения (Hahlo H. R., Kahn E. Op. cit. P. 97).

[247] Hahlo H. R., Kahn E. Op. cit. P. 227–236.

[248] Тихомиров В.И. Националистическая партия как выразитель классовых интересов африканерской буржуазии : дис. ... канд. ист. наук. — Москва, 1984. — С. 29.

[249] Название Наталь (по-португальски — Рождество) дал этим местам в 1497 г. Васко да Гама в ходе одной из своих экспедиций (Жуков Д.А. Указ. соч. С. 72).

бурской войны). Прежние конституции были отменены и заменены новыми актами, созданными на основе жалованных грамот, губернатора, представляющего Корону, и назначаемых Исполнительного и Законодательного советов[250]. Кроме того, создаются новые высшие суды (Верховный суд и Высокий суд в Трансваале, а также Высокий суд в Оранжевом Свободном Государстве). Прежние суды ландростов были заменены магистратскими судами, а для рассмотрения мелких уголовных дел — мировыми судьями. Сразу после установления контроля над этими колониями англичане ввели различные статуты, в основе которых было английское право, хотя в каждом случае были приняты ордонансы, сохранявшие статус римско-голландского права[251].

После открытия месторождений алмазов в Оранжевом Свободном Государстве (1867 г.) и залежей золота в Трансваале (1886 г.) Великобритания объявила войну бурским республикам в 1899 году под предлогом отказа правительства Трансвааля в праве голоса британским уитлендерам (*Uitlanders*)[252]. После неожиданного поражения на первом этапе военных действий Британии буры прибегли к партизанской войне и в конце концов капитулировали в 1902 году, подписав Феринихингский мирный договор, в результате которого Бурские республики потеряли независимость и вошли в состав Британской империи, но бюргеры получили амнистию, материальную компенсацию имущественных потерь[253]. Договор гарантировал личную свободу и свободу всем гражданам объединенной колонии. Четыре колонии — Капская, Наталь, Оранжевое Свободное Государство и Трансвааль — были объединены в Южно-Африканский Союз в результате подписания Акта 1910 года, а правовые системы четырех колоний постепенно интегрировались. Как отмечает Мерве К., к этому времени «в

---

[250] Van der Merwe C.G. The origin and characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalization / C.G. Van der Merwe // Fundamina : A Journal of Legal History. — 2012. —18(1). — 97.
[251] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 101–102.
[252] Giliomee H. The Afrikaners: biography of a people / H. Giliomee. — London : Hurst & Company. 2003. — P. 236–237.
[253] Van der Merwe C.G. The origin and characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalization / C.G. Van der Merwe // Fundamina : A Journal of Legal History. — 2012. —18(1). — 97.

Южно-Африканском Союзе население страны составляло шесть миллионов человек, из которых 3 956 000 были африканцами, 1 278 000 белыми, 517 000 цветными и 148 000 азиатами»[254].

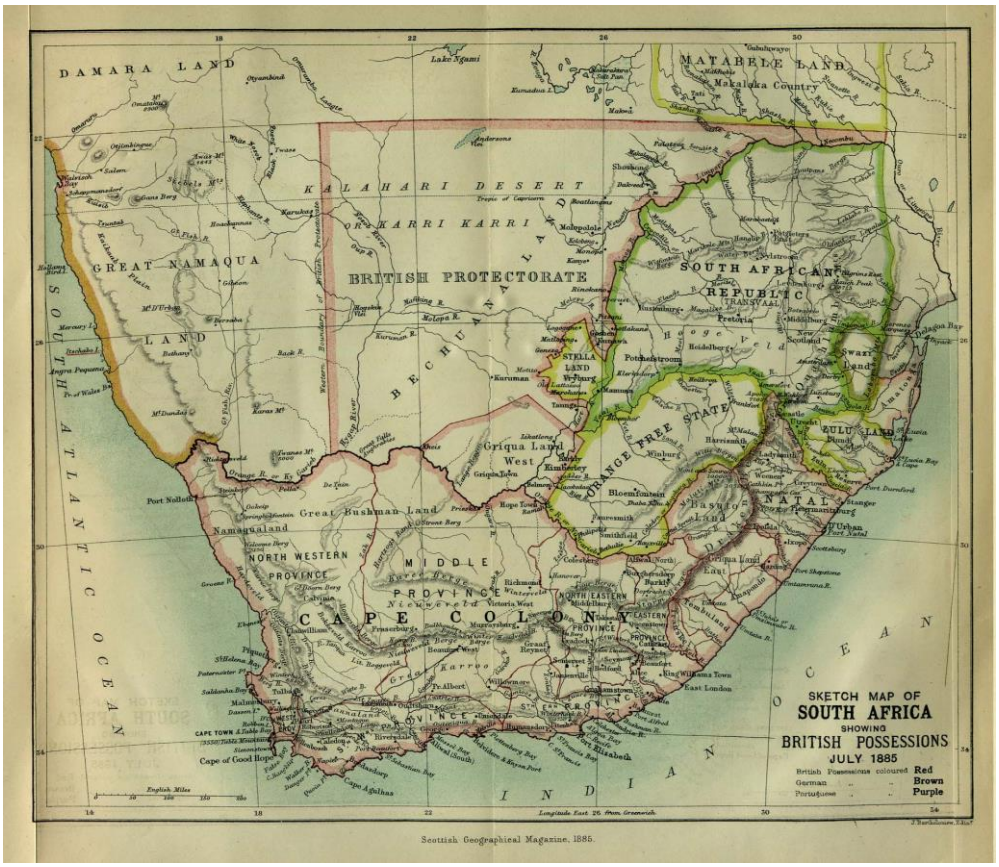


Рисунок 1. Карта Южной Африки с указанием британских владений, июль 1885 года (из Шотландского географического журнала. Издается Шотландским географическим обществом под редакцией Хью А. Вебстера и Артура Сильвы Уайта. Том I, 1885 год)

Источник: UT Libraries' Map Collection [Электронный ресурс] // University of Texas Libraries. — URL: https://maps.lib.utexas.edu/maps/historical/south_africa_1885.jpg (дата обращения: 12.02.2026).

Открытие богатых залежей золота и месторождений алмазов привели не только к известным политическим процессам, но и способствовали бурному росту горнодобывающей промышленности, а также увеличению числа европейских

[254] Van der Merwe C.G. The origin and characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalization / C.G. Van der Merwe // Fundamina : A Journal of Legal History. — 2012. —18(1). — P. 98.

поселений[255]. Это создавало новые возможности для коренных африканцев, что послужило стимулом к небывалому развитию местных племен. «С развитием сельскохозяйственной экономики, — отмечает Анджемоглу Д., — жесткие племенные институты стали отходить на второй план. Есть также множество свидетельств перемен в формах собственности на землю. В 1879 году некий чиновник в Умзимкулу (область провинции Транскей) отмечал “растущее желание части коренных жителей стать собственниками земли — они уже приобрели 38 000 акров”. Три года спустя он же записал, что около восьми тысяч африканцев в округе купили и стали обрабатывать 90 000 акров земли»[256]. Столь бурно развивающиеся экономические отношения подтачивали власть местных африканских вождей, которые нередко предпринимали попытки запретить все «европейские новшества»: новые зерновые культуры, новые орудия труда (плуг и пр.)[257]. Более того, подобный рост благосостояния коренного населения не мог не вызывать раздражение со стороны европейских колонизаторов. И вскоре после вступления в силу акта 1910 года о создании Южно-Африканского Союза был принят знаменитый Акт о землях коренного населения 1913 года, согласно которому 87% земельных участков получили белые фермеры, а оставшиеся 13% перешли к туземцам[258].

В целом после победы Британии в 1902 году до 1910 года англичане весьма резко стали насаждать свой уклад. Д.А. Жуков так описывает положение дел: «Британцы продолжали культурно подавлять африканеров [*ранее использовался термин “буры”, по сути, белого население голландского происхождения* — прим. диссертанта] <…> Насильственную англизацию поначалу пытались проводить и на территориях бывших республик. Дискриминация буров ставила их едва ли не в положение цветного и черного населения, что еще больше унижало африканеров. Верховный комиссар Великобритании в Южной Африке лорд Милнер писал:

---

[255] Аджемоглу Д. Почему одни страны богатые, а другие бедные / Д. Аджемоглу. — Москва : АСТ, 2024. — С. 353.
[256] Там же. С. 354.
[257] Там же. С. 356.
[258] Там же. С. 358.

“С политической точки зрения я придаю самое важное значение росту британского населения <…> Если через десять лет на трех представителей британской расы будет приходится по два бура, страна окажется в безопасности и сможет процветать…”»[259]. Усугубляло положение дел еще и то обстоятельство, что англичане стремились существенно удешевить производство и ввезли в Южную Африку огромное количество китайцев[260].

С 1902 по 1910 год иммиграция британцев в Южную Африку всячески поощрялась, особенно для того, чтобы увеличить процент британцев в Оранжевом Свободном Государстве и Трансваале. Тем не менее британцы никогда не составляли более 40% белого населения[261].

В результате в бывших республиках были созданы отдельные политические организации (в Натале — Бурский конгресс; в провинции Оранжевой реки возникла африканерская партия Оранжевый Союз), целью которых была борьба за права в том числе буров против английского притеснения. Все это привело к тому, что их интересы были значительным образом учтены при разработке конституции Южно-Африканского Союза (так называемый Южноафриканский акт), поскольку многие из рьяных борцов за права буров (африканеров) вошли в состав конвента, разрабатывающего конституцию[262].

Надлежит сказать несколько слов по поводу принятой в 1909 году и вступившей в силу в 1910 году Конституции (Южноафриканский акт)[263]. Государственное устройство созданного объединения можно охарактеризовать в качестве унитарного: права вошедших в ЮАС самоуправляющихся колоний не были оговорены, у назначаемой британским генерал-губернатором Палаты собрания было больше полномочий, чем у выборного Сената[264]. Английский и голландский языки были признаны в качестве официальных языков страны. Все

---

[259] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 176.
[260] Там же. С. 175.
[261] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 115.
[262] К примеру, лидер африканеров Джеймс Герцог (1866–1942), провозгласивший курс на изоляционизм своей нации (см.: Жуков Д.А. Указ. соч. С. 178).
[263] Более подробно см.: Hyam R. African Interests and the South Africa Act, 1908–1910 / R. Hyam // The Historical Journal. — 1970. — 13(1). P. 85–105.
[264] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 178.

парламентские и государственные документы должны были изготавливаться на двух языках. Равный статус и привилегии английского и голландского языков (или африкаанс, который заменил голландский в качестве государственного языка в 1925 году) были признаны настолько важными, что нормы о равноправии языков были закреплены и в последующих конституциях 1961 и 1983 годов, иными словами, подобное положение не могло быть изменено без соблюдения специальных парламентских процедур[265].

Избирательные права по Конституции 1910 года получили в том числе цветные и черные жители Капской провинции. В то же самое время требовалось, чтобы они соответствовали имущественному и образовательному цензам. При этом черные и цветные граждане других провинций избирательных прав не имели, а белые женщины получили избирательное право только в 1930 году[266]. По словам Д.А. Жукова, «Конституция сохраняла за европейской частью населения политическую власть, поскольку среди избирателей было 93% белых, а черные и цветные не могли быть депутатами парламента»[267].

Однако в это же время начинает формироваться законодательная база с целью сохранения привилегированного положения белого населения. Так, уже в 1911 году был принят акт, в соответствии с которым определенные должности в бурно развивающейся горной промышленности могли занимать только представители белого населения[268]. Несколько позже в 1913 году, как мы уже отмечали, был принят закон «О землях туземцев» (или Акт о землях коренного населения), в котором был провозглашен принцип раздельного проживания африканцев и белых. Так, африканцам запрещалось владеть землей или постоянно проживать за пределами отведенных им резерватов, занимавших менее 13% территории Южно-Африканского Союза[269].

---

[265] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 102.
[266] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 178.
[267] Там же. С. 179.
[268] Там же. С. 189.
[269] Там же.

Победа англичан сопровождалась не только принятием законов против коренного, черного, населения страны, она также привела к дискредитации буров. Так, по мнению В.И. Тихомирова, «оккупация англичанами Южной Африки окончательно закрепила разделение буров на небольшую группу нарождавшейся бюрократии и буржуазии и основную массу землевладельцев. Первые начали активно сотрудничать с англичанами и вскоре образовали зажиточную бурскую общину Кейптауна. Вторая группа, бурских землевладельцев, явилась той средой, где стали возникать и формироваться основы африканерского мелкобуржуазного национализма»[270]. Это обстоятельство привело к бурному развитию политической борьбы. Так, уже в 1914 году в Блумфонтейне состоялся первый конгресс Националистической (Национальной) партии Южной Африки. Конгресс принял первую «Программу принципов», в которой говорилось о необходимости разработки «всеобщей концепции национального достатка» и которая провозглашала, что «интересы Союза стоят выше интересов любой другой страны...»[271]. Именно предводитель Националистической партии — генерал Дж. Герцог — предложил уже упомянутый закон «О землях туземцев» (или Акт о землях коренного населения). Позже в 1924 году он станет премьер-министром ЮАС, эту должность Дж. Герцог будет занимать в течение 15 лет[272].

В области становления и развития правовой системы ЮАС также наблюдались любопытные метаморфозы. Несмотря на победу англичан, юридическое образование и правоприменение начали попадать в орбиту зарождающегося местного белого национализма, что привело к отказу от быстрого и легкого обращения к английскому праву, к которому часто, как уже было указано, обращались в XIX веке[273]. Вновь созданное Апелляционное отделение Верховного суда сыграло важную роль в возвращении римско-голландского права на первый план. Однако решительная и программная оппозиция английскому правовому

---

[270] Тихомиров В.И. Националистическая партия как выразитель классовых интересов африканерской буржуазии : дис. ... канд. ист. наук. — Москва, 1984. — С. 27.
[271] Тихомиров В.И. Указ. соч. С. 48.
[272] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 193.
[273] Bois F. Introduction: History, System and Sources / F. Bois // Introduction to the Law of South Africa (ed. C.G. van der Merwe, Jacques E. du Plessis). — Kluwer Law International. — P. 12.

влиянию все-таки возникла, особенно в университетах, где преподавание велось на африкаанс, местном наречии голландского языка. Уже в середине XX века развернулись жаркие дебаты между «пуристами», выступавшими за сокращение английского правового влияния, с одной стороны, и «прагматиками» — с другой[274]. Эти споры перекликались с более широкими политическими дебатами, вызванными ростом африканерского национализма, когда политический триумф последнего в 1948 году привел в государственное управление большое число людей, являющихся сторонниками идей белого национализма. Бесспорно, что к тому времени в результате смешения судами и законодателем римско-голландского и английского права возникло отчетливо выраженное южноафриканское общее право[275].

Таким образом, после образования в 1910 году ЮАС, в вошедших в него независимых республиках активизировались националистические движения буров. Результатом такой борьбы стало, с одной стороны, косвенное противодействие английскому укладу, с другой, провозглашение особой национальной политики превосходства белой расы.

Как мы уже отмечали, в 1924 году премьер-министром страны будет избран Дж. Герцог — предводитель Националистической партии. С этого момента происходят коренные преобразования в политической и государственной жизни страны. Так, создается Министерство труда главной задачей которого являлось создание экономических районов, где белые рабочие «были бы защищены от конкуренции со стороны африканцев»[276]. В 1929 году принимается известный акт о туземных городских округах, который значительно сузил права черного населения на владение и пользование землей в городских районах страны[277]. Кроме того, в соответствии с этим законом африканцы теряли право беспрепятственного передвижения и нахождения в «белой черте» городов. По словам Д.А. Жукова,

---

[274] Bois F. Introduction: History, System and Sources / F. Bois // Introduction to the Law of South Africa (ed. C.G. van der Merwe, Jacques E. du Plessis). — Kluwer Law International. — P. 13.
[275] Ibid.
[276] Тихомиров В.И. Указ. соч. С. 67.
[277] Там же. С. 68.

«правительство получило еще больше полномочий контролировать приток африканцев в города. В этих целях использовалась сохранившаяся еще с довоенных времен система пропусков. Работающим в городе африканцам предписывалось жить в специальных поселениях — тауншипах, за чертой города»[278].

В период правления Дж. Герцога произошло существенное изменение политики Великобритании по отношению к своим доминионам. Согласно декларации лорда Артура Бальфура, автономия ЮАС была значительно расширена[279].

Закон о туземной администрации (№ 38 от 1927 года) провозгласил улучшенную версию «непрямого правления» для всей Южной Африки, наряду с законами, распределяющими землю, работу и образование по расовому признаку и обеспечивающими социальную сегрегацию. Эта система позволила сохранить некоторые нормы права коренных народов, которые применялись в отношении семейных союзов и общинных земель. Обычное право представляло собой один из сегментов расово сегрегированной правовой системы, которая в итоге переросла в апартеид. Дело в том, что коренное население Южной Африки не сыграло никакой роли в развитии смешанной правовой системы в ЮАС[280]. Несмотря на то, что римско-голландское право, как писаный закон, применяется в качестве своего рода *ius naturale* ко всем жителям ЮАС, коренное население было низведено до крепостных или фактически рабов и никогда не получало полноценного гражданства. Британская концепция верховенства закона позволила улучшить отношение к коренному населению, но при этом подчинила его государственной дисциплине. Постепенно это привело к формированию расового класса в колониальном обществе[281]. Изначально британская политика выступала за правовую ассимиляцию, но растущие протесты со стороны все более крупных и организованных коренных общин, таких как зулусы на востоке страны, заставили

[278] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 195.
[279] Там же. С. 196.
[280] Van der Merwe C.G. The origin and characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalization / C.G. Van der Merwe // Fundamina : A Journal of Legal History. — 2012. —18(1). — 98–99.
[281] Ibid.

британских правителей заменить политику правовой ассимиляции на политику «непрямого правления», в рамках которой институты и законы коренного населения сохранялись (и адаптировались). Представители коренных общин были приняты в колониальную администрацию в качестве младших партнеров и осуществляли некоторые полномочия коренного населения под контролем колониальных чиновников и учреждений. В результате возникла параллельная правовая система с собственным Кодексом, неписаными («туземными») законами и многоуровневой системой судов, а в итоге — расово сегрегированное и иерархическое государство, экономика и общество. Таким образом, белые колонисты и чернокожее коренное население ЮАС были подчинены сложному иерархическому порядку, что положило начало модификации европейских правовых традиций римско-голландского и английского права, которые были перенесены в Южную Африку. Римско-голландское право здесь было оторвано от своих голландских социальных и этических корней, представленных либеральной политикой одного из ведущих архитекторов римско-голландского права Гуго Гроция, и отражало в первую очередь проблемы и интересы только европейской части южноафриканского общества[282]. После победы националистической партии в 1948 году эта трансплантированная система была преобразована и ужесточена путем принятия расовых законов в тщательно разработанную систему расовой сегрегации, известную как апартеид. Правовые нормы ограничивали предоставление рабочей силы и свободу передвижения по расовому признаку. Итак, на инфраструктуру римско-голландского права была наложена надстройка апартеида[283]. Точно так же либеральные законы, импортированные из Англии, способствовали процветанию белых в Южной Африке и углубляли расовое разделение.

Вторая мировая война повлияла также и на политический ландшафт ЮАС. С одной стороны, в обществе нарастала симпатия националистическим идеям

[282] Sachs A. Law and Justice in South Africa / A. Sachs. — World. — 1973.
[283] Van der Merwe C.G. The origin and characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalization / C.G. Van der Merwe // Fundamina : A Journal of Legal History. — 2012. —18(1). — 99.

нацистской Германии. Так, еще в 1930-х годах возникло более радикально настроенное Южно-Африканское христианское национал-социалистическое движение, возглавляемое Йоханнесом фон Штраусом[284]. С другой стороны, ЮАС находился под покровительством Великобритании, что предопределяло участие в войне на стороне союзников. Однако такое решение повлекло раскол как в правительстве, так и в обществе: незначительным большинством — 80 голосов против 67 — парламент поддержал решение о вступлении в войну. Отношения ЮАС с Германией были разорваны, и 4 сентября Южная Африка вступила в войну. Дж. Герцог подал в отставку и в дальнейшем выступал против активного союзника Британии — Я. Смэтса, который 5 сентября 1939 года занял пост премьер-министра[285].

С 1940 года армия ЮАС активно участвовала в различных операциях против итальянских и немецких захватчиков на африканском континенте. Общие потери ЮАС в войне были не очень значительны: около 9 тыс. человек (всего в войне участвовало 334 тыс. южноафриканцев)[286].

Однако после окончания войны непримиримые националисты решили перейти в наступление и раз и навсегда покончить с диктатом Великобритании. С этого момента в политической и государственной жизни ЮАС начинается печально известный период апартеида, о правовом и историческом значении которого пойдет речь в последующем параграфе.

2.2. Апартеид и его влияние на правовую систему ЮАР

В 1948 году к власти в стране приходит Национальная партия. Во многом это произошло вследствие опасений националистически настроенной африканерской элиты в отношении набирающей популярность коммунистической идеологии в государстве. Так, в 1946 году в ЮАС произошла крупнейшая стачка, объединившая 100 тысяч рабочих-горняков, а численность коммунистической

[284] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 204.
[285] Там же. С. 215.
[286] Там же. С. 231.

партии выросла в 4 раза[287]. Разумеется, это вызывало резкую озабоченность буржуазии. В результате ожесточенной политической борьбы к власти приходят националисты. В 1943 году будущий премьер-министр страны Д.Ф. Малан впервые в своей речи употребил южноафриканский синоним расовой сегрегации — апартеид — термин, который предопределит всю политику государства на ближайшие десятилетия[288]. Несмотря на то обстоятельство, что к моменту прихода к власти разработанной теории «апартеида» не существовало, к 1947 году была опубликована брошюра Национальной партии, в которой утверждалось, что в ЮАС «должна проводиться политика поощрения полного апартеида как конечной цели естественного процесса раздельного развития. <…> Отдавая себе отчет в том, что эта задача может быть лучше всего выполнена путем сохранения в чистоте и неприкосновенности белой расы, Национальная партия провозглашает это в качестве основного руководящего принципа своей политики»[289]. Кроме того, в этой же брошюре обозначалось «соблюдение территориальной и политической сегрегации и разделение европейцев и неевропейцев в целом по месту жительства и, насколько это осуществимо, в сфере производства». Также в этом документе излагались три главных принципа: апартеид, система христианско-национального образования и борьба против коммунистической опасности[290].

Скорее, указанные положения напоминают лишь абстрактные посылки расистской идеологии, но вряд ли их можно считать «руководством к действию». В этой связи надлежит обратить внимание на более подробный документ «Политика партии по отношению к цветному населению», который был опубликован в 1948 году. Здесь апартеид обозначался в качестве противоположности расовому равенству, которое приведет к уничтожению «белой расы»; предписывалось переселение африканцев в резерваты, которые должны были находиться под властью белого правительства; констатировался запрет

[287] Тихомиров В.И. Указ. соч. С. 98–99.
[288] Там же. С. 113.
[289] Цит. по: Тихомиров В.И. Указ. соч. С. 113.
[290] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 243.

африканцам на вступление в профсоюзы; более того, предусматривалась национальная система регулирования и контроля труда[291].

Для того чтобы воплотить в жизнь эти идеи требовалось существенным образом изменить систему представительства, сложившуюся в Парламенте. Почти сразу же после победы Национальная партия вносит поправки к Закону о Юго-Западной Африке, согласно которым, «с 1950 года белые жители стали избирать 6 депутатов в парламент ЮАС, что, в свою очередь, удвоило парламентское большинство националистов»[292]. Кроме того, в 1949 году принимается закон о гражданстве ЮАС, в результате чего было заменено британское гражданство на южноафриканское. Более того, увеличивался срок проживания в стране, необходимый для возможности реализации политических прав: с 2 до 5 лет[293].

Парламентская сессия 1949 года была очень насыщенной. Принимается закон, запрещающий смешанные браки. В тех случаях, когда гражданин ЮАС женился или выходил замуж за пределами страны, такой брак считался недействительным[294]. Но вся мощь государственного аппарата была направлена не только против африканского населения, но и против других рас. Так, следующей инициативой стало внесение изменений в закон о земельных правах, согласно которому индийцам запрещалось приобретать земельные участки в Натале и Трансваале[295]. Не остался без внимания уже упоминавшийся закон «О землях туземцев» (или Акт о землях коренного населения); в него также были внесены изменения, согласно которым создавалось бюро по найму рабочей силы, обеспечивающее постоянное изобилие африканских рабочих на тяжелейших работах на рудниках и фермерских хозяйствах представителей белой расы.

---

[291] Ястребова И.П. Расовая дискриминация — основной принцип политики реакционных правительств Южной Африки : Ее формы и важнейшие социальные и политические аспекты / И.П. Ястребова. — Москва : Институт Африки, 1970. — 36 с. (цит. по: Тихомиров В.И. Указ. соч. С. 115).

[292] Тихомиров В.И. Указ. соч. С. 116.

[293] Там же.

[294] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 246.

[295] Там же.

В это же время в жизнь воплощаются идеи раздельного образования. Так, в 1949 году в Трансаавале были созданы первые раздельные школы. Вскоре во всех провинциях обучение детей велось раздельно[296].

Уже через год был принят знаменитый Закон о регистрации населения. В соответствии с этим актом производилась расовая классификация на три группы: африканская, цветная и европейская. При этом африканская и цветная группы были также разделены на этнические подгруппы. Жуков Д.А. отмечает, что «по завершении регистрации каждому полагалось получить удостоверение личности, в котором его расовая принадлежность заверялась несмываемой печатью. Нарушение “расовых границ” людьми, которые были названы “маскирующимися под белых”, становилось с этого момента невозможным»[297].

Однако простого разделения всего населения страны на несколько групп не было достаточно для проведения полноценной политики сегрегации. Для достижения этой цели в последующие годы были приняты законы о расселении по расовым группам. В 1959 году был принят акт «о развитии самоуправления банту»[298]. Так, на свет появились бантустаны (от слова «банту» — обобщенного названия в «белой» ЮАР всех африканцев, вне зависимости от конкретной этнической группы, к которой они принадлежали)[299]. «Бантустаны» можно описать в качестве «резерваций», каждый бантустан «представлял собой псевдогосударство, на территории которого доминировала одна из этнических групп африканцев. Таких “государств” — бантустанов было создано десять — по числу основных этнических групп африканцев. Индийцы и цветные получили не “государства”, а обособленные районы их проживания»[300].

---

[296] Тихомиров В.И. Указ. соч. С. 120.
[297] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 246.
[298] Терешкин Д. В. Политический режим апартеида в ЮАР: теоретический и историко-правовой анализ: дис. … канд. юрид. наук. 2007.
[299] Тетёкин В.Н. Массовые демократические организации Южной Африки в борьбе против режима апартеида (1976–1991 гг.) : дис. ... д-ра ист. наук. — Москва, 2012. — С. 26–27.
[300] Там же.

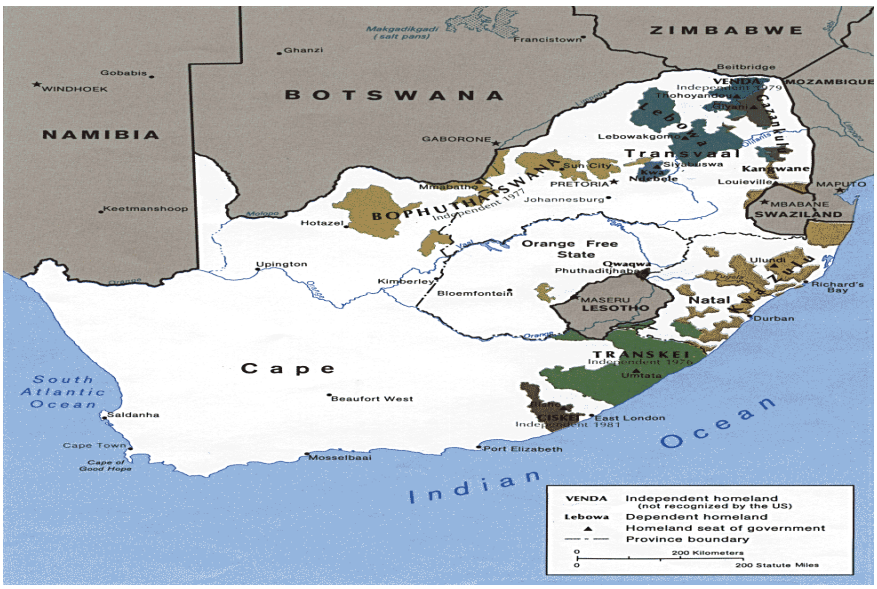


Рисунок 2. Земли для африканского населения в ЮАР к 1986 году

Источник: UT Libraries' Map Collection [Электронный ресурс] // University of Texas Libraries. — URL: https://maps.lib.utexas.edu/maps/africa/south_african_homelands.gif (дата обращения: 12.02.2026).

В этих «государствах» африканцы могли избирать представительные органы власти, а также президента. У каждого «бантустана» были свои государственные символы (флаги и гимны). В 1963 году парламент ЮАР (в 1961 году провозглашена Южно-Африканская Республика вместо ЮАС) утвердил первую конституцию бантустана. В аконе о конституции Транскея, согласно которому народности коса, населявшей этот крупнейший в стране резерват, предоставлялось «самоуправление»[301]. Все внешние атрибуты государственного суверенитета у «бантустанов» присутствовали. Дальнейшее развитие бантустанизации сопровождалось принятием в 1970 году Закона о гражданстве в бантустанах. Как верно отмечает В.Н. Тетекин, «четыре из них были вообще объявлены независимыми, хотя их не признало ни одно государство мира, кроме ЮАР, правительство которой установило с ними дипломатические отношения и направило туда послов»[302]. Речь идет о таких бантустанах как Транскей, получившего независимость в 1976 году, Бопутатсвана, ставшего независимым в

[301] Тихомиров В.И. Указ. соч. С. 140.
[302] Тетёкин В.Н. Указ. соч. С. 27.

1977 году, Венда, получившая независимость в 1979 году, а также Сискей, ставший самостоятельным в 1981 году. Разумеется, население этих бантустанов было лишено гражданства ЮАР. Остальные шесть бантустанов находились на промежуточных стадиях развития, т.е. либо на стадии «территориальных полномочий», либо на стадии «самоуправления»[303].



Флаг Республики Транскей





Флаг Республики Венда



Флаг Республики Бопутатсвана



Флаг Республики Сискей

Безусловно, «о подлинной независимости, — как пишет В.Н. Тетёкин, — и речи идти не могло. Выборы, как и практически все аспекты экономической, политической и социальной жизни этих бантустанов жестко контролировались центральным белым правительством. Что касается остальных шести бантустанов, не удостоившихся “чести” называться независимыми, то там существовал институт представителей правительства ЮАР, которые реально управляли ими.

[303] Тихомиров В.И. Указ. соч. С. 140.

Репрессивные органы и вооруженные силы этих псевдогосударств находились под полным контролем белых офицеров»[304].

Интересно, что в СССР существовало официальное указание не отображать «бантустаны» на официальных политических картах мира[305]. «Проводя политику апартеида, — гласил документ, — правительство ЮАР пытается создать в стране ряд “хоумлендов” (бантустанов) — особых районов для отдельных племен. На картах эти “хоумленды” не показывать».

В то же самое время расистская политика ЮАР подверглась жесточайшей критике со стороны мирового сообщества. Так, в Резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН A/RES/3411D (xxx) от 28 ноября 1975 г., A/RES/31/6A от 26 октября 1976 г., в Резолюциях Совета Безопасности S/RES/402 (1976) от 22 декабря 1976 г., S/RES/407 (1977) от 25 мая 1977 г., а также в заявлениях и письмах Совета Безопасности S/PV.2168 от 21 сентября 1979 г. и S/PV.2315 от 15 декабря 1981 г. действия ЮАР по созданию и провозглашению так называемой независимости Транскей и других бантустанов подверглись осуждению[306].

Правительство ЮАР при создании бантустанов преследовало две важные цели: во-первых, продемонстрировать независимость и самостоятельность африканского населения, которое якобы могло развиваться отдельно от белого населения, во-вторых, с экономической точки зрения бантустаны представляли собой источник дешевой рабочей силы для «белой» экономики[307].

---

[304] Тетёкин В.Н. Указ. соч. С. 27.

[305] ГКИНП-14-137-81. Руководящий технический материал по созданию политических карт мира и материков, политико-административных карт регионов и отдельных государств (утв. и введен в действие Приказом ГУГК СССР от 02.02.1981 N 35п) [Электронный ресурс]. — URL: https://meganorm.ru/mega_doc/norm/perechen/5/gkinp-14-137-81_rukovodyashchiy_tekhnicheskiy_material_po.html (дата обращения: 16.02.20026).

[306] Международное право : общая часть : учебник / Г.Я. Бакирова, П.Н. Бирюков, Р.М. Валеев и др. ; отв. ред. Р.М. Валеев, Г.И. Курдюков. — Москва : Статут, 2011; Маммадов У.Ю. Некоторые вопросы теории и практики признания государств в современном международном праве / У.Ю. Маммадов // Российский юридический журнал. — 2012. — N 6. — С. 69–79.

[307] Тетёкин В.Н. Указ. соч. С. 28.

С 1948 года наблюдается активный рост правотворчества, в результате принятых за короткое время актов окончательно утвердилась система расовой сегрегации и было уничтожено активное профсоюзное движение[308].

В доктрине подчеркивается, что во время апартеида правительство действовало как «прагматичная олигархия» (*pragmatic oligarchy*), принимая меры социального контроля, которые наилучшим образом отвечали его идеологическим интересам, чтобы подавлять инакомыслие и одновременно избегать репрессий за пределами своих интересов[309].

Во время правления Национальной партии было принято две Конституции. Первая — Конституция 1961 года — в соответствии с которой провозглашалась республиканская форма государственного правления. Вторая Конституция была принята в 1983 году. В ней было предусмотрено, что верховная роль в организации государственной жизни принадлежит парламенту.

---

[308] Подробный обзор принятых законов приводится в диссертации В.И. Тихомирова. В настоящей работе целесообразно привести лишь несколько актов: «закон о туземной рабочей силе 1953 г. (или закон об урегулировании трудовых конфликтов); закон об арбитраже в промышленности 1956 г.; закон о внесении новых изменений в законодательстве о туземцах 1957 г.; поправка к закону об арбитраже в промышленности 1959 г.; поправка к закону о фабриках, заводах и стройках 1960 г.; поправка к законам об азиатах 1948 г.; поправка к избирательным законам 1948 г., закон о запрещении смешанных браков 1949 г.; поправка к закону о земельных правах азиатов 1949 г.; поправка к закону о страховании по безработице 1949 г.; поправка к законам о туземцах 1949 г.; закон о регистрации населения 1950 г.; поправка к закону 1927 г. о борьбе с безнравственностью, принятая в 1950 г.; закон о расселении по расовым группам 1950 г.; закон о раздельном представительстве избирателей 1951 г. (принят в 1956 г.); закон о туземных строительных рабочих 1951 г.; закон о борьбе против незаконных вселений 1951 г.; закон об отмене пропусков для туземцев и о введении для них единообразных личных документов 1952 г.; поправка к законам о туземцах 1952 г.; закон о взимании сбора за обслуживание туземцев 1952 г.; закон об образовании банту 1953 г.; закон о внесении изменений в правила иммиграции 1953 г.; закон о разделении различных средств обслуживания 1953 г.; закон о туземной рабочей силе 1953 г.; закон о расселении туземцев 1954 г.; поправки к земельным законам, касающимся туземцев 1954 г.; закон об управлении делами туземцев ЮЗА 1954 г.; поправка к закону о туземцах, проживающих в городах 1955 г.; закон об арбитраже в промышленности 1956 г.; поправка к закону об управлении туземцами 1956 г.; поправка к закону о туземцах, проживающих в городах 1956 г.; поправка к закону о создании Южно-Африканского Союза 1956 г.; закон о внесении изменений в законодательство о туземцах 1957 г.; закон о внесении новых изменений в законодательство о туземцах 1957 г.; закон о кормилицах 1957 г,; закон о борьбе с безнравственностью 1957 г.; закон о налогообложении и развитии туземного населения 1958 г.; поправка о расширении сферы действия закона об университетском образовании 1959 г. (см.: Тихомиров В.И. Указ. соч. С. 230).

[309] Van den Berghe Pierre L. The ethnic phenomenon / Pierre L. van den Berghe. — New York : Elsevier; Westport, Ct. : Greenwood Press,1981. — P. 171.

Надлежит кратко охарактеризовать Конституцию ЮАР 1961 года.

К 1961 году в государственном управлении ЮАС сложилась парадоксальная система. Исполнительная власть осуществлялась королевой Великобритании, ее официальным представителем (генерал-губернатором). Назначаемый королевой генерал-губернатор был вправе: издавать обязательные постановления и утверждать законодательные акты; назначать министров и членов исполнительного Совета; назначать на должность и смещать с должности высших государственных чиновников, созывать и продлевать сессии парламента, а также распускать нижнюю палату (Ассамблею), а если необходимо, то Ассамблею и верхнюю палату (Сената) одновременно[310]. Как верно подчеркивает А.И. Ильин: «Одно из его важнейших полномочий заключалось в формировании Исполнительного Совета, который включал в себя как действующих, так и отставных министров и был предназначен для осуществления совещательных функций»[311]. Все действующие министры входили в состав Исполнительного Совета. Несмотря на тот факт, что Акт о Южной Африке не содержал никаких положений о порядке назначения министров, что входило в дискреционные полномочия генерал-губернатора, в том числе и подбор министров в состав кабинета, тем не менее само назначение министров определялось конвенционным установлением о том, что лидер партии большинства в нижней палате (Ассамблее) должен обязательно занимать пост премьер-министра, и именно он подбирал персональный состав кабинета министров, а генерал-губернатор лишь формально его утверждал[312].

Конституция 1961 года заменила генерал-губернатора на «символическую» фигуру президента республики. Как справедливо подчеркнул А.И. Ильин, «…Южно-Африканская Республика фактически оставалась конституционной монархией, но без монарха. Конституционный Акт в разделе 7 (4) прямо устанавливал, что президент будет обладать теми же самыми полномочиями,

---

[310] Ильин А.И. Высшие органы государственной власти ЮАР : дис. ... канд. юрид. наук. — Москва, 2003. — С. 19.
[311] Там же. С. 20.
[312] Ильин А.И. Указ. соч. С. 20.

которыми обладал британский монарх до принятия конституции 1961 года. Таким образом, полномочия президента непосредственно проистекали из традиционных полномочий английской монархической формы правления»[313]. Примечательно, что президент должен был занять положение британского монарха, фактически это означало, что его не избирали на всеобщих выборах, а он избирался партийным большинством в парламенте из вышедших в отставку членов кабинета министров. Кроме того, он должен быть отстранен от политических процессов, и обязан выполнять роль «представителя народа» или «символа национального единства».

Несмотря на формальный статус, конституция 1961 года содержала положения, в соответствии с которыми налагалась ответственность за совершение любого акта, наносящего ущерб достоинству или чести президента и одновременно защищающего его от прямого уголовного преследования в отличие от рядового гражданина[314].

Президент избирался на семилетний срок на совместном заседании парламента, в котором каждый сенатор или член палаты собрания имел один голос[315]. Президент назначал кабинет министров (формально — Исполнительный совет), состоящий из членов Сената и Палаты собрания. Конституция 1961 года сохранила Вестминстерские традиции, действовавшие в ЮАС, так что фактически президент должен был назначить премьер-министра и кабинет министров, которые пользовались бы поддержкой Палаты собрания (нижней палаты); обычно премьер-министром становился лидер партии большинства[316].

Законодательная власть принадлежала парламенту, состоящему из Палаты собрания (нижняя палата) и Сената (верхняя палата). До принятия новой конституции законодательная власть в Южно-Африканском Союзе осуществлялась парламентом, состоящим из короля, Сената и Палаты

---

[313] Там же.

[314] Ильин А.И. Указ. соч. С. 21.

[315] Sec. 8,9 of the Constitution. 1961 [Электронный ресурс]. — URL: https://en.wikisource.org/wiki/Republic_of_South_Africa_Constitution_Act,_1961 (дата обращения: 16.02.20026).

[316] Куракин Ю.М. Апартеид и его влияние на правовую систему Южно-Африканской Республики / Ю.М. Куракин // Право и управление. XXI век. – 2026. – Т. 22. – № 1(78). – С. 82-90. – DOI 10.24833/2073-8420-2026-1-78-82-90.

Ассамблеи[317]. Парламент заседал в Кейптауне и должен был собираться не реже одного раза в год. Последний парламент Союза, избранный в 1958 году, стал первым парламентом новой республики.

Палата собрания состояла из 150 членов, избираемых белыми избирателями от одномандатных избирательных округов с использованием мажоритарного голосования, шести членов, избираемых белыми избирателями в Юго-Западной Африке, и четырех членов, избираемых цветными избирателями в Капской провинции. (Число рядовых членов было увеличено до 160 в 1966 году и до 165 в 1974 году; цветные члены-представители были исключены в 1970 году, а члены, представляющие Юго-Западную Африку, — в 1977 году). Палата собрания избиралась на пятилетний срок, но могла быть досрочно распущена президентом (по рекомендации кабинета министров).

Формирование Сената вызывает особый интерес вследствие сложной процедуры. Так, восемь сенаторов, по два от каждой провинции, назначались президентом. Далее, от каждой провинции — по одному сенатору на каждые десять избирательных округов, но не менее восьми сенаторов от каждой провинции. Эти сенаторы избирались совместно членами Палаты собрания, избранными от провинции, и членами провинциального совета по системе пропорционального представительства с единым переходящим голосом. Кроме того, один сенатор назначался президентом, чтобы представлять цветное население Капской провинции (этот сенатор был исключен в 1970 году).

Более того, четыре сенатора представляли Юго-Западную Африку (ЮЗА). Два назначались президентом, а два избирались совместно Законодательным собранием Юго-Западной Африки и шестью членами Палаты собрания, избранными от ЮЗА (эти сенаторы были исключены в 1977 году).

Избранные сенаторы занимали свой пост в течение пяти лет, а назначенные сенаторы занимали свой пост до смены правительства, при которой назначался новый премьер-министр. Сенат также мог быть распущен в полном составе в

[317] Ильин А.И. Указ. соч. С. 36.

течение 120 дней после роспуска Палаты собрания. Сенат был окончательно упразднен в 1981 году и заменен Президентским советом.

Законопроекты, принятые обеими палатами парламента, становились законами после утверждения их президентом (по рекомендации кабинета министров), а в случае отказа в утверждении он мог вернуть законопроект в парламент с предложенными поправками. После утверждения ни один суд не имел права пересматривать законность акта парламента, если только он не затрагивал один из закрепленных пунктов конституции.

Как справедливо отмечает А.И. Ильин, «из анализа системы государственных органов ЮАР по конституции 1961 года можно сделать вывод о том, что эта система в главных своих чертах восприняла фундаментальные основы английского права, в том числе и в функционировании высших органов государственной власти. Вместе с тем установление республиканского строя и последовавшие за ним определенные изменения в общественной и государственной структуре ЮАР продемонстрировали определенное дистанцирование от классической английской модели»[318].

Артур Часкалсон, ставший впоследствии председателем Конституционного суда ЮАР, так охарактеризовал правовую систему, господствующую в тот момент в государстве: «Право обеспечивало фундамент, на котором было построено общество, подверженное расовой дискриминации. <...> Во всем этом, конечно, был конфликт между *common law*, которое отрицает все формы дискриминации, признает и стремится защитить основные права и свободы, и бюрократическим государством, которое все больше претендовало на право решать за людей, как они должны вести свою жизнь и как должны распределяться привилегии. Эта попытка создать надстройку апартеида на инфраструктуре римско-голландского и общего права потребовала от судов почти шизофренического подхода к решению проблем[319]. В одно и то же время от них требовалось сформулировать и реализовать

[318] Ильин А.И. Указ. соч. С. 44.

[319] Куракин Ю.М. Апартеид и его влияние на правовую систему Южно-Африканской Республики / Ю.М. Куракин // Право и управление. XXI век. – 2026. – Т. 22. – № 1(78). – С. 82-90. – DOI 10.24833/2073-8420-2026-1-78-82-90.

справедливые принципы *common law*, а также поддержать и обеспечить соблюдение дискриминационных законов: в одно и то же время быть инструментом правосудия, а в другое — инструментом угнетения»[320].

А. Часкалсон затрагивает весьма важный вопрос: в каком отношении находилась судебная власть с авторитарной исполнительной властью, стремящейся вводить все более беспощадные и даже кровожадные нормативно-правовые акты. «Правовые традиции и правовые структуры Южной Африки (которые, как правило, оставались нетронутыми при авторитарном правлении) предоставляли возможности судебной власти для принятия решений, ограничивающих произвол исполнительной власти, — отмечает Р. Конильо, — однако, к сожалению, суды, как правило, поддерживали действия исполнительной власти и подтверждали широкие полномочия, предоставленные правительству. Судьи редко использовали доступные им средства *common law* и придерживались формалистического взгляда на судебную роль. Более того, как показывает практика, они разделяли консервативный взгляд на судейское правотворчество <…> Поскольку судебная власть поддерживала власть авторитарного режима, она действительно вложила “сталь в руку, сокрушающую народ” (*steel to the hand that crushed the people*)»[321].

В связи с этим надлежит обратить внимание на известную и интересную статью уже упоминавшегося автора — Р. Конильо. В своей рукописи автор во главу угла ставит анализ отношений между судебной и исполнительной ветвями власти и приходит к выводу о том, что, несмотря на институциональную самостоятельность, на внешнее соответствие всем международным стандартам[322], судебная власть в период апартеида лишь усиливала дискриминацию и расовую сегрегацию[323]. Так, Р. Конильо отмечает, что «судьи в Южной Африке, охваченной

---

[320] Van der Merwe C.G. The origin and characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalization / C.G. Van der Merwe // Fundamina : A Journal of Legal History. — 2012. —18(1). —. P. 99–100.

[321] Coniglio R. Methods of judicial decision-making and the rule of law: the case of apartheid South Africa/ R. Coniglio // Boston University International Law Journal. — 2012. — Vol. 30. — P. 500.

[322] Для этих целей Р. Конильо сравнивает реальное положение судебной власти с индексом JRI (Judicial Reform Index), разработанного Американской ассоциацией адвокатов (American Bar Association).

[323] Coniglio R. Op. cit. P. 500.

апартеидом, были хорошо защищены от политического давления. За исключением правонарушений, судей нельзя было сместить, и поэтому они имели относительную свободу действий и мнений. Правда, процесс продвижения по службе был связан с политикой, и судьи, придерживавшиеся линии апартеида, получали назначения раньше других»[324].

Столкнувшись с законами, предоставляющими правительству широкие полномочия в сфере безопасности, судьи оказались перед суровым выбором. Они могли поддержать политически выгодное решение и даже расширить власть правительства или основывать свои решения на базовых моральных нормах, которые служат основой права[325]. Во многих отношениях этот противоречивый выбор создал то, что было охарактеризовано как «шизофренический подход» к принятию решений, требующий от судов быть одновременно «инструментом правосудия» и «инструментом угнетения»[326]. Урезая индивидуальные права и даже иногда доступ к правосудию, парламент разрешил правительству действовать вне закона, ограничив власть судов[327].

Но что могла сделать судебная власть в условиях апартеида? Ученые сходятся во мнении, что, используя известные доктрины *habeas corpus* и *de homine libero exhibendo*, а также другие принципы английского права, суды могли препятствовать расширению бесчеловечных мер содержания под стражей[328]. Общие принципы справедливости *common law* также могли бы стать инструментом судебной власти в борьбе с произволом полицейского государства. Южноафриканские суды не только могли апеллировать к универсальным принципам прав человека, но и имели в своем распоряжении инструменты для борьбы со злоупотреблениями системы апартеида.

Тем не менее ничего подобного в судебной практике не было. Более того, Председатель Верховного суда ЮАР судья Стейн в книге 1946 года, посвященной

---

[324] Coniglio R. Op. cit. P. 506.
[325] Dyzenhaus D. Judging the Judges, Judging Ourselves: Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order / D. Dyzenhaus. — Hart Publishing, 2003. — P. 152–170.
[326] Coniglio R. Op. cit. P. 510.
[327] Dyzenhaus D. Op. cit. P. 151–152.
[328] Coniglio R. Op. cit. P. 511.

толкованию законодательных актов, утверждал, что в случаях, когда очевидно, что парламент намеревался реализовать какую-либо политическую идею, судьи должны применять закон по аналогии, чтобы определить намерение законодательного органа и, следовательно, распространить действие закона на случаи, охватываемые духом законодательства, а не только его формальными выражениями[329].

Как формировалась столь радикальная позиция судебной власти? Первый прецедент возник задолго до официального провозглашения политики апартеида. Речь идет о решении 1934 года по делу *Sachs v. Minister of Justice*[330]. Как мы уже указывали, одна из основных проблем времен апартеида была связана с долгосрочным содержанием под стражей без предъявления обвинений и без суда «подозрительных» граждан. Именно такая возможность органов полицейской власти и была обоснована в обозначенном выше деле. В нем Апелляционное отделение суда рассматривало Закон о митингах, который наделял министра юстиции правом запрещать определенному лицу въезд в некоторые муниципалитеты, если он был уверен, что это лицо способствует вражде между белыми и небелыми[331]. Истец, господин Сакс, оспорил уведомление о его запрете на въезд в муниципалитеты, поскольку министр отказался раскрыть источник информации, приведшей к задержанию Сакса, как «наносящего ущерб общественному порядку».

В ответ на судебное обжалование приказа министр предоставил более подробные причины для запрета въезда Сакса и более подробное объяснение того, почему раскрытие источников будет вредить государственной политике: «Информация была получена <...> по дипломатическим каналам от высококонфиденциальных источников за рубежом, а также в ходе полицейских расследований секретного и конфиденциального характера...»[332].

---

[329] Dyzenhaus D. Op. cit. P. 156–157.
[330] Sachs v. Minister of Justice, 1934 AD 11 (A) (S. Afr.).
[331] Coniglio R. Op. cit. P. 512.
[332] Sachs v. Minister of Justice, 1934 AD 11 (A) (S. Afr.). P. 16.

В узком смысле вопрос, который должен был решить суд, касался объема и характера уведомления, требуемого в соответствии с Законом. В более широком смысле суд мог бы поставить под сомнение правомерность самого Закона как неоправданно ущемляющего естественное право на передвижение по стране. Суд первой инстанции подтвердил правомерность закона, постановив, что: «Министр обладает очень широкими полномочиями. Эти почти автократические полномочия, которыми парламент по своей мудрости наделил министра, являются вопросом политики, которым суды <...> не занимаются. Наша единственная забота заключается в том, чтобы убедиться, что министр, издавая свое уведомление, во всех отношениях соблюдал положения Закона <...> и действовал ли он строго в рамках предоставленных полномочий»[333].

Апелляционная палата подтвердила решение суда первой инстанции и отклонила апелляцию[334]. Суд не только подтвердил предшествующие аргументы по поводу того, что министр обладает «широкими и автократическими полномочиями», но и пошел дальше в обосновании этих полномочий. Суд взвесил опасность социальных волнений и пришел к выводу, что, «принимая во внимание тип ситуации и характер предполагаемой опасности, которую, очевидно, имел в виду законодатель, легко понять, что если дискреционные полномочия министра будут ограничены обязательством представлять свое решение на утверждение суда, то связанная с этим задержка будет противоречить всей цели рассматриваемого нами конкретного положения»[335].

Далее суд лишил судебные органы права на пересмотр дела, поскольку Закон «предоставляет министру неограниченную свободу действий, и поэтому в функции суда не входит ни в малейшей степени ограничивать сферу его действия, более того, делать это было бы совершенно неуместно». Суд также укрепил доктрину верховенства парламента, постановив, что «парламент может совершать любые посягательства на жизнь, свободу или собственность любого лица, находящегося

[333] Sachs v. Minister of Justice, 1934 AD 11 (A) (S. Afr.). P. 17.
[334] Ibid. P. 40.
[335] Ibid. P. 36.

под его властью, и что функция судов состоит в том, чтобы обеспечивать исполнение его воли». Что же касается достаточности причин, побудивших его к действию, то их необходимо было лишь «оценить в свете разумности, что они кажутся достаточными для побуждения к действию, которое он предпринял».

В доктрине отмечается, что дело *Sachs v. Minister of Justice* дало судам и правительству прочную основу для применения законов о безопасности времен апартеида. Принципы субъективного теста для официальных действий правительства, узкого текстуального прочтения законов и сильного уважения к широким полномочиям исполнительной власти в соответствии станут важными в последующих делах[336]. Решение отвергло естественное право как источник индивидуальных прав[337].

После победы Национальной партии, официально принявшей апартеид в качестве своей государственной политики, необходимость в репрессивных мерах государственной власти стала еще более очевидной. С принятием законов о безопасности суды стали толковать их положения в контексте целей апартеида, а не принимать толкование в пользу личности. При таком подходе результаты почти всегда приводили к дальнейшему лишению индивидуальных прав и уступке широкой власти правительства. Более того, в одном из дел суд зашел так далеко, что постановил, будто задержание лица в соответствии с Законом о безопасности «ставит лицо вне досягаемости суда, что означает, в сущности, отсутствие его юрисдикции»[338].

Судебные прецеденты, касающиеся прав задержанных, времен апартеида можно разделить на две большие рубрики: обжалование оснований для задержания и оспаривание условий содержания под стражей. Во всех делах суды последовательно занимали позицию исполнительной власти, отрицая естественные права человека[339].

---

[336] Coniglio R. Op. cit. P. 514.
[337] Ibid.
[338] Schermbrucker v. Klindt, N.O. 1965 (4) AD 606 (A) at 619.
[339] Coniglio R. Op. cit. P. 515.

Интересно, что в одной из теоретических работ, посвященных судебному устройству в период апартеида, указано на изменяющийся характер образования судей, в частности, обозначено сокращение исторических и теоретических дисциплин при подготовке юристов[340]. В связи с этим нельзя не отметить закономерность, которую обозначил в своих трудах К. Цвайгерт и Х. Кетц: «Изучение лишь национального позитивного материала ограничивало представление о всей полноте и многообразии возможностей, которыми располагает юрист для решения почти любой правовой проблемы. В результате у юристов этого поколения не развивались чувство личной ответственности, критический подход к праву. В целом позитивистская школа породила высококлассных специалистов по юридической технике, неспособных к самостоятельному мышлению. Духовная нищета привела это поколение к сотрудничеству с националистами. Не обладая высокими духовными ценностями, они ничего не смогли противопоставить национал-социализму»[341].

Однако в 70-х годах начался период, получивший в исторической литературе наименование «эрозия апартеида»[342]. Причинами были обнародованные в прессе беспрецедентные случаи коррупции среди правительственных чиновников. Д.А. Жуков так описывает происходившее: «С середины 1976 года в англоязычной печати стали появляться сообщения об использовании министерством информации секретных фондов для финансирования медийных структур с целью оказать воздействие на мировую прессу и общественное мнение для позитивного изменения имиджа ЮАР. В 1977 году стали известны факты махинаций и нецелевого использования выделенных средств»[343]. В это же время происходит бурное развитие общественных движений, выступающих за разрешение конфликтов между представителями различных рас. «Это был спонтанный, хотя и несколько наивный ответ на повседневное унижение людей только за то, что цвет их кожи был темным, — отмечает в своей докторской диссертации В.Н. Тетекин,

[340] Coniglio R. Op. cit. P. 504.
[341] Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 30.
[342] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 299.
[343] Там же.

— это был специфический, обусловленный конкретной исторической ситуацией, ответ на навязываемые стереотипы белого превосходства и черной неполноценности. И это было еще одно проявление политической активности черного населения после десятилетия почти полного подавления режимом апартеида такой активности»[344].

В целом можно выделить четыре причины бурного роста общественного движения в 1970-х годах: (1) катастрофическое ухудшение экономического положения черного населения; (2) в отличие от предыдущего десятилетия, когда число африканских рабочих, участвовавших в забастовках, никогда не поднималось выше 10 тыс. человек, в период между 1973 и 1976 гг. число забастовщиков возросло до 100 тыс. человек в 1973 году и никогда не опускалось ниже 30 тыс. человек[345]; (3) появление идеологии «черного самосознания»; наконец, (4) успех революции в Португалии[346] и освободительных движений в Анголе[347] и Мозамбике[348].

В 1976 году в ЮАР в ответ на попытку правительства перевести преподавание всех школьных предметов с английского языка на африкаанс вспыхивает восстание школьников в Соуэто. «Они [школьники] принялись переворачивать полицейские автомобили, поджигать лавки и магазины, строить баррикады, убивать представителей властей (особенно жестокому насилию подвергались черные полицейские и служащие). Полиция открыла огонь по толпе, после чего беспорядки перекинулись на территорию всего Соуэто и продолжались до конца 1976 года. Точное число погибших и раненых неизвестно до сих пор.

---

[344] Тетёкин В.Н. Указ. соч. С. 61.

[345] Тетёкин В.Н. Указ. соч. С. 62.

[346] Революция гвоздик (порт. Revolução dos Cravos или 25 de Abril) — бескровный военный переворот левого толка 25 апреля 1974 года в Лиссабоне, осуществленный подпольной армейской организацией «Движение капитанов». Он привел к свержению режима Нового государства и установлению военного переходного правления (подробнее см: Суханов В.И. «Революция гвоздик» в Португалии : страницы истории / В.И. Суханов. — Москва : Мысль, 1983. — С. 19).

[347] Война между Португалией и рядом военно-политических группировок португальской колонии Анголы, выступавших за независимость страны. Часть Колониальной войны Португалии.

[348] Гражданская война в Мозамбике началась в 1976 году и продолжалась до 1992 года.

Количество убитых, по различным оценкам, составило от 176 до 700 человек, а раненых — от тысячи до нескольких тысяч, хотя тогдашнее правительство ЮАР признало гибель только 23 черных учащихся. После событий в Соуэто лидеры протеста радикализировали борьбу, не желая идти ни на какие уступки и переговоры»[349].

На этом фоне в стране происходят существенные политические изменения. К власти приходит П. Бота (1916–2006, до 1984 года премьер-министр, в 1984–1989 президент ЮАР), который стремился найти компромисс между различными расами, а также решить наболевшие экономические проблемы черного населения. Сразу же начинается подготовка к изменениям конституции, и в целом всего государственного устройства. Законы 1979 и 1981 годов легализовали профсоюзы для черных работников, а также отменили прежние барьеры для найма цветных на промышленные предприятия[350]. Д.А. Жуков так описывает преобразования: «К концу 1983 года заработная плата африканских рабочих повысилась, было принято новое трудовое законодательство, внесены изменения в закон о пропусках, что повысило мобильность черного населения. Был отменен ряд ограничений для лиц из числа небелых, занимавшихся предпринимательской деятельностью. Африканцам разрешили пользоваться парками, кинотеатрами, ресторанами, гостиницами, ранее предназначавшимися только для белых. Был отменен закон о запрете смешанных браков, реформирована образовательная система. В университеты для белых были допущены студенты-африканцы, повышался уровень общеобразовательной и профессионально-технической подготовки для небелых категорий населения. Вводилось всеобщее обязательное пятилетнее начальное образование»[351]. Однако важно отметить одно обстоятельство: концепция реформ не предполагала отмену апартеида, а напротив, генеральная идея заключалась в том, чтобы сохранить белое господство за счет более полной увязки политических и экономических мер с военно-полицейскими[352].

---

[349] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 288.
[350] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 302.
[351] Там же.
[352] Тетёкин В.Н. Указ. соч. С. 76.

Противоречивость этих реформ можно проиллюстрировать на примере законодательства, разрешающего африканскому населению создавать органы местного самоуправления в городах. При этом они должны быть переведены на самоокупаемость и, что привело к увеличению налогов для соответствующей части населения. Однако реального расширения политических прав черного населения не произошло, поскольку они должны были реализовываться все в тех же бантустанах[353]. Строго говоря, формула такой реформы заключалась в следующем: африканскому населению разрешалось проживать в «белых» городах, а также создавать органы местного самоуправления, тем не менее на них возлагалось бремя несения издержек по содержанию таких органов, что в совокупности с их тяжелейшим экономическим положением привело к катастрофическим результатам.

2 ноября 1983 года в ЮАР прошел референдум по вопросу новой конституции. Однако на нем проголосовало всего 76% избирателей. Из 2,713 миллиона избирателей почти 0,7 миллиона проголосовали против; более 0,65 миллиона воздержались от голосования; только 1,36 миллиона проголосовали за, что составляет половину избирателей. Все это свидетельство того, что Конституция 1983 года не получила одобрения даже большинства белых[354].

Надлежит кратко рассмотреть основные положения Конституции 1983 года.

Главной особенностью Конституции 1983 года можно считать создание трехпалатного парламента с неравными полномочиями палат, в котором разделение шло в зависимости от расовой принадлежности депутатов[355]. Кроме того, конституция ставила в зависимость определение правового статуса «гражданина» от его принадлежности к этнической группе. Как отмечает И.А. Ильин, «официально была закреплена концепция, предусматривавшая разделение всех государственных дел на касающиеся интересов только одной этнической группы (собственные интересы) и на интересы, затрагивающие

---

[353] Более подробно о противоречивости этой реформы см.: Тетёкин В.Н. Указ. соч. С. 78.
[354] Jisheng X. Evolution of South Africa's Racist Constitutions and the 1983 Constitution / X. Jisheng // A Journal of Opinion. — 1987. — Vol. 16, No. 1. — P. 22.
[355] Ильин А.И. Указ. соч. С. 45.

государство в целом (общие интересы)»[356]. К интересам собственной группы относились такие дела, которые затрагивали жизненные условия, традиции, культуру и обычаи только одной этнической группы. Следовательно, вопросы, направленные на решения указанных проблем, должны были решаться органами управления этой этнической группы. Иными словами, Конституция 1983 года устанавливала специфическую сферу законодательства — собственную законодательную компетенцию отдельных этнических групп, интересы которых выражала одна из трех палат парламента. При этом все экономические и финансовые вопросы исключались, что ставило органы управления какой-либо этнической группы в прямую зависимость от центральных органов государственной власти[357].

Таким образом, законодательная власть в ЮАР осуществлялась парламентом, состоявшим из трех палат: Палата Ассамблеи (для белого населения)[358], Палата представителей (для цветного населения)[359] и Палата делегатов (для индийского населения)[360, 361]. По словам А.И. Ильина, «на тот период это был единственный в мире парламент, построенный на такой расовой основе»[362].

---

[356] Там же.

[357] Ильин А.И. Указ. соч. С. 46.

[358] Палата Ассамблеи была самой многочисленной по составу и включила в себя 178 членов, из которых 166 избирались прямым голосованием избирателей по единым избирательным округам от провинций (76 от Трансвааля, 56 от Капской провинции, 20 от провинции Натал и 14 от Свободного Оранжевого Государства). В дополнение к этому четыре депутата назначались президентом (по одному на каждую провинцию) и восемь избирались дополнительно всеми уже избранными членами палаты в соответствии с принципом пропорционального представительства.

[359] Палата представителей состояла из 80 депутатов, избираемых прямым голосованием (60 от Капской провинции, по 5 депутатов от провинции Натал и Свободного Оранжевого Государства и 10 от Трансвааля), двое депутатов назначались президентом Республики и дополнительно три депутата избирались уже избранными прямым голосованием депутатами. Таким образом, общий численный состав этой палаты насчитывал 85 депутатов.

[360] Палата делегатов состояла из 45 членов: 40 избирались прямым голосованием (29 от провинций Натал, 8 от Трансвааля и три от Капской провинции), два депутата назначались президентом и три члена Палаты дополнительно избирались депутатами путем прямого голосования.

[361] Art. 30 of the Republic of South Africa Constitution Act [Электронный ресурс]. — URL: https://www.gov.za/documents/republic-south-africa-constitution-act-110-1983#:~:text=6.,vested%20in%20the%20State%20President (дата обращения: 16.02.20026).

[362] Ильин А.И. Указ. соч. С. 58.

В доктрине отмечают три характеристики Конституции 1983 года, которые не позволяют отнести ее к демократическим[363].

1) В конституции по-прежнему отсутствовали гарантии политических прав африканского населения. В Конституции 1983 года, состоящей из десятков тысяч слов, не было ни одного слова, касающегося политических прав чернокожих. Напротив, раздел 87 Конституции гласил: «все законы, действовавшие <...> непосредственно перед началом действия настоящего закона, остаются в силе до тех пор, пока не будут отменены или изменены компетентным органом».

2) Во-вторых, согласно Конституции 1983 года цветное и азиатское население мыслились в качестве граждан второго сорта[364]. Конституция предусматривала четыре основных органа государственной власти: парламент, президент государства, кабинет министров и президентский совет. Как уже было отмечено, парламент состоял из трех отдельных палат (белой, цветной и азиатской), избираемых соответственно белыми, цветными и азиатами. Таким образом, цветные и азиаты также смогли участвовать в коллегии выборщиков, кабинете министров и президентском совете. Однако власть, которой «поделились» с цветными и азиатами, была ограничена. Об этом можно судить, прежде всего, по количеству лиц, участвующих в основных органах государственной власти. Парламент насчитывал 308 депутатов, в том числе 178 белых, 85 цветных и 45 азиатов. Общее число цветных и азиатов составляло менее трех четвертей от числа белых. Коллегия выборщиков при президенте состояла из 50 белых, 25 цветных и 13 азиатов, которые выбирались из трех палат парламента. Президент мог свободно выбирать кабинет министров как из числа членов парламента, так и за его пределами. Фиксированного числа членов кабинета не было предусмотрено. Президентский совет состоял из 60 членов, в том числе 20 белых, 10 цветных, 5 азиатов, 15 кандидатов в президенты и 10, выбранных оппозиционными партиями. Очевидно, что во всех этих институтах белые имели

---

[363] Jisheng X. Evolution of South Africa's Racist Constitutions and the 1983 Constitution / X. Jisheng // A Journal of Opinion. — 1987. — Vol. 16, No. 1. — P. 20.
[364] Jisheng X. Op. cit. P. 21.

подавляющее большинство и занимали контролирующее положение[365]. Более того, о дифференциации положения разных этнических групп свидетельствовало разделение функций и полномочий (собственные и общие интересы). «Общие дела» — вопросы государственной важности: национальная оборона, дипломатия, государственный бюджет и т.д. Для их решения необходимо было получить одобрение большинства голосов трех палат соответственно. В тех случаях, когда палаты не могли договориться по «общему делу», президент обращался за решением в Президентский совет, который контролировался, как мы уже отмечали, белыми. Кроме того, президент также имел право последнего слова при принятии законов. «Фактически они [палаты цветных и азиатов] играли роль декораций белой власти. В реальной жизни они так же, как и чернокожие, страдали от угнетения и дискриминации»[366].

Любопытно, что вскоре различия между «частными» и «общими» интересами вовсе исчезли. Причина заключалась в особой законопроектной процедуре, описать которую вкратце представляется необходимым.

Итак, для начала любой законопроект оценивался президентом (или президентским советом) на предмет соответствия сфере интересов той или иной этнической группе. По мнению А.И. Ильина, «это означало, что данный законопроект не может быть внесен ни в какую другую палату, кроме указанной президентом»[367]. Если законопроект, по мнению президента, относился к категории «частных» или «собственных» интересов, то он проходил три чтения: первое, второе (обсуждение законопроекта палатой, заседающей в качестве комитета всей палаты с последующим докладом всей Палате) и третье чтение. «После того, как законопроект по разряду “собственной компетенции” был одобрен в соответствующей палате, — поясняет А.И. Ильин, — председатель палаты подписывал специальный сертификат, в котором удостоверял, что законопроект был действительно принят и передавал законопроект на подпись президенту.

---

[365] Ibid.
[366] Jisheng X. Op. cit. P. 21.
[367] Ильин А.И. Указ. соч. С. 62.

Президент был обязан подписывать принятый акт, если он удостоверится, что акт был принят без нарушения каких-либо предписаний конституции. Любой закон, одобренный президентом, рассматривался как официальный Акт парламента и имел такой же статус, как и Акт, одобряемый всеми тремя палатами»[368].

Когда речь шла о принятии закона, касающегося «общих интересов», законодательная процедура усложнялась. Так, в рамках второго чтения все три палаты должны были принять законопроект. Если одна из палат отказывалась принять законопроект, то считалось, что палата его отвергла, тогда следовало внесение соответствующих изменений и законопроект подлежал обязательному третьему чтению, после чего попадал на подпись президенту[369].

Конституция 1983 года описывает некоторые противоречия, которые могут возникнуть при рассмотрении законопроектов, а также пути для их преодоления. Так, ст. 32 Конституции предусматривает следующее: «(1) Если в течение одной и той же сессии Парламента

(a) одна или две палаты принимают законопроект, а другая палата или палаты отклоняют его или считаются отклонившими его в соответствии с подразделом (2); или

(b) две палаты принимают различные версии законопроекта, а другая палата отклоняет его или считается отклонившей его; или

(c) две палаты принимают законопроект, а другая палата принимает другой вариант законопроекта; или

(d) каждая из палат принимает другой вариант законопроекта,

Президент штата может в течение этой сессии передать законопроект или его различные варианты, которые были приняты, в зависимости от обстоятельств, в Президентский совет для принятия решения:

<…>

(4) *Законопроект, который был передан в Президентский совет в соответствии с подразделом (1) и который в соответствии с решением этого*

[368] Ильин А.И. Указ. соч. С. 62.
[369] Там же. С. 63.

Совета, принятым во время сессии Парламента, на которой он был передан, должен быть представлен Президенту штата для утверждения, считается принятым Парламентом»[370].

Таким образом, Конституция 1983 года в конфликтных ситуациях внутри парламента предлагает обратиться за разрешением к президенту, тем самым несколько нивелирует принцип разделения властей. Действительно, в самой конституции есть указание на то, что президент принимает активное участие в законодательной деятельности государства[371].

3) Конституция 1983 года сохраняла значительную политическую власть в руках белых. Об этом, в частности, свидетельствуют изменения в статусе президента. Дело в том, что существенным было также упразднение должности премьер-министра и, напротив, беспрецедентное усиление роли президента. Так, в соответствии со ст. 6 Конституции ЮАР 1983 года, президент объявлялся главой государства и главнокомандующим, который был вправе выступать перед любой палатой или палатами на совместном заседании; назначать и аккредитовывать, принимать и признавать послов, полномочных представителей, дипломатических представителей и других дипломатических работников, консулов и консульских работников; помиловать или освобождать от наказания правонарушителей, отменять любые штрафы, наказания или конфискации; заключать и ратифицировать международные конвенции, договоры и соглашения; объявлять или отменять военное положение; объявлять войну и заключать мир; производить такие назначения, которые он может счесть необходимыми в соответствии с полномочиями, предоставленными ему любым законом, и осуществлять такие полномочия и выполнять такие функции, которые могут быть предоставлены ему

---

[370] Art. 32 of the Republic of South Africa Constitution Act [Электронный ресурс]. — URL: https://www.gov.za/documents/republic-south-africa-constitution-act-110-1983#:~:text=6.,vested%20in%20the%20State%20President (дата обращения: 05.02.2026).

[371] Ильин А.И. Указ. соч. С. 52.

или возложены на него в соответствии с Конституцией или любым другим законом[372].

Как видно, положение президента существенно изменилось по сравнению с предшествующей Конституцией 1961 года, в основе которой, как мы уже указывали, лежала Вестминстерская система, когда глава государства традиционно считался символом с незначительными реальными полномочиями[373].

Кроме того, в соответствии с новой конституцией, образовывался президентский совет, основная задача которого была консультировать президента по делам государственной важности, включая законодательство. При этом подчас именно президентский совет разрешал вопрос о том, является ли та или иная проблема (интерес) «собственной» или «общей». Следовательно, именно от него зависело, в какую палату парламента попадет на рассмотрение та или иная законодательная инициатива[374].

Несмотря на столь жесткие упреки, высказанные в адрес новой конституции, в доктрине отмечалось, в частности, что она (хотя и с помощью расово связанной аристократии) расширяет базу представительства в парламентской системе и поэтому может рассматриваться как поступательное движение к демократии[375]. По мнению Дж. Ван дер Вевера, «новая система представительства разрушила монополию белых на политическую власть и привела к ограниченному разделению властей»[376].

---

[372] Art. 6 of the Republic of South Africa Constitution Act [Электронный ресурс]. — URL: https://www.gov.za/documents/republic-south-africa-constitution-act-110-1983#:~:text=6.,vested%20in%20the%20State%20President (дата обращения: 05.02.2026).

[373] Ильин А.И. Указ. соч. С. 46.

[374] Art. 17 of the Republic of South Africa Constitution Act [Электронный ресурс]. — URL: https://www.gov.za/documents/republic-south-africa-constitution-act-110-1983#:~:text=6.,vested%20in%20the%20State%20President (дата обращения: 05.02.2026).

[375] Du Toit P. The 1983 constitution of South Africa — towards democracy or not? / P. Du Toit, C. Heymans // Politikon: South African Journal of Political Studies. — 1985. — Vol. 12(2). — P. 80.

[376] van der Vyver J. Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika / J. van der Vyver. — Johannesburg : Perskor, 1984. — S. 90, 93.

Таблица 1 — Сравнение Конституций ЮАР (1961, 1983).

Параметр	Конституция ЮАР 1961 г.	Конституция ЮАР 1983 г.
Форма правления	Республика, отказ от статуса доминиона; переход от британской модели	Президентская республика с усилением власти президента
Глава государства	Президент совмещал функции главы государства и главы правительства; замена генерал-губернатора	Президент — глава государства и исполнительной власти; полномочия значительно расширены
Парламент	Однопалатный парламент (де-факто — для белых избирателей)	Трехпалатный парламент: палаты белых, цветных и индийцев; африканцы полностью исключены
Законодательная власть	Формально принадлежала парламенту, но президент был его составной частью	Законодательная власть принадлежала парламенту и президенту совместно («законодательный суверенитет»)
Исполнительная власть	Кабинет министров под руководством президента, ответственность перед парламентом	Исполнительная власть сосредоточена у президента
Участие населения	Избирательное право только для белых	Ограниченное участие цветных и индийцев через отдельные палаты; африканское большинство исключено
Политическое значение	Закрепила апартеид в форме республиканской системы, сохранив британские черты	Институционализировала «расовый парламентаризм», усилила президентскую власть, но не устранила дискриминацию большинства

Источник: составлено автором.

Удивительная роль в это время была отведена обычному праву. Южноафриканская правовая система апартеида не отвергала африканское обычное право полностью, а напротив, активно его использовала, но в искаженной форме[377]. Это был один из способов закрепить социальный контроль и оправдать расовую сегрегацию. Здесь особое значение приобретает Black Administration Act (или Native Administration Act) 1927 года[378]. Этот закон закрепил власть государства над всеми аспектами африканской жизни. Правительство через Министерство по делам туземцев могло назначать и смещать традиционных вождей, контролировать их

[377] Bois F. Introduction: History, System and Sources. In Introduction to the Law of South Africa / F. Bois ; ed. C.G. van der Merwe, Jacques E. du Plessis. — Kluwer Law International. — P. 17–18.
[378] Act to provide for the better control and management of native affairs [Электронный ресурс]. — URL: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201505/act38of1927.pdf (дата обращения: 05.02.2026).

решения. Африканцы подчинялись «особому обычному праву», вместо того чтобы быть равными гражданами — по сути, персональная дифференциация. Именно структуры, созданные этим актом, «в конечном счете стали одной из опор апартеида»[379].

В сфере наследственного и семейного права африканское население было подчинено своему обычному праву[380]. К примеру, институт *лобола* (выкуп за невесту) и полигамия официально допускались в «черном обычном праве», хотя в общей системе права ЮАР они считались нарушением принципов брачно-семейного права[381]. Все это еще раз иллюстрировало особый статус африканцев: они оставались «вне» южноафриканского гражданского общества.

1980-е в истории ЮАР ознаменованы также ростом народного движения. Активную «партизанскую» деятельность против апартеида в этом время ведут несколько организаций, одна из них — Африканский национальный конгресс (далее — АНК) — старейшая политическая организация, провозгласившая в качестве основной цели ликвидацию режима апартеида. АНК официально в это время была запрещена, поэтому борьбу за права чернокожего населения возглавило другое формирование — Объединенный Демократический Фронт (далее — ОДФ)[382]. ОДФ был филиалом АНК, которые вместе организовывали массовые протесты и акции неповиновения властям. Особенность ОДФ состояла в том, что объединение представляло собой коалицию более чем 600 организаций: от профсоюзов и церквей до студенческих и женских движений. Их сила была в децентрализованности: власти могли репрессировать лидеров, но остановить тысячи мелких структур по всей стране было невозможно.

По словам Т. Лоджа, в 1980-х гг. начался «самый длинный и самый широкий в истории Южной Африки период непрекращающегося протеста черных против правления белых»[383].

---

[379] Bois F. Op. cit. P. 4.
[380] Bois F. Op. cit. P. 14.
[381] Bennett T.W. Human Rights and African Customary Law under the South African Constitution / T.W. Bennett. — Cape Town : Juta, 1995. — P. 194–200.
[382] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 304.
[383] Тетёкин В.Н. Указ. соч. С. 232.

Лидером АНК был хорошо известный отечественному читателю политик, ставший впоследствии президентом ЮАР и возглавивший демократические преобразования, Нельсон Мандела.

Почему выступления ОДФ и АНК были успешными?

Во-первых, общественное неповиновение черного населения и всех противников правящего режима было хорошо организовано: большое количество успешных бойкотов, забастовок, четкая иерархия органов управления общественным движением[384].

Во-вторых, политическая власть к концу 80-х годов становится нестабильной (неожиданный инсульт у премьер-министра П. Боты) и переходит к Ф. де Клерку, которого в России принято называть «южноафриканским Горбачевым»[385]. Перед отставкой П. Бота решил встретиться с Н. Манделой, который к тому времени уже давно «не сидел в камере, как обычный заключенный. В его распоряжение было предоставлено бунгало с садом и бассейном, а функции надзирателя выполнял профессиональный повар»[386]. Поводом для встречи стали беспорядки в ЮАР. В литературе отмечается, что эта встреча не была результативной[387].

Здесь нужно охарактеризовать одно историческое событие, истинное значение которого еще предстоит установить ученым-историкам.

В ЮАР в этом время активно разрабатывают ядерную программу, и к 1989 году было произведено около 6 ядерных бомб[388]. Разумеется, сразу же после отставки П. Бота и прихода к власти Ф. де Клерка ядерная программа под сильным давлением президента США была закрыта[389].

В-третьих, отметим экономические факторы, которые в итоге привели к краху режима апартеида. К примеру, как мы уже отмечали ранее, образование и

---

[384] Более подробно см.: Тетёкин В.Н. Указ. соч. С. 227–298.
[385] 90-летие со дня рождения Нельсона Манделы [Электронный ресурс] // NEWSLETTER. — 2008. — Vol. 1, Issue 2. — С. 3. — URL: https://www.inafran.ru/sites/default/files/news_file/NEWSLETTER%20V-1%20Is-2%202008.pdf (дата обращения: 11.02.2026).
[386] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 304.
[387] Там же.
[388] Там же. С. 305.
[389] Там же.

подготовка чернокожих были намеренно разработаны так, чтобы они уступали белому населению, с целью обеспечить последним предпочтение при устройстве на работу[390]. В результате чернокожие рабочие были малоквалифицированными, а к 70-м гг. на рынке сложился высокий спрос на квалифицированную рабочую силу, как следствие, возник дефицит работников[391]. Даже после отмены в 1981 г. формальной сегрегации на рабочих местах масштабы и стоимость обучения, необходимого для продвижения чернокожих работников на квалифицированные рабочие места, были огромны, что заставило работодателей оказать давление на правительство, чтобы оно предоставило чернокожим более качественное национальное образование[392]. Экономические исследования показывают, что меры государственного вмешательства с целью проведения политики апартеида привели к тяжелым экономическим последствиям (необходимо учитывать административные издержки, затраты на содержание внутренних войск, а также расходы на проведение в жизнь политики апартеида на предприятиях)[393].

Кроме того, на протяжении всего XX века золото было фундаментом южноафриканской экономики: страна обеспечивала до половины мирового добычного объема, и именно экспорт золота давал основную часть валютных поступлений. Однако уже к середине 1970-х началось падение цен: с 1974 г. мировая экономика вошла в фазу рецессии, спрос на золото снизился[394]. Для ЮАР это совпало с ростом стоимости импорта нефти, что вызвало дефицит платежного баланса. В 1980 г. золото подорожало до рекордных уровней из-за глобальной инфляции и политических кризисов (включая иранскую революцию и советское вторжение в Афганистан)[395]. Однако уже с 1981–1982 гг. началось устойчивое падение: мировые центральные банки проводили политику «жестких денег»,

---

[390] Lipton M. Capitalism and Apartheid: South Africa. 1910–1984 / M. Lipton. — Rowman and AIlanheld, Totowa, N.J., 1985. — P. 24.
[391] Lowenberg A. Why South Africa's Apartheid Economy Failed / A. Lowenberg // Contemporary Economic Policy. — 1997. — Vol. 15. — P. 64.
[392] Ibid. P. 65.
[393] См., например: Lowenberg A. An Economic Theory of Apartheid / A. Lowenberg // Economic Inquiry. — 1989. — P. 57–74.
[394] Тихомиров В.И. Указ. соч. С. 237–238.
[395] Там же. С. 163.

снизилась инфляция, инвесторы переключились на более доходные активы. Для ЮАР это стало ударом: валютные поступления резко сократились, что усугубило кризис внешних заимствований 1985 г.[396]

Таким образом, крах апартеидного режима в Южной Африке был обусловлен совокупностью внутренних экономических противоречий, социально-политического давления и международных факторов.

К началу 1990-х годов апартеид из механизма привилегий для населения белого меньшинства превратился в фактор, препятствующий экономическому росту и угрожающий стабильности всего общества. Рост издержек на поддержание системы, кризис воспроизводства квалифицированной рабочей силы и постоянная политическая мобилизация большинства населения сделали дальнейшее ее существование невозможным. В результате правящая элита была вынуждена признать, что переговоры и переход к демократическому устройству являются менее затратной альтернативой, чем сохранение режима.

Южноафриканская правовая система периода апартеида демонстрирует пример того, как право может быть трансформировано из универсального регулятора общественных отношений в инструмент закрепления господства одной группы населения над другой. Законодательство институционализировало дискриминацию.

Апартеид не сводился к принятию отдельных дискриминационных актов. Это была хорошо продуманная система правовых актов, охватывающая все сферы: от личного статуса и образования до трудовых отношений, политических прав и территориальной принадлежности. По большому счету эта система опиралась на три фундаментальные правовые состовляющие[397]:

1) законы о земле;

---

[396] Более подробно см.: Fine B. The Political Economy of South Africa: From Minerals-Energy Complex to Industrialisation / B. Fine, Z. Rustomjee. — London : Hurst, 1996.

[397] Bois F. Introduction: History, System and Sources / F. Bois // Introduction to the Law of South Africa / ed. C.G. van der Merwe, Jacques E. du Plessis. — Kluwer Law International. — P. 59–62.

Уже в первой половине XX века были приняты акты, ограничивавшие права африканцев на владение землей и закреплявшие за ними лишь небольшие, малоплодородные территории.

2) законы о труде и занятости;

Законодательство апартеида закрепило политику «job reservation», согласно которой высокооплачиваемые и квалифицированные рабочие места предназначались исключительно для белых, в то время как африканцы вынуждены были довольствоваться низкооплачиваемым и тяжелым трудом.

3) законы о передвижении и социальной сегрегации.

При этом суды, лишенные полномочий проверять конституционность актов, подчас оказывались инструментом применения дискриминационных норм.

2.3. Постапартеидный период: трансформация правовой системы ЮАР

Крах апартеида в Южно-Африканской Республике в начале 1990-х годов стал одним из ключевых событий мировой истории конца XX века. После освобождения Нельсона Манделы в феврале 1990 года и отмены запрета на деятельность АНК начался сложный процесс переговоров между представителями правящей Национальной партии и движениями, выражавшими интересы чернокожего большинства[398].

26–29 апреля 1994 года в ЮАР состоялись первые всеобщие демократические выборы. Африканский национальный конгресс одержал убедительную победу, получив 62% голосов, тогда как Национальная партия заручилась поддержкой лишь 20% избирателей[399]. 9 мая 1994 года Национальная ассамблея избрала Нельсона Манделу первым президентом новой демократической Южной Африки. Вице-президентами стали Фредерик де Клерк и Табо Мбеки, что символизировало стремление к национальному примирению и формированию правительства национального единства[400].

---

[398] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 510–530.
[399] Там же. С. 515–517.
[400] Там же. С. 520–525.

Уже в первые месяцы нового правления был взят курс на африканизацию государственного аппарата. С одной стороны, этот процесс отражал стремление к восстановлению исторической справедливости, с другой — порождал трудности, поскольку квалифицированный управленческий корпус в значительной мере складывался из белого населения. Как справедливо отметил Х. Кордер, «период между 1990 и 1993 годами был временем интенсивных законодательных реформ: отменялись законы апартеида, вводились новые принципы равенства и прав человека, что создавало правовую основу для Временной Конституции 1993 года»[401].

Особое значение в переходный период приобрела деятельность Комиссии правды и примирения под руководством архиепископа Десмонда Туту, призванной раскрыть и публично осудить преступления апартеидной эпохи, одновременно обеспечив механизм национального согласия[402].

Первые годы после избрания Нельсона Манделы характеризовались сочетанием амбициозных планов демократических преобразований и объективных трудностей их реализации. Однако именно в этот период была заложена институциональная основа современной южноафриканской демократии, позволившая стране преодолеть десятилетия международной изоляции и внутренней сегрегации и занять достойное место в мировом сообществе[403].

В правовой сфере были отменены некоторые акты, служившие фундаментом режима апартеида[404]:

– в 1990 г. был отменен *Separate Amenities Act*, запрещавший смешанное пользование общественными пространствами;

– в 1991 г. отменен *Population Registration Act* 1950, служивший основой всей системы апартеида;

---

[401] Corder H. Law and Transformation in South Africa / H. Corder. — Cambridge : Cambridge University Press, 2000. — P. 2–3.
[402] Там же.
[403] Van der Merwe C.G. The Origin and Characteristics of the Mixed Legal Systems of South Africa and Scotland and their Impact on Legal Development / C.G. Van der Merwe. — Edinburgh : Edinburgh University Press, 2012. — P. 3–7.
[404] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 510–515.

– в том же году был аннулирован *Group Areas Act* 1966, обеспечивавший территориальное разделение «расовых групп»;

– упразднены законы о «землях банту» и признана несостоятельность политики «бантустанов».

Отмена апартеидного законодательства сопровождалась принятием ряда переходных актов. Ключевым стал *Law on the Abolition of Racially Based Land Measures* (1991), который отменил дискриминационные ограничения на владение и распоряжение землей[405]. В частности, закон снял все расовые ограничения на право собственности, аренды, покупки и продажи земельных участков. При этом в акте фиксировалось, что существующие договоры и права, возникшие ранее, сохраняются, однако новые сделки не могли регулироваться по расовому признаку. Несмотря на тот факт, что закон снял юридические барьеры, он не предусматривал механизмов перераспределения земли. В результате фактическое неравенство сохранилось: подавляющая часть плодородных земель продолжала оставаться в руках белого меньшинства. Эта проблема позже станет центральной в постапартеидной аграрной политике, где был выдвинут принцип «земельной реформы» (*land reform*), но в умеренных формах — «земля по справедливой цене» (*willing buyer — willing seller*)[406].

Одним из основных этапов правового перехода Южной Африки в начале 1990-х годов стало принятие предварительного Билля о правах (*Bill of Rights*)[407]. Этот документ сыграл роль символического и институционального моста между апартеидным прошлым и демократическим будущим. Кроме того, Билль о правах 1991 года стал предшественником раздела II Временной Конституции 1993 года,

---

[405] Van der Merwe C.G. Introduction to the Law of South Africa / C. G. Van der Merwe, J.E. Du Plessis. — The Hague : Kluwer Law International, 2004. — P. 14–16.

[406] Corder H. Law and Transformation in South Africa / H. Corder. — Cambridge : Cambridge University Press, 2000. — P. 3–4.

[407] The Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993 (Interim Constitution) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.justice.gov.za/trc/legal/sacon93.htm (дата обращения: 16.08.2025).

где был закреплен уже полноценный каталог прав и свобод, а затем и окончательного Билля о правах в Конституции 1996 года[408].

Судьба этого документа зависела не только от юридической техники, но и от глубинных политических условий, в которых он формировался. Дело в том, что для большинства чернокожего населения ЮАР сама идея Билля о правах первоначально ассоциировалась не с освобождением, а с попыткой сохранить привилегии белого меньшинства. «Сам факт того, что требование о Билле о правах исходило не из рядов угнетенных, — пишет А. Сакс, — а от определенных слоев угнетателей, перевернуло всю дискуссию»[409]. Вместо того чтобы восприниматься как инструмент демократизации, Билль оказался средством для замедления процесса. В ЮАР даже существовал «Комитет против Билля о правах» из числа угнетенного большинства[410].

Критики указывали, что большинство проектов ограничивалось только «первым поколением прав» — гражданскими и политическими свободами, характерными для XVIII века. Между тем, по мысли А. Сакса, реальный демократический переход требовал также закрепления «второго поколения прав» (социально-экономические права, признаваемые с 1960-х годов) и «третьего поколения прав» (право на развитие, мир, экологию), которые практически игнорировались в самом Билле[411].

Билль о правах закреплял следующие положения:

1) Равенство всех граждан перед законом — недопустимость дискриминации по расовому признаку, что означало формальное уничтожение юридической основы апартеида.

2) Гарантии основных свобод — свободы слова, собраний, ассоциаций, совести и вероисповедания[412].

---

[408] Куракин Ю.М. Конституционные основы трансформации правовой системы южно-Африканской Республики в постапартеидный период / Ю.М. Куракин // Образование и право. – 2025. – № 12. – С. 695-702. – DOI 10.24412/2076-1503-2025-12-695-702.

[409] Sachs A. Towards a Bill of Rights for South Africa / A. Sachs // Journal of African Law. — 1991. — Vol. 35, № 1–2. — P. 24–26.

[410] Ibid. P. 25.

[411] Ibid. P. 29–30.

[412] Corder H. Op. cit. P. 2–3.

3) Право на судебную защиту и доступ к справедливому судопроизводству.

4) Социальные права — постепенное признание права на образование, труд и минимальные стандарты жизнеобеспечения, хотя на этом этапе они имели декларативный характер[413].

Ученые подчеркивают, что этот документ имел двойную природу. С одной стороны, он ограничивал власть государства, вводя правовые рамки для деятельности переходного правительства. С другой — служил компромиссом, закрепившим принципы, вокруг которых могли объединиться разные политические силы[414].

После отмены ключевых законов апартеида (Population Registration Act, Group Areas Act, Separate Amenities Act) в 1990–1991 гг. начался переговорный процесс между Национальной партией и АНК[415]. В 1991 году начал работу форум CODESA (Convention for a Democratic South Africa), на котором обсуждались основные параметры будущего устройства страны. Переговоры проходили с переменным успехом, прерывались кризисами и всплесками насилия, но к 1993 году политические силы пришли к компромиссу[416].

17 ноября 1993 года парламент ЮАР принял Временную конституцию (Interim Constitution) — первый в истории страны демократический Основной закон, который вступил в силу после выборов 27 апреля 1994 года[417]. Это был первый в истории страны основной закон, закрепивший демократические принципы и верховенство права.

Надлежит охарактеризовать Конституцию ЮАР 1993 года. Временная Конституция закрепила принцип равенства всех граждан и запретила дискриминацию по признакам расы, пола, происхождения, языка, вероисповедания

---

[413] Жуков Д.А. Указ. соч. 524–525.
[414] Van der Merwe C.G. Introduction to the Law of South Africa / C. G. Van der Merwe, J.E. Du Plessis. — The Hague : Kluwer Law International, 2004. — P. 17–18.
[415] Жуков Д. Указ. соч. С. 516–520.
[416] Там же. С. 521–525.
[417] The Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993 (Interim Constitution) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.justice.gov.za/trc/legal/sacon93.htm (дата обращения: 16.08.2025).

и политических убеждений. Впервые в истории страны этот принцип получил статус конституционной нормы прямого действия[418].

Документ впервые в истории страны установил принцип «один человек — один голос», ликвидировав привилегии белого меньшинства[419]. В выборах 1994 года могли участвовать все граждане, достигшие 18 лет, независимо от расы и пола. Как отмечает Д.А. Жуков, «этот шаг стал окончательным крушением апартеидной политической системы и обеспечил победу АНК на первых демократических выборах»[420].

Временная Конституция закрепила парламентскую форму правления с двухпалатным парламентом (Национальная Ассамблея и Сенат). Исполнительную власть возглавлял Президент, избираемый парламентом.

Главным нововведением стало учреждение Конституционного суда (Constitutional Court), который получил полномочия проверять законы и действия властей на соответствие Конституции и Биллю о правах. Это означало отказ от традиционного принципа «парламентского суверенитета», характерного для системы британского общего права, и утверждение принципа верховенства Конституции над любыми законами[421]. Как писал Х. Кордер, «создание Конституционного суда стало революционным шагом для Южной Африки, ибо впервые сама Конституция, а не парламент, признавалась верховным законом»[422].

В целях обеспечения стабильности и примирения Временная Конституция вводила модель правительства национального единства (Government of National Unity, GNU). В его состав входили все партии, получившие не менее 5% голосов на выборах.

---

[418] Во Временной Конституции ЮАР 1993 года принцип равенства и запрет дискриминации закреплен в Разделе 8 (Section 8) — “Equality” Билля о правах (Chapter 3 — Fundamental Rights).
[419] Куракин Ю.М. Конституционные основы трансформации правовой системы южно-Африканской Республики в постапартеидный период / Ю.М. Куракин // Образование и право. – 2025. – № 12. – С. 695-702. – DOI 10.24412/2076-1503-2025-12-695-702.
[420] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 523–524.
[421] Corder H. Law and Transformation in South Africa / H. Corder. — Cambridge : Cambridge University Press, 2000. — P. 4–5.
[422] Ibid.

Такой механизм позволил включить в состав правительства как Африканский национальный конгресс, так и Национальную партию, а также партию «Инката свободы» (Inkatha Freedom Party). По оценке Жукова, это решение стало «важнейшим компромиссом, обеспечившим мирный переход власти и смягчившим напряжение в обществе»[423].

Временная Конституция закрепила создание девяти провинций, каждая из которых получила собственные органы законодательной и исполнительной власти. Эта система пришла на смену политике «бантустанов» и стала важным шагом к децентрализации власти.

Как отмечает Van der Merwe, «создание провинциального уровня власти символизировало окончательный отказ от принципа этнических территориальных резерваций и признание единства южноафриканской нации»[424].

Центральным элементом Конституции 1993 года стал Билль о правах (Chapter 3 — Fundamental Rights), который отчасти вобрал в себя идеи Билля о правах 1991 года, однако в нем существенно был расширен перечень гарантируемых прав.

Перечень личных (гражданских) прав включал в себя следующие положения:

1) Право на жизнь и достоинство (Right to life, human dignity).

Впервые в истории ЮАР эти принципы получили конституционное закрепление. Они лежали в основе всех других прав и подлежали строгой судебной защите.

2) Свобода личности (Freedom and security of the person).

Включала запрет на пытки, телесные наказания и жестокое обращение. Эти положения имели особое значение, учитывая практику апартеидного государства.

3) Право на неприкосновенность частной жизни (Right to privacy).

Защищались личная жизнь, жилище, переписка и коммуникации.

---

[423] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 527.

[424] Van der Merwe C.G. The Origin and Characteristics of the Mixed Legal Systems of South Africa and Scotland and their Impact on Legal Development / C.G. Van der Merwe. — Edinburgh : Edinburgh University Press, 2012. — P. 5–6.

В. Мерве и Д. Плессис отмечают, что включение этих прав стало важным новшеством для южноафриканской правовой системы, ранее опиравшейся на британскую традицию, где подобные гарантии формулировались преимущественно в прецедентах[425].

В сфере политических прав особое значение приобрели, во-первых, свобода слова и выражения (Freedom of expression). Запрещалась цензура и ограничения на политическую деятельность. Во-вторых, важное значение приобрела свобода собраний и ассоциаций (Freedom of assembly and association), которая включала право на создание политических партий, профсоюзов и общественных организаций. Наконец, в-третьих, было провозглашено всеобщее избирательное право (Universal suffrage). Так, устанавливалось участие всех граждан старше 18 лет в выборах на равных основаниях.

Появились новые социально-экономические права. Так, Конституция 1993 года предусматривала:

1) Право на образование (Right to education).

Конституция гарантировала доступность начального образования для всех граждан.

2) Право на медицинскую помощь и социальное обеспечение (Right to health care and social security).

Впервые эти права вошли в конституционный текст.

3) Право на жилье (Right to housing)

Государство обязывалось предпринимать меры по расширению доступа к жилью, хотя конкретные механизмы были оставлены на будущее.

Х. Кордер указывает на то, что включение социальных прав придало Конституции «программный характер», направленный на устранение исторического неравенства[426].

Кроме того, глава 3 Конституции 1993 года содержала указание на коллективные права. Так, предусматривались права культурных, религиозных и

[425] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 17–18.
[426] Corder H. Op. cit. P. 4–5.

языковых общин (Cultural, religious and linguistic communities). Конституция гарантировала возможность свободно сохранять и развивать свои традиции, язык и веру. Более того, устанавливалась защита прав детей и женщин. Впервые на конституционном уровне были зафиксированы специальные гарантии против дискриминации по признаку пола и возраста. В. Мерве обращает внимание на то, что эти положения стали юридическим выражением идеи «rainbow nation» — многонациональной и многоязычной общности[427].

В Билль о правах был включен пункт о праве каждого человека на благоприятную окружающую среду (Right to an environment that is not harmful to health or well-being). В доктрине также подчеркивается новаторское положение этого решения[428].

Конституция 1993 года черпала свои ценности из двух источников: опыта южноафриканского народа, пережившего дискриминацию, и международных правовых стандартов[429]. Она знаменовала собой «возвращение Южной Африки в международное сообщество», в отличие от изоляционизма апартеидной эпохи[430].

Ключевым элементом стал отход от правового позитивизма, характерного для судей времен апартеида. Х. Бота отмечает, что южноафриканская судебная система традиционно предпочитала «закон и порядок» свободе и равенству, оправдывая решения ссылками на «намерение законодателя»[431]. В новой конституционной культуре суды должны были перейти к ценностно ориентированному подходу, основанному на идеях свободы, равенства и прав человека.

Особое внимание при подготовке Конституции 1993 года уделялось ценностным конфликтам. Конституция отражала противоречия между либеральными индивидуальными правами и социалистическим требованием социальной справедливости; между западной традицией и африканской

---

[427] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 17–18.
[428] Corder H. Op. cit. P. 3.
[429] Botha H. The Values and Principles Underlying the 1993 Constitution / H. Botha // South African Journal on Human Rights. — 1994. — Vol. 10, № 2. — P. 237.
[430] Ibid.
[431] Ibid. P. 234.

коммунитарной этикой; между стремлением к сильному государству и принципами децентрализации[432].

Разумеется, Конституция 1993 года не создавалась в вакууме. Ее разработчики опирались на Всеобщую декларацию прав человека (1948), Международные пакты 1966 г., Европейскую конвенцию о защите прав человека (1950), а также на основной закон Германии 1949 г., Канадскую хартию прав и свобод 1982 г., Конституцию Намибии 1990 г.[433]

К примеру, в ст. 35(2) Конституции 1993 г. говорится следующее: если закон или административный акт формально противоречит Биллю о правах, но может быть истолкован ограничительным образом, согласующимся с правами и свободами, то именно такое толкование должно применяться судами.

Это правило получило название «reading down» («снисходительное толкование» или «ограничительное толкование»). Оно означало, что суды обязаны по возможности сохранять действие законов, адаптируя их к духу Конституции, а не сразу признавать их неконституционными. По мнению Дж. Саркина, это положение южноафриканский законодатель прямо заимствовал из практики Германии и Канады[434].

Еще одним примером является ст. 33 Конституции 1993 года, которая устанавливает так называемую ограничительную оговорку (limitation clause). Так, ст. 33 Временной Конституции формулировала общий принцип: права и свободы могут быть ограничены лишь законом и только в той мере, в какой это «разумно и оправдано в открытом и демократическом обществе, основанном на свободе и равенстве».

Дж. Саркин подробно объясняет, что эта оговорка была заимствована из двух источников:

---

[432] Ibid. P. 240.

[433] Sarkin J. The Effect of Constitutional Borrowings on the Drafting of South Africa's Bill of Rights and Interpretation of Human Rights Provisions / J. Sarkin // University of Pennsylvania Journal of International Law. — 1998. — Vol. 20, No. 2. — P. 242–244.

[434] Sarkin J. Op. cit. P. 246.

1) Канада — тест Oakes (из дела R. v. Oakes, 1986), где Верховный суд Канады выработал строгий критерий допустимости ограничения прав: наличие законной цели, соразмерность меры и минимальное вмешательство.

2) Германия — принцип пропорциональности (Verhältnismäßigkeit), согласно которому ограничение права допустимо лишь тогда, когда оно необходимо, адекватно и не превышает меры, нужной для защиты общественных интересов.

Дж. Саркин подчеркивает, что включение подобной оговорки было радикальным шагом для ЮАР: «впервые в истории страны суды получили полномочие проверять не только «формальную законность», но и соразмерность вмешательства государства в права человека»[435].

Тем не менее Конституция 1993 года, родившись в условиях компромисса, носила временный характер. В ней прямо предусматривалось, что она имеет переходный характер и будет действовать только до принятия окончательной конституции (примерно два года). Так, в заключении конституции указывалось на то, что она «является историческим мостом между прошлым глубоко разделенного общества, отмеченного раздорами, конфликтами, неисчислимыми страданиями и несправедливостью, и будущим, основанным на признании прав человека, демократии и мирного сосуществования»[436]. В главе 5 ст. 68 (1) также отмечалось, что «учредительное собрание должно выработать и принять новый конституционный текст в течение двух лет с даты своего первого заседания». Судьба же временной Конституции была предрешена в ст. 71, согласно которой «новый конституционный текст, принятый Учредительным собранием и удостоверенный Конституционным судом, заменит временную Конституцию».

Несмотря на столь прогрессивный характер, ученые обращают внимание на слабые стороны Конституции 1993 года. Во-первых, ее компромиссный характер

---

[435] Ibid. P. 249.

[436] «…This Constitution provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterised by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence…» Republic of South Africa. The Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993 (Interim Constitution) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.justice.gov.za/trc/legal/sacon93.htm (дата обращения: 16.08.2025).

позволил сохранить влияние Национальной партии: это помогло примирению, но одновременно закрепило политическое влияние старых элит и тормозило радикальные реформы[437].

Во-вторых, несмотря на обилие социально-экономических прав, Конституция 1993 года на самом деле недостаточно трансформировала социально-экономическую реальность. Она не содержала действенных инструментов земельной реформы или перераспределения ресурсов, что оставляло глубокое социальное неравенство, унаследованное от апартеида[438].

В-третьих, хотя был создан Конституционный суд, сама судебная система оставалась в значительной степени прежней (белые судьи, воспитанные на апартеидной доктрине). Это порождало сомнения в способности судов быстро адаптироваться к новым демократическим ценностям[439].

Особое значение в переходный период приобретает деятельность созданного Конституционного суда. Одно из первых рассмотренных дел «S v. Makwanyane and Another (1995)»[440] было посвящено законности смертной казни. До 1994 г. ЮАР активно применяла этот вид наказания, и его сохранение было одним из самых спорных вопросов в переходный период. В результате Конституционный суд признал смертную казнь противоречащей Временной Конституции 1993 г., в частности разделу о праве на жизнь и человеческое достоинство.

Суд опирался на международные документы: Международный пакт о гражданских и политических правах и решения Европейского суда по правам человека, где смертная казнь рассматривалась как унижающее человеческое достоинство наказание. При этом судьи отметили, что «в демократическом обществе, основанном на уважении человеческого достоинства и равенства, смертная казнь не может быть оправдана». Дж. Саркин подчеркивает, что это решение стало символом нового конституционализма: судьи не ссылались на

---

[437] Жуков Д.А. Указ. соч. С. 526–528.
[438] Corder H. Op. cit. P. 5.
[439] Sarkin J. Op. cit. P. 253.
[440] S v Makwanyane and Another (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html (дата обращения: 05.02.2026).

«волю законодателя», как в апартеидные времена, а прямо применяли международные стандарты и ценности прав человека. По его словам, «дело Makwanyane заложило фундамент для дальнейшей ориентации южноафриканской юриспруденции на международное право»[441].

В другом не менее значимом деле «S v Williams and Others»[442] Конституционный суд рассматривал законность телесных наказаний для несовершеннолетних в системе уголовного правосудия. В результате суд признал телесные наказания несовершеннолетних неконституционными, указав, что они нарушают права на достоинство, гуманное обращение и телесную неприкосновенность. При этом Конституционный суд опирался на международную конвенцию о правах ребенка (1989) и практику зарубежных судов. Подчеркивалось, что телесные наказания несовместимы с ценностями новой Конституции и нарушают принцип уважения к личности ребенка. Это дело показало, что Билль о правах —не просто декларация, а инструмент реальной трансформации общества[443].

Наконец, в деле AZAPO v. President of the Republic of South Africa[444] Ассоциация юристов AZAPO оспаривала положения Закона о Комиссии правды и примирения (1995), которые предусматривали амнистию для тех, кто совершил преступления в период апартеида, если они раскрыли правду о содеянном. Дело в том, что после окончания апартеида парламент ЮАР принял Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995. Этот закон учредил Комиссию правды и примирения (TRC). Главным ее механизмом была амнистия: любое лицо, совершившее преступление, мотивированное политическими причинами в период

---

[441] Sarkin J. Op. cit. P. 262.
[442] S v Williams and Others (CCT20/94) [1995] ZACC 6; 1995 (3) SA 632 ; 1995 (7) BCLR 861 (CC) (9 June 1995) [Электронный ресурс]. — URL: http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/6.html (дата обращения: 05.02.2026).
[443] Sarkin J. Op. cit. P. 265.
[444] Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others (CCT17/96) [1996] ZACC 16; 1996 (8) BCLR 1015; 1996 (4) SA 672 (25 July 1996) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/16.html (дата обращения: 05.02.2026).

апартеида, могло получить освобождение от уголовной и гражданской ответственности, если оно

1) подало официальное заявление,
2) раскрыло всю правду о совершенных действиях,
3) доказало политическую мотивацию своих поступков.

Идея состояла в том, что «правда в обмен на амнистию» позволит выявить все прошлое насилие и одновременно избежать множества уголовных процессов, которые могли парализовать государство и спровоцировать месть.

Против этих положений выступила Ассоциация юристов AZAPO (Azanian Peoples Organisation), а также несколько семей жертв апартеидного насилия. Они подали иск, оспаривая конституционность амнистии.

Однако Конституционный суд признал конституционность амнистии. Он сослался на Конституцию 1993 года, где содержалось указание на «национальное единство и примирение». Суд указал на то, что амнистия — болезненный, но необходимый компромисс в условиях переходного периода. Международное право, как отметил суд, не препятствует амнистии, если она служит высшей цели — миру и национальному примирению. Дж. Саркин оценил это решение как «наиболее спорное» из первых актов Конституционного суда. Он подчеркнул, что суд проявил прагматизм, поставив выше всего задачу политической стабильности. При этом он указал, что такое толкование может вызвать критику: оно показывает, что даже Билль о правах допускает серьезные компромиссы в угоду переходному процессу[445].

После первых демократических выборов 1994 года избранный парламент одновременно стал функционировать как Конституционное собрание. На него возлагалась обязанность за два года подготовить окончательную Конституцию, которая должна была соответствовать конституционным принципам, согласованным во Временной Конституции 1993 года. Работа велась в комитетах и

[445] Sarkin J. Op. cit. P. 273.

подкомитетах, охватывавших ключевые вопросы государственного устройства, федерализма, а также перечня основных прав[446].

Особенностью этого этапа стала широчайшая программа общественного участия. Конституционное собрание организовало национальную медиакампанию под лозунгом "*you've made your mark — now have your say*", включавшую радио, телевидение, печатные издания и специальные бюллетени (Constitutional Talk). По данным ученых, уже к апрелю 1995 года около 65% взрослого населения ЮАР слышали о процессе, хотя многие относились скептически к возможности повлиять на текст[447]. В результате собрание получило более 2 миллионов обращений от граждан и организаций, из которых значительная часть касалась языка, смертной казни, абортов и прав меньшинств[448]. Несмотря на ограниченное прямое влияние на окончательный текст, этот процесс придал будущей Конституции беспрецедентную легитимность.

8 мая 1996 года Конституционное собрание большинством в две трети голосов утвердило проект Конституции и направило его в Конституционный суд для проверки. Суд, опираясь на положения Конституции ЮАР 1993 г., должен был удостоверить соответствие текста установленным принципам. Решением от 6 сентября 1996 года[449] суд отказался утвердить проект, указав на девять несоответствий[450].

Это решение необходимо рассмотреть более подробно. Во-первых, суд подтвердил, что его мандат — чисто юридический, а не политический: он должен удостоверить, что все положения нового текста соответствуют Конституционным

---

[446] Ebrahim H. Creating the Birth Certificate of a New South Africa: Constitution Making after Apartheid / H. Ebrahim, L.E. Miller // Framing the State in Times of Transition. — Washington, DC: United States Institute of Peace. — 2010. — Chapter 5. — P. 111–114, 121–123.

[447] Ibid. P. 116.

[448] Ebrahim H. Creating the Birth Certificate of a New South Africa: Constitution Making after Apartheid / H. Ebrahim, L.E. Miller // Framing the State in Times of Transition. — Washington, DC: United States Institute of Peace. — 2010. — Chapter 5. — P. 154–155.

[449]Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) [1996] ZACC 26; 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC); (1996) 17 ILJ 821 (CC) (6 September 1996) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/26.html (дата обращения: 05.02.2026).

[450] Dugard J. International Law and the South African Constitution / J. Dugard // European Journal of International Law. — 1997. — Vol. 8. — P. 77–92.

принципам из Приложения 4 к Временной конституции 1993 г. «У этого Суда нет ни власти, ни мандата, ни права выражать мнение о политических выборах Конституционного собрания <…> за исключением степени, релевантной соответствию или несоответствию Конституционным принципам»[451].

Затем Конституционный суд сравнивал положения проекта с теми принципами, которые были отражены в Конституции 1993 г.[452]

[451] Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) [1996] ZACC 26; 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC); (1996) 17 ILJ 821 (CC) (6 September 1996) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/26.html (дата обращения: 05.02.2026).
[452] Ebrahim H., Miller L.E. Op. Cit. P. 149.

Таблица 2 — Сравнение проекта с принципами.

№	Норма проекта Конституции (1996)	Суть несоответствия	Какой конституционный принцип нарушен	Позиция Конституционного суда (ссылка на параграфы решения)
1	Статья 23 «Трудовые отношения»	В тексте признавалось право объединений работодателей на коллективные переговоры, но **не признавалось право отдельного работодателя** вести коллективные переговоры.	Конституционный принцип XXVIII (о защите права на коллективные переговоры и свободу профсоюзов).	Суд указал, что это формулировка, которая не полностью реализует принцип, и поэтому текст не соответствует требованию (параграфы [63]–[69]).
2	Статья 241 (1)	Эта статья выводила из-под конституционного контроля положения Закона о трудовых отношениях 1995 года, не закрепляя их как часть самой Конституции.	Конституционный принцип IV (верховенство Конституции) и Конституционный принцип VII (судебная защищенность прав).	Суд отметил, что такие «экранирующие» положения недопустимы, так как они нарушают верховенство Конституции (параграфы [149]–[151]).
3	Приложение 6, параграф 22 (1)(b)	Положения Закона о национальном единстве и примирении 1995 года также выводились из-под конституционного контроля.	Конституционный принцип IV и Конституционный принцип VII.	Суд признал, что это несовместимо с верховенством Конституции и судебной защищенностью прав (параграф [150]).
4	Статья 74 (порядок внесения поправок в Конституцию)	Процедура поправок сводилась к повышенным порогам голосования, но **не предусматривала специальных процедур**, как того требовали принципы. Кроме того, Билль о правах не был надежно защищен (entrenched).	Конституционный принцип XV (о специальных процедурах внесения поправок) и Конституционный принцип II (о гарантированности прав).	Суд подчеркнул, что требуются специальные процедуры, а не только «высокий процент голосов», и что Билль о правах должен быть жестко закреплен (параграфы [152]–[156]).
5	Статья 194 (о Public Protector и Auditor-General)	Смещение этих должностных лиц могло быть осуществлено простым большинством Национального собрания, что делало их уязвимыми для политического давления.	Конституционный принцип XXIX (о независимости и беспристрастности этих институтов).	Суд постановил, что такая формулировка не обеспечивает независимость и беспристрастность (параграфы [162]–[166]).

№	Норма проекта Конституции (1996)	Суть несоответствия	Какой конституционный принцип нарушен	Позиция Конституционного суда (ссылка на параграфы решения)
6	Статья 196 (о Public Service Commission)	В тексте не были ясно определены полномочия Комиссии по государственной службе; также ее независимость и беспристрастность были недостаточно гарантированы.	Конституционный принцип XXIX (независимость надзорных органов) и Конституционный принцип XX (автономия провинций).	Суд пришел к выводу, что невозможно удостоверить соответствие принципам без явного определения полномочий (параграфы [297]–[303]).
7	Глава 7 «Местное самоуправление»	В проекте отсутствовали четкие рамки для структур местного самоуправления; не были обеспечены адекватные налоговые полномочия; отсутствовали формальные законодательные процедуры для муниципалитетов.	Конституционный принцип XXIV (об обязательном местном самоуправлении), Конституционный принцип XXV (о финансовой автономии муниципалитетов), Конституционный принцип X (о законодательных процедурах).	Суд указал, что эти элементы должны быть закреплены в Конституции (параграфы [299]–[305]).
8	Статья 229 (налоги местного уровня)	В Конституции не были закреплены достаточные налоговые полномочия для муниципалитетов.	Конституционный принцип XXV (финансовые полномочия местного самоуправления).	Суд подчеркнул, что требуется «адекватное закрепление фискальных полномочий» (параграфы [299]–[305]).
9	Положение о провинциях в целом	Совокупность статей проекта ограничивала полномочия провинций по сравнению с Временной Конституцией. Это было признано нарушением условия, что полномочия провинций «не должны быть существенно меньшими или уступающими» по сравнению с Interim Constitution.	Конституционный принцип XVIII.2 (о сохранении уровня полномочий провинций).	Суд пришел к выводу, что в целом проект существенно уменьшает права и функции провинций, и признал его несоответствующим (параграфы [308]–[333], [481]–[482]).

Источник: составлено автором.

Конституционный суд признал проект 1996 года несоответствующим девяти положениям Конституционных принципов и вернул его на доработку. Считается, что этим решением Конституционный суд показал свою независимость и подтвердил, что именно он — гарант конституционного процесса[453].

После замечаний суда Конституционное собрание оперативно внесло исправления. В доработанном варианте были усилены гарантии независимости надзорных органов, расширены полномочия провинций и закреплен более четкий статус местного самоуправления. 4 декабря 1996 года Конституционный суд признал текст соответствующим принципам (Second Certification).

10 декабря 1996 года президент Нельсон Мандела подписал Конституцию в Шарпевиле — символическом месте памяти о трагедии 1960 года, когда полиция расстреляла мирную демонстрацию против апартеидных законов. Этот выбор подчеркнул, что новая Конституция является окончательным разрывом с расистским прошлым и утверждением новой демократической идентичности страны[454]. Конституция вступила в силу 4 февраля 1997 года. Как подчеркивает Дж. Дугард, благодаря Конституции 1996 года «южноафриканская правовая система вышла из состояния изоляции времен апартеида и была интегрирована в международное сообщество, придав международному праву заметную роль во внутреннем правопорядке»[455].

Итак, Конституция 1996 года закрепила принцип разделения властей (ст. 43–44, 83, 165). При этом Конституция провозглашает, как было отмечено в литературе, «единую систему публичной власти по принципу кооперативной модели (модели сотрудничества между уровнями власти)»[456]. Было предусмотрено, что законодательная власть осуществляется Парламентом, состоящим из Национальной ассамблеи и Национального совета провинций (ст. 42).

---

[453] Ebrahim H., Miller L.E. Op. Cit. P. 149.
[454] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 65–66.
[455] Dugard J. International Law and the South African Constitution / J. Dugard // European Journal of International Law. — 1997. — Vol. 8. — P. 83.
[456] Чиркин С. В., Кошелева Е. В., Лебедева Я. И. Конституции Африки: особенности конституционного дизайна // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2022. Т. 18. № 5. С. 17.

Национальная ассамблея избирается на основе всеобщего равного голосования, что впервые обеспечило политическое представительство большинства населения[457].

Исполнительная власть возглавляется Президентом, который одновременно является главой государства и правительства (ст. 83). Президент избирается Национальной ассамблеей (ст. 86) и формирует кабинет министров, ответственный перед парламентом (ст. 91). Двухпалатная структура обеспечивает баланс между национальными интересами и интересами провинций[458].

Национальный Совет Провинций представляет политико-территориальные подразделения страны (провинции), имея в качестве основной задачи обеспечение интересов провинций при осуществлении общенационального государственного управления. Эта задача осуществляется путем участия в общенациональном законодательном процессе[459].

Судебная власть признается независимой (ст. 165). Особое место занимает Конституционный суд, которому предоставлено исключительное право окончательной проверки соответствия законов Конституции (ст. 167). Как отмечается в литературе, усиление судебного контроля стало результатом поиска компромисса между либеральной традицией и требованиями социальной справедливости[460].

Центральное место в Конституции 1996 года занимает Билль о правах (Chapter 2, ст. 7–39). Он сочетает в себе гражданские, политические и социально-экономические права. Так, в нем предусмотрены равенство (ст. 9), человеческое достоинство (ст. 10), право на жизнь (ст. 11), свобода выражения (ст. 16). Также были закреплены социально-экономические права: право на жилье (ст. 26), доступ к здравоохранению, пище, воде и социальному обеспечению (ст. 27), право на образование (ст. 29). Гарантированы культурные и языковые права (ст. 30–31).

---

[457] Ebrahim H., Miller L.E. Op. Cit. P. 111–115.

[458] Алиев Р.А. Структура органов государственной власти и местного самоуправления в Южно-Африканской Республике / Р.А. Алиев // Вестник Московского университета МВД России. — 2018. — № 4. — С. 141–144.

[459] Ильин А.И. Высшие органы государственной власти ЮАР : дис. … канд. юрид. наук. — Москва : МГИМО(У) МИД России, 2003. — С. 121.

[460] Botha H. The Values and Principles Underlying the 1993 Constitution / H. Botha // South African Journal on Human Rights. — 1994. — Vol. 10, № 2. — P. 240–243.

Дж. Дугард подчеркивает, что включение этих прав отражает прямое заимствование международных стандартов прав человека и демонстрацию стремления ЮАР к социальной трансформации[461]. Дж. Саркин отмечает, что разработчики Билля о правах опирались на широкий сравнительный анализ и конституционные заимствования, что сделало его одним из самых прогрессивных в мире[462].

Конституция закрепила модель кооперативного федерализма. Статья 40(1) устанавливает, что правление в ЮАР осуществляется на трех уровнях: национальном, провинциальном и местном. Статья 41 закрепляет принцип «сотрудничества и добросовестности» между уровнями власти. Каждая провинция имеет свой парламент и исполнительный орган; полномочия провинций перечислены в Приложениях 4 и 5.

Местное самоуправление закреплено как самостоятельная сфера власти (ст. 151), а муниципалитетам предоставлены полномочия по налогообложению и бюджету (ст. 229).

Как отмечает А.И. Ильин, «прежде всего, конституция исходит из того, что вся система государственного управления в ЮАР должна строиться на принципах сотрудничества между органами государственной власти не только национального, но также провинциального и местного уровня. На всех этих уровнях система государственного управления в ЮАР должна обладать своими отличительными чертами, включающими взаимозависимость и взаимное сотрудничество. Это своего рода система “кооперативного” управления, закрепляемая специальной главой южноафриканской конституции, в соответствии с нормами которой должна осуществляться деятельность этих органов»[463].

Конституция ЮАР в Главе 9 закрепляет особую категорию государственных органов, которые не относятся ни к исполнительной, ни к законодательной, ни к судебной власти. Их миссия — «укреплять конституционную демократию» (to

---

[461] Dugard J. Op. cit. P. 85.
[462] Sarkin J. Op. cit. P. 252–253.
[463] Ильин А.И. Высшие органы государственной власти ЮАР : дис. … канд. юрид. наук. — Москва : МГИМО(У) МИД России, 2003. — С. 103.

strengthen constitutional democracy in the Republic) (ст. 181(1) Конституции ЮАР 1996 г.). К таким органом можно отнести следующие:

1) Public Protector (Омбудсмен, «Защитник народа») следит за законностью действий органов власти, рассматривает жалобы граждан на администрацию (ст. 182).

2) South African Human Rights Commission (Комиссия по правам человека) защищает и продвигает права человека, проводит расследования нарушений, мониторит реализацию Билля о правах (ст. 184).

3) Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Cultural, Religious and Linguistic Communities следит за соблюдением культурных, религиозных и языковых прав (ст. 185).

4) Commission for Gender Equality (Комиссия по гендерному равенству) борется с дискриминацией по половому признаку, способствует реализации принципов равенства мужчин и женщин (ст. 187).

5) Auditor-General (Генеральный аудитор) проводит независимый аудит государственных финансов (ст. 188).

6) Electoral Commission (Избирательная комиссия) организует выборы, гарантирует их свободный и честный характер (ст. 190).

Конституция 1996 года прямо закрепляет независимость (ст. 182 (2)), а также ответственность этих органов перед Национальной ассамблеей (ст. 181 (5)). Это сочетание независимости и парламентской подотчетности делает вышеперечисленные органы уникальными институтами демократического контроля. В литературе подчеркивается, что глава 9 играет особую роль в южноафриканской модели «подотчетной демократии»[464].

О значении этих органов также красноречиво говорится в одном из источников: «Вместе с Парламентом они должны действовать как “сторожевые псы”, расследуя проступки и контролируя выполнение политики. Поскольку они

[464] Ильин А.И. Указ. соч. С. 94.

независимы, они действительно находятся в гораздо лучшем положении для расследования сложных политических вопросов, чем члены парламента»[465].

Для наглядности необходимо сравнить принципы и основные положения Конституции 1993 года и Конституции 1996 года.

Таблица 3 — Сравнение принципов и основных положений конституций (1993, 1996).

Критерий	Временная Конституция 1993 года	Конституция 1996 года
Исторический контекст	Принята в условиях переговоров (CODESA), как компромиссный переходный документ. Обеспечивала первые выборы 1994 года.	Итог работы избранной Конституционной ассамблеи. Утверждена и сертифицирована Конституционным судом. Вступила в силу 4 февраля 1997 г.
Характер	Временная (Interim Constitution), должна была действовать не более 2 лет.	Окончательная (Final Constitution), постоянный Основной закон страны.
Конституционные принципы	Содержала обязательные принципы, ограничивавшие будущую Конституцию.	Основана на этих принципах, прошла сертификацию КС.
Политическая структура	Правительство национального единства: участие крупных партий в кабинете по квотам.	Отменено. Кабинет формируется победившей партией через парламент.
Разделение властей	Провинции имели больше самостоятельности, чтобы успокоить меньшинство.	Перешли к «кооперативному управлению» (ст. 40–41). Баланс национального и провинциального уровней.
Билль о правах	Впервые включен, но ограничен в объеме (преимущественно гражданские и политические права).	Расширен: включает большой перечень социально-экономических прав.
Конституционный суд	Учрежден, основной акцент на сертификации и переходном контроле.	Постоянный высший орган конституционной юстиции (ст. 167).
Институты демократического контроля (глава 9)	Не было.	Специальная глава 9: Public Protector, Human Rights Commission, Electoral Commission и др.
Международное право	Роль упоминалась, но механизмов почти не было.	Ст. 39, 232–233: обязательность учитывать международное право и нормы.

Источник: составлено автором.

[465] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 84.

Таким образом, Конституция ЮАР 1996 года — это не просто очередной документ, а акт национального примирения и политического созидания, который завершил процесс демонтажа апартеида и стал юридическим выражением нового общественного договора. Конституция 1996 года объединила в себе либерально-демократические ценности и социальную направленность, закрепила механизмы подотчетности и правового контроля, обеспечив прочный фундамент для построения демократического государства.

ГЛАВА 3. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ ЮАР

3.1. Источники права в ЮАР

В первой главе мы обращали внимание на то обстоятельство, что многие смешанные правовые системы характеризуются наличием трех универсальных признаков. Во-первых, особый исторический путь: формирование смешанных правовых систем происходило либо в результате политики колониализма, либо путем своеобразной естественной эволюции. Во всяком случае, каждый из процессов представляет собой уникальный исторический путь. При рассмотрении генезиса южноафриканского права во второй главе, эта гипотеза нашла свое подтверждение. Во-вторых, целесообразно отметить многообразие и противоречивый характер источников права.

В-третьих, необходимо выделить конфликтность и коллизионность элементов смешанных правовых систем. Так, нередко на решение социального конфликта претендуют сразу два (а в некоторых обстоятельствах больше) конфликтующих элемента из разных правовых традиций.

В настоящей главе надлежит подробным образом остановиться на современных источниках права ЮАР.

Конституция 1996 года не содержит исчерпывающего перечня источников южноафриканского права, однако она упоминает и признает большинство из них. В тексте Конституции закрепляется, разумеется, ее собственное верховенство, а также указываются законодательство, «общее право», включая судебные решения (прецеденты), и «обычное право». Кроме того, Конституция прямо допускает использование норм международного публичного права, а также иностранного права. Вместе с тем два иных источника — правовой обычай и доктринальные труды ученых-юристов — в Конституции прямо не названы[466].

Источники обычно подразделяются на «обязательные» (binding) и «убеждающие» (persuasive). Обязательным источником считается такой, которому

[466] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 36.

суд должен придать силу, если он применим и не отменен источником более высокой юридической силы[467]. Таким образом, к обязательным источникам относятся Конституция, законодательство, общее право (хотя не все прецеденты), обычное право, а в некоторых случаях — международное публичное право.

Убеждающие источники (persuasive sources) — такие, которые могут склонить суд к определенному решению, но не обязывают его принять именно его. К ним относятся иностранное право, труды ученых-юристов, а также часть судебных прецедентов[468]. Очевидно, что при коллизии обязательный источник «перевешивает» убеждающий, за исключением случаев, когда, как в отношении общего права, суд обладает полномочиями модифицировать обязательный источник и считает целесообразным это сделать.

Итак, Конституция 1996 года имеет высшую юридическую силу. Особенность заключается в том, что конституционные права и обязанности пронизывают все сферы права и не образуют отдельной, обособленной отрасли. Иными словами, они столь же актуальны для семейного права или договорного права, как и для административного права.

«Не существует двух систем права, каждая из которых регулировала бы один и тот же предмет, имела бы схожие требования и действовала в собственной области с собственным высшим судом. Существует лишь одна система права. Она формируется Конституцией, которая является высшим законом, и все право, включая общее право, получает силу из Конституции и подчинено конституционному контролю»[469].

Еще один момент связан со сложностью практической реализации этих прав и обязанностей. С одной стороны, они непосредственно применимы против государства: например, когда оспаривается конституционность закона или административного акта (либо бездействие властей). С другой стороны, они

---

[467] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 36.
[468] Ibid.
[469] Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa and Another: In re Ex Parte President of the Republic of South Africa and Others (CCT31/99) [2000] ZACC 1; 2000 (2) SA 674 (CC); 2000 (3) BCLR 241 (CC) (25 February 2000) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/1.html (дата обращения: 05.02.2026).

косвенно применимы как в отношении государства, так и частных лиц и организаций: законодательные нормы должны толковаться в соответствии с духом и содержанием Билля о правах, а нормы общего права — развиваться в соответствии с ними или, при необходимости, признаваться недействительными.

Кроме того, все высшие суды обладают полномочием и обязанностью обеспечивать действие Конституции такими способами и, в частности, обладают неотъемлемой компетенцией развивать общее право. Однако последнее слово принадлежит Конституционному суду, который определяет, что является конституционным вопросом и как он должен быть разрешен[470]. В сложившейся практике Суд осуществляет «конституционный надзор» за общим правом: он отменяет решения Верховного апелляционного суда, которые, по его мнению, недостаточно учитывают влияние Конституции на общее право, но возвращает дело обратно, предоставляя именно этому суду решать, как должно быть изменено общее право.

Конституция ЮАР 1996 года — это не только основной закон в формальном смысле, но и активный источник живого права, пронизывающий все отрасли и направляющий развитие законодательства и судебной практики.

Следующим в иерархии источников является законодательство. Конституция предусматривает существование трех «сфер власти»: общенациональной, провинциальной и местной, наделяя каждую из них собственной законодательной компетенцией. Таким образом, в ЮАР существует:

1) национальное законодательство, принимаемое Парламентом и утверждаемое Президентом;

2) провинциальное законодательство, принимаемое законодательными собраниями девяти провинций и утверждаемое их Премьерами;

3) местное законодательство, принимаемое муниципальными советами.

Поскольку эти полномочия прямо закреплены Конституцией, они рассматриваются как «оригинальные» (первичные) законодательные полномочия. Соответствующие акты именуются актами парламента, провинциальными актами

[470] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 38.

(в случае до 1994 г. — «ордонансами») и муниципальными подзаконными актами. Конституция устанавливает детальное распределение компетенций между этими уровнями, а также правила разрешения конфликтов между ними. Она предписывает процедурные требования, которые должны соблюдаться при принятии законов. Очевидно, что действительность любого закона зависит от соответствия этим конституционным положениям, Биллю о правах, а также — в случае провинциального уровня — от положений провинциальной конституции и норм, регулирующих полномочия муниципалитетов[471].

Помимо первичного законодательства, существует также «вторичное» (делегированное) законодательство в форме регламентов, прокламаций и иных актов, принимаемых в порядке осуществления законодательных полномочий, делегированных первичным законом[472]. Так, акт парламента обычно уполномочивает соответствующего министра принимать регламенты для его реализации. В связи с этим вторичное законодательство обычно формулируется органами национальной или провинциальной исполнительной власти, но часто может принимать форму муниципальных by-laws. Поскольку это акты администрации, их принятие квалифицируется как административное действие и подлежит принципам административного права[473].

Закон должен быть обнародован до вступления в силу. Для национальных актов это осуществляется через публикацию в Government Gazette, а для провинциальных и муниципальных актов — в соответствующих провинциальных Gazettes. Это официальные государственные издания, выходящие регулярно; в них акты нумеруются по годам. Кроме того, в них публикуются законопроекты, именуемые Bills или draft Bills.

Особое место занимает общее право и судебные решения. Поскольку в Южной Африке многие отрасли права не имеют соответствующих кодексов, их основные принципы, равно как и детализированные нормы, закреплены в общем

---

[471] Куракин Ю.М. Смешанные правовые системы: анализ на примере ЮАР / Ю.М. Куракин // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2026. – № 1. – С. 102-104.
[472] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 39.
[473] Ibid.

праве[474]. Некоторые из важнейших сфер жизни общества регулируются своего рода «мини-кодексами». Так, нормы корпоративного права содержатся в *Companies Act 71 of 2008* и сопутствующем законодательстве; нормы о банкротстве (несостоятельности) — в *Insolvency Act 24 of 1936*; нормы административного права находят свое отражение в *Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000* и других актах. Более того, ныне не существует ни одной отрасли права, которая состояла бы исключительно из норм общего права.

Судебные решения единодушно признаются южноафриканскими юристами источником права[475]. История внедрения доктрины прецедента в южноафриканское право подтверждает этот тезис. После того как Хартия правосудия 1827 года учредила Верховный суд, состоящий преимущественно из британских судей, и ввела английскую судебную процедуру, судьи вскоре стали использовать доктрину прецедента[476]. Как только появились первые решения, адвокаты начали ссылаться на них в суде. Уже в 1830 году Капские суды «стояли на своих решениях», что демонстрирует известное дело *In re Taute (1830)*[477]. Сегодня доктрина прецедента прочно укоренилась в южноафриканской системе, хотя и приобрела ряд специфических особенностей[478].

Судьи обосновывали приверженность этой доктрине необходимостью правовой определенности, защиты уже приобретенных прав, оправдания законных ожиданий граждан и поддержания авторитета суда[479]. Среди факторов ее укрепления можно назвать следующие: возможность апелляции в Тайный совет до 1950 года; тот факт, что многие судьи (включая судей республик буров) обучались

---

[474] Ibid. P. 40.

[475] Более подробно см.: Hahlo H.R. The South African Legal System and its Background / H.R. Hahlo, E. Kahn. — Cape Town : Juta, 1968.

[476] Van der Merwe C.G. The Republic of South Africa / C.G. Merwe et al. // Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family / V. V. Palmer (Ed.). — Cambridge : Cambridge University Press. — P. 132.

[477] In re Taute (1830) 1 Menz. 497 [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACGHSCRpMenz/1830/37.pdf (дата обращения: 05.02.2026).

[478] Куракин Ю.М. Смешанные правовые системы: анализ на примере ЮАР / Ю.М. Куракин // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2026. – № 1. – С. 102-104.

[479] Van der Merwe C.G. The Republic of South Africa / C.G. Merwe et al. // Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family / V. V. Palmer (Ed.). — Cambridge : Cambridge University Press. — P. 133.

в Англии; английский характер южноафриканского уголовного и гражданского процесса; традицию комплектования судейских должностей практикующими адвокатами; а также то, что доктрина обеспечивала стабильность и предсказуемость, в отличие от римско-голландских источников, которые нередко противоречили друг другу, были написаны на непонятном для большинства языке и не всегда легко доступны[480].

В настоящее время кардинальная особенность южноафриканского права состоит в том, что фундаментальные нормы и принципы многих отраслей — особенно обязательственного и вещного права — не кодифицированы[481]; общее право пронизывает всю правовую систему.

Общее право Южной Африки — это неписаное право, а точнее, та его часть, которая имеет исторические корни в Западной Европе. Оно представляет собой сплав норм, происходящих из римско-голландской традиции и, в меньшей степени, из английского права, которые были соединены и адаптированы судами с учетом потребностей страны и ее исторической эволюции. В связи с этим южноафриканское общее право имеет три основных источника: римско-голландское право, английское общее право и южноафриканские судебные прецеденты[482].

За долгие годы накопился большой массив южноафриканской судебной практики, что сделало ее главным средством формирования общих принципов и конкретных правил. Суды не только толковали, но и отменяли, развивали или ограничивали нормы общего права настолько часто, что сегодня невозможно получить адекватное представление о какой-либо его сфере, опираясь лишь на римско-голландские или английские дела[483].

С 1994 года заметна устойчивая тенденция: суды все чаще переосмысляют базовые правовые категории — например, роль добросовестности в договорном

---

[480] Van der Merwe C.G. The Republic of South Africa / C.G. Merwe et al. // Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family / V. V. Palmer (Ed.). — Cambridge : Cambridge University Press. — P. 133.
[481] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 40.
[482] Ibid.
[483] Ibid. P. 41.

праве или ответственность публичных органов в деликтном праве — не столько через призму исторических источников, сколько в контексте Конституции и исходя из политико-правовых соображений. В результате формируется новая методология работы с общим правом, при которой все большее внимание уделяется тому, как судебная практика развивает систему прав и обязанностей, закрепленную в Конституции, что усиливает значение прецедента как ведущего источника права[484].

Тем не менее римско-голландское право остается первоначальным ядром южноафриканского общего права и по сей день сохраняет актуальность. Суды все еще обращаются к нему при определении прав и обязанностей, хотя такие случаи становятся редкостью. Однако сами категории, термины и принципы римско-голландского права по-прежнему пронизывают правовую практику. Юристы ЮАР говорят о «вещном праве» и используют классические различия между личными и вещными правами, собственностью и владением, движимым и недвижимым, личными и предиальными сервитутами — все это было бы знакомо голландскому юристу XVIII века[485]. В этом смысле общее право Южной Африки, несмотря на все изменения, внесенные судами, законодательством и Конституцией 1996 г., остается локальной адаптацией римско-голландской традиции.

Английское право сыграло важную роль в процессе этой адаптации. В XIX — начале XX века суды активно заимствовали английские институты для восполнения пробелов римско-голландской системы: например, траст, доктрину эстоппеля, институт «введения в заблуждение»[486]. Хотя в середине XX века возникла «чистая реакция» против чрезмерного влияния английского права, многие из этих институтов сохранились в южноафриканском праве. При этом английские конструкции получили собственный пласт национальных прецедентов и часто заметно отличаются от своих английских прототипов[487].

---

[484] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 41.
[485] Ibid.
[486] См., например: Cameron E. Constructive Trusts in South African Law : The Legacy Refused / E. Cameron // Edinburgh Law Review. — 1999. — Vol. 3, № 3. — P. 341–360.
[487] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 42.

Оппозиция англоцентризму дала и другие результаты: активизировались исследования римско-голландской и других континентальных правовых систем, что сократило обращение к английскому праву. Наконец, решительный разрыв с прошлым после принятия Конституции 1994 года, в частности отказ от вестминстерской доктрины парламентского суверенитета в пользу принципа конституционно ограниченной власти, резко уменьшил влияние английских норм в публичном праве.

Таким образом, хотя многие институты южноафриканского общего права имеют английское происхождение, они давно интегрированы в правовую систему, основные черты которой формируются другими традициями. Английское право, несомненно, оказало более сильное воздействие, чем любые другие внешние источники, но оно уже не обладает тем фактическим особым статусом, который имело в прошлом.

Доктрина прецедента занимает особое место в правовых системах, воспринявших английскую традицию. Южная Африка — пример того, как этот принцип не только укоренился в местной юриспруденции, но и претерпел глубокую трансформацию под влиянием Конституции 1996 года. Дж. Девэниш показывает, что доктрина stare decisis до сих пор остается краеугольным камнем правовой системы, но утратила характер «железных оков» и постепенно превращается в инструмент гибкого и ценностно ориентированного правоприменения[488].

Связывающая сила прецедента и степень его обязательности варьируются. Все зависит от соотношения инстанций: если решение принято вышестоящим судом, оно обладает «абсолютной» или «полной» обязательной силой, и нижестоящий суд не вправе его игнорировать или отменить. В обратной ситуации решения нижестоящего суда имеют лишь убедительный (*persuasive*) характер для суда выше.

[488] Devenish G.E. The Doctrine of Precedent in South Africa / G.E. Devenish // Obiter. — 2007. — Vol. 28, no. 1. — P. 21–34.

Принятие Конституции 1996 года в корне изменило подход к *stare decisis*. Основной закон установил верховенство Билля о правах и обязал суды развивать общее право в направлении его ценностей. Это привело к отходу от буквального толкования и закрепило «ценностно-целевой» метод. В результате *stare decisis* стал инструментом, подчиненным не столько традиции, сколько конституционным принципам.

Знаковым примером является дело *MEC for the Department of Welfare v Kate*[489], где судья Фронеман отказался применять предыдущее решение Верховного апелляционного суда, поскольку оно препятствовало справедливому результату. Он ограничил действие прецедента рамками конкретных фактов, а в противном случае признал бы его недействительным как принятое *per incuriam*. Такой подход демонстрирует, что в эпоху конституционализма ценности справедливости и прав человека имеют приоритет над формальной дисциплиной[490].

В практическом плане имеет место следующая ситуация[491]:

1) Конституционный суд — высший в сфере конституционной юрисдикции. Он связан только собственными решениями, которые может пересмотреть, если сочтет явно ошибочными. Пока такого не происходило.

2) Верховный апелляционный суд презюмируемо связан своими же решениями. Как преемник Апелляционного дивизиона (до 1996 года), он рассматривает его решения как собственные. Кроме того, Верховный апелляционный суд абсолютно связан решениями Конституционного суда.

3) Высокий суд абсолютно связан решениями Конституционного суда и Верховного апелляционного суда. Одно его отделение не обязано следовать решениям другого, но такие решения обладают значительным авторитетом. Внутри конкретного отделения решения коллегии судей обязательны для единоличных судей.

---

[489] MEC for the Department of Welfare v Kate (580/04) [2006] ZASCA 49; 2006 (4) SA 478 (SCA) ; [2006] 2 All SA 455 (SCA) (30 March 2006) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2006/49.html (дата обращения: 05.02.2026).

[490] Devenish G.E. The Doctrine of Precedent in South Africa / G.E. Devenish // Obiter. — 2007. — Vol. 28, no. 1. — P. 21–34.

[491] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 45–46.

4) Мировые суды (Magistrates' Courts) и иные низшие суды абсолютно связаны решениями Конституционного суда, Верховного апелляционного суда и Высоких судов. Если возникает конфликт решений разных отделений Высокого суда, мировой суд обязан следовать решениям того отделения, которое имеет юрисдикцию над ним. При этом решения низших судов сами по себе прецедентами не являются.

Особенностью прецедентного права ЮАР представляется также и тот факт, что нередко решения голландских судов используются как материал для воссоздания картины голландского права по конкретным вопросам[492].

Теперь надлежит перейти к обычному праву. Статья 211 Конституции прямо возлагает на суды обязанность применять «обычное право», при необходимости. В этом значении — как источник права с авторитетной силой — речь идет именно о праве с коренными, автохтонными культурными корнями[493]. Оно не охватывает личные законы общин (например, мусульман и иудеев), которые в повседневной речи тоже нередко называют «обычными». Такие нормы могут быть признаны судами и нередко признаются, но они не являются официальным источником права в Южной Африке. В связи с чем такие нормы часто называют «коренным правом» (indigenous law), официально определяемым как «право или обычай, применяемый чернокожими племенами Республики»[494].

Обычное право имеет ряд коренных особенностей, которые отличают его от общего права и делают иным по духу и содержанию:

Во-первых, оно охватывает узкий круг вопросов: семейные отношения, а также связанные с ними имущественные и наследственные споры.

Во-вторых, в его основе иной правовой этос: акцент делается на солидарности, а не на индивидуализме, и на примирении, а не на строгой защите прав.

---

[492] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 48.
[493] Ibid. P. 49
[494] Ibid.

В-третьих, обычное право наиболее тесно связано с реальной социальной практикой. Несмотря на то что суды часто обращаются к доктрине и предыдущим решениям для определения его содержания, именно в рамках обычного права возможно привлечение доказательств того, как норма реально живет и применяется в обществе[495]. Эта особенность позволяет сокращать разрыв между официальным и «живым» правом. В сельской местности значительную роль играют традиционные суды, где обычное право применяют вожди и старейшины, знающие его содержание.

Наконец, не существует единого свода обычного права: у каждой культуры и каждой местности есть свои обычаи, и они в разной степени отличаются друг от друга.

Суды выработали ряд принципов, чтобы определить, какое право применимо к спору. Основная идея заключается в том, что общее право и обычное право равнозначны, поэтому изначально предполагается, что каждый свободен выбирать, какой из двух систем регулировать свои отношения.

Суды сначала ищут в исковых документах прямое или подразумеваемое указание на выбор системы. Если его нет, они обращаются к сути взаимоотношений сторон: например, к тому, как был заключен брак. Если и это не дает ответа, суды смотрят шире — на образ жизни и культурные практики сторон. А когда возможно применение разных вариантов обычного права, окончательный выбор делается по территориальному признаку.

Как и общее право, обычное право подчиняется Конституции и должно развиваться в соответствии с ее духом и принципами, поэтому некоторые его правила уже были признаны недействительными. При этом высшие суды действуют осторожно, стремясь избежать навязывания общему праву своего этоса. Наибольшие перемены внесло законодательство, прежде всего в сфере брачно-семейных отношений — для защиты конституционных прав женщин и детей[496].

---

[495] Ibid. P. 48.
[496] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 50.

В самом начале главы мы обращали внимание на один из признаков смешанных правовых систем — конфликтность и коллизионность их элементов. Так, нередко на решение социального конфликта претендуют сразу два (а в некоторых обстоятельствах больше) конфликтующих элемента из разных правовых традиций. В судебной практике ЮАР встречаются дела, когда Конституционный суд признавал тот или иной обычай неконституционным.

В качестве примера можно привести дело *Bhe and Others v Magistrate, Khayelitsha*[497], обстоятельства которого заключались в следующем: две несовершеннолетние внебрачные дочери не могли унаследовать имущество отца, поскольку действовало правило мужской первородственности (*male primogeniture*). Это правило представляло собой старинную норму африканского обычного права (и не только африканского, кстати, оно встречалось и в европейском феодальном праве), которая определяла порядок наследования. Суть его в том, что наследство, включая имущество, землю, дом или титул (например, вождя), переходит по мужской линии. Иными словами,

1) первоочередным наследником признавался старший сын умершего мужчины;

2) если сыновей не было, наследство переходило ближайшему мужскому родственнику (например, брату или племяннику);

3) женщины — жены, дочери, вдовы, а также внебрачные дети — полностью исключались из наследования или имели ограниченные права.

В этих правилах была определенная логика в традиционном обществе: считалось, что мужчины несут ответственность за род, за продолжение фамилии и за содержание женщин и детей. Правило мужской первородственности должно было обеспечивать «целостность» имущества и не допускать его дробления[498].

---

[497] Bhe and Others v Khayelitsha Magistrate and Others (CCT 49/03) [2004] ZACC 17; 2005 (1) SA 580 (CC); 2005 (1) BCLR 1 (CC) (15 October 2004) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/17.html (дата обращения: 05.02.2026).

[498] Bennett T.W. Human Rights and African Customary Law / T.W. Bennett. — 2nd ed. — Cape Town : Juta, 1998.

Конституционный суд установил, что подобный порядок наследования не может считаться конституционным, поскольку нарушает принципы равенства (ст. 9), а также умаляет достоинство человека (ст. 10 Конституции), так как несправедливо дискриминирует женщин и детей вне брака.

В качестве еще одного примера можно привести дело *Alexkor Ltd v Richtersveld Community*[499], которое стало одним из важнейших прецедентов в развитии южноафриканского конституционного права и в признании силы обычного права как полноценного источника. Обстоятельства дела состояли в следующем: сообщество Рихтерсвельд веками жило на своей земле, владело ей и пользовалось ее богатствами по нормам обычного права. После аннексии территории британской короной и особенно после открытия алмазов в 1920-х годах государство объявило землю «незанятой» и передало ее компании Alexkor. Так община лишилась прав на свою территорию и минеральные ресурсы.

Конституционный суд, рассматривая спор, поставил ключевой вопрос: сохранились ли customary-law права общины после аннексии и могут ли они быть признаны равными правам собственности в рамках современного южноафриканского права. Суд установил, что права сообщества на землю и минералы не прекращались. Напротив, они продолжают существовать как коллективное право собственности, закрепленное в их правопорядке. Более того, действия государства по изъятию земли и ресурсов у общины были квалифицированы как дискриминационные и противоречащие конституционным принципам.

Значение этого дела выходит далеко за пределы судьбы одного сообщества. Суд признал, что обычное право — живая система, способная создавать полноценные вещные права. Это стало подтверждением равноправия правовых традиций в Южной Африке: общеправовые конструкции и коренные практики должны сочетаться и уважать друг друга.

---

[499] Alexkor Ltd and Another v Richtersveld Community and Others (CCT19/03) [2003] ZACC 18; 2004 (5) SA 460 (CC); 2003 (12) BCLR 1301 (CC) (14 October 2003) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2003/18.html (дата обращения: 05.02.2026).

Дело Richtersveld Community стало символом восстановления справедливости, а также укрепило доктрину реституции земельных прав, включая компенсацию за незаконную эксплуатацию природных ресурсов. В более широком контексте это решение стало фундаментом для развития идеи «прав коренных сообществ» и сблизило южноафриканскую юриспруденцию с мировой доктриной aboriginal title. Оно показало, что Конституция ЮАР может стать инструментом не только защиты индивидуальных прав, но и восстановления исторической справедливости целых народов.

Живое обычное право, отметил Конституционный Суд, не всегда легко установить, и иногда бывает невозможно четко определить новую позицию[500]. Однако, когда возникает спор о праве сообщества, стороны должны стремиться представить доказательства существующей практики этого сообщества в суды, а суды обязаны рассматривать закон в контексте сообщества и признавать изменения, если они произошли[501].

Все эти дела иллюстрируют, как обычное право пересматривается и развивается в духе Конституции: отказы от дискриминирующих практик, признание культурной изменчивости, установление равенства — все это происходит не через жесткую отмену традиций, а через тонкую, принципиальную адаптацию правовой системы.

Кроме того, правовая система ЮАР пронизана так называемым принципом *Ubuntu*, который представляется одним из ключевых понятий африканской философии и права. Это слово, широко распространенное в языках банту, выражает идею взаимной связанности людей: «*я есть, потому что мы есть*». В юридическом контексте Южной Африки Ubuntu символизирует отказ от крайних индивидуалистических подходов и признание приоритета общинных ценностей — уважения, солидарности, заботы, честности и сострадания[502].

---

[500] Малиновский А. А. Источники права Южно-Африканской Республики // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2025. № 2. С. 28–38.
[501] Там же.
[502] Maimela C. The Role and Importance of African Customary Law in the 21st Century South Africa [Электронный ресурс] / C. Maimela // SSRN Electronic Journal. — 2019. — DOI: 10.2139/ssrn.3409065. — URL: https://ssrn.com/abstract=3409065 (дата обращения: 22.08.2025).

Ubuntu прочно встроен в африканское обычное право и регулирует жизнь традиционных сообществ. Он проявляется в таких практиках, как разделение ресурсов внутри семьи или рода, коллективное разрешение споров и акцент на восстановлении мира, а не на карательных санкциях. Как подчеркивает К. Мэймела, *Ubuntu* подобен «социальному клею», который обеспечивает согласие и устойчивость традиционных сообществ[503]. Даже дисциплинарные практики, такие как наказания за проступки, в традиционном праве направлены не на месть, а на восстановление гармонии.

Современное конституционное правосудие ЮАР активно использует Ubuntu в качестве принципа, помогающего примирить общее право (основанное на римско-голландской и английской традиции) и африканское обычное право. Так, в качестве примера можно привести дело *Everfresh Market Virginia v Shoprite Checkers (2011)*, в котором *Ubuntu* стал критерием добросовестности в договорных отношениях[504]. Так, суд, рассуждая о добросовестном поведении сторон, написал следующее: «Ценности, которые выражает должное понимание принципа *ubuntu,* имеют значение и при определении духа, цели и задач Конституции. До настоящего времени развитие нашей экономики и договорного права в основном формировалось колониальными правовыми традициями — английским правом, римским правом и римско-голландским правом. Общее договорное право регулирует ту среду, в которой происходят торговля и коммерция. Его развитие должно учитывать ценности подавляющего большинства людей, которые теперь получили возможность без препятствий участвовать в торговых и коммерческих отношениях. И вполне возможно, что для большинства людей в нашей стране ведение переговоров добросовестно имеет большее значение, чем это предполагалось бы исходя из колониальной традиции. Договорное право не может замыкаться только в рамках колониального наследия.

---

[503] Ibid.

[504] Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd (CCT 105/10) [2011] ZACC 30; 2012 (1) SA 256 (CC); 2012 (3) BCLR 219 (CC) (17 November 2011) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2011/30.html (дата обращения: 05.02.2026).

Можно возразить, что договор аренды между двумя хозяйственными обществами не затрагивает вопросов *ubuntu*. Но, по моему мнению, это слишком узкий подход. Очевидно, что соглашения о ведении переговоров заключаются не только между компаниями. Они часто заключаются между частными лицами и нередко — между бедными, уязвимыми людьми, с одной стороны, и мощными, хорошо обеспеченными компаниями — с другой. Мысль о том, что стороны могут взять на себя обязательство вести переговоры, а затем отказаться от него, лишь потому что это удобно по тем или иным коммерческим соображениям, безусловно затрагивает принцип *ubuntu*»[505].

Таким образом, даже в частном праве *Ubuntu* влияет на толкование договоров и обязанности сторон действовать добросовестно.

Подобное обращение к обычному праву, как было отмечено ранее, свидетельствует о процессах индигенизации права, понимаемых как институционализация и нормативное признание правовых традиций коренных сообществ в рамках современного правопорядка. В данном случае речь идет не просто о вспомогательном использовании обычая, а о его включении в систему источников права и придании ему юридически значимого статуса, что отражает стремление правовой системы опереться на собственные культурно-исторические основания и обеспечить учет социокультурной специфики регулируемых отношений[506].

Вместе с тем южноафриканский опыт демонстрирует амбивалентность индигенизации. С одной стороны, она способствует формированию правового плюрализма и позволяет учитывать культурное и этническое разнообразие общества. С другой — сохраняется напряжение между обычным правом и универсалистскими стандартами, прежде всего в сфере прав человека. Так, судебная практика показывает, что нормы обычного права могут вступать в

---

[505] Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd (CCT 105/10) [2011] ZACC 30; 2012 (1) SA 256 (CC); 2012 (3) BCLR 219 (CC) (17 November 2011) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2011/30.html (дата обращения: 05.02.2026).

[506] Кузьмин А. Г., Шумакова Н. И. Индигенизация права: южноафриканский опыт создания правового плюрализма // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». 2023. Т. 23. № 4. С. 89–93.

противоречие с принципами равенства и недискриминации (например, в вопросах имущественных прав женщин в традиционных браках), что требует их корректировки через конституционные механизмы.

Также требуется рассмотреть концепцию негритюда, оказавшую значительное влияние на формирование представлений об африканской идентичности, культурном наследии и коллективных основаниях общественной жизни[507]. Возникнув как реакция на колониальную политику ассимиляции, негритюд был направлен на утверждение ценности африканских культур и восстановление их места в мировом историческом и интеллектуальном развитии. В рамках данного подхода африканская культура рассматривается как самостоятельный источник философских, нравственных и социальных идей, обладающий собственной универсальной значимостью.

Содержательно негритюд основывается на представлении о человеке как существе, чья идентичность раскрывается через принадлежность к сообществу. Для африканского мировоззрения характерно понимание общества как органического единства, в котором личность не противопоставляется коллективу, а существует во взаимосвязи с ним. Отсюда особое внимание к идеям солидарности, взаимной поддержки, коллективной ответственности и преемственности поколений. Социальный порядок мыслится не как результат конкуренции автономных индивидов, а как система взаимных обязательств, обеспечивающих сохранение гармонии внутри сообщества[508].

В этом отношении негритюд тесно связан с африканской гуманистической традицией, в центре которой находится идея взаимозависимости людей и приоритета общественного блага. Подчеркивая значение коллективной жизни, общих ценностей и социальной сплочённости, негритюд выражает представление о том, что человеческое достоинство реализуется не изолированно, а через отношения с другими членами сообщества. Поэтому защита культурной

---

[507] Udom M. S. An Exposition of Senghor’s Negritude as an Aspect of Ubuntu Philosophy // Madonna University Thought and Action Journal of Philosophy. 2025. Vol. 3, No. 1. P. 18–31.
[508] Ibidem.

самобытности здесь сочетается с более широким идеалом гуманизма, основанного на признании единства людей, взаимной ответственности и необходимости поддержания общественной гармонии.

Особое место среди источников права занимают международное право, а также нормы права зарубежных стран. Суды в ЮАР издавна широко используют иностранное право как убедительный источник аргументации[509]. Причины здесь исторические и институциональные: колониальное происхождение системы приучило южноафриканских юристов «смотреть вовне»; малая численность дел не позволяла сформировать достаточный массив собственной практики; кроме того, долгое время в стране ощущался дефицит доктринальной литературы и развитого юридического образования[510]. Надо учитывать и то, что римско-голландское право, как часть общеевропейского *ius commune*, всегда включало широкий спектр влияний, а система общего права по самой своей природе более «проницаема» для внешних источников, чем кодифицированное право.

Важную роль сыграло и зарубежное юридическое образование — сначала в Англии, Нидерландах и Германии, а позднее в США, Канаде и Шотландии[511]. Оно не только знакомило будущих юристов и судей с содержанием и стилем иностранных систем, но и снабжало их набором понятий и идей, которые затем использовали ученые при изложении и оценке южноафриканского права.

Влияние английского права очевидно и объяснимо колониальной историей страны; нередко цитируются источники общеевропейского *ius commune*. Кроме того, активно привлекаются материалы из других стран общего права (особенно Канады и США, реже — Индии, Австралии, Новой Зеландии и малых юрисдикций), а также современные системы континентального права, прежде всего Германии и Нидерландов[512]. Влияние распределяется неравномерно: в сфере коммерческого права большее значение имеют примеры из общего права, тогда как

---

[509] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 51.
[510] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 51.
[511] Ibid. P. 52.
[512] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 52.

в классических областях частного права заметнее немецкие и голландские традиции.

Новая конституционная эпоха только усилила эту практику и сделала международное публичное право важной частью аргументации. На то есть две причины. Во-первых, Конституция прямо разрешает обращаться к иностранным правовым системам и обязывает учитывать международное право при толковании Билля о правах. Во-вторых, сам текст Билля о правах несет на себе отпечаток многих зарубежных правопорядков и международных актов, которые тщательно изучались при его разработке. В связи с этим юрисдикции, оказавшие наибольшее влияние на текст Билля о правах (Канада, Германия, международные пакты ООН о правах человека) фигурируют практически в каждом решении Конституционного суда и в соответствующей доктрине.

С 1994 по 2011 год Конституционный суд вынес 437 решений. Из них почти в половине (223 дел) упомянул более 3 000 иностранных решений[513]. Особенно интересно, что такие цитаты чаще всего появлялись в делах о религии. За 16 лет — более 109 ссылок в всего пяти религиозных кейсах. Это говорит не только об академическом интересе, но и о судебной открытости к глобальным аналогам, когда речь идет о самых щепетильных вопросах[514].

На основе проведенного К. Раутенбах исследования можно составить таблицу, в которой наглядно проиллюстрировать влияние зарубежных правовых систем на южноафриканский Конституционный суд (1995–2010).

---

[513] Rautenbach C. South Africa: Teaching an “Old Dog” New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995–2010) / C. Rautenbach // The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges / ed. T. Groppi, M.-C. Ponthoreau. — Oxford : Hart Publishing, 2013. — P. 199–223.

[514] Ibid.

Таблица 4 — Влияние зарубежных правовых систем на конституционный суд ЮАР.

Страна / система	Количество ссылок (примерно)	Где чаще всего упоминалось
Канада	более 500	Билль о правах: равенство, свобода слова, свобода вероисповедания
Германия	около 300	Пропорциональность, права личности, достоинство
США	более 200	Дела о свободе слова, уголовное право, процессуальные гарантии
Индия	около 100	Позитивные обязанности государства, социальные права
Европейская система прав человека (ЕСПЧ)	150–200	Право на справедливый суд, свобода выражения
Нидерланды	около 50	Историческая связь (римско-голландское наследие)
Австралия, Новая Зеландия	реже, <50	Вопросы федерализма, процедурные права
Международные договоры (ООН, Африканская хартия)	стабильно присутствуют	Толкование Билля о правах (ст. 39 Конституции)

Источник: составлено автором.

Из этой таблицы отчетливо видно, что Канада — абсолютный лидер. Канадская хартия прав и свобод служит главным ориентиром для Конституционного суда: почти все крупные дела по равенству и недискриминации содержат канадские цитаты. Германия — главный источник для теста пропорциональности (Verhältnismäßigkeit), который активно встроился в южноафриканскую конституционную систему. Практика США, как правило, цитируется выборочно, чаще по делам о свободе выражения и due process. Любопытны также ссылки на опыт Индии в делах о социальных и экономических правах (например, право на жилье, здоровье). ЕСПЧ — источник по процедурным гарантиям и праву на справедливый суд. Фактически Конституционный суд ЮАР стал лабораторией компаративистики: канадские аргументы + немецкая методология + американские идеи due process + индийские социальные права = уникальная южноафриканская конституционная юриспруденция.

При этом сам Конституционный суд подчеркивает: нельзя забывать о различиях в социально-экономическом и правовом контексте, в котором действуют

иностранные и южноафриканские суды[515]. Слепое заимствование недопустимо, необходима критическая адаптация.

Наконец, в качестве последнего «убеждающего» источника южноафриканского права можно рассмотреть доктрину. Современные научные труды по праву регулярно цитируются и обсуждаются в решениях высших судов Южной Африки, особенно Верховного апелляционного суда и Конституционного суда. Когда это возможно и уместно, суды обращаются к академическим исследованиям при решении спорных вопросов, а также принимают во внимание и обсуждают научную критику своих собственных решений или состояния права в целом. В этом отношении южноафриканская практика ближе к континентальной традиции, чем к англо-американской, хотя различие между ними сегодня уже не столь резкое.

Такое внимание к научной литературе неслучайно: южноафриканское право изначально формировалось на основе трудов старых авторитетов римско-голландской традиции[516]. Тем не менее причина кроется и в другом — в относительной молодости системы и малом объеме местных прецедентов. Судебная практика часто оставляла пробелы, которые нельзя было просто восполнить ссылкой на римско-голландские источники (завершившие свое развитие еще в начале XIX века) или на английское право (которое не всегда органично сочеталось с уже действующим правом в Южной Африке).

В результате возникла практическая потребность в правовой литературе, которая бы связала исторические основы системы с ее современными вызовами, переосмыслила правила и принципы с учетом новых идей и актуальных проблем. Иными словами, правоприменение в Южной Африке нуждалось в теории права, которая служила бы посредником между прошлым и настоящим[517]. Эта потребность сохраняется и сегодня.

---

[515] Sanderson v Attorney-General, Eastern Cape (CCT10/97) [1997] ZACC 18; 1997 (12) BCLR 1675; 1998 (2) SA 38 (2 December 1997) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/18.html (дата обращения: 05.02.2026).
[516] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 53–54.
[517] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 54.

В качестве примера можно привести дело *Mahlangu v Minister of Labour (2020)*, которое касалось исключения домашних работников из защиты по закону о компенсации рабочих травм (Compensation for Occupational Injuries and Diseases Act, COIDA)[518]. Эта норма десятилетиями оставляла целую категорию работников — преимущественно женщин, бедных и уязвимых — вне системы социальной защиты, которая охватывала почти все иные профессии.

Конституционный суд в 2020 году признал такое исключение противоречащим Конституции, прежде всего статьям о равенстве и достоинстве. Суд подчеркнул, что домашние работники не являются «второсортными» участниками экономики: они вносят существенный вклад в поддержание семей, рынка труда и общества в целом. Исключение их из сферы защиты не имеет разумного оправдания и воспроизводит историческую дискриминацию, как гендерную, так и социально-экономическую.

Особое значение этого дела в том, что суд вышел за рамки формального анализа и обратился к международным и академическим источникам. В решении цитировалась работа профессора Вирджинии Мантовалу (UCL), посвященная правам домашних работников и уязвимости их положения в правовых системах.

Таким образом, современная система источников права ЮАР — это гибрид, где сочетаются конституционное верховенство, историческое наследие, прецеденты, обычное право и научная мысль.

3.2. Публичное и частное право в ЮАР

Публичное право в Южной Африке, как было видно из главы 2, формировалось под влиянием колониальной истории и борьбы за демократизацию. Первоначально доминировали английские конституционные принципы, принесенные в Капскую колонию, и римско-голландское частное право, которое

[518] Mahlangu and Another v Minister of Labour and Others (CCT306/19) [2020] ZACC 24; 2021 (1) BCLR 1 (CC); [2021] 2 BLLR 123 (CC); (2021) 42 ILJ 269 (CC); 2021 (2) SA 54 (CC) (19 November 2020) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2020/24.html (дата обращения: 05.02.2026).

почти не касалось вопросов государственного устройства. Бурские республики — Трансвааль и Оранжевое Свободное Государство — при разработке своих конституций сознательно отошли от вестминстерской модели. Они ориентировались на опыт США, Франции и Нидерландов, введя элементы разделения властей и даже, в случае Оранжевого Свободного Государства, Билль о правах[519]. Эти институты просуществовали недолго, но уже тогда в южноафриканском праве наметился поворот к идее конституционного верховенства.

С созданием Союза Южной Африки в 1910 г. усилилась рецепция английского публичного права. Доктрина парламентского суверенитета и судебные институты по британскому образцу закрепили власть белого меньшинства и заложили основы политики расовой сегрегации. Именно публичное право стало инструментом апартеида: законы об ограничении передвижения, лишении избирательных прав, сегрегации в образовании и труде обеспечивались через систему административного и уголовного права. В этих условиях идея верховенства парламента фактически подрывала защиту прав большинства.

Перелом наступил с принятием временной Конституции 1993 г. и окончательной Конституцией 1996 г., которая провозгласила принцип верховенства права, Билль о правах, а также в соответствии с которой был учрежден Конституционный суд.

Сегодня публичное право ЮАР основано на конституционной модели, где разделение властей сочетается с приоритетом человеческого достоинства, равенства и демократии.

Тем не менее в современной южноафриканской доктрине все более отчетливо артикулируется тезис о том, что действующая конституционная модель воспринимается рядом авторов как прямое наследие колониального прошлого[520]. Речь идет о так называемом движении «конституционных аболиционистов», суть

---

[519] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 56.

[520] Рудоквас А.Д. Сосуществование и гармонизация различных правовых традиций Южной Африки / А.Д. Рудоквас, Ф.Дж. Томас // Правоведение. — 2023. — Т. 67, № 2. — С. 129.

которого состоит в радикальном отрицании самого нормативного и философского основания постапартеидного конституционного проекта.

Во вводной статье к специальному выпуску *South African Journal on Human Rights* Джоэл Модири задает концептуальную рамку для переосмысления южноафриканского конституционализма через призму колониального завоевания, поселенческого колониализма и расового господства[521]. Отправной точкой анализа становится тезис о том, что в южноафриканском контексте прошлое не может рассматриваться как завершенное или преодоленное: напротив, оно продолжает структурировать социальные, политические и правовые отношения постапартеидного периода и настойчиво предъявляет требования справедливости. Именно поэтому, по мысли автора, дихотомия между «колониально-апартеидным прошлым» и «конституционным настоящим» сама нуждается в критической деконструкции.

В отличие от распространенных в доктрине объяснений ограниченности конституционной трансформации, таких как отсутствие политической воли, коррупция, давление глобального капитала или особенности судебной интерпретации, автор предлагает сместить фокус анализа. Центральным методологическим ходом специального выпуска становится «центрирование» проблемы европейского господства и завоевания Африки как ключевого объяснительного контекста для понимания современного южноафриканского правопорядка. Конституционализм и идеал верховенства права предлагается рассматривать не как нейтральные универсальные конструкции, а как феномены, исторически укорененные в евроцентричных формах знания, власти и правовой рациональности, а также в сопротивлении этим формам.

В отличие от умеренных критических подходов, ориентированных на «углубление» или «радикализацию» конституционной трансформации, представители конституционного аболиционизма ставят под сомнение саму нормативную и философскую легитимность Конституции 1996 г. как основы

[521] Modiri J.M. Introduction to special issue: conquest, constitutionalism and democratic contestations / J. Modiri // South African Journal on Human Rights. — 2018. — Vol. 34, no. 3. — P. 295–299.

южноафриканского правопорядка. Конституционализм в их интерпретации рассматривается не как нейтральный инструмент демократического переустройства, а как форма продолжения колониального господства в трансформированном, либерально-правовом обличье[522].

Концептуальным ядром аболиционистской позиции является тезис о непрерывности (*continuity*) между колониальным завоеванием, апартеидом и постконституционным порядком 1994 года. Конституция описывается как продукт компромиссного перехода, который обеспечил формальное политическое равенство, но одновременно сохранил колониально сконструированные онтологические и эпистемологические основания южноафриканского общества — прежде всего в сфере собственности, экономики и производства знания[523]. С этой точки зрения, либеральные категории прав человека, верховенства права и конституционного контроля не устраняют структурное неравенство, а напротив деполитизируют его, переводя историческую несправедливость в плоскость технического правоприменения.

Наиболее радикальное философское выражение конституционный аболиционизм получает в работах Могобе Рамозе и Ндумисо Дладлы. Рамозе, опираясь на африканскую философию и доктрину справедливой войны, утверждает, что колониальное завоевание Южной Африки было изначально неправомерным, а потому его правовые последствия, включая конституционный порядок, не могут считаться морально обязательными. Конституция, по его мнению, не устраняет исходную несправедливость завоевания и не может служить основанием подлинного примирения без признания долга репарации и восстановления[524]. Дладла развивает эту линию в онтологическом и эпистемологическом ключе, показывая, что конституционный дискурс

---

[522] Modiri J.M. Conquest and constitutionalism: first thoughts on an alternative jurisprudence / J.M. Modiri // South African Journal on Human Rights. — 2018. — Vol. 34, no. 3. — P. 300–325.
[523] Ibid.
[524] Ramose M.B. Towards a post-conquest South Africa: beyond the constitution of 1996 / M.B. Ramose // South African Journal on Human Rights. — 2018. — Vol. 34, no. 3. — P. 326–341.

воспроизводит западные формы рациональности и исключает африканские способы понимания политического сообщества, истории и права[525].

Схожие выводы, хотя и с опорой на иные дисциплинарные основания, формулируются в антропологическом анализе Анжули Вебстер. Автор демонстрирует, как конституционное «настоящее» структурирует допустимые нарративы о прошлом, маргинализируя альтернативные исторические памяти и формы коллективного самоописания. В результате Конституция предстает не столько как пространство плюралистического диалога, сколько как механизм эпистемического управления, определяющий, какие формы знания и опыта могут быть признаны юридически значимыми[526].

Объединяющим элементом для всех аболиционистских текстов выпуска является отказ от идеи реформируемости конституционного проекта. В отличие от авторов, защищающих трансформирующий потенциал Конституции[527], аболиционисты исходят из того, что сама конституционная форма с ее универсализмом, правовым индивидуализмом и привязкой к западной традиции препятствует подлинной деколонизации права[528]. В связи с этим они предлагают не «радикальное прочтение» Конституции, а разработку альтернативной юриспруденции, ориентированной на опыт, знания и формы социальности, вытесненные колониальным и либеральным правопорядком. В этом смысле конституционный аболиционизм следует понимать как антисистемный и антитрансплантационный проект, направленный против самой идеи смешанной юрисдикции и правовой рецепции как таковой[529].

---

[525] Dladla N. The liberation of history and the end of South Africa: some notes towards an Azanian historiography in philosophy / N. Dladla // South African Journal on Human Rights. — 2018. — Vol. 34, no. 3. — P. 342–366.

[526] Webster A. The constitutional present as a colonial artefact / A. Webster // South African Journal on Human Rights. — 2018. — Vol. 34, no. 3. — P. 367–392.

[527] См., например: Davis D.M. Is the South African Constitution an obstacle to a democratic post-colonial state? / D.M. Davis // South African Journal on Human Rights. — 2018. — Vol. 34, no. 3. — P. 359–374.

[528] Емельяненко Е. Г. Панафриканизм и афроцентризм — актуальные тренды XXI века: потенциал симбиоза // Мировая политика. 2024. № 2.

[529] Madlingozi T. South Africa’s first black lawyers, amaRespectables and the birth of evolutionary constitutionalism (book review) / T. Madlingozi // South African Journal on Human Rights. — 2018. — Vol. 34, no. 3. — P. 517–529.

Административное право и административный процесс.

Административное право занимает центральное место в южноафриканской системе, так как именно оно призвано обеспечивать баланс между государством и личностью. Исторически южноафриканская модель испытывала сильное влияние английской традиции[530].

В переходный период 90-х гг. пришло отчетливое осознание того, что произвол исполнительной власти времен апартеида подрывал доверие к праву и фактически лишал большинство населения защиты[531]. В ответ в Конституцию 1996 года была включена статья 33 «Право на справедливое административное действие», в соответствии с которой «(1) Каждый имеет право на административное действие, которое является законным, разумным и справедливым по процедуре.

(2) Каждый, чьи права были ущемлены административным действием, имеет право получить письменное обоснование.

(3) Должен быть принят национальный закон для реализации этих прав, который должен:

(a) предусматривать возможность обжалования административного действия в суде или, где это уместно, в независимом и беспристрастном трибунале;

(b) возлагать на государство обязанность обеспечивать осуществление прав, закрепленных в подпунктах (1) и (2);

(c) способствовать эффективной деятельности администрации»[532].

В развитие этой нормы был принят Закон о справедливом административном процессе (*Promotion of Administrative Justice Act* — далее *PAJA*) 2000 г.[533] Его значение трудно переоценить: это первый комплексный акт, который регламентирует, как органы власти должны действовать и какие процедуры

---

[530] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 215.
[531] Ibid.
[532]Constitution of the Republic of South Africa. Act 108 of 1996. — Pretoria: Government Printer, 1996 [Электронный ресурс]. — URL: https://www.gov.za/sites/default/files/images/a108-96.pdf (дата обращения: 05.02.2026).
[533] Republic of South Africa. Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000 // Government Gazette. — Vol. 416, No. 20853. — Pretoria : Government Printer, 2000.

обеспечивают справедливость. PAJA требует, чтобы административные решения основывались на законных полномочиях, принимались разумно и с учетом всех релевантных факторов, а также чтобы затронутым лицам предоставлялось право быть заслушанными.

Как отчетливо видно из изложенного выше, и Конституция, и PAJA опираются на ключевой термин *administrative action*: возможность обжалования по PAJA доступна лишь тогда, когда спорная мера действительно является административным действием. Закон дает технико-юридическое определение и разграничивает административную, законодательную и судебную деятельность, а также указывает, что к «административному действию» способны прибегать не только классические органы публичной власти: даже частные структуры могут совершать административные действия, если исполняют «публичную» функцию на основании делегированных полномочий[534].

В конце 1980-х суды взяли из английского права две идеи: общую обязанность действовать справедливо (*flexible duty to act fairly*) и доктрину легитимных ожиданий. В PAJA обе идеи нашли позитивное закрепление. Это означает, что защите от государственного произвола подлежат не только права, но и законные интересы потерпевших[535].

PAJA устанавливает ряд процедурных гарантий.

В частности, в разделе 3 рассматривается процедура обжалования действий органов власти, затрагивающих конкретное лицо: надлежащее уведомление, реальная возможность представить доводы, ясное изложение решения, уведомление о праве на пересмотр/апелляцию и о праве потребовать мотивы.

Раздел 4 охватывает ситуации, когда действия органов власти затрагивают неопределенный круг лиц (rule-making и иные акты с большим количеством адресатов): инициирующий определенное решение орган государственной власти должен выбрать процедуру публичного обсуждения (публичные слушания,

[534] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 121.
[535] Van der Merwe C.G. et al. Op. cit. P. 121.

уведомление и комментарии, иное справедливое решение), при этом если он ее выбрал, то должен строго соблюдать предусмотренную процедуру.

Также заслуживает внимания раздел 5, в котором устанавливается обязанность давать письменные причины по запросу заинтересованных сторон. Представляется, что это одна из наиболее заметных инноваций современного права. Как было показано в главе 2, получить обоснованные мотивы тех или иных действий от органов власти в период апартеида было практически невозможно.

Наконец, закон в некоторых случаях допускает отступления, если они разумны и оправданы по характеру, цели, вероятному эффекту и срочности предпринимаемых действий; возможны и исключения/вариации по решению министра юстиции с одобрения парламента (хотя на практике применяются редко)[536].

Административный акт может быть отменен по широкому перечню оснований. Так, Раздел 6 PAJA среди прочего указывает на некомпетентность, незаконность, неучтение релевантных факторов, ir-rele-van-cy/irrationality, предвзятость, процедурную несправедливость и др.

Конституционный порядок требует, чтобы суды при развитии общего и обычного права продвигали «дух, цель и задачи» Билля о правах (раздел 39(2)). Это ведет к сближению западных доктрин процессуальной справедливости с африканскими ценностями, в том числе с упоминавшимся ранее *ubuntu* (солидарность, достоинство, уважение), и к коррекции «официального» (кодифицированного) обычного права по мере его расхождения с живыми практиками. Административное право неизбежно улавливает этот сдвиг: «справедливость процедур» понимается не механистично, а в контексте достоинства, участия и подотчетности[537].

---

[536] Republic of South Africa. Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000 [Электронный ресурс] // Government Gazette. — Vol. 416, No. 20853. — Pretoria : Government Printer, 2000. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/acts/2000-003.pdf (дата обращения: 22.08.2025).

[537] Van der Merwe C.G. The Republic of South Africa / C.G. Merwe et al. // Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family / V.V. Palmer (Ed.). — Cambridge : Cambridge University Press. — P. 201.

Судебная практика Конституционного суда наполнила нормы PAJA конкретным содержанием. В деле *President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Union (2000 (1) SA 1 (CC))* Суд подчеркнул, что административные действия должны быть открытыми для судебного контроля и что принципы законности и рациональности являются основой любой деятельности органов власти[538]. В деле *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: In re Ex parte President of the Republic of South Africa (2000 (2) SA 674 (CC))* было закреплено, что принцип законности требует, чтобы любое государственное решение было рационально связано с его целью[539].

Таким образом, особенность административного права ЮАР состоит, во-первых, в том, что его фундаментальное значение подчеркнуто в Конституции ЮАР 1996 г., во-вторых, в ярко выраженном акценте на справедливом административном разбирательстве, что обусловлено тяжелым историческим путем, в-третьих, в функции административного права как фундаментального гаранта прав личности и в защите ее от государственного произвола. Это отличает административное право ЮАР от многих зарубежных аналогов, где ему отведена скромная роль.

Уголовное право и уголовный процесс.

Уголовное право Южной Африки формировалось под влиянием сразу нескольких правовых традиций. Оно опирается как на общее право (*common law*), унаследованное от английской колониальной системы и римско-голландского права, так и на современные законодательные акты, принятые после 1994 года. С одной стороны, многие элементы уголовного права (например, понятия вины, умысла и неосторожности) происходят из римско-голландской традиции. С другой, процедурные механизмы и классификация преступлений испытали сильное

---

[538] President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others (CCT16/98) [1999] ZACC 11; 2000 (1) SA 1; 1999 (10) BCLR 1059 (10 September 1999) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/11.html (дата обращения: 05.02.2026).

[539] Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa and Another: In re Ex Parte President of the Republic of South Africa and Others (CCT31/99) [2000] ZACC 1; 2000 (2) SA 674 (CC); 2000 (3) BCLR 241 (CC) (25 February 2000) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/1.html (дата обращения: 05.02.2026).

влияние английского общего права, особенно после кодификаций XIX века, таких как Transkeian Penal Code 1886 года[540].

Наиболее ощутимое влияние английского права проявилось в области уголовного процесса. В колониальный период была воспринята состязательная модель разбирательства в духе *common law* с активной ролью сторон и пассивной ролью суда. До конца 1960-х годов сохранялся суд присяжных, что в большей степени приближало южноафриканскую практику к английской традиции. В то же время отдельные особенности английского уголовного права, такие как различие между *felony* и *misdemeanour* или тонкие разграничения *assault* и *battery,* были отвергнуты, как слишком формалистические[541].

На уровне материального уголовного права английские категории также оказали влияние, но в адаптированной форме. Так, южноафриканское право отказалось от многочисленных классификаций английского права в сфере преступлений против собственности: в отличие от разделения на *larceny, obtaining by false pretenses u fraud*, была воспринята единая широкая категория *theft* (кражи), хотя при этом сохранилось собственное понятие *falsiteit* (мошенничество)[542].

В XX веке южноафриканское уголовное право также испытало влияние английской уголовно-правовой доктрины. Это касалось, прежде всего, общей части — трактовки *mens rea*, ошибок и принципа законности. При этом южноафриканские суды зачастую уделяли большее внимание внутреннему умыслу, чем английские, осуждая обвиняемого там, где в *common law* он мог бы избежать ответственности по формальной причине[543].

В качестве примера можно привести известное дело Regina v Maserow (1942 AD 164), в котором подсудимый был осужден за *receiving stolen property* (получение краденого), хотя имущество уже находилось в руках полиции и было передано обратно вору для проведения «операции с приманкой». Апелляционный

---

[540] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 447.
[541] Ibid.
[542] Douthwaite G. South Africa and the Law / G. Douthwaite // Hastings Law Journal. — 1960. — Vol. 11(4). — P. 416.
[543] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Op. cit. P. 476.

суд подтвердил приговор: решающим оказалось наличие *guilty intent* (прямого умысла). Английское право считало бы, что нет «*trespassory taking*» (незаконного завладения), и потому «получения краденого» формально не было бы. Южноафриканский суд ушел от этой английской технической оговорки, сосредоточившись на субъективной стороне — умысле[544].

В другом деле Regina v Coovadia (1957 (3) SA 611 (N)), потерпевший добровольно передал имущество обвиняемому вследствие обмана. Суд постановил: хотя формально это *theft*, ситуация ближе к *fraud*. При этом для поддержания обвинения требовалось, чтобы обвинительное заключение давало ясные детали, позволяющие обвиняемому понять, в чем именно его обвиняют[545]. Английское право различало бы *larceny by trick* и *obtaining by false pretenses*. Южноафриканский суд все классифицировал как «*theft*», но добавил, что такие случаи граничат с *falsiteit* (мошенничеством). Так, в рамках единого «*theft*» южноафриканское право сохраняет гибкость, заимствуя элементы английских понятий, но без их формального дробления.

В обоих делах видно, как английские категории (*larceny, receiving stolen property, false pretenses*) были «поглощены» южноафриканской системой. Суды отказывались от узких формальных категорий английского *common law* и подстраивали английские конструкции под римско-голландскую схему, где решающим оставались умысел и социальная опасность, а не технические элементы обладания вещью.

После принятия Конституции 1996 года принцип законности (nullum crimen sine lege) стал краеугольным камнем системы. Его содержание охватывает гарантии права на справедливый процесс. Это ограничивает судебное усмотрение и исключает возможность создания новых преступлений судами, что особенно важно для обеспечения правовой определенности.

---

[544] Regina v. Maserow [1942] So. Afr. L.R. 164 (A.D.). Цит. по: Douthwaite G. South Africa and the Law / G. Douthwaite // Hastings Law Journal. — 1960. — Vol. 11(4). — P. 416.

[545] Douthwaite G. South Africa and the Law / G. Douthwaite // Hastings Law Journal. — 1960. — Vol. 11(4). — P. 416.

Развитие уголовного права в период апартеида показало его уязвимость перед политическим вмешательством: именно через репрессивное уголовное законодательство поддерживалась система расовой сегрегации. Принятие Конституции демократической ЮАР в 1996 году радикально изменило вектор: уголовное право было поставлено в центр защиты прав человека, смертная казнь и телесные наказания были признаны[546].

Кроме того, судебная практика Конституционного суда придала уголовному праву ориентированный на защиту человека характер.

Ключевые источники уголовного права можно условно разделить на три группы:

1) Общее право (common law): такие преступления, как убийство, кража, мошенничество, изнасилование, основаны на римско-голландском праве и англосаксонских прецедентах. Суды до сих пор подчас апеллируют к прецедентам, наполняя их новым содержанием.

2) Статутное право (legislation): центральное место занимает *Criminal Procedure Act 51 of 1977*[547], регулирующий процессуальные вопросы. Важные современные акты включают:

– Prevention and Combating of Corrupt Activities Act 12 of 2004 (PRECCA) — главный антикоррупционный закон;

– Prevention of Organised Crime Act 121 of 1998 (POCA) направлен на борьбу с организованной преступностью, рэкетом и отмыванием денег[548];

---

[546] S v Williams and Others (CCT20/94) [1995] ZACC 6; 1995 (3) SA 632 ; 1995 (7) BCLR 861 (CC) (9 June 1995) [Электронный ресурс]. — URL: http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/6.html (дата обращения: 05.02.2026).

[547] Republic of South Africa. Criminal Procedure Act 51 of 1977 [Электронный ресурс] // Government Gazette. — Pretoria: Government Printer, 1977. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/acts/1977-051.pdf (дата обращения: 22.08.2025).

[548] Republic of South Africa. Prevention of Organised Crime Act 121 of 1998 (POCA) [Электронный ресурс] // Government Gazette. — Vol. 402, No. 19553. — Pretoria : Government Printer, 1998. — URL: https://www.gov.za/documents/prevention-organised-crime-act (дата обращения: 22.08.2025).

– Financial Intelligence Centre Act 38 of 2001 (FICA) вводит систему финансового мониторинга и отчетности[549];

– Tax Administration Act 28 of 2011 (TAA) регулирует налоговые преступления;

– Consumer Protection Act 68 of 2008 и Electronic Communications and Transactions Act 25 of 2002 — борьба с мошенничеством в потребительской сфере и киберпреступлениями[550].

3) Конституция ЮАР 1996 года закрепляет фундаментальные права обвиняемых, включая право на справедливый суд (ст. 35) и презумпцию невиновности. Конституционный суд неоднократно признавал неконституционными положения, нарушающие эти гарантии.

Так, интересным представляется дело *S v Coetzee 1997 (3) SA 527 (CC)*, в котором рассматривалась конституционность ст. 332(5) *Criminal Procedure Act 51 of 1977*, устанавливавшая автоматическую уголовную ответственность директоров и служащих компании за преступления, совершенные самой компанией[551]. Иными словами, если компания нарушала закон, все ее руководители и сотрудники считались виновными по умолчанию, пока они сами не докажут обратное. Закон возлагал обязанность доказывать невиновность на обвиняемых, что прямо противоречило презумпции невиновности, закрепленной в ст. 35 Конституции ЮАР 1996 года. При этом возникал главный конституционный вопрос: совместимо ли с Конституцией требование, при котором директор компании автоматически считается виновным, пока не докажет обратное.

---

[549] Republic of South Africa. Financial Intelligence Centre Act 38 of 2001 (FICA) [Электронный ресурс] // Government Gazette. Vol. 440, No. 22838. — Pretoria : Government Printer, 2001. — URL: https://www.gov.za/documents/financial-intelligence-centre-act (дата обращения: 22.08.2025).

[550] Republic of South Africa. Prevention and Combating of Corrupt Activities Act 12 of 2004 (PRECCA) [Электронный ресурс] // Government Gazette. Vol. 463, No. 26311. — Pretoria: Government Printer, 2004. — URL: https://www.gov.za/documents/prevention-and-combating-corrupt-activities-act (дата обращения: 22.08.2025).

[551] S v Coetzee and Others (CCT50/95) [1997] ZACC 2; 1997 (4) BCLR 437; 1997 (3) SA 527 (6 March 1997) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/2.html (дата обращения: 05.02.2026).

Конституционный суд единогласно признал ст. 332(5) неконституционной. Суд постановил, что она нарушает

А) Право на справедливый суд (right to a fair trial) — ст. 35 Конституции [1].

Б) Презумпцию невиновности — ст. 35(3)(h) Конституции.

Суд указал, что перенос бремени доказывания с государства на обвиняемого недопустим. Государство обязано доказать вину «вне разумных сомнений», а не требовать от обвиняемого доказывать свою невиновность.

Примечательна также цитата из акта Конституционного суда: «Фундаментальным принципом нашей уголовной юстиции является то, что обвинение должно доказать вину обвиняемого вне разумных сомнений. Норма, которая предполагает виновность, если только обвиняемый не докажет обратное, подрывает право на презумпцию невиновности и право на справедливый суд»[552].

Южная Африка занимает особое место среди государств, которые не просто ратифицировали Римский статут Международного уголовного суда (МУС), но и придали ему силу в национальном праве через специальный Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 27 of 2002 (далее — ICC Act)[553]. В результате уголовное право страны стало своего рода ареной встречи национальной конституционной традиции и международных стандартов прав человека.

ICC Act вводит в национальную систему уголовные составы международных преступлений — геноцид, преступления против человечности и военные преступления. В § 3 закона прямо указывается, что одной из целей акта является «to provide for the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes». Одновременно закон создает процессуальные механизмы сотрудничества с МУС и закрепляет обязанность национальных судов учитывать международное право. В §

---

[552] S v Coetzee and Others (CCT50/95) [1997] ZACC 2; 1997 (4) BCLR 437; 1997 (3) SA 527 (6 March 1997) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/2.html (дата обращения: 05.02.2026).

[553] [Электронный ресурс]. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/acts/2002-027.pdf (дата обращения: 05.02.2026).

2 записано: «A court <…> must also consider <…> (a) conventional international law; (b) customary international law; and (c) comparable foreign law».

Конституция 1996 г. подкрепляет это положение: ст. 39(1) и 233 требуют при толковании права учитывать международное право и интерпретировать законы, насколько возможно, в согласии с ним. Таким образом, ICC Act встроен в конституционную архитектуру, которая ориентирована на «открытость» к международным источникам.

Особое значение имеет § 4 ICC Act, закрепляющий универсальную юрисдикцию. Преступления, совершенные за пределами ЮАР, считаются совершенными внутри страны, если обвиняемый является гражданином, резидентом или физически присутствует на территории Республики (§ 4(3)(a)–(d)). Более того, § 4(2) и § 4(5) отказывают в иммунитете даже действующим главам государств: «the fact that a person is or was a head of State <…> is neither a defence <…> nor a ground for <…> reduction of sentence». Эта норма воспроизводит дух ст. 27 Римского статута и демонстрирует приверженность принципу равенства перед законом.

Практическая реализация ICC Act проявилась в ряде резонансных дел. В деле *National Commissioner of the SAPS v. Southern African Human Rights Litigation Centre (SALC) (2014)* Конституционный суд обязал полицию расследовать пытки, совершенные в Зимбабве, как преступления против человечности. Суд прямо заявил: «Полиция Южной Африки должна расследовать жалобу <…> а также имеет обязанность расследовать преступления против человечности в форме пыток»[554]. Суд также добавил, что физическое присутствие подозреваемого в ЮАР не является условием для начала расследования. Это решение подтвердило принцип универсальной юрисдикции в национальном праве.

---

[554] National Commissioner of The South African Police Service v Southern African Human Rights Litigation Centre and Another (CCT 02/14) [2014] ZACC 30; 2015 (1) SA 315 (CC); 2015 (1) SACR 255 (CC); 2014 (12) BCLR 1428 (CC) (30 October 2014) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=National+Commissioner+of+the+SAPS+v.+Southern+African+Human+Rights+Litigation+Centre+(SALC)+(2014)+&ie=UTF-8&oe=UTF-8 (дата обращения: 05.02.2026).

Не менее значимо дело *Minister of Justice v. Southern African Litigation Centre* (дело аль-Башира, 2016). Верховный апелляционный суд подчеркнул, что ICC Act «отказывает в предоставлении иммунитета действующим главам государств (см. §§ 4(2)(a) и 4(5))», и назвал отказ правительства исполнять ордер МУС «необоснованным и ошибочным»[555]. Такое решение демонстрирует приоритет международных обязательств над политическими соображениями.

Таким образом, публичное право Южной Африки — это пример эволюции от инструментализации права в целях угнетения к системе, где право служит демократизации и защите прав человека. Оно остается смешанным, впитавшим английские и римско-голландские традиции, но в центре его — Конституция 1996 г., которая превратила публичное право в основу новой правовой культуры.

Гражданское право и гражданский процесс.

Частное право ЮАР также испытало сильнейшее воздействие романо-голландского и английского права. При этом отдельные подотрасли вобрали в себя элементы разных правовых систем. Кроме того, особая роль в правовой системе ЮАР отведена римскому праву. Римское право применяется постольку, поскольку оно было воспринято в Голландии в качестве вспомогательного источника, поэтому *Corpus Juris Civilis* и сегодня может изучаться и прямо использоваться судами.

Так, вещное право («*law of things*») в ЮАР сохранило «цивилистический оттенок»: различия между вещными и обязательственными правами, между собственностью и владением, между движимым и недвижимым, система сервитутов — все это вполне знакомо для голландского юриста XVIII в. Английское влияние точечно (например, в доктрине *nuisance* и некоторых техниках передачи владения), но не меняет общего ориентира на романо-голландское право. При этом система ограниченных вещных прав выросла из рецепированного

[555] Minister of Justice and Constitutional Development and Others v Southern African Litigation Centre and Others (867/15) [2016] ZASCA 17; 2016 (4) BCLR 487 (SCA); [2016] 2 All SA 365 (SCA); 2016 (3) SA 317 (SCA) (15 March 2016) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2016/17.html (дата обращения: 05.02.2026).

римского права; это объясняет устойчивость классических фигур — узуфрукт, узус, сервитут — и «закрытый список» вещных прав (*numerus clausus*)[556].

В ЮАР применяется принцип разделения: обязательственный договор и «реальная» передача — разные юридические акты. Если *real agreement* недействителен (например, из-за обмана/ошибки), собственность не перейдет даже при формальном оформлении; если же *real agreement* действителен, то собственность перейдет независимо от дефектов «каузы» обязательственной сделки[557]. Для земельных участков «реальная передача» оформляется через регистрацию в реестре прав на землю. Регистрация служит доказательством титула (при «негативной» модели публичной достоверности) и одновременно реализует принцип публичности вещных прав. Для движимых вещей публичность обеспечивается не реестром, а передачей владения — фактической или конститутивной (символическая передача ключей; «указание» на объект — *traditio longa manu*; «короткая рука» — *brevi manu*; *constitutum possessorium* и пр.)[558].

Система регистрации в Южной Африке, посредством которой передается недвижимое имущество, восходит к статуту императора Карла V 1529 г. Закон о реестрах актов 1937 г. установил единообразную систему регистрации земель для всей Южной Африки[559].

Цель системы регистрации заключается в том, чтобы составить полный реестр всей земли с указанием титула и ограничений, чтобы избежать двойных продаж и опубликовать правовое положение для кредиторов и потенциальных залогодержателей. Новая конституционная диспозиция с провозглашенной

---

[556] Бадаева Н.В. Вещно-правовые институты в гражданском праве ЮАР / Н.В. Бадаева // Вестник российского университета кооперации. — 2017. — № 1. — С. 81–87.

[557] Legator McKenna INC and Another v Shea and Others (143/08) [2008] ZASCA 144; 2010 (1) SA 35 (SCA) ; [2009] 2 All SA 45 (SCA) (27 November 2008) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2008/144.html?utm_source=chatgpt.com (дата обращения: 05.02.2026).

[558] Van der Merwe C.G. Law of Property / C.G. Van der Merwe // Introduction to the Law of South Africa ; ed. C.G. Van der Merwe, J.E. Du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004. — P. 215–216.

[559] Van der Merwe C.G. Law of Property / C.G. Van der Merwe // Introduction to the Law of South Africa ; ed. C.G. Van der Merwe, J.E. Du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004. — P. 216.

политикой отхода от системы неустойчивых прав владения, основанных на разрешениях и официальных лицензиях, к системе регистрации права собственности и иных вещных прав усилила роль регистрации[560].

Девять южноафриканских регистрационных офисов ведут реестры тщательно размежеванных сельскохозяйственных и городских участков в пределах своей юрисдикции. Государственная земля передается посредством акта пожалования, а любое последующее отчуждение осуществляется актом передачи, подготовленным конвейансером (юристом по оформлению сделок с недвижимостью), практикующим в пределах регистрационного округа. Отчуждатель (точнее, его должным образом уполномоченный конвейансер) подписывает акт передачи в присутствии регистратора, который осуществляет регистрацию, проставляя свою подпись на акте. В последнее время регистрация актов была существенно модернизирована за счет компьютеризации[561].

Следуя римско-голландскому прецеденту, Южная Африка приняла негативную систему регистрации[562]. Государство не гарантирует правильность земельных записей, а государственные должностные лица не несут ответственности за некорректную регистрацию. Эта система благоприятствует истинному собственнику, а не добросовестному владельцу. Вещные права на землю, приобретенные в силу приобретательной давности, экспроприации или закона, а также в результате брака в режиме совместной собственности, не отражаются в земельных записях. Следовательно, истинный собственник может «победить» добросовестного приобретателя, купившего имущество у зарегистрированного «собственника». Более того, некоторые способы прекращения вещных прав, например, отказ от права, слияние (confusio) и прекращение основного долга, обеспеченного закладной, не сразу отражаются в земельных записях. Иногда происходят ошибки, например, когда отчуждатель не

---

[560] Ibid. P. 217.
[561] Van der Merwe C.G. Law of Property / C.G. Van der Merwe // Introduction to the Law of South Africa ; ed. C.G. Van der Merwe, J.E. Du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004. — P. 217.
[562] Ibid.

обладает правоспособностью для передачи имущества, когда подпись отчуждателя подделана или когда отчуждателя обманным путем заставили подписать акт передачи, полагая, что это был документ иного рода.

Несмотря на эти недостатки, южноафриканские земельные записи создают «безопасность титула» по следующим причинам:

– никто не может утверждать, что приобрел право собственности или вещное право на землю, если оно не зарегистрировано на его имя;

– лица, которые приобрели собственность по давности владения или в результате экспроприации, либо чья земля освободилась от ограниченных вещных прав в результате отказа или слияния, обычно как можно скорее подают заявление о внесении исправлений в реестр актов;

– хотя регистратор и его служащие стали лишь регистрационными чиновниками, они остаются очень внимательными и стараются избегать неправильной регистрации;

– землевладелец, долгое время не исправлявший ошибочную запись, может в соответствующих случаях быть лишен возможности ссылаться на свое право (применение эстоппеля).

Классическая виндикация остается главным средством защиты собственника: он истребует индивидуально-определенную вещь у фактического владельца, доказывая титул; в то же самое время ответчик не лишен прав на возражения (приобретательная давность, приоритетный титул третьего лица и т. п.), которые ограничивают притязание, но английский деликт *trespass* не подменяет римско-правовую виндикацию[563].

В отличие от английского права, где защиту обеспечивает деликт *trespass to land*, южноафриканское право опирается прежде всего на виндикацию для защиты собственности. Виндикационный иск доступен не только против владельца, но и

[563] Van der Merwe C.G. Law of Property / C.G. Van der Merwe // Introduction to the Law of South Africa ; ed. C.G. Van der Merwe, J.E. Du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004. — P. 227.

против любого лица, удерживающего вещь без согласия собственника. Его сфера применения, таким образом, шире, чем у *trespass*[564].

Сервитуты (личные и предиальные) также развиваются в традиции римско-голландского права.

Траст признан южноафриканским правом, но это не «*equity-trust*» с разделенной собственностью. Судебная практика подчеркивает эволюцию «уникального южноафриканского права трастов»: учредитель создает *trust inter vivos* или *mortis causa*, доверительный управляющий — титульный собственник в официальной роли, бенефициары — носители личных требований; «конструктивный траст» в английском смысле принят ограниченно[565].

Хотя в южноафриканском праве в целом доминирует цивилистическая унитарная концепция собственности, в рамках которой право собственности мыслится как целостное и неделимое господство над вещью, недавняя практика Гаутенгского отделения Высокого суда демонстрирует заметный сдвиг в акцентах[566]. В соответствующем решении суд сформулировал проблему не в категориях классического вещного права, а через призму бенефициарной собственности, указав, что ключевым для разрешения спора является вопрос о том, кому в действительности принадлежит экономическая выгода и контроль, связанные с объектом права[567]. Такой подход фактически смещает центр тяжести с формально-юридического титула на функциональное понимание собственности и свидетельствует о проникновении в южноафриканское частное право концептов, традиционно ассоциируемых с англо-американской правовой традицией.

Теперь охарактеризуем обязательственное право, которое представляет собой центральную часть частного права Южной Африки, сочетающее римско-

---

[564] Ibid. P. 228.

[565] Douthwaite G. South Africa and the Law / G. Douthwaite // Hastings Law Journal. — 1960. — Vol. 11(4). — P. 405–428.

[566] Рудоквас А.Д. Сосуществование и гармонизация различных правовых традиций Южной Африки / А.Д. Рудоквас, Ф.Дж. Томас // Правоведение. — 2023. — Т. 67, № 2. — С. 131.

[567] Watson NO v Ngonyama and Another : решение Верховного апелляционного суда ЮАР от 10 июня 2021 г. № ZASCA 74 [Электронный ресурс]. — Доступ из справ.-правовой системы SAFLII. URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2021/74.html (дата обращения: 01.08.2025).

голландскую догматику и английский казуистический подход. Система делится на три крупных блока: договор, деликт и неосновательное обогащение.

Южноафриканское право унаследовало римско-голландскую схему, в которой договор, деликт и обогащение образуют отдельные источники обязательств. В отличие от чисто англосаксонской модели, здесь действует стройная доктрина:

1) договор основан на консенсусе и свободе воли сторон (consensus ad idem);

2) деликт — на принципе вины и противоправности (iniuria, Aquilian action);

3) обогащение — на принципе недопустимости неосновательного увеличения имущества за чужой счет (condictio indebiti и др.).

Римско-голландская традиция освободила южноафриканский договор от английского требования *consideration*. Для действительности достаточно совпавшего согласия сторон (*consensus*). Как отмечает Г. Дауит, именно это отличает южноафриканский договор от английского контракта[568].

Выделяют три группы условий договора:

1) essentialia (существенные элементы конкретного договора, например, цена и вещь в купле-продаже);

2) naturalia (естественные элементы, автоматически включаемые законом);

3) incidentalia (дополнительные оговорки, которые стороны могут ввести)[569].

Южноафриканское право признает *specific performance* (принуждение к исполнению) как основное средство защиты, в отличие от английского, где

---

[568] Там же.

[569] Van der Merwe C.G. Law of Property / C.G. Van der Merwe // Introduction to the Law of South Africa ; ed. C.G. Van der Merwe, J.E. Du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004. — P. 201–324.

превалируют убытки. Суды отказывают в принудительном исполнении лишь при особых обстоятельствах (невозможность, личный характер обязательства)[570].

Южноафриканское право деликтов опирается на римские иски:

1) actio legis Aquiliae — компенсация имущественного ущерба;

2) actio iniuriarum — защита чести, телесной неприкосновенности, свободы.

Постепенно эти действия трансформировались в общие категории вины (*fault*) и противоправности (*wrongfulness*)[571].

Современная южноафриканская доктрина выработала пять элементов, необходимых для установления деликтной ответственности[572]:

1) Поведение (*conduct*) — действие или бездействие. Сюда входят не только активные поступки, но и случаи, когда обязанность действовать возникает из закона, договора или обстоятельств (например, обязанность врача оказать помощь пациенту).

2) Противоправность (*wrongfulness*) — центральное звено. Она не сводится к нарушению закона, а определяется через «правовые и моральные представления общества» (*boni mores*) и через критерий «*reasonableness*» (разумности).

3) Вина (*fault*) — умысел или небрежность. Небрежность оценивается через стандарт «разумного человека» (*reasonable person test*).

4) Причинная связь (*causation*) — фактическая (*conditio sine qua non*) и юридическая (адекватность, предсказуемость).

5) Ущерб (*damage*) — имущественный или неимущественный.

Категория *wrongfulness* (противоправность) в южноафриканском праве имеет особое значение: она служит «фильтром» между простым фактом причинения

---

[570] Van der Merwe C.G. Law of Property / C.G. Van der Merwe // Introduction to the Law of South Africa ; ed. C.G. Van der Merwe, J.E. Du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004. — P. 246.
[571] Ibid. P. 270–272.
[572] Ibid.

вреда и ответственностью за деликт. Суды определяют ее, исходя из *boni mores* — правовых и моральных убеждений общества.

Верховный суд по апелляциям в деле *Minister van Polisie v Ewels 1975 (3) SA 590 (A)* признал: противоправность возможна и при бездействии, если «правовые убеждения общества» требуют вмешательства (например, полиция обязана предотвратить очевидное правонарушение). Это стало поворотной точкой: ответственность за *omissions* была прямо увязана с *boni mores*[573].

В области неосновательного обогащения римско-голландское право предоставило богатый набор исков: *condictio indebiti* (возврат ошибочно уплаченного), *condictio ob turpem causam, condictio sine causa*. Южноафриканское право сохранило их, но систематизировало в общую категорию обязательств из обогащения. В отличие от английского общего права, где долгие годы действовал разрозненный набор «*quasi-contracts*», южноафриканское право с самого начала выстраивало систему неосновательного обогащения в строгих цивилистических координатах[574].

Классические примеры неосновательного обогащения:

1) Ошибка при исполнении обязательства (*condictio indebiti*): если должник ошибочно платит сумму, которую он не обязан был платить, у него возникает право требования к получателю.

2) Недействительный договор: когда договор признается ничтожным (например, из-за отсутствия формы), исполненное по нему подлежит возврату через кондикционный иск (*condictio sine causa*).

3) Прекращение основания: если основание исполнения отпало (например, договор расторгнут), полученное возвращается через кондикцию.

Таким образом, частное право Южной Африки представляет собой не просто набор рецепированных норм, а самостоятельную и динамичную систему**,** которая научилась приспосабливаться к историческим и социальным вызовам. Главный

---

[573] Minister van Polisie v Ewels [1975] ZASCA 2 (23 May 1975) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/1975/2.html (дата обращения: 05.02.2026).

[574] Van der Merwe C.G. Introduction to the Law of South Africa / C. G. Van der Merwe, J.E. Du Plessis. — The Hague : Kluwer Law International, 2004. — P. 270–324, 300–314.

вектор развития можно описать так: южноафриканское частное право постоянно балансирует между строгой догматикой и открытыми принципами справедливости. Оно сохраняет классическую структуру (вещное право с принципом *numerus clausus*, обязательственное право, деликт и обогащение), но при этом позволяет судьям корректировать эти структуры через такие категории английского права, как *reasonableness*, или конституционные ценности достоинства и равенства.

Представляется необходимым рассмотреть становление и эволюцию корпоративного права в Южной Африке. Данный опыт представляет особый интерес в контексте исследования российского корпоративного законодательства, формирование которого происходило под влиянием как германской, так и английской правовых систем[575]. Южноафриканское корпоративное право, развивавшееся в рамках смешанной юрисдикции, демонстрирует способы институционального сосуществования и нормативного взаимодействия различных правовых традиций в сфере регулирования юридических лиц.

Исторически южноафриканское корпоративное законодательство во многом строилось как рецепция (с опосредованиями) английских кодификаций начала XX века. В частности, дореволюционный для Союза Южной Африки Трансваальский Companies Act 1909 опирался на английский Companies (Consolidation) Act 1908; затем общеюжноафриканский Companies Act 1926 развивал этот массив; крупная ревизия и консолидация была подготовлена комиссией Van Wyk de Vries и воплотилась в Companies Act 61 of 1973[576].

Современная система источников корпоративного права ЮАР включает (1) конституционный уровень (Конституция 1996 г. и Билль о правах как рамка трансформации права и судебной методологии), (2) статутное корпоративное право (в первую очередь Companies Act 71 of 2008, а также специальное регулирование

---

[575] Об этом см. подробнее: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право / Е.А. Суханов. — 2-е изд., стереотип. — Москва : Статут, 2016. — С. 3–9.

[576] Sutherland Ph. Companies and Other Business Entities / Ph. Sutherland // Introduction to the Law of South Africa ; ed. C.G. Van der Merwe, J.E. du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004. — P. 370.

отдельных вопросов), (3) подзаконные и административные практики регистратора, (4) прецедентное право (включая акты Верховного суда по апелляциям и Конституционного суда в части конституционного «преломления» частного права) и (5) нормы «мягкого права» корпоративного управления.

Конституционализация после 1994 г. придала корпоративному праву дополнительное измерение: частноправовые конструкции (включая корпоративные) подлежат развитию судами в направлении, согласуемом с ценностями, «духом и смыслом» Билля о правах, а законодательство нередко выступает драйвером такой трансформации. На уровне «hard law» ключевым актом выступает Companies Act 71 of 2008[577], который прямо задает цели регулирования компаний, включая порядок инкорпорации, управления, корпоративных реорганизаций и rescue процедур. Институционально регистрационно-надзорная инфраструктура связана с Companies and Intellectual Property Commission (CIPC), через которую проходит регистрация компаний и ряд комплаенс-процедур (в том числе по иностранным/«external» компаниям)[578].

Виды юридических лиц (и «квазикорпоративных» форм) в ЮАР целесообразно раскрывать через критерий наличия правосубъектности (legal personality) и целей деятельности. Во-первых, правосубъектность может возникать в силу общего права либо по статуту. При этом общий правопорядок ЮАР традиционно признает приобретение правосубъектности по common law в основном за некоммерческими объединениями (universitas), тогда как создание «коммерческих» организаций как правило урегулировано законом.

Во-вторых, ядро корпоративных форм задается Companies Act 2008. В нем различаются компании, ориентированные на извлечение прибыли (profit companies), и некоммерческие компании (non-profit companies). Коммерческие подразделяются на private company, public company, state-owned company и personal

---

[577] Companies Act 71 of 2008 : закон Южно-Африканской Республики от 9 апреля 2009 г. (с изм. и доп.) [Электронный ресурс]. — Доступ из справ.-правовой системы SAFLII. — URL: https://www.saflii.org/za/legis/consol_act/ca2008107.pdf (дата обращения: 10.02.2026).

[578] Companies and Intellectual Property Commission (CIPC) : официальный сайт. — URL: https://www.cipc.co.za/ (дата обращения: 10.02.2026).

liability company (в обозначениях практики — типы вроде (Pty) Ltd, Ltd, SOC, Inc/личная ответственность менеджмента в предусмотренных законом случаях).

В-третьих, исторически значимой статутной формой была close corporation (CC) по Close Corporations Act 69 of 1984 — упрощенная конструкция для малого бизнеса; при этом после вступления в силу Companies Act 2008 регистрация новых close corporations была прекращена, хотя ранее созданные CC продолжают существовать и администрируются в рамках соответствующего режима[579].

Наряду с корпоративными формами в узком смысле южноафриканский правопорядок признает и иные организационно-правовые конструкции, играющие существенную роль в хозяйственном обороте. К их числу относятся партнерства, которые, как правило, не обладают самостоятельной правосубъектностью и рассматриваются как договорные объединения лиц, а также трасты, не являющиеся *legal person* в строгом смысле, но характеризующиеся наличием обособленного имущественного комплекса и потому обладающие высокой практической значимостью в коммерческих и инвестиционных отношениях. Дополняют эту картину многочисленные статутные образования публичного сектора, создаваемые на основании специальных законов и выполняющие экономические и управленческие функции государства.

Особого внимания заслуживает сфера корпоративного управления. В Южной Африке она в значительной степени формируется не только нормами позитивного права, но и инструментами так называемого «мягкого права», центральное место среди которых занимает King IV Report on Corporate Governance 2016 г.[580] Указанный документ оказывает заметное влияние на стандарты деятельности органов управления, принципы подотчетности и раскрытия информации, прежде

---

[579] Sutherland Ph. Companies and Other Business Entities / Ph. Sutherland // Introduction to the Law of South Africa ; ed. C.G. Van der Merwe, J.E. du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004. — P. 380.

[580] King IV Report on Corporate Governance for South Africa, 2016 : отчет Института директоров Южной Африки (Institute of Directors in Southern Africa) [Электронный ресурс]. — Johannesburg : IoDSA, 2016. — URL: https://cdn.ymaws.com/www.iodsa.co.za/resource/collection/684B68A7-B768-465C-8214-E3A007F15A5A/IoDSA_King_IV_Report_-_WebVersion.pdf (дата обращения: 10.02.2026).

всего в отношении публичных и листинговых компаний, а также организаций публичного сектора.

В совокупности описанные элементы наглядно демонстрируют общую закономерность развития смешанной юрисдикции: континентальная частноправовая основа и английские коммерческие трансплантаты не просто сосуществуют, но функционально распределяют сферы своего воздействия. При этом корпоративное право выступает одним из ключевых каналов англо-правового влияния, которое со временем подвергается переосмыслению и адаптации под воздействием конституционных ценностей постапартеидного правопорядка.

Теперь перейдем к краткой характеристике гражданского процесса в Южной Африке. Его развитие объясняется историческими обстоятельствами: с одной стороны, процессуальные формы формировались под сильным влиянием английского права (системность судоустройства, устные слушания, доктрина прецедента), с другой — римско-голландская традиция внесла в процесс многие материальные и процедурные концепции (структура исков, акцент на письменной аргументации, деление исков на вещные и личные). Но главное заключается не в смешении традиций, а в том, что южноафриканский гражданский процесс сформировался как самостоятельная практико-ориентированная система, которая научилась уравновешивать строгие процессуальные формы с требованиями справедливости и конституционными ценностями.

Процесс строится на принципе состязательности (*adversarial system*). Иск предъявляется путем подачи письменного иска (*summons*), к которому прикладываются детали требований (*particulars of claim*). Ответчик отвечает письменным возражением (*plea*). Дальше дело движется к стадии *discovery* (раскрытие доказательств), а затем — к устному судебному разбирательству[581].

[581] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Civil Procedure // Introduction to the Law of South Africa / Ed. C.G. Van der Merwe, J.E. du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004. — P. 325–348.

В отличие от континентальной традиции, процесс в ЮАР — это состязание сторон при пассивной роли судьи, но в рамках четко урегулированных правил (*Uniform Rules of Court*).

В гражданском процессе ЮАР различают несколько видов процессов:

1) *Action proceedings* — классический исковой процесс, где требуется устное разбирательство и исследование фактов.

2) *Application proceedings (motion proceedings)* — рассмотрение на основании письменных аффидевитов без вызова свидетелей (используются, когда факты не спорны, например, при ликвидации компании или при обращении взыскания на имущество).

В доктрине нередко отмечается, что для южноафриканского процесса характерна высокая формализация стадий, но при этом суд обладает широкими полномочиями по вынесению декларативных решений и интердиктов, что отражает влияние римско-голландской традиции[582].

Как и в других сферах права, в гражданском процессе действует доктрина *stare decisis*: решения Верховного суда по апелляциям и Конституционного суда обязательны для нижестоящих судов. Это обеспечивает предсказуемость и единообразие процесса.

При этом Конституция 1996 г. усилила значение процессуальной справедливости. Так, в ст. 34 закрепляется право каждого на «справедливое публичное слушание в разумный срок». Конституционный суд подчеркивал, что гражданский процесс должен толковаться и применяться так, чтобы не лишать стороны доступа к суду из-за формальных барьеров[583].

Система доказательств в гражданском процессе ЮАР близка к английской: во-первых, действуют строгие правила допустимости, во-вторых, преимущество отдается устным показаниям под присягой, в-третьих, широко используются

---

[582] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Civil Procedure // Introduction to the Law of South Africa / Ed. C.G. Van der Merwe, J.E. du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004. — P. 330–335.

[583] Lesapo v North West Agricultural Bank and Another (CCT23/99) [1999] ZACC 16; 2000 (1) SA 409; 1999 (12) BCLR 1420 (16 November 1999) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/16.html (дата обращения: 10.02.2026).

письменные аффидевиты (*application proceedings*). Бремя доказывания распределяется по классическому правилу: истец доказывает основания своего иска, ответчик выдвигает возражения[584].

Принятие Конституции 1996 года повлияло также на развитие коллективных (групповых) исков (*class actions*). Традиционно южноафриканское право не признавало коллективные иски. Однако с вступлением в силу Конституции суды признали возможность подачи коллективных исков там, где это необходимо для обеспечения конституционных прав, особенно в сфере социально-экономических прав[585].

Публичное право страны прошло драматическую эволюцию: от инструмента колониальной власти и апартеида до основы демократической правовой культуры. Оно стало системой, где право используется не для закрепления исключений, а для защиты достоинства, равенства и справедливости. Принятие Конституции 1996 года положило в основу всей правовой системы принцип верховенства права. Административное право заняло особое место как гарантия от произвола, а уголовное право перестало служить политическим репрессиям и было встроено в глобальную систему прав человека, включая нормы Римского статута.

Частное право Южной Африки демонстрирует способность сохранять догматическую стройность при постоянном обновлении. Вещное право продолжает опираться на римско-голландские конструкции, но гибко адаптирует их через современную систему регистрации. Источниками возникновения обязательств служат договор, деликт и неосновательное обогащение, именно через эти институты суды вносят в систему конституционные ценности справедливости, разумности и добросовестности. В итоге публичное и частное право ЮАР образуют единую правовую культуру, в которой исторические пласты и международные стандарты работают вместе, а право перестает быть инструментом угнетения и становится фундаментом демократического общества.

---

[584] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Civil Procedure // Introduction to the Law of South Africa / Ed. C.G. Van der Merwe, J.E. du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004. — P. 333.
[585] Ibid. P. 337.

3.3. Конституционный контроль и судебная система

Судебная система ЮАР состоит из судов, расположенных в четкой иерархической последовательности, основание которой закреплено в Конституции 1996 года. Кроме того, судебную систему ЮАР отличает широкий спектр специализированных судов, которые обеспечивают рассмотрение сложных категорий споров.

На вершине иерархии находится Конституционный суд (Constitutional Court). Он является стражем Конституции и Билля о правах, высшим арбитром во всех делах, затрагивающих основные права, разделение властей и законность актов парламента и исполнительной власти[586]. Его решения обязательны для всех других судов, а влияние — глубоко символическое: именно здесь формируется правовая философия демократической Южной Африки[587]. Конституционный суд рассматривает ограниченное число дел, но каждое из них имеет фундаментальное значение, будь то вопросы свободы слова, социально-экономических прав или равенства.

Основополагающие нормы о Конституционном суде содержатся в Конституции. Так, в ст. 167 говориться следующее[588]:

1. Конституционный суд состоит из Главного судьи Южной Африки, его заместителя и девяти других судей.

2. Конституционный суд заседает, как правило, коллегиально, в составе не менее восьми судей.

---

[586] Соловьев А. Африканские модели организации и функционирования органов судейского сообщества : Алжир, Ботсвана, Замбия, Зимбабве, Лесото, Малави, Марокко, Намибия, Свазиленд (Эсватини), Танзания, Тунис, ЮАР / Соловьев А.А., Ястребов О.А. ; Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования Российский университет дружбы народов (РУДН). — 2022.

[587] Van der Merwe C.G. The Republic of South Africa / C.G. Merwe et al. // Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family / V.V. Palmer (Ed.). — Cambridge : Cambridge University Press. — P. 120.

[588] Конституция Южно-Африканской Республики: принята 8 мая 1996 г., вступ. в силу 4 февр. 1997 г. [Электронный ресурс] // Constitution of the Republic of South Africa, 1996. — Pretoria : Government of South Africa, 1996. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/chp08.html (дата обращения: 26.08.2025).

3. Конституционный суд:

a) является высшим судом Республики и

b) может рассматривать:

I. конституционные вопросы и

II. любые другие вопросы, если Конституционный суд предоставляет разрешение на апелляцию на основании того, что дело поднимает спорный правовой вопрос, имеющий значение для широкой общественности и требующий рассмотрения этим судом.

4. Конституционный суд принимает окончательное решение о том, относится ли вопрос к конституционным.

5. Конституционный суд решает:

a) споры между органами государства в национальной или провинциальной сферах относительно их конституционных полномочий или обязанностей;

b) апелляции по делам, касающимся конституционных вопросов, которые были решены Верховным апелляционным судом, Высоким судом или судом аналогичного статуса;

c) любые другие дела, если апелляция затрагивает конституционный вопрос.

6. Конституционный суд должен подтверждать любое постановление Верховного апелляционного суда, Высокого суда или суда аналогичного статуса о недействительности акта парламента, акта провинциального законодательного органа или акта Президента, прежде чем это постановление вступит в силу.

Классическая модель конституционного контроля предполагает формальную проверку нормативных решений тех или иных органов на соответствие положениям конституции. Иными словами, суд проверяет, соблюдены ли процедуры принятия закона, не вышли ли органы власти за пределы полномочий. Такой подход некоторое время господствовал в ЮАР, например, при развитии старой доктрины «парламентского суверенитета» в англосаксонской традиции:

судья не спрашивал, «правильно ли» содержательно, а лишь — «законно ли» формально[589].

Принятая Конституция ЮАР 1996 года радикально изменила акцент. В ней прямо сказано (ст. 39(2)), что суд обязан при толковании права развивать дух, содержание и цели Билля о правах. Строго говоря, контроль не ограничивается проверкой формальных полномочий — суд должен наполнить право ценностным содержанием. Это означает, что у судей больше нет возможности отмежеваться от моральных основ, как это было при режиме апартеида. Теперь сама Конституция делает их обязанностью продвижение демократии, равенства и свободы[590].

В южноафриканской доктрине возникло понятие *transformative constitutionalism* — это идея, что Конституция не только ограничивает власть, но и активно перестраивает общество после апартеида[591]. Судебный контроль, соответственно, становится инструментом

1) обеспечения социально-экономических прав (право на жилье, здоровье, воду);

2) исправления исторической несправедливости;

3) укрепления достоинства и равенства человека как центральных ценностей.

Именно благодаря концепции *transformative constitutionalism* у Конституционного суда появилась возможность проводить в жизнь множество решений, защищающих достоинство и равенство человека. В качестве примера можно привести известное дело *Minister of Health v Treatment Action Campaign (TAC) (2002)*, которое считается ведущим в практике Конституционного суда ЮАР по социально-экономическим правам[592].

---

[589] Van der Merwe C.G. The Republic of South Africa / C.G. Merwe et al. // Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family / V.V. Palmer (Ed.). — Cambridge : Cambridge University Press. — P. 119

[590] Dugard J. Courts and the Poor in South Africa : A critique of systemic judicial failures to advance transformative justice / J. Dugard // South African Journal on Human Rights. — 2008. — Vol. 24(2). — P. 214.

[591] Ibid. P. 214–215.

[592] Republic of South Africa. Constitutional Court. Minister of Health v Treatment Action Campaign (No. 2) 2002 (5) SA 721 (CC) [Электронный ресурс]. — Johannesburg : Constitutional Court of South

Обстоятельства дела заключались в следующем: в 2000-е годы ЮАР столкнулась с острой эпидемией ВИЧ/СПИДа. Существовал препарат *Nevirapine*, который при применении у беременных женщин снижал вероятность передачи вируса ребенку во время родов. Фармацевтическая компания предоставила его бесплатно для использования в государственных больницах.

Министерство здравоохранения ЮАР, однако, ограничило доступ к препарату только пилотными проектами в 18 больницах, мотивируя это необходимостью дополнительных исследований и бюджетными ограничениями. Общественная организация *Treatment Action Campaign (TAC)* оспорила эти ограничения в суде, утверждая, что они нарушают ст. 27 Конституции («право на доступ к здравоохранению») и права детей по ст. 28.

Главный вопрос, который встал перед Конституционным судом состоял в том, обязан ли государственный орган обеспечить доступ к жизненно важным лекарствам, если они доступны, но по административным причинам их распространение ограничено.

В постановлении от 5 июля 2002 г. (2002 (5) SA 721 (CC)) Конституционный суд решил:

1. Ограничение доступа к препарату *Nevirapine* является неконституционным, так как государство обязано предпринимать «разумные меры» для реализации права на доступ к здравоохранению (ст. 27).

2. Суд указал, что пилотный проект не оправдывает отказ в предоставлении препарата в других больницах, тем более когда речь идет о спасении жизни новорожденных.

3. Конституционный суд обязал Министерство здравоохранения обеспечить доступ к *Nevirapine* во всех государственных больницах, где это возможно.

Значение этого дела трудно переоценить: суд впервые столь четко закрепил обязанность государства активно реализовывать социально-экономические права.

Africa, 2002. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/15.html (дата обращения: 26.08.2025).

Решение подчеркивает, что «разумность мер» (*reasonableness*) — критерий конституционной оценки государственной политики. Дело стало символом доктрины *transformative constitutionalism*: суд не ограничился формальным контролем, а оценил социальные последствия действий государства.

Не менее показательным является дело *Government of the Republic of South Africa v Grootboom 2001 (1) SA 46 (CC)*[593], в котором группа жителей в районе Валкенсхук (Вестерн Кейп), среди которых была Ирена Грутбум, оказалась без жилья после сноса их самовольных построек. Эти люди жили в крайне тяжелых условиях — на открытых полях без доступа к воде, канализации и укрытия.

Они обратились в суд с требованием к государству обеспечить им временное жилье, ссылаясь на ст. 26 Конституции ЮАР, гарантирующую право на доступ к жилью.

Вопрос, который должен был разрешить Конституционный суд ЮАР можно охарактеризовать так: обязано ли государство должно обеспечивать не только долгосрочные программы жилищного строительства, но и немедленные меры для тех, кто оказался в условиях крайней нужды.

В результате суд пришел к выводу о том, что право на жилье (ст. 26) налагает на государство обязанность предпринимать разумные меры для его постепенной реализации. Принятая правительством жилищная программа была направлена на долгосрочное обеспечение населения жильем, но не учитывала нужды самых уязвимых групп, оказавшихся без крова здесь и сейчас. Суд также признал, что программа в этой части неразумна и, следовательно, противоречит Конституции. Государство обязано адаптировать политику так, чтобы предусматривать меры экстренной помощи для лиц в кризисных ситуациях.

Как справедливо отметил Конституционный суд, «общество должно стремиться к тому, чтобы основные жизненные потребности были обеспечены для всех, если оно претендует называться обществом, основанным на человеческом

---

[593] Republic of South Africa. Constitutional Court. Government of the Republic of South Africa v Grootboom 2001 (1) SA 46 (CC) [Электронный ресурс]. — Johannesburg : Constitutional Court of South Africa, 2000. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html (дата обращения: 26.08.2025).

достоинстве, свободе и равенстве. <…> Те, чьи нужды являются наиболее неотложными <…> не должны игнорироваться…»[594].

В этом деле идея уважения к человеческому достоинству (*human dignity*) превратилась в требование к государству заботиться о самых бедных и уязвимых[595].

Таким образом, южноафриканская модель конституционного контроля — одна из самых уникальных и новаторских в мире. Конституция 1996 года сломала традицию парламентского суверенитета и закрепила верховенство самой Конституции (ст. 2), подчинив ей все органы власти. В центре этой системы — Конституционный суд, обладающий исключительными полномочиями: именно он подтверждает недействительность законов и актов Президента, решает споры между ветвями власти и формирует ценностный каркас всего правопорядка.

Особенностью южноафриканского контроля является его трансформационный характер. Судебная власть не ограничена проверкой процедур, а обязана продвигать «дух, содержание и цели Билля о правах» (ст. 39(2)). В результате контроль становится не только юридическим, но и социальным механизмом — инструментом реализации исторической миссии постапартеидной Конституции. Дела Grootboom (2000) и Treatment Action Campaign (2002) показали, что суды вмешиваются в политику государства для защиты социально-экономических прав беднейших, связывая это с ценностью человеческого достоинства.

Характерной чертой южноафриканской модели является судебный активизм Конституционного суда, выражающийся в расширительном толковании Билля о правах и фактическом конструировании новых правовых позиций. Суд, действуя по модели, близкой к американской, но адаптированной к национальной специфике, не ограничивается буквальным применением Конституции, а

---

[594] Republic of South Africa. Constitutional Court. Government of the Republic of South Africa v Grootboom 2001 (1) SA 46 (CC) [Электронный ресурс]. — Johannesburg: Constitutional Court of South Africa, 2000. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html (дата обращения: 26.08.2025).

[595] Rao N. Three Concepts of Dignity / N. Rao // Notre Dame Law Review. — 2013. — Vol. 86, № 1. — P. 183–271.

стремится наполнить ее нормы конкретным социальным содержанием, в том числе в сфере социально-экономических прав и недискриминации. При этом подобная практика вызывает дискуссии: с одной стороны, она рассматривается как необходимый инструмент защиты прав человека в постапартеидном обществе, с другой — как потенциальное отклонение от принципа разделения властей в силу усиления судебного нормотворчества[596].

Следующим в иерархии судебной системы является Верховный апелляционный суд (Supreme Court of Appeal), расположенный в Блумфонтейне. Он представляет собой последнюю инстанцию по всем вопросам, не связанным с Конституцией. Этот судебный орган, первоначально учрежденный в 1910 г. в качестве высшей апелляционной инстанции при формировании Южно-Африканского Союза, наследует функции Апелляционной палаты (Appellate Division)[597].

Его юрисдикция охватывает как гражданские, так и уголовные дела, именно Верховный апелляционный суд обеспечивает единообразие толкования права по всей стране. В отличие от Конституционного суда, он не может рассматривать дела в качестве первой инстанции. В ст. 168 Конституции ЮАР описывается правовое положение Верховного апелляционного суда.

Статья 168. Верховный апелляционный суд.

4. Верховный апелляционный суд состоит из Президента, Заместителя Президента и такого числа апелляционных судей, которое определяется актом Парламента.

5. Дело, рассматриваемое Верховным апелляционным судом, должно решаться тем числом судей, которое определяется актом Парламента.

a) Верховный апелляционный суд может рассматривать апелляции по любым делам, возникшим в Высоком суде Южной Африки или суда аналогичного

---

[596] Малиновский А. А. Права человека в Южной Африке сквозь призму решений Конституционного Суда ЮАР // Вестник Московского университета МВД России. 2024. № 6. С. 76.

[597] Комлев Е.Ю. Правовые основы организации судебной системы в Южно-Африканской Республике / Е.Ю. Комлев, В.В. Конюхов // Образование. Наука. Научные кадры. — 2024. — № 3. — С. 29–33.

статуса, за исключением трудовых или антимонопольных дел в той мере, которая может быть установлена актом Парламента.

b) Верховный апелляционный суд может рассматривать исключительно:

i. апелляции;

ii. вопросы, связанные с апелляциями;

iii. любые другие дела, которые могут быть переданы ему в порядке, предусмотренном актом Парламента.

В доктрине подчеркивается, что создание Верховного апелляционного суда — это логическое продолжение англо-колониальной модели, при которой апелляционная инстанция была вынесена на отдельный уровень и располагалась в столице ЮАР — Блумфонтейне, что закрепило «южноафриканский вариант» судебной пирамиды, в котором Конституционный суд занимает особую вершину, а Верховный апелляционный суд — высшую позицию по «обычным» делам. Такое разделение возникло как компромисс между римско-голландской традицией всеобщей юрисдикции высших судов и англосаксонским стремлением к специализации апелляционных инстанций[598]. Конституция прямо исключает из его ведения трудовые и антимонопольные дела: для них существуют отдельные апелляционные суды (*Labour Appeal Court, Competition Appeal Court*). Это отражает принцип функциональной дифференциации, отмеченный в литературе, где говорится о постепенном отходе от универсализма апелляционной юрисдикции в пользу более «секторального» правосудия[599].

Ниже находятся Высокие суды (*High Courts*), действующие в форме региональных подразделений на всей территории страны. Они выполняют двойную функцию: с одной стороны, служат судами первой инстанции для наиболее серьезных уголовных дел, значительных гражданских споров и административных вопросов; с другой — рассматривают апелляции на решения магистратских судов. Высокие суды обладают широкой компетенцией, включая

---

[598] Van der Merwe C.G., Du Plessis J. Op. Cit. P. 26.

[599] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Civil Procedure // Introduction to the Law of South Africa / Ed. C.G. Van der Merwe, J.E. du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004. — P. 123.

ограниченную конституционную юрисдикцию, зачастую именно они становятся ареной для первых крупных судебных столкновений, которые впоследствии доходят до высших инстанций.

Организационно они разделены на территориальные «*divisions*», во главе каждой — *Judge President* (часто также есть *Deputy Judge President*), который распределяет дела и формирует составы судей под конкретные процессы. Внутри *division* один судья обычно слушает дело как суд первой инстанции; для апелляций формируется *full bench*[600].

Благодаря статусу «суда общей юрисдикции» у них есть *inherent jurisdiction* (врожденная, не делегированная полномочиями процессуальная власть) — слышать любые дела и выносить необходимые приказы, пока законом это право прямо не исключено (например, для некоторых трудовых или земельных споров)[601].

Кроме того, Верховные суды имеют конституционную компетенцию: они рассматривают конституционные вопросы (включая проверку законов/действий власти), но, если выносят приказ о недействительности Акта Парламента/провинции или акта Президента, такой приказ не вступает в силу без подтверждения Конституционным судом (*confirmation*).

Правовое положение Высоких судов также закреплено в Конституции 1996 г. Так, в ст. 169 указано, что Высокий суд имеет юрисдикцию

a) рассматривать любое конституционное дело, за исключением дел, которые по Конституции должны быть рассмотрены только Конституционным судом;

b) решать любое другое дело, которое не отнесено законом к компетенции какого-либо другого суда.

В ЮАР существует 13 Высоких судов[602]:

---

[600] Van der Merwe C.G., Du Plessis J. Op. Cit. P. 29.
[601] Van der Merwe C.G., Du Plessis J. Op. Cit. P. 29.
[602] Judiciary of the Republic of South Africa. The South African Judicial System [Электронный ресурс]. — URL: https://www.judiciary.org.za/index.php/the-south-african-judicial-system (дата обращения: 26.08.2025).

– Высокий суд Восточного Кейпа имеет четыре отделения, расположенные в Грэмстауне, Порт-Элизабете, Мтате и Бишо;

– Высокий суд в провинции Фри-Стейт — в Блумфонтейне;

– В провинции Гаутенг действуют два Высоких суда: один в Претории (Северный Гаутенг), другой в Йоханнесбурге (Южный Гаутенг);

– В Квазулу-Натале также два Высоких суда — в Питермаритцбурге и в Дурбане;

– Высокий суд в Лимпопо — в Тохоянду;

– Высокий суд в Северном Кейпе — в Кимберли;

– Высокий суд в Северо-Западной провинции — в Мафикенге;

– Высокий суд в Западном Кейпе — в Кейптауне.

Основную массу дел рассматривают Магистратские суды (*Magistrates' Courts*). В них включаются окружные и региональные суды. Окружные магистраты ведут мелкие уголовные дела и гражданские споры на небольшие суммы, тогда как региональные магистратские суды обладают расширенной компетенцией, включая рассмотрение почти всех уголовных дел, кроме государственной измены, и более крупных гражданских исков. Их юрисдикция строго ограничена по размеру требований и тяжести преступлений, а апелляции на их решения всегда возможны в Высокие суды. Статья 170 Конституции 1996 г. определяет, что магистратские суды и все другие суды могут рассматривать любые дела, определенные актом Парламента, однако суд, статус которого ниже, чем у Высокого суда, не вправе исследовать или выносить решения о конституционности какого-либо законодательства или действий Президента.

В 1994 г. был подвергнут значительной ревизии акт, принятый еще в 1944 году, речь идет о так называемом *Magistrates' Courts Act 32 of 1944*. Это базовый закон, регулирующий работу магистратских судов ЮАР[603]. Акт определяет структуру магистратских судов, их деление на окружные (*district*) и региональные

[603] Republic of South Africa. Magistrates' Courts Act 32 of 1944: as amended. — Pretoria: Government Printer, 1944 [Электронный ресурс]. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/acts/1944-032-magistrates-courts.pdf (дата обращения: 26.08.2025).

(*regional*). Он устанавливает порядок назначения магистратов, их процессуальные полномочия и рамки подчиненности Высоким судам. Более того, Акт вводит предельные размеры исковых требований для окружных и региональных судов. Например, окружные суды традиционно рассматривают споры с относительно небольшими суммами иска (на практике лимиты периодически повышались законодательными поправками). Региональные суды имеют более широкий предел и могут рассматривать крупные иски, выходящие за рамки окружных.

Несомненно, особенностью судебной системы ЮАР является большое количество специализированных судов. Такой дифференцированный подход объясняется стремлением облегчить доступ к правосудию в специфических сферах и обеспечить применение специализированных знаний судей[604].

Конституция 1996 г. (ст. 166) прямо признает существование «судов, созданных актами парламента». *Labour Court* и *Labour Appeal Court* учреждены *Labour Relations Act 66 of 1995*[605]. Они рассматривают трудовые споры, коллективные переговоры, вопросы забастовок и увольнений. Однако в практике наличествует несколько дел, демонстрирующих сложности в определении юрисдикции трудовых судов и разграничении ее с юрисдикцией Высоких судов[606].

Land Claims Court создан в соответствии с *Restitution of Land Rights Act 22 of 1994*[607] и имеет юрисдикцию в спорах о реституции земель, лишенных общин и отдельных лиц в эпоху апартеида. Он также рассматривает дела по *Land Reform (Labour Tenants) Act 3 of 1996* и *Extension of Security of Tenure Act 62 of 1997*. Это арена для социально-экономической трансформации, что подчеркивалось и в критике судебной практики. В доктрине в качестве критического замечания

---

[604] Van der Merwe C.G., Du Plessis J. Op. Cit. P. 20.

[605] Republic of South Africa. Labour Relations Act 66 of 1995: as amended. — Pretoria: Government Printer, 1995 [Электронный ресурс]. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/acts/1995-066.pdf (дата обращения: 26.08.2025).

[606] Fredericks v MEC for Education and Training, Eastern Cape 2002 (2) SA 693 (CC) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2001/6.html (дата обращения: 10.02.2026).

[607] Republic of South Africa. Restitution of Land Rights Act 22 of 1994: as amended. — Pretoria: Government Printer, 1994 [Электронный ресурс]. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/acts/1994-022.pdf (дата обращения: 26.08.2025).

высказывается, что доступ малообеспеченных слоев населения к этому суду часто ограничен из-за отсутствия системной поддержки государства[608].

Антимонопольные дела регулируются *Competition Act 89 of 1998*[609]. В структуре выделяются *Competition Tribunal* (первая инстанция, по сути квазисудебный орган) и *Competition Appeal Court*, решения которого окончательны, за исключением конституционных вопросов.

Special Income Tax Court, созданный на основе Налогового законодательства, рассматривает апелляции налогоплательщиков по вопросам начислений и оценок. Эти органы формально имеют статус судов, «сравнимых с Высоким судом», что подчеркивается в литературе[610].

Также существует специализированный суд для рассмотрения споров, связанных с нарушением избирательных прав (*Electoral Court*). Его постоянное местонахождение — Блумфонтейн, наибольшую активность он проявляет именно в период выборов. Суд учрежден в соответствии с *Electoral Commission Act 51 of 1996*. По ст. 18 этого акта он «имеет статус Высокого суда» (то есть относится к судам высшей юрисдикции). По ст. 19 Акта в состав суда входят 1) председатель — судья Апелляционного отделения Верховного суда (сегодня — Верховного апелляционного суда, SCA), 2) еще двое судей Верховного суда, 3) два иных члена (граждане ЮАР). Все назначаются Президентом по рекомендации Комиссии по вопросам судей (JSC).

Electoral Court[611]:

1) Пересматривает (review) решения избирательной комиссии по любым вопросам — в ускоренном порядке и с приоритетным рассмотрением.

---

608 Dugard J. Courts and the Poor in South Africa : A critique of systemic judicial failures to advance transformative justice / J. Dugard // South African Journal on Human Rights. — 2008. — Vol. 24(2). — P. 214–238.

609 Republic of South Africa. Competition Act 89 of 1998: as amended [Электронный ресурс]. — Pretoria : Government Printer, 1998. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/acts/1998-089.pdf (дата обращения: 26.08.2025).

610 Van der Merwe C.G., Du Plessis J. Op. Cit. P. 20.

611 Republic of South Africa. Electoral Commission Act 51 of 1996: Section 20 [Электронный ресурс]. — LawLibrary. — URL: https://lawlibrary.org.za/akn/za/act/1996/51/eng%402024-05-08/provision/chp_5__sec_20 (дата обращения: 10.02.2026).

2) Рассматривает апелляции на решения избирательной комиссии только по вопросам права (или в случаях, когда законом прямо предусмотрена апелляция) — с предварительным разрешением председателя суда; такие апелляции решаются по письменным представлениям в сжатые сроки.

3) Разрешает внутрипартийные споры: членство, руководство, устав/учредительные документы зарегистрированных партий.

4) Устанавливает собственные правила и порядок; определяет, какие суды будут рассматривать споры и жалобы по Кодексу поведения (*Electoral Code of Conduct*), и обеспечивает приоритет их рассмотрения.

5) Может запрашивать и рассматривать вопросы толкования избирательного законодательства; а также проводит расследования в отношении членов избирательной комиссии при подозрении в проступках и направляет рекомендации парламентскому комитету.

Для доступности правосудия действуют *Family Courts*, решающие брачно-разводные и опекунские дела, и *Small Claims Courts*, где споры с небольшой ценой иска рассматриваются без участия адвокатов, а решения окончательны. Это демократизирующий элемент судебной системы. В доктрине отмечается, что «механизм малых судов» делает правосудие не только элитарным, но и общедоступным[612].

Особое место занимают суды традиционных лидеров, где применяется африканское обычное право. Их правовое положение закреплено в Конституции (ст. 211–212), а порядок функционирования уточняется через *Traditional Courts Bill*[613]. Так, в соответствии со ст. 212 Конституции 1996 г., во-первых, признается существование системы традиционного управления в соответствии с обычным правом, во-вторых, конституция признает существование обычного права, в-третьих, обращается внимание на то, что суды должны применять обычное право,

---

[612] Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa / R. Zimmermann, D.P. Visser (eds.). — Cape Town ; Oxford : Juta; Oxford University Press, 1996. — P. 51.

[613] Republic of South Africa. Traditional Courts Bill [B1–2017] [Электронный ресурс]. — Pretoria : Government Printer, 2017. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/bills/2017-TraditionalCourtsBill.pdf (дата обращения: 26.08.2025).

когда оно применимо, при условии, что оно соответствует Конституции и любому законодательству, специально касающемуся обычного права. Статья 212 Конституции 1996 г. подчеркивает роль традиционных лидеров:

Статья 212. Роль традиционных лидеров.

1) Национальное законодательство может предусмотреть роль традиционных лидеров на национальном, провинциальном и местном уровнях.

2) Для достижения целей подраздела (1) национальное законодательство может

a) создавать советы традиционных лидеров на соответствующих уровнях и

b) определять роль таких советов.

Эти статьи — фундамент, гарантирующий признание обычного права (*customary law*) в конституционном порядке и определяющий рамки участия традиционных лидеров в системе публичной власти.

Суды традиционных лидеров представляют собой живое продолжение правового плюрализма: наряду с римско-голландским и английским наследием они интегрируют африканские обычаи и практики.

Процедура назначения судей в ЮАР после 1994 года стала одной из ключевых реформ, направленных на то, чтобы одновременно гарантировать независимость судебной власти и обеспечить ее трансформацию в сторону представительности. Конституция 1996 года закрепила эти принципы в главе 8, определив, что назначение судей осуществляется президентом, но при решающей роли Комиссии по вопросам судей (*Judicial Service Commission, JSC*).

Согласно конституции, президент назначает Главного судью (*Chief Justice*), его заместителя и президента Верховного апелляционного суда, но делает это после консультаций с *JSC* (ст. 174). Для остальных судей высших судов, включая Конституционный суд, Высокие суды и специализированные суды с эквивалентным статусом, кандидатуры выдвигаются и согласовываются в *JSC*. Таким образом, политическая власть в лице президента и исполнительной ветви уравновешивается институциональными гарантиями.

JSC — уникальный для южноафриканской модели орган: в него входят не только судьи и представители юридической профессии, но и политики (включая депутатов парламента и членов исполнительной власти)[614]. В доктрине отмечается, что именно через *JSC* был заложен механизм «институционализации доверия» к судам: комиссия должна обеспечивать качество кандидатов, но одновременно следить за тем, чтобы состав судейского корпуса отражал демографическое и культурное разнообразие страны[615].

Статья 174(2) Конституции 1996 г. прямо указывает, что при назначении судей «надлежит учитывать, чтобы судебный корпус в целом отражал состав южноафриканского общества по расе и полу». Это норма представляет собой ответ на наследие апартеида, когда почти все судьи были белыми мужчинами. Тем не менее ученые подчас критикуют ее, поскольку трудно соблюсти баланс между профессиональной компетентностью и политикой репрезентативности[616].

С одной стороны, новая модель, возникшая после 1996 г., позволила в течение первых двух десятилетий радикально изменить демографический облик судебной системы, сделав ее более представительной. С другой стороны, юристы и ученые отмечают, что политическое влияние в *JSC* может вести к рискам «выбора судей исходя из их лояльности» вместо чисто профессиональных критериев. В частности, решение о продвижении судей на более высокие должности нередко становилось предметом политической полемики[617].

В ЮАР создана *Office of the Chief Justice* (*OCJ*) — структура, которая обеспечивает административную независимость судов. Раньше этим занимался Минюст, в связи с чем нередко суды критиковались за зависимость от исполнительной власти. *OCJ* подчеркивает институциональную автономию

---

[614] Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Civil Procedure // Introduction to the Law of South Africa / Ed. C.G. Van der Merwe, J.E. du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004. — P. 128.

[615] Van der Merwe C.G. The Republic of South Africa, in: Introduction to the Law of South Africa / Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. et al. — Cambridge University Press, 2004. — P. 22–23.

[616] Dugard J. Courts and the Poor in South Africa : A critique of systemic judicial failures to advance transformative justice / J. Dugard // South African Journal on Human Rights. — 2008. — Vol. 24(2). — P. 214–238.

[617] Dugard J. Op. cit. P. 214–238.

судебной власти (ст. 165 Конституции: «судебная власть независима и подчиняется только Конституции и закону»).

Таким образом, судебная система ЮАР сочетает четкую иерархию с многообразием институциональных форм. Она ориентирована на доступность правосудия через магистратские и суды малых исков, на защиту конституционных ценностей — через Конституционный суд и на разрешение специализированных вопросов — через отдельные судебные органы. Благодаря этому система выполняет двойную функцию: обеспечивает единообразное применение права по всей стране и одновременно служит инструментом реализации демократических и социально-экономических целей, заложенных в Конституции 1996 года.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Избранная методология показала свою эффективность и позволила достичь поставленной цели.

В рамках настоящего исследования предложено понимать смешанные правовые системы в узком и широком смыслах. В соответствии с первым значением они представляют собой системы, находящиеся исключительно под влиянием англо-американского и романо-германского права, тогда как широкий смысл заключается в учете большего количества элементов смешения. Все смешанные правовые системы объединяет, во-первых, особый исторический путь развития, во-вторых, многообразие источников права, в-третьих, конфликтность и коллизионность элементов смешанных правовых систем.

Выявлено, что при рассмотрении смешанных правовых систем надлежит руководствоваться методологией, основанной на многомерном эмпирическом анализе, учитывать культурные переменные наряду с экономическими и институциональными, а также методологически, теоретически и содержательно увязывать сравнительно-правовые исследования с глобальными проблемами и тенденциями.

В результате исследования удалось установить, что южноафриканская правовая система демонстрирует уникальность не только в сравнении с классическими романо-германской или англо-американской системами, но и в рамках всей группы смешанных систем. Ее методологический анализ подтверждает, что категории «смешанности» не сводятся лишь к простому заимствованию норм: в ЮАР происходит органическое переплетение правовых традиций, формирующее целостный, хотя и внутренне противоречивый порядок.

Разбор понятия смешанных правовых систем позволил сделать вывод, что южноафриканская модель служит примером устойчивого функционирования правопорядка, в котором исторические слои не уничтожают друг друга, а сосуществуют в динамическом равновесии. Эта «многослойность» делает систему восприимчивой к внешним влияниям и в то же время сохраняет ее оригинальные

черты, что важно для понимания эволюции национального права в условиях глобализации.

Особое значение приобретает выявленный методологический подход: анализ правовой системы ЮАР требует выхода за пределы привычных дихотомий «континентальное — общее право». Здесь подтверждается тезис о том, что категория «смешанности» — это не промежуточное явление, а самостоятельная модель, обладающая внутренней логикой и способная к воспроизводству собственных правовых институтов.

История становления южноафриканской государственности начинается с основания Капской колонии голландцами в середине XVII века. С первых десятилетий здесь формировался особый правовой и культурный слой: в качестве основы использовалось римско-голландское право, адаптированное к новым условиям. После перехода колонии под контроль Великобритании в начале XIX века усилилось влияние английского права, особенно в процессуальной сфере и публично-правовых институтах. Британское владычество не только изменило правовую систему, но и усилило социально-политические противоречия, заложив предпосылки будущих конфликтов между различными этническими и культурными группами.

К середине XX века Южная Африка уже обладала формальными признаками независимости: в 1910 году был создан Южно-Африканский Союз, а в 1961 году страна провозглашена республикой. Однако именно апартеид стал определяющей характеристикой ее политического и правового устройства в этот период. Система расовой сегрегации, закрепленная законом, ограничивала права большинства населения и закрепляла господство белого меньшинства. Противоречия между юридическим равенством, провозглашенным в западных правовых традициях, и реальностью дискриминации привели к углублению кризиса. К 1980-м годам апартеид оказался неустойчивым: усилившееся международное давление, внутренняя борьба и экономические проблемы создали условия для его демонтажа. Именно в начале 1990-х годов начался переход к демократическому государству,

который ознаменовался принятием Временной Конституции 1993 года и закреплением новых принципов в Конституции 1996 года.

Важнейший этап в этом процессе связан с принятием Конституции 1993 года (временной), а затем Конституции 1996 года (постоянной). Эти акты не просто обозначили конец апартеидной эпохи, но и стали инструментом глубокой правовой трансформации, задав новые ценностные ориентиры, закрепив права человека и установив приоритет конституционного контроля.

Современная правовая система ЮАР характеризуется влиянием различных традиций на частное и публичное право. В области частного права сохраняется сильная опора на романо-голландские конструкции, дополненные английскими категориями, тогда как в публичном праве решающую роль играют англо-американские модели и современные конституционные стандарты. Этот дуализм усиливает уникальность системы и демонстрирует ее способность удерживать баланс между различными правовыми пластами.

Анализ источников права выявил особое значение обычного африканского права. Оно продолжает играть значительную роль, особенно в сфере семейных и наследственных отношений. Включение обычного права в систему источников на конституционном уровне свидетельствует о стремлении к сохранению самобытности и признанию правового плюрализма как ценности.

Суды ЮАР выступают главным гарантом функционирования этой сложной системы. Конституционный суд, Верховный апелляционный суд, Высшие суды, а также система нижестоящих и специализированных судов обеспечивают применение норм, источником которых служат как западные правовые традиции, так и африканское обычное право, при этом Конституция находится на вершине иерархии. Таким образом, судебная система ЮАР воплощает в себе ключевые черты правового плюрализма и обеспечивает единство права в условиях его внутренней многослойности.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

Нормативно-правовые источники:

1. Конституция Южно-Африканской Республики: принята 8 мая 1996 г., вступ. в силу 4 февр. 1997 г. [Электронный ресурс] // Constitution of the Republic of South Africa, 1996. — Pretoria : Government of South Africa, 1996. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/chp08.html (дата обращения: 26.08.2025).

2. Концепция участия Российской Федерации в объединении БРИКС (утв. Президентом РФ) [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

3. ГКИНП-14-137-81. Руководящий технический материал по созданию политических карт мира и материков, политико-административных карт регионов и отдельных государств (утв. и введен в действие Приказом ГУГК СССР от 02.02.1981 N 35п) [Электронный ресурс]. — URL: https://meganorm.ru/mega_doc/norm/perechen/5/gkinp-14-137-81_rukovodyashchiy_tekhnicheskiy_material_po.html (дата обращения: 16.02.20026).

4. Art. 17 of the Republic of South Africa Constitution Act [Электронный ресурс]. — URL: https://www.gov.za/documents/republic-south-africa-constitution-act-110-1983#:~:text=6.,vested%20in%20the%20State%20President (дата обращения: 05.02.2026).

5. Art. 30 of the Republic of South Africa Constitution Act [Электронный ресурс]. — URL: https://www.gov.za/documents/republic-south-africa-constitution-act-110-1983#:~:text=6.,vested%20in%20the%20State%20President (дата обращения: 16.02.20026).

6. Art. 32 of the Republic of South Africa Constitution Act [Электронный ресурс]. — URL: https://www.gov.za/documents/republic-south-africa-constitution-act-110-1983#:~:text=6.,vested%20in%20the%20State%20President (дата обращения: 05.02.2026).

7. Art. 6 of the Republic of South Africa Constitution Act [Электронный ресурс]. — URL: https://www.gov.za/documents/republic-south-africa-constitution-act-

110-1983#:~:text=6.,vested%20in%20the%20State%20President (дата обращения: 05.02.2026).

8. Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) [1996] ZACC 26; 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC); (1996) 17 ILJ 821 (CC) (6 September 1996) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/26.html (дата обращения: 05.02.2026).

9. Colonial Archives, The Hague, 3969, Vol. 1657: Political Resolution of February 21, 1657.

10. Companies Act 71 of 2008 : закон Южно-Африканской Республики от 9 апреля 2009 г. (с изм. и доп.) [Электронный ресурс]. — Доступ из справ.-правовой системы SAFLII. — URL: https://www.saflii.org/za/legis/consol_act/ca2008107.pdf (дата обращения: 10.02.2026).

11. Constitution of the Republic of South Africa. Act 108 of 1996 [Электронный ресурс]. — Pretoria : Government Printer, 1996. — URL: https://www.gov.za/sites/default/files/images/a108-96.pdf (дата обращения: 05.02.2026).

12. Republic of South Africa. Competition Act 89 of 1998: as amended [Электронный ресурс]. — Pretoria : Government Printer, 1998. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/acts/1998-089.pdf (дата обращения: 26.08.2025).

13. Republic of South Africa. Electoral Commission Act 51 of 1996: Section 20 [Электронный ресурс]. — LawLibrary. — URL: https://lawlibrary.org.za/akn/za/act/1996/51/eng%402024-05-08/provision/chp_5__sec_20 (дата обращения: 10.02.2026).

14. Republic of South Africa. Financial Intelligence Centre Act 38 of 2001 (FICA) [Электронный ресурс] // Government Gazette. Vol. 440, No. 22838. — Pretoria : Government Printer, 2001. — URL: https://www.gov.za/documents/financial-intelligence-centre-act (дата обращения: 22.08.2025).

15. Republic of South Africa. Labour Relations Act 66 of 1995: as amended. — Pretoria: Government Printer, 1995 [Электронный ресурс]. — URL:

https://www.justice.gov.za/legislation/acts/1995-066.pdf (дата обращения: 26.08.2025).

16. Republic of South Africa. Magistrates' Courts Act 32 of 1944: as amended. — Pretoria: Government Printer, 1944 [Электронный ресурс]. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/acts/1944-032-magistrates-courts.pdf (дата обращения: 26.08.2025).

17. Republic of South Africa. Prevention and Combating of Corrupt Activities Act 12 of 2004 (PRECCA) [Электронный ресурс] // Government Gazette. Vol. 463, No. 26311. — Pretoria: Government Printer, 2004. — URL: https://www.gov.za/documents/prevention-and-combating-corrupt-activities-act (дата обращения: 22.08.2025).

18. Republic of South Africa. Prevention of Organised Crime Act 121 of 1998 (POCA) [Электронный ресурс] // Government Gazette. — Vol. 402, No. 19553. — Pretoria : Government Printer, 1998. — URL: https://www.gov.za/documents/prevention-organised-crime-act (дата обращения: 22.08.2025).

19. Republic of South Africa. Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000 [Электронный ресурс] // Government Gazette. — Vol. 416, No. 20853. — Pretoria : Government Printer, 2000. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/acts/2000-003.pdf (дата обращения: 22.08.2025).

20. Republic of South Africa. Restitution of Land Rights Act 22 of 1994: as amended. — Pretoria: Government Printer, 1994 [Электронный ресурс]. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/acts/1994-022.pdf (дата обращения: 26.08.2025).

21. Republic of South Africa. The Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993 (Interim Constitution) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.justice.gov.za/trc/legal/sacon93.htm (дата обращения: 16.08.2025).

22. Republic of South Africa. Traditional Courts Bill [B1–2017] [Электронный ресурс]. — Pretoria : Government Printer, 2017. — URL:

https://www.justice.gov.za/legislation/bills/2017-TraditionalCourtsBill.pdf (дата обращения: 26.08.2025).

23. Sec. 8,9 of the Constitution. 1961 [Электронный ресурс]. — URL: https://en.wikisource.org/wiki/Republic_of_South_Africa_Constitution_Act,_1961 (дата обращения: 16.02.20026).

24. The Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993 (Interim Constitution) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.justice.gov.za/trc/legal/sacon93.htm (дата обращения: 16.08.2025).

Судебная практика:

25. Alexkor Ltd and Another v Richtersveld Community and Others (CCT19/03) [2003] ZACC 18; 2004 (5) SA 460 (CC); 2003 (12) BCLR 1301 (CC) (14 October 2003) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2003/18.html (дата обращения: 05.02.2026).

26. Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others (CCT17/96) [1996] ZACC 16; 1996 (8) BCLR 1015; 1996 (4) SA 672 (25 July 1996) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/16.html (дата обращения: 05.02.2026).

27. Bhe and Others v Khayelitsha Magistrate and Others (CCT 49/03) [2004] ZACC 17; 2005 (1) SA 580 (CC); 2005 (1) BCLR 1 (CC) (15 October 2004) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/17.html (дата обращения: 05.02.2026).

28. Campbell v. Hall (1774) Lofft 655, 98 ER 848; 1 Cowp 204.

29. Du Plessis and Others v De Klerk and Another [1996] ZACC 10 (15 May 1996) [Электронный ресурс]. — URL: https://lawlibrary.org.za/akn/za/judgment/zacc/1996/10/eng@1996-05-15 (дата обращения: 12.11.20025).

30. Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd (CCT 105/10) [2011] ZACC 30; 2012 (1) SA 256 (CC); 2012 (3) BCLR 219 (CC) (17

November 2011) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2011/30.html (дата обращения: 05.02.2026).

31. Fredericks v MEC for Education and Training, Eastern Cape 2002 (2) SA 693 (CC) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2001/6.html (дата обращения: 10.02.2026).

32. Legator McKenna INC and Another v Shea and Others (143/08) [2008] ZASCA 144; 2010 (1) SA 35 (SCA) ; [2009] 2 All SA 45 (SCA) (27 November 2008) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2008/144.html?utm_source=chatgpt.com (дата обращения: 05.02.2026).

33. Lesapo v North West Agricultural Bank and Another (CCT23/99) [1999] ZACC 16; 2000 (1) SA 409; 1999 (12) BCLR 1420 (16 November 1999) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/16.html (дата обращения: 10.02.2026).

34. Mahlangu and Another v Minister of Labour and Others (CCT306/19) [2020] ZACC 24; 2021 (1) BCLR 1 (CC); [2021] 2 BLLR 123 (CC); (2021) 42 ILJ 269 (CC); 2021 (2) SA 54 (CC) (19 November 2020) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2020/24.html (дата обращения: 05.02.2026).

35. MEC for the Department of Welfare v Kate (580/04) [2006] ZASCA 49; 2006 (4) SA 478 (SCA) ; [2006] 2 All SA 455 (SCA) (30 March 2006) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2006/49.html (дата обращения: 05.02.2026).

36. Minister of Justice and Constitutional Development and Others v Southern African Litigation Centre and Others (867/15) [2016] ZASCA 17; 2016 (4) BCLR 487 (SCA); [2016] 2 All SA 365 (SCA); 2016 (3) SA 317 (SCA) (15 March 2016) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2016/17.html (дата обращения: 05.02.2026).

37. Minister van Polisie v Ewels [1975] ZASCA 2 (23 May 1975) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/1975/2.html (дата обращения: 05.02.2026).

38. National Commissioner of The South African Police Service v Southern African Human Rights Litigation Centre and Another (CCT 02/14) [2014] ZACC 30; 2015 (1) SA 315 (CC); 2015 (1) SACR 255 (CC); 2014 (12) BCLR 1428 (CC) (30 October 2014) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=National+Commissioner+of+the+SAPS+v.+Southern+African+Human+Rights+Litigation+Centre+(SALC)+(2014)+&ie=UTF-8&oe=UTF-8 (дата обращения: 05.02.2026).

39. President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others (CCT16/98) [1999] ZACC 11; 2000 (1) SA 1; 1999 (10) BCLR 1059 (10 September 1999) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/11.html (дата обращения: 05.02.2026).

40. Republic of South Africa. Constitutional Court. Government of the Republic of South Africa v Grootboom 2001 (1) SA 46 (CC) [Электронный ресурс]. — Johannesburg : Constitutional Court of South Africa, 2000. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html (дата обращения: 26.08.2025).

41. Republic of South Africa. Constitutional Court. Minister of Health v Treatment Action Campaign (No. 2) 2002 (5) SA 721 (CC) [Электронный ресурс]. — Johannesburg : Constitutional Court of South Africa, 2002. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/15.html (дата обращения: 26.08.2025).

42. S v Coetzee and Others (CCT50/95) [1997] ZACC 2; 1997 (4) BCLR 437; 1997 (3) SA 527 (6 March 1997) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/2.html (дата обращения: 05.02.2026).

43. S v Makwanyane and Another (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html (дата обращения: 05.02.2026).

44. S v Williams and Others (CCT20/94) [1995] ZACC 6; 1995 (3) SA 632 ; 1995 (7) BCLR 861 (CC) (9 June 1995) [Электронный ресурс]. — URL: http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/6.html (дата обращения: 05.02.2026).

45. Sachs v. Minister of Justice 1934 AD at 40.

46. Sanderson v Attorney-General, Eastern Cape (CCT10/97) [1997] ZACC 18; 1997 (12) BCLR 1675; 1998 (2) SA 38 (2 December 1997) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/18.html (дата обращения: 05.02.2026).

47. Schermbrucker v. Klindt, N.O. 1965 (4) AD 606 (A) at 619.

48. Watson NO v Ngonyama and Another : решение Верховного апелляционного суда ЮАР от 10 июня 2021 г. № ZASCA 74 [Электронный ресурс]. — Доступ из справ.-правовой системы SAFLII. URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2021/74.html (дата обращения: 01.08.2025).

Научная литература на русском языке:

49. Аджемоглу Д. Почему одни страны богатые, а другие бедные / Д. Аджемоглу. — Москва : АСТ, 2024.

50. Азарова И.А. Сравнительно-правовой анализ правовых систем Шотландии и южной Африки / И.А. Азарова // Юридический вестник Кубанского государственного университета. — 2015. — № 2. — С. 4–7.

51. Алиев Р.А. Структура органов государственной власти и местного самоуправления в Южно-Африканской Республике / Р.А. Алиев // Вестник Московского университета МВД России. — 2018. — № 4. — С. 141–144.

52. Арановский К.В. В преддверии сравнительного правоведения / К.В. Арановский // Правоведение. — 1998. — № 2. — С. 63.

53. Бадаева Н.В. Вещно-правовые институты в гражданском праве ЮАР / Н.В. Бадаева // Вестник российского университета кооперации. — 2017. — № 1. — С. 81–87.

54. Баранова Ю.О. Методологические правила видового сравнения правовых объектов / Ю.О. Баранова // Вопросы современной юриспруденции : сб. ст. по материалам XX Междунар. науч.-практ. конф. — Новосибирск, 2013.

55. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель ; под общ. ред. В.И. Даниленко ; пер. с фр. Г.В. Чуршукова. — Москва, 2000.

56. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г.Дж. Берман. — Москва, 1998.

57. Бжезинский З. Великая шахматная доска / З. Бжезинский. — Москва : АСТ, 2025.

58. Варламова Н.В. Предмет, цели и принципы сравнительно-правовых исследований / Н.В. Варламова // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. — 2014. — №1.

59. Гладун Е.Ф. Индигенизация конституционных ценностей (на примере концепции «убунту» Южно-Африканской Республики) / Е.Ф. Гладун // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». — 2022. — Т. 22, № 3. — С. 95–103.

60. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. — Москва, 1988.

61. Денисенко В.В. Типология смешанных правовых систем / В.В. Денисенко, Е.Н. Трикоз // Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2018. — № 2(42).

62. Жуков Д.А. ЮАР : полная история страны / Д.А. Жуков. — Москва : АСТ, 2024.

63. Ильин А.И. Конституция ЮАР 1996 года и права человека и гражданина / А.И. Ильин // Московский журнал международного права. — 2003. — № 2.

64. Караганов С.А. Поворот на Восток / С.А. Караганов, И.А. Макаров // Журнал Сибирского федерального университета. Серия: Гуманитарные науки. — 2015. — Т. 8. — С. 6–10.

65. Ковалевский М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права / М. Ковалевский. — Москва, 1880.

66. Комлев Е.Ю. Правовые основы организации судебной системы в Южно-Африканской Республике / Е.Ю. Комлев, В.В. Конюхов // Образование. Наука. Научные кадры. — 2024. — № 3. — С. 29–33.

67. Кораблева А.Е. Правовые меры против политики апартеида и его последствий в ЮАР / А.Е. Кораблева // Океанский менеджмент. — 2024. — № 1С(23). — С. 40–42.

68. Куракин Ю.М. Апартеид и его влияние на правовую систему Южно-Африканской Республики / Ю.М. Куракин // Право и управление. XXI век. – 2026. – Т. 22. – № 1(78). – С. 82-90.

69. Куракин Ю.М. Конституционные основы трансформации правовой системы южно-Африканской Республики в постапартеидный период / Ю.М. Куракин // Образование и право. – 2025. – № 12. – С. 695-702;

70. Куракин Ю.М. Смешанные правовые системы: анализ на примере ЮАР / Ю.М. Куракин // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2026. – № 1. – С. 102-104;

71. Левакин И.В. Философско-правовая антропология: диалектика homo juridicus / И.В. Левакин // Журнал российского права. — 2024. — N 11. — С. 5–18.

72. Малиновский А. А. Источники права Южно-Африканской Республики // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2025. — № 2. — С. 28–38.

73. Малиновский А.А. Права человека в Южной Африке сквозь призму решений Конституционного Суда ЮАР // Вестник Московского университета МВД России. — 2024. — № 6. — С. 75–80.

74. Малиновский А.А. Методология сравнительного правоведения / А.А. Малиновский // Вестник Университета МГЮА им. О.Е. Кутафина. — 2016. — № 3.

75. Малиновский А.А. Роль юрислингвистики в сравнительно-правовом исследовании / А.А. Малиновский // Актуальные проблемы сравнительного правоведения = Contemporary Issues of Comporative Law : сб. статей. Вып. 1 / отв. ред. А.А. Малиновский, Е.Н. Трикоз. — Москва, 2020. — С. 5–13.

76. Малиновский А.А. Сравнительное правоведение и юрислингвистика: методологическое взаимообогащение / А.А. Малиновский // Актуальные проблемы зарубежного и российского права / под общ. ред. В.В. Блажеева, М.А. Егоровой. — Москва, 2022.

77. Малиновский А.А. Юридический перевод как способ сравнительного исследования уголовного права / А.А. Малиновский // Международное уголовное право и международная юстиция. — 2016. — № 2. — С. 10–14.

78. Маммадов У.Ю. Некоторые вопросы теории и практики признания государств в современном международном праве / У.Ю. Маммадов // Российский юридический журнал. — 2012. — N 6. — С. 69–79.

79. Маркова-Мурашова С.А. Смешанные правовые системы / С.А. Маркова-Мурашова // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. — 2006. — № 1(29). — С. 24–31.

80. Марченко М.Н. Государство и право в условиях глобализации / М.Н. Марченко. — Москва, 2009.

81. Марченко М.Н. Правовые системы современного мира / М.Н. Марченко. — Москва : Зерцало-М, 2015.

82. Международное право : общая часть : учебник / Г.Я. Бакирова, П.Н. Бирюков, Р.М. Валеев и др. ; отв. ред. Р.М. Валеев, Г.И. Курдюков. — Москва : Статут, 2011.

83. Напалкова И.Г. Национальные правовые системы: понятие и классификация / И.Г. Напалкова // Российский юридический журнал. — 2021. — № 1. — С. 46–53.

84. Нгуен К.З. Семья и право — основа современного государства (на примере Социалистической Республики Вьетнам) / К.З. Нгуен, Е.Г. Багреева // Семейное и жилищное право. — 2024. — N 3.

85. Нерсесянц В.С. Сравнительное правоведение в системе юриспруденции / В.С. Нерсесянц // Государство и право. — 2001. — № 6. — С. 5–15.

86. Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: общая и особенная части : учеб.-практ. Пособие / К. Осакве. — 2-е изд., перераб. и доп. — Москва : Дело, 2002.

87. Полдников Д.Ю. Сравнительная история зарубежного права : учебник : в 2 т. Т. II. Современные правовые традиции / Д.Ю. Полдников. — Москва : Норма, 2025. — 624 с.

88. Потехин И.И. Аормирование национальной общности южно-африканских банту / И.И. Потехин. — Москва, 1955.

89. Рид Э. Эволюция шотландского права как смешанной правовой системы / Э. Рид // Вестник гражданского права. 2015. — № 4.

90. Рудоквас А.Д. Сосуществование и гармонизация различных правовых традиций Южной Африки / А.Д. Рудоквас, Ф.Дж. Томас // Правоведение. — 2023. — Т. 67, № 2. — С. 115–136.

91. Рыжкова Е.А. Становление и развитие права стран Африканского континента: общие вопросы / Е.А. Рыжкова // Право между Востоком и Западом. — 2024. — № 1.

92. Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности / А.Х. Саидов. — Ташкент, 1988; Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов. — Москва, 1993.

93. Слыщенков В.А. Методы сравнительного правоведения / В.А. Слыщенков // Проблемы постсоветской теории и философии права: перспективы свободного общества : сб. статей. — Москва : Юрлитинформ, 2018. — С. 260–261.

94. Стрельникова А.В. Влияние норм и принципов шариата на формирование коллегии арбитров на примере Саудовской Аравии и Малайзии / А.В. Стрельникова // Третейский суд. — 2023. — N 3/4. — С. 124–142.

95. Суханов В.И. «Революция гвоздик» в Португалии : страницы истории / В.И. Суханов. — Москва : Мысль, 1983.

96. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право / Е.А. Суханов. — 2-е изд., стереотип. — Москва : Статут, 2016.

97. Торкунов А.В. Российская политика поворота на Восток : проблемы и риски [Электронный ресурс] / А.В. Торкунов, Д.В. Стрельцов // РСМД. — URL: https://russiancouncil.ru/analytics-and-comments/comments/rossiyskaya-politika-povorota-na-vostok-problemy-i-riski/ (дата обращения: 02.02.20026).

98. Третьяков С.В. К проблеме использования исторической аргументации в цивилистической догматике / С.В. Третьяков // Неволин К.А. История российских гражданских законов. Часть первая: Введение и книга первая о союзах

семейственных. — Москва : Статут, 2005. — («Классика российской цивилистики»).

99. Трикоз Е.Н. Гибридные правовые системы и их место в смешанном правовом семействе / Е.Н. Трикоз // Вестник университета имени О.Е. Кутафина. — 2017. — № 4. — С. 91–97.

100. Трикоз Е.Н. Роль компаративистики в становлении смешанной правовой системы Японии / Е.Н. Трикоз // Правоведение. — 2023. — Т. 67, № 2.

101. Хантингтон С. Столкновение цивилизаций / С. Хантингтон [перевод с английского Т. Велимеева]. — Москва : АСТ, 2021.

102. Цвайгерт К. Сравнительное частное право: в 2 т. Т. 1: Основы. Т. 2: Договор : неосновательное обогащение : деликт : пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — Москва : Международные отношения, 2010.

103. Цвайгерт К. Сравнительное частное право: в 2 т. Т. 1: Основы. Т. 2: Договор : неосновательное обогащение : деликт : пер. с нем. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — Москва : Международные отношения, 2010.

104. Честнов И.Л. Постклассическая теория права : монография / И.Л. Честнов. — Санкт-Петербург : Алеф-Пресс, 2012.

105. Шепталин А.А. Об истоках права с позиций юридической антропологии / А.А. Шепталин // Журнал российского права. — 2022. — N 3. — С. 35–47.

106. Шершеневич Г.Ф. Избранное: в 6 т. Т. 4 включая Общую теорию права / Г.Ф. Шершеневич ; вступ. слово, сост. П.В. Крашенинников. — Москва : Статут, 2016.

107. Ястребова И.П. Расовая дискриминация — основной принцип политики реакционных правительств Южной Африки : Ее формы и важнейшие социальные и политические аспекты / И.П. Ястребова. — Москва : Институт Африки, 1970. — 36 с.

Научная литература на иностранных языках:

108. Anderson M.R. Blue Berg: Britain Takes the Cape : an Account of the 1806 Battle of Blaauwberg and the Participants as Well as the Causes Leading Up to This, the Second Occupation of the Cape by the British / M.R. Anderson. — M.R.D. Anderson, 2008.

109. Andò B. As Slippery as an Eel? Comparative Law and Polyjural Systems / B. Andò // Palmer V.V., Mattar M.Y. Mixed Legal Systems, East and West (1st ed.). — Routledge, 2015.

110. Bennett T.W. Human Rights and African Customary Law / T.W. Bennett. — 2nd ed. — Cape Town : Juta, 1998.

111. Bois F. Introduction: History, System and Sources / F. Bois // Introduction to the Law of South Africa / ed. C.G. van der Merwe, Jacques E. du Plessis. — Kluwer Law International.

112. Botha H. The Values and Principles Underlying the 1993 Constitution / H. Botha // South African Journal on Human Rights. — 1994. — Vol. 10, № 2. — P. 240–243.

113. Cameron E. Constructive Trusts in South African Law : The Legacy Refused / E. Cameron // Edinburgh Law Review. — 1999. — Vol. 3, № 3. — P. 341–360.

114. Chaskalson A. Constitutional Law of South Africa / A. Chaskalson et al. — Juta, 1996.

115. Coniglio R. Methods of judicial decision-making and the rule of law: the case of apartheid South Africa/ R. Coniglio // Boston University International Law Journal. — 2012. — Vol. 30.

116. Corder H. Judges at Work: The Role and Attitudes of the South African Appellate Judiciary 1910–1950 / H. Corder. — Juta, 1984.

117. Corder H. Law and Transformation in South Africa / H. Corder. — Cambridge : Cambridge University Press, 2000.

118. Cruz P.A. Modern Approach to Comparative Law / P.A. Cruz. — Boston, 1993.

119. Davies R. The New Constitution and the Future of South Africa's Legal System / R. Davies // South African Law Journal. — 1995.

120. Davis D.M. Is the South African Constitution an obstacle to a democratic post-colonial state? / D.M. Davis // South African Journal on Human Rights. — 2018. — Vol. 34, no. 3. — P. 359–374.

121. Devenish G.E. The Doctrine of Precedent in South Africa / G.E. Devenish // Obiter. — 2007. — Vol. 28, no. 1. — P. 21–34.

122. Dladla N. The liberation of history and the end of South Africa: some notes towards an Azanian historiography in philosophy / N. Dladla // South African Journal on Human Rights. — 2018. — Vol. 34, no. 3. — P. 342–366.

123. Douthwaite G. South Africa and the Law / G. Douthwaite // Hastings Law Journal. — 1960. — Vol. 11(4). — P. 405–428.

124. Du Plessis L. Re-interpretation of Statutes / L. Du Plessis. — Butterworths, 2002.

125. Du Toit P. The 1983 constitution of South Africa — towards democracy or not? / P. Du Toit, C. Heymans // Politikon: South African Journal of Political Studies. — 1985. — Vol. 12(2).

126. Dugard J. Courts and the Poor in South Africa : A critique of systemic judicial failures to advance transformative justice / J. Dugard // South African Journal on Human Rights. — 2008. — Vol. 24(2). — P. 214–238.

127. Dugard J. International Law and the South African Constitution / J. Dugard // European Journal of International Law. — 1997. — Vol. 8. — P. 77–92.

128. Dyzenhaus D. Judging the Judges, Judging Ourselves: Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order / D. Dyzenhaus. — Hart Publishing, 2003.

129. Ebrahim H. Creating the Birth Certificate of a New South Africa: Constitution Making after Apartheid / H. Ebrahim, L.E. Miller // Framing the State in Times of Transition. — Washington, DC: United States Institute of Peace. — 2010. — Chapter 5.

130. Fine B. The Political Economy of South Africa: From Minerals-Energy Complex to Industrialisation / B. Fine, Z. Rustomjee. — London : Hurst, 1996.

131. Fombad C.M. Constitutional Reforms and Constitutionalism in Africa: Reflections on Some Current Challenges and Future Prospects / C.M. Fombad // African Human Rights Law Journal. — 2011.

132. Fombad C.M. Mixed Systems in Southern Africa: Divergences and Convergences / C.M. Fombad // Tulane European and Civil Law Forum. — 2010. — Vol. 25.

133. Giliomee H. The Afrikaners: biography of a people / H. Giliomee. — London : Hurst & Company. 2003.

134. Hahlo H.R. The South African legal system and its background / H.R. Hahlo, E. Kahn. — Cape Town, Wynberg [etc.] Juta, 1968.

135. Hahlo H.R. The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution / H.R. Hahlo, E. Kahn. — London : Cape Town, 1960.

136. Hyam R. African Interests and the South Africa Act, 1908–1910 / R. Hyam // The Historical Journal. — 1970. — 13(1). P. 85–105.

137. Jisheng X. Evolution of South Africa's Racist Constitutions and the 1983 Constitution / X. Jisheng // A Journal of Opinion. — 1987. — Vol. 16, No. 1.

138. Klug H. The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis / H. Klug // Comparative Constitutional Law and Policy. — Cambridge University Press, 2010.

139. Lipton M. Capitalism and Apartheid: South Africa. 1910–1984 / M. Lipton. — Rowman and AIlanheld, Totowa, N.J., 1985.

140. Lowenberg A. An Economic Theory of Apartheid / A. Lowenberg // Economic Inquiry. — 1989. — P. 57–74.

141. Lowenberg A. Why South Africa's Apartheid Economy Failed / A. Lowenberg // Contemporary Economic Policy. — 1997. — Vol. 15.

142. Madlingozi T. South Africa’s first black lawyers, amaRespectables and the birth of evolutionary constitutionalism (book review) / T. Madlingozi // South African Journal on Human Rights. — 2018. — Vol. 34, no. 3. — P. 517–529.

143. Maimela C. The Role and Importance of African Customary Law in the 21st Century South Africa [Электронный ресурс] / C. Maimela // SSRN Electronic Journal.

— 2019. — DOI: 10.2139/ssrn.3409065. — URL: https://ssrn.com/abstract=3409065 (дата обращения: 22.08.2025).

144. Martz J. Comparing Similar Countries. Problems of Conceptualization and Comparability in Latin America / J. Martz // Comparing Nations: Concepts, Strategies, Substance / M. Dogan, Kasancigil. — Oxford, UK; Cambridge, USA: Blackwell, 1994.

145. Mattei U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems / U. Mattei // The American Journal of Comparative Law. — 1997. —Vol. 45, No. 1. — P. 5–44.

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

147. Modiri J.M. Introduction to special issue: conquest, constitutionalism and democratic contestations / J. Modiri // South African Journal on Human Rights. — 2018. — Vol. 34, no. 3. — P. 295–299.

148. Moseneke D. The Fourth Branch: The Role of the Judiciary in the Enforcement of Human Rights in South Africa / D. Moseneke // Human Rights Quarterly. — 2009.

149. Örücü E. Approaching public law as a “mixed system” / E. Örücü // Juridical Review. — 2002. — Vol. 2.

150. Örücü E. Mixed and mixing systems: A conceptual search, in Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing / E. Örücü ; ed. by E. Örücü, E. Attwooll, S. Coyle. — The Hague: Kluwer, 1996.

151. Örücü E. What is a mixed legal system: Exclusion or expansion / E. Örücü // Electronic Journal of Comparative Law. — 2008. —Vol. 12(1).

152. Palmer V. Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family / V. Palmer. — Cambridge University Press, 2012. — P. 7.

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

154. Rao N. Three Concepts of Dignity / N. Rao // Notre Dame Law Review. — 2013. — Vol. 86, № 1. — P. 183–271.

155. Rautenbach C. Introduction to Legal Pluralism in South Africa / C. Rautenbach, J.C. Bekker // Journal of African Law. — 2008.

156. Rautenbach C. South Africa: Teaching an “Old Dog” New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995–2010) / C. Rautenbach // The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges / ed. T. Groppi, M.-C. Ponthoreau. — Oxford : Hart Publishing, 2013. — P. 199–223.

157. Reid K.G.C. The Idea of Mixed Legal Systems / K.G.C. Reid // Tulane Law Review. — 2003. — Vol. 78.

158. Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law / R. Sacco // American Journal of Comparative Law. — 1991. — № 39. — P. 343–401.

159. Sachs A. Law and Justice in South Africa / A. Sachs. — World. — 1973.

160. Sachs A. Towards a Bill of Rights for South Africa / A. Sachs // Journal of African Law. — 1991. — Vol. 35, № 1–2. — P. 24–26.

161. Sarkin J. The Effect of Constitutional Borrowings on the Drafting of South Africa's Bill of Rights and Interpretation of Human Rights Provisions / J. Sarkin // University of Pennsylvania Journal of International Law. — 1998. — Vol. 20, No. 2. — P. 242–244.

162. Sinzheimer H. Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft / H. Sinzheimer. — München : M. Rieger (G. Himmer), 1909. — S. 27.

163. Smith T.B. The Preservation of the Civilian Tradition in Mixed Jurisdictions / T.B. Smith // University of Puerto Rico Law Journal. — 1966. — Vol. 35. — P. 2–3.

164. Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa / R. Zimmermann, D.P. Visser (eds.). — Cape Town ; Oxford : Juta; Oxford University Press, 1996. — P. 51.

165. Sutherland Ph. Companies and Other Business Entities / Ph. Sutherland // Introduction to the Law of South Africa ; ed. C.G. Van der Merwe, J.E. du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004.

166. Van den Berghe Pierre L. The ethnic phenomenon / Pierre L. van den Berghe. — New York : Elsevier; Westport, Ct. : Greenwood Press,1981.

167. Van der Merwe C. The origin and characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalization / C. Van der Merwe // Fundamina : A Journal of Legal History. — 2012. — 18(1).

168. Van der Merwe C. The Republic of South Africa / C.G. Merwe et al. // Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family / V.V. Palmer (Ed.). — Cambridge : Cambridge University Press.

169. Van der Merwe C.G. Introduction to the Law of South Africa / C. G. Van der Merwe, J.E. Du Plessis. — The Hague : Kluwer Law International, 2004.

170. Van der Merwe C.G. The origin and Characteristics of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance in globalisation / C.G. Van der Merwe // Fundamina. — 2012. — Vol. 18(1).

171. Van der Merwe C.G. The Origin and Characteristics of the Mixed Legal Systems of South Africa and Scotland and their Impact on Legal Development / C.G. Van der Merwe. — Edinburgh : Edinburgh University Press, 2012.

172. Van der Merwe C.G., Du Plessis J.E. Civil Procedure // Introduction to the Law of South Africa / Ed. C.G. Van der Merwe, J.E. du Plessis. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law International, 2004.

173. Van der Vyver J. Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika / J. van der Vyver. — Johannesburg : Perskor, 1984.

174. Walton F.P. The Scope and Interpretation of the Civil Code / F.P. Walton. — Toronto : Butterworth’s, 1980.

175. Webster A. The constitutional present as a colonial artefact / A. Webster // South African Journal on Human Rights. — 2018. — Vol. 34, no. 3. — P. 367–392.

176. Wijpkema A. Die Invloed van Nederland en Nederlands-Indië op Ontstaan en Ontwikkeling van die Regswese in Suid-Afrika tot 1881 / A. Wijpkema. — Doctoral thesis. — Leiden, 1934.

177. Zimmermenn R. Mixed Legal System [Электронный ресурс] / R. Zimmermenn. — URL: https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Mixed_Legal_Systems (дата обращения: 02.12.20025).

178. Zweigert K. An Introduction to Comparative Law / K. Zweigert, H. Kotz. — 3rd ed. — Oxford University Press, 1998.

Диссертации:

179. Азарова И.А. Смешанные правовые системы: правовой и сравнительно-правовой анализ : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01 / Азарова Ирина Александровна. — Краснодар, 2016.

180. Ильин А.И. Высшие органы государственной власти ЮАР : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Ильин Антон Игоревич. — Москва, 2003.

181. Маркова-Мурашова С.А. Национальная правовая система России и типология правопонимания : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Маркова-Мурашова Светлана Александровна. — Санкт-Петербург, 2006.

182. Тетёкин В.Н. Массовые демократические организации Южной Африки в борьбе против режима апартеида (1976–1991 гг.) : дис. ... д-ра ист. наук : 07.00.03 / Тетёкин Вячеслав Николаевич. — Москва, 2011.

183. Тихомиров В.И. Националистическая партия как выразитель классовых интересов африканерской буржуазии : дис. ... канд. ист. наук : 07.00.03 / Тихомиров Владимир Игоревич. — Москва, 1984.

Интернет источники:

184. 90-летие со дня рождения Нельсона Манделы [Электронный ресурс] // NEWSLETTER. — 2008. — Vol. 1, Issue 2. — С. 3. — URL: https://www.inafran.ru/sites/default/files/news_file/NEWSLETTER%20V-1%20Is-2%202008.pdf (дата обращения: 11.02.2026).

185. В ЮАР нашли древнейшие останки прямоходящего человека [Электронный ресурс] // ТАСС. — URL: https://clck.ru/3RmmZm (дата обращения: 12.11.20025).

186. Право Востока : знаем ли мы его? [Электронный ресурс]. — URL: https://legalforum.info/programme/business-programme/5349/ (дата обращения: 10.02.20026).)

187. Южно-Африканская Республика [Электронный ресурс] // Министерство иностранных дел Российской Федерации. — URL: https://www.mid.ru/ru/maps/za/?FILTER-SECTION=44&COUNTRY_CODE=za (дата обращения: 02.01.20026).

188. Act to provide for the better control and management of native affairs [Электронный ресурс]. — URL: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201505/act38of1927.pdf (дата обращения: 05.02.2026).

189. Companies and Intellectual Property Commission (CIPC) : официальный сайт. — URL: https://www.cipc.co.za/ (дата обращения: 10.02.2026).

190. In re Taute (1830) 1 Menz. 497 [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACGHSCRpMenz/1830/37.pdf (дата обращения: 05.02.2026).

191. Judiciary of the Republic of South Africa. The South African Judicial System [Электронный ресурс]. — URL: https://www.judiciary.org.za/index.php/the-south-african-judicial-system (дата обращения: 26.08.2025).

192. King IV Report on Corporate Governance for South Africa, 2016 : отчет Института директоров Южной Африки (Institute of Directors in Southern Africa) [Электронный ресурс]. — Johannesburg : IoDSA, 2016. — URL: https://cdn.ymaws.com/www.iodsa.co.za/resource/collection/684B68A7-B768-465C-8214-E3A007F15A5A/IoDSA_King_IV_Report_-_WebVersion.pdf (дата обращения: 10.02.2026).

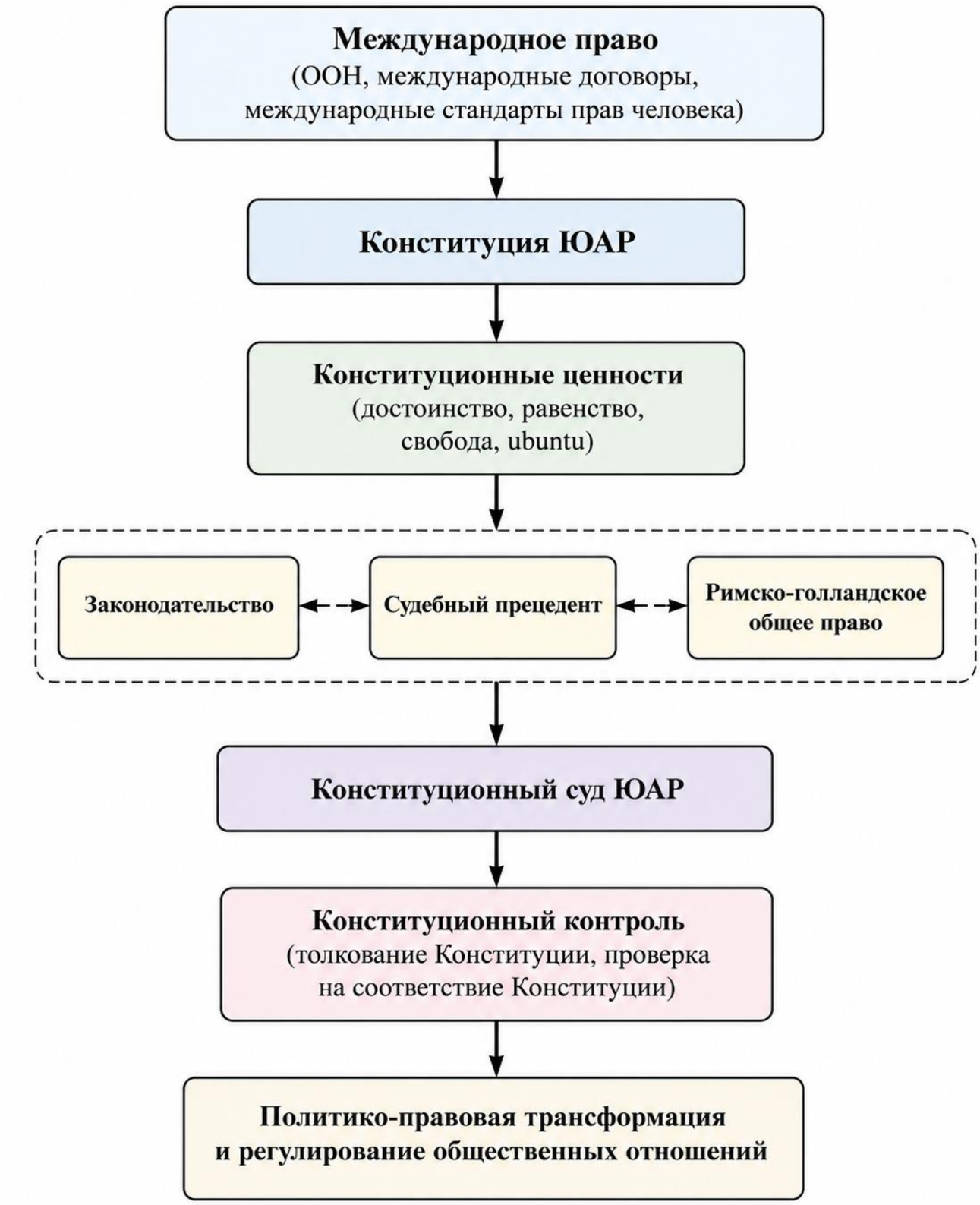
193. Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa and Another: In re Ex Parte President of the Republic of South Africa and Others (CCT31/99) [2000] ZACC 1; 2000 (2) SA 674 (CC); 2000 (3) BCLR 241 (CC) (25 February 2000) [Электронный ресурс]. — URL: https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/1.html (дата обращения: 05.02.2026).

194. Republic of South Africa. Criminal Procedure Act 51 of 1977 [Электронный ресурс] // Government Gazette. — Pretoria: Government Printer, 1977. — URL: https://www.justice.gov.za/legislation/acts/1977-051.pdf (дата обращения: 22.08.2025).

195. UT Libraries' Map Collection [Электронный ресурс] // University of Texas Libraries. — URL: https://maps.lib.utexas.edu/maps/historical/south_africa_1885.jpg (дата обращения: 12.02.2026).

ПРИЛОЖЕНИЯ

Приложение 1. Механизм правового регулирования в ЮАР.



Приложение 2. Механизм правового регулирования в ЮАР.

