

МІРКУВАННЯ ЩОДО ВЗАЄМОВПЛИВУ АФРИКАНСЬКОГО ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА І ДЕРЖАВНОГО ПРАВА У ПІВДЕННО-АФРИКАНСЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ¹



Г. ван НІКЕРК
*доктор юридичних наук,
професор юридичного факультету
(Університет Південної Африки,
м. Преторія)*

Вступ

Європейське вторгнення до Африки, і, зокрема, так звана «боротьба за Африку», залишило по собі континент мультикультурних суспільств і, супутній ним, правовий плюралізм. На Півдні Африки останній значною мірою засновується на двосистемній теорії [16, с. 133; 18, с. 23; 27, с. 868–869; 66, с. 36], яка передбачає існування двох систем права в якості визнаного права держави.

Одна група країн цього регіону, завдячуючи історії їх права [див. 6, с. 1029–1032], виявляють виняткову узгодженість в межах їх правових систем — не лише в аспекті змісту їх права, але також у регулюванні за допомогою різних правових систем, які є визнаними і застосовними. Така сплеченість є історичною, що дало змогу О. Шрейнеру, видатному судді Південно-Африканської Республіки, який також обіймав суддівську посаду у інших країнах Південної Африки, об'єднати їх всі поняттям «Правової асоціації Південної Африки»². Цими країнами є ПАР, Лесото, Ботсвана і Свaziленд. Хоча вони і не входять у цю парадигму, однак з огляду на подібність їх правової історії і системи, логічним є включення до цієї групи країн також Намібії і Зімбабве.

Нині двома системами права, офіційно визнаними в цьому регіоні, є африканське звичаєве право, корінне право цієї місцевості й нав'язане західне чи

¹ Переклад статті з англійської мови здійснено кандидатом юридичних наук, доцентом Київського міжнародного університету О. Ткаченком.

² Цікаво, що деякі вчені змінили оригінальну назву на «Південно-африканську правову асоціацію». Однак, з огляду на провідне місце ПАР у розвитку цих країн, так само як у їх конституційної історії, на наш погляд О. Шрейнер навмисно назвав їх «Правовою асоціацією Південної Африки» [58, с.115].

європейське загальне право¹. Застосування обох систем права в подальшому було конституційно забезпечене у всьому цьому регіоні². Офіційні правові системи рухаються паралельно і взаємодіють в обмежених і прямо визначених обставинах. Хоча обидві вони визнаються як право держави в межах парадигми плюралізму «державного права», їх дія обмежується взаємовідносинами нерівної сили: європейське загальне право є пануючим, європейські правові цінності загалом спрямовують правовий розвиток.

Однак, окрім цього плюралізму державного права, на Півдні Африки існує також глибокий правовий плюралізм: наявні правові приписи, яких неофіційно дотримуються різні спільноти, і які не визнані державою. Ними є, наприклад, правові приписи релігійних спільнот (у ПАР наявні індістська, мусульманська та іудаїстська спільноти), або живе звичаєве право³, що розвивається разом з потребами місцевих африканських спільнот, застосовується недержавними судами і часто суперечить визнаному державою звичаєвому праву.

У цій статті ми розглянемо взаємодію у ПАР двох систем, визнаних як право держави (перенесене «західне» загальне право і офіційне африканське звичаєве право), так само як і на взаємодію права держави (що включає в себе одночасно загальне право і визнане державою африканське звичаєве право) і живого африканського звичаєвого права.

1. Африканське звичаєве право у ПАР

У ПАР, як і в решті країн Африки, проблема множинності джерел значно посилюється з огляду на ту обставину, що різні правові системи, які застосовуються в конкретних країнах, є фундаментально відмінними.

Та обставина, що плюралізм державного права у ПАР засновується на дво-системній теорії, не означає, що окрім загального права лише одна система африканського звичаєвого права є застосовною і визнаною. У ПАР наявна складна модель правових джерел, що заслуговує на розміщення її серед змішаних юрисдикцій світу. Загальне право є гібридним за своєю природою: переважно романо-германським, але з окремими рисами англо-американського права. Що ж стосується африканського звичаєвого права – наявна значна кількість місцевих культурних спільнот, що дотримуються відмінних правових систем, які меншою чи більшою мірою узгоджуються між собою.

¹ Загальне право у ПАР характеризується як «європейське», або іноді «західне» право, тобто як таке, що виступає частиною інтелектуальної і правової традиції разом з іншими правовими системами, що належать до романо-германської і сім'ї загального права.

² Наприклад, Конституція Королівства Свазіленд 2005 р.; Конституція Зімбабве 1980 р.; Конституція Республіки Намібія 1990 р.; Конституція Королівства Лесото 1993 р.; Конституція ПАР 1996 р. Цікавим чином правовий плюралізм як такий визнаний в ст. 4 Конституції Мозамбіку: «Держава визнає різні нормативні системи і системи вирішення спорів, які співіснують у мозамбікському суспільстві, тією мірою, якою вони не суперечать основоположним принципам і цінностям Конституції...» [40, с. 62]. Див. також: [35, с. 96–97].

³ На початку ХХ ст. підполковник К. Ф. Рей, резидент-комісар протекторату Бечуаналенд (колишня назва (до 1966 р.) Ботсвани – прим. перекл.) у вступі до «Довідника права і звичаїв тсванів» Шапера [49, с. VIII–IX] застерігав, що кодифікація тсванського права перешкоджатиме його подальшому розвитку і спричинить швидке відставання від існуючого там фактичного права.

З одного боку, деякі традиційні спільноти чи племена, що населяють різні географічні території, і навіть різні країни у Південній Африці¹, об'єднані тісними етнічними, лінгвістичними і культурними зв'язками, і їх правові системи, відповідно, міцно пов'язані². Племінний зв'язок відіграє настільки важливе значення в культурі Африки, що нерідко має перевагу над зв'язком з конкретною державою, особливо якщо врахувати, що кордони між різними африканськими державами часто проходять через території певних племен [37, с. 2, 7].

Хоча, з іншого боку, різні звичаєві норми і базові інститути спорідненості, шлюбу і спадкування, що є основними для звичаєвого права та суспільного устрою, загалом виявляють фундаментальні відмінності – настільки суттєві, що Дж. Левін, один з перших дослідників африканських звичаєвих норм на територіях, колонізованих Британською короною, зауважив, що «наразі існує лише незначна сукупність правових норм, спільних для всіх племен Союзу [Південної Африки], які розмовляють мовою банту» [21, с. 68–76]³.

Законодавство ПАР надає обмежене значення відмінностям правових систем різних груп і, загалом, до різних африканських звичаєвих правових норм ставиться і відсилає до них як до єдиної одиниці у політичних документах, законодавстві та судових рішеннях, декларуючи визнання і застосування такого права. Причина цього є очевидною: з перспективи макропорівняння, системи африканського звичаєвого права виявляються достатньо цілісними, щоб вважати їх належними до окремої правової сім'ї, заснованої на єдиній африканській традиції, і такими, що перетинаються як у процесі правового мислення, так і в аспекті основних аксіом, які лежать в основі такого правового мислення. До того ж, африканське звичаєве право – це єдине «інше» право (окрім європейського чи західного права), що отримало офіційне визнання в цілому (на відміну, наприклад, від мусульманського права, процес визнання якого державою усе ще продовжується).

¹ Традиційні спільноти в академічних працях і досі часто називаються «племенами». Проте значення цього терміна, як дехто вважає, має зневажливий відтінок: [5, с. 118–119]. У розділі 2(1) Акта про традиційну систему управління очільниками 41 від 2003 р. визначено, що традиційна спільнота офіційно визнається такою, якщо вона підлягає традиційній системі управління згідно з її звичаями та якщо вона дотримується системи звичаєвого права. Пор. також з: [35, с. 8].

² Наприклад, існує зв'язок між спільнотами народу тсвана, що мешкають у протектораті Бечуаналенд (Ботсвана) і в інших країнах, таких як Ангола, Південна Родезія (Зімбабве), Південно-Західна Африка (Намібія) та ПАР. У Ботсвані тсвана представлені трьома групами – Південною, Північною і Східною, остання з яких (яка складається з малете, тлоква і кгатла) мігрувала сюди з ПАР [44, с. XI–XIV, 1–2]. Крім цього, звичаєве право свазі зі Свазіленду, сото з Лесото і тсвана з Ботсвани досі доволі близьке з їх союзними місцевими системами у ПАР і сумісне із звичаєвим правом останніх (див. напр.: [2; 24; 47]), що обов'язково потрібно врахувати при дослідженні традиційних систем права тсвана, сато або свазі у ПАР.

³ Дж. Левін отримав юридичну освіту в Кейптаунському університеті, практику проходив у адвокатській колегії у Кейптауні та у Міддл Темпл у Лондоні протягом 30-х рр. XX ст., а потім викладав право у Лондонській школі економіки. Академічна кар'єра привела його до Університету Вітватерсранд у ПАР, де він був професором факультету соціальної антропології та африканського урядування. Пізніше він став науковим співробітником університету Манчестеру і запрошеним професором Колумбійського університету (Нью-Йорк) [19]. Див. також: [43, с. 174].

2. Африканське звичаєве право і «західне» загальне право

2.1. Гармонізація

Пануючий у ПАР правовий плюралізм по-різному розглядається науковцями, судами і державою. З часу впровадження конституційної демократії, ПАР не ставила перед собою за явну мету покласти край існуючому правовому плюралізму. Навпаки, у країні добре сприймалася концепція «багатонаціональної держави», а з нею також і застосування різних правових систем¹. Відповідно, для того, щоб знайти дієве, практично досяжне рішення щодо управління різними правовими системами, було ухвалено рішення про заходи гармонізації західного права і африканського звичаєвого права задля досягнення рівності, спрощення правової системи, розбудови держави, її модернізації і економічного розвитку [42, с. 324; 61, с. 312–314; 67, с. 60]. Держава докладає активних зусиль для досягнення цієї мети від початку 90-х рр. ХХ ст., що знайшло своє вираження у поточних проектах Комісії з реформування права Південної Африки під назвою «Гармонізація загального права та місцевого права» у різних галузях права. Завданням цих проектів є зняття явного конфлікту в межах різних систем права через законодавче втручання, з одночасним збереженням індивідуальних характерних рис правових систем, що необхідно для забезпечення їх подальшого функціонування як окремих правових систем.

Десять років тому Європейська Комісія ініціювала ідею «спільного» європейського приватного права для задоволення потреби у розвитку єдиного ринку. Вихідним припущенням була не повна інтеграція правових концептів, норм і культур, а скоріше зближення різних правових систем через процес гармонізації або конвергенції, що передбачає як зміну, так і збереження окремих правових систем з їх власною ідентичністю. Побіжним результатом цієї ініціативи, зокрема, стала підготовка широко обговорюваного проекту Спільної системи координат європейського приватного права (*Common Frame of Reference for European Private Law*, далі – *DCFR*). У своєму аналізі множинності джерел європейського приватного права Дж. Смітс [50, с. 330] показує, як *DCFR* не виконує свого головного завдання щодо управління розмаїттям через гармонізацію, створивши в підсумку універсальні правові норми для цього регіону. Цікаво, що Дж. Смітс особливо підкреслює, що гармонізоване європейське право вважається відокремленим від національного права настільки, що науковці обговорюють вплив європейського права на власне національне право [50, с. 326]. Як буде показано далі, частково таким само є наслідок спроб гармонізації системи права у ПАР.

Гармонізації реально досягти в регіоні, де існують, по суті, подібні культури і, конкретніше, однорідна правова культура. Європейське правове співтовариство має спільні погляди на поняття права, теорію дійсних джерел права, правову методологію, теорію аргументації і легітимізації права, а також спільну базову правову ідеологію². Однак спроби гармонізації зустрічаються з майже непереборними перепонами в Африці, де відповідні системи права відрізня-

¹ Це відповідає припущенню Д. Піментела, що визнання правового плюралізму йде пліч-о-пліч з визнанням місцевих культур [40, с. 66].

² М. ван Хейке [54, с. 3] доводить, що гармонізація можлива лише у середовищі, яке він визначає як «достатньо однорідна правова культура».

ються на рівні макропорівняння як щодо процесу правового мислення, так і щодо основоположних постулатів, що лежать в його основі, таких як аксіоми, що засновані на цінностях суспільства. Юридична техніка вирішення спорів, правовий процес і загальний підхід до права і правового мислення у привнесеному сюди «західному» загальному праві ПАР мають характерну романо-германську природу, а отже, є дуже спеціалізованими. Це веде до виникнення легалізму, концептуалізму і раціоналізму [53, с. 503; 61, с. 317]. Натомість характерною ознакою африканського звичаєвого права є відсутність спеціалізації, відокремленості, диференційованості та класифікації відносно усіх аспектів суспільного устрою [34; 61, с. 317]. Таке розмаїття правових систем також ускладнює конвергенцію, але, як буде показано далі, не робить її абсолютно неможливою.

Питання полягає в тому, чи законодавчі нововведення, які впливають з гармонізаційних проектів Комісії з реформування права ПАР, дійсно забезпечили цю гармонізацію, чи ці акти випадково призвели до усунення плюралізму правових систем, як це трапилось з *DCFR*. На перший погляд може здатися, що й справді законодавчими засобами вдалося певною мірою досягти цілей гармонізації. Однак, більш прискіпливе дослідження законодавства та законопроектів, що спрямовані на регулювання взаємодії африканського звичаєвого права і загального права, особливо у питаннях шлюбу, спадкування¹ та роботи судів, стає зрозумілим, що така гармонізація відбулась в дуже обмежених масштабах. Ми пояснимо цю тезу на прикладі Акту № 120 «Про визнання звичаєвих шлюбів» 1998 р.²

Головним завданням цього Акту було визнання звичаєвих шлюбів та гармонізація законів ПАР про шлюб, а не створення уніфікованих норм. Однак, як це було підтверджено Конституційним судом ПАР (рішення у справі *Gumede v President of the Republic of South Africa (2009 (3) SA 152 (CC) § 22*), цей процес гармонізації «був просякнутий духом гідності й рівності прав, втіленим у Конституції та системах нормативних цінностей, які вона проголошує», і відбувався в руслі західних цінностей, викладених у Конституції ПАР 1996 р.

У першій справі, яка стосувалася Біллію про основоположні права як складової Конституції ПАР 1996 р. (справа *S v Makwanyane (1995 (6) BCLR 665 (CC), § 358*), Конституційний Суд визначив, що Конституцію ПАР не слід вважати такою, що проголошує виключно західні цінності, вона ґрунтується на цінностях, традиціях і віруваннях усіх суб'єктів мультикультурного суспільства ПАР (§ 361); і що африканське право, праворозуміння, цінності та ідеї мають, відповідно, відігравати важливу роль у розвитку конституційного права (§ 365). На жаль, подальші судові рішення майже не засвідчують рішучості та готовності підтримати африканські цінності при тлумаченні й застосуванні норм загального законодавства і Конституції. Стрижневі африканські інститути, такі як переважне право чоловіків на наслідування, були скасовані, а норми законів мають відповідати Конституції.

До того ж, процес гармонізації в Акті про визнання звичаєвих шлюбів був одностороннім процесом, оскільки він змінив лише звичаєве право з метою

¹ Див. огляд державного регулювання спадкування у: [6, с. 1048–1050].

² Про наукову дискусію навколо цього законодавчого акта див. також: [5, с. 1044–1048; 9, с. 41; 10, с. 558; 12, с. 8; 23, с. 516; 39, с. 382; 46, с. 494; 62, с. 291].

його гармонізації із загальним правом та західними цінностями. Ніколи не виникало наміру знайти якусь серединну основу, на якій можна було б порівняти дві системи, а загальне право ніколи не піддавалося подібному прискіпливому аналізу з метою можливої адаптації. Єдина зміна, внесена до шлюбного права ПАР загалом, полягала у визнанні полігамних шлюбів, хоч і за конкретними визначених обставин і лише стосовно африканських звичаєвих шлюбів.

Загалом, відносно африканського звичаєвого права можна сказати, що воно рухається у бік гармонізації із західним загальним правом, і це призвело до такого відхилення африканського звичаєвого права від первісного звичаєвого права і його основоположних цінностей, що це рівноцінно створенню нового змішаного шлюбного права з рисами, властивими як європейському загальному праву, так і звичаєвому праву. Це означає, що існуюча множинність джерел ще більше зросла, а не стала більш керованою. Ще одним наслідком є те, що розмежування між новим офіційним африканським звичаєвим шлюбним правом і живим звичаєвим правом розширюється, а потенційна можливість конфлікту настільки посилилась, що традиційна форма звичаєвого шлюбу, яка все ще практикується у сільській місцевості, залишилася за межами впливу як законодавства, так і судової практики [3, с. 206–222].

Справді, можна зрозуміти, чому відомий спеціаліст з африканського права Дж. Рід вважає правові системи Африки «особливо дисфункціональними у сфері сімейного права, де африканські форми соціальної організації виявляють спротив гармонізації... з трансплантованими чужими і радикально відмінними соціальними формами» [37, с. 15; 43, с. 176]. Ці слова Дж. Ріда особливо влучні, якщо їх застосувати до тлумачення судами ПАР Акту про визнання звичаєвих шлюбів (1998). Цей Акт набув чинності у 2000 р., однак навіть через понад десять років усе ще залишається непевність щодо його тлумачення. Це стосується не тільки відкритих норм, таких як у розділі 3(1)(b), де міститься вимога, що для визнання звичаєвого шлюбу дійсним «такому шлюбу мають передувати перемовини, а сам шлюб має укладатися або святкуватися згідно із звичаєвим правом», а й інших розділів, як, наприклад, тих, що стосуються полігамних шлюбів та їх майнових наслідків.

Суди ПАР, як правило, усвідомлюють важливість надання юридичної сили звичаєвим інститутам, однак наслідком такої прихильності є те, що недосконалі законодавчі формулювання часто змушують їх вдаватися до творчих тлумачень з метою досягти бажаного результату, що, зрештою, призводить до правової невизначеності. Відповідно, фундаментальне правило тлумачення законодавчих актів, згідно з яким при визначенні наміру законодавця слова повинні перебувати у злагоді з їх звичайним граматичним значенням, інколи ігнорується і натомість віддається перевага цільовому тлумаченню, яке надає юридичної сили конституційним вимогам і контексту. Ризикуючи вдатися до зайвої деталізації, ми проілюструємо це твердження посиленням на зовсім недавню і ще маловідому справу, яку розглянув Верховний апеляційний суд (справа *Ngwenyama v Mayelane and Another* (474/11) [2012]; ZASCA 94 (1 червня 2012 р.) див. § 14.)

Ця справа стосувалася невиконання норм розділу 7(6) Акту про визнання звичаєвих шлюбів, який передбачає, що чоловік, який бажає укласти наступний звичаєвий шлюб, *повинен* подати до суду заяву про затвердження письмового договору, який врегульовує майнові наслідки укладених ним шлюбів. Суд

попередньої інстанції, *покладаючись на чинну судову практику*, дійшов висновку, що цей розділ слід тлумачити як обов'язковий, а не рекомендаційний, і слово «повинен» там слід розуміти у його звичайному граматичному значенні. Відповідно, Суд встановив, що невиконання цієї вимоги має наслідком нікчемність наступного шлюбу (справа *Mayelane v Ngwenyama 2010 (4) SA 286 (GNP)* у § 25–26) [див. також: 4, с. 679].

Однак, розглянувши апеляцію на рішення суду першої інстанції і *покладаючись на чинну судову практику*, Апеляційний суд дійшов висновку, що потрібно забезпечити баланс між буквральним тлумаченням та контекстом цього Акту, головною метою якого, як сказано в його преамбулі, є визнання звичаєвих шлюбів та забезпечення рівності прав подружжя (§ 22). Суд дійшов висновку щодо дійсності подальшого шлюбу. Це менш обмежувальне, цільове тлумачення здійснене з огляду на історичний контекст раси, статі, шлюбного стану та класового дискурсу в ПАР, заслуговує на схвалення, оскільки таким чином досягається мета Комісії з реформування права ПАР. У своєму «Звіті про звичаєві шлюби» ця Комісія підкреслила, що «визнання недійсним другого шлюбу становить собою такий серйозний відхід від звичаєвих законів, що на покарання мало хто зверне увагу» [45]. Однак ще рано говорити, чи Верховний апеляційний суд вирішить питання щодо тлумачення цього розділу, підтвердивши подальше існування цього важливого інституту африканського звичаєвого права, чи його також буде приведено у відповідність із західними цінностями.

У цьому рішенні Суд підкреслив, що на відміну від розділу 7(6), розділ 3 (1 (b) містить обов'язкову норму, і що її невиконання призведе до недійсності звичаєвого шлюбу. Хоча, як не дивно, суди не завжди послідовно тлумачать цей розділ як обов'язковий¹.

По суті, вимоги до звичаєвих шлюбів та їх наслідки, визначені в Акті про визнання звичаєвих шлюбів, є лише простим їх пристосуванням до загального права. Спроби «гармонізувати» африканське звичаєве право і державне право через внесення змін до законодавства, заснованого на парадигмі загального права, призвели до виникнення суперечностей. Це можна побачити на прикладі різних судових рішень, коли справи дедалі частіше вирішуються на тимчасовій (*ad-hoc*) основі (зокрема, протилежні рішення у справах *Fanti v Boto and Others 2008 5 SA 405 (C)*; *Mabuza v Mbatha 2003 4 SA 218 (C)* та *Nontobeko Virginia Gaza v Road Accident Fund (SCA)*, рішення у справі 314/04, яке ще не оприлюднене у реєстрі). У свою чергу, завдання управління взаємодією цих двох систем права відійшло на задній план.

2.2. Конвергенція

Паралельно з активними спробами гармонізувати західне загальне право з африканським звичаєвим правом у ПАР відбувається спонтанний процес їх конвергенції. У найширшому значенні цього слова, конвергенція є динамічним явищем, процесом, за допомогою якого правові системи, інститути, ідеології та методи наближаються один до одного і стають відчутно подібнішими, в той час як відмінності, що існують між ними, поволі зникають. Можна провести роз-

¹ Наприклад, у справі *Mabuza v Mbatha 2003 (4) SA 218 (C)* суд зазначив, що неймовірним є те, що звичаї шлюбної церемонії можуть бути піднесені до чогось, що є настільки необхідним, без чого не може бути дійсності шлюбу; див. також: [36, с. 325] та рішення у справі *Gladstone (Ramoitheki) v Liberty Group Ltd 2005 JDR 0762 (WLD)*.

межування між доктринальною і функціональною конвергенцією¹. Доктринальна конвергенція, тобто зближення концептів і принципів, є фактично недосяжною у ПАР, де відповідні правові системи настільки фундаментально відмінні. Разом з тим, здається, в ній до певної міри існує функціональна конвергенція, що проявляється у взаємозалежному використанні концептів, постійному процесі отримання знань про «іншу систему» і процесі набуття навичок роботи з нею.

Прикладом цього є переосмислення такого способу захисту, як *amende honorable*² найвищими судами ПАР та науковцями, а також його взаємозв'язку з африканським принципом доброзичливості (*ubuntu*). *Amende honorable* – це релікт минулих епох як застарілий засіб компенсації за знеславлення чи порушення честі, який вперше був зафіксований у середньовічному канонічному праві й був включений до права ПАР через романо-голландське право. Метою застосування цього способу захисту є поновлення гідності позивача через отримання вибачення за відповідні дії з боку відповідача. Цей спосіб захисту честі вже майже не використовується у ПАР, проте останнім часом суди знову почали звертатися до нього як до способу задоволення потреби врівноважити гарантовані конституцією право на захист гідності людини та право на свободу самовираження [32, с. 585]. Однак яким чином це стосується африканського звичаєвого права?

У справі *Dikoko v Mokhatla* 2006 (6) SA 235 (CC) Конституційний Суд проголосив, що африканський концепт доброзичливості (*ubuntu*) є близьким до такої конституційної цінності, як людська гідність, і до такого способу її захисту, як *amende honorable* (див. також рішення у справі *Le Roux and Others v Dey* 2011 (3) SA 274 (CC), § 199–200). Фактично, «убунту» є проявом відновлюючого правосуддя в юриспруденції Африки, втілюючи у собі ту ідею, що «людина є людиною через посередництво інших людей»³. Принципи гармонії і солідарності спільноти є фундаментальними постулатами африканської юстиції⁴. Хоча, говорячи загалом, колективне добро займає привілейоване положення перед індивідуальними запитами, а добробут спільноти нерозривно пов'язаний з добробутом окремого її члена. Відповідно, в африканському звичаєвому праві на практиці існують механізми захисту гідності окремої особи [57]. Общинні принципи африканського права були підтверджені Конституційним судом, а ідея функціональної конвергенції отримала вираження у наступній формулі: «Метою нашого права має бути наголос на тому, що у справах щодо компенсації за наклеп слід забезпечити відновлення гармонійних відносин між обома сторонами процесу ... Головна мета компенсаційного заходу, зрештою, полягає у

¹ На поточну функціональну конвергенцію, яка призвела до помітної доктринальної конвергенції у європейському праві, звертає увагу Д. В. М. Вотерс [63, с. 21, 31]. Б. Маркезініс [23, с. 125] поділяє думку тих, хто вважає, що наразі відбувається конвергенція систем цивільного права і загального права.

² Публічне вибачення, публічне визнання вини (*прим. перекл.*). Див. загальну інформацію про це: [28, с. 288; 31, с. 455; 32, с. 583].

³ Цей факт знайшов підтвердження у справах *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC); *Dikoko v Mokhatla*, § 113–115; узагальнення з цього питання див. також у: [7, с. 4].

⁴ На думку М. Глюкман [15, с. 176], той факт, що суди наголошують на принципах права, поновлюючи порушені відносини у спільноті, є свідченням дотримання доктрини природного права в Африці. На цьому континенті відносини між людьми не припиняються після смерті. А тому необхідно підтримувати як горизонтальну рівновагу (між живими членами суспільства), так і вертикальну рівновагу (між спільнотою та померлими предками) [25, с. 107; 38, с. 143].

відновленні гідності позивача, якому завдано шкоду, а не в покаранні відповідача. Спосіб захисту, оснований на ідеї «убунту» чи «ботхо», може дати для поновлення людської гідності набагато більше, аніж отримана постраждалим грошова сума, коли перемога вимірюється сумою компенсації, присудженої судом, і обидві сторони ще більше віддаляються одна від одної, замість того, щоб навпаки повернутися до хороших відносин завдяки судовому процесу» (суддя Мокгоро, справа *Dikoko v Mokhatla 2006 (6) SA 235, § 68 i 69*).

А нещодавно той самий суд (у справі *Le Roux and Others v Dey 2011 (3) SA 274 (CC), § 200*) підтвердив думку, що коріння компенсації за порушення гідності людини наявне також у звичаєвому праві й традиції, і, що важливо, закликав до «глибокого аналізу і роздумів» стосовно інтеграції у цьому плані африканського звичаєвого і романо-голландського права «у єдину систему права, засновану на Конституції»¹. Важливо зауважити, що це не звичайний заклик на користь інтеграції в межах західної парадигми, а заклик до істинного поєднання цих двох систем.

2.3. Інтеграція

Необхідно також побіжно зупинитись на регулюванні вирішення спорів у ПАР в аспекті інтеграції африканських звичаєвих судів до загальної судової системи. Цей процес включає в себе певною мірою і їх гармонізацію, однак, по суті, спрямований на те, щоб визнати традиційні африканські суди як паралельно існуючі. Метою є створення правового поля діяльності африканських звичаєвих судів і процесу, який фундаментально відрізняються від звичайного західного судового процесу, для якого характерними є конфронтація, обвинувачення, спеціалізація, формалізм і навіть ритуальні ознаки, а його результат можна описати у термінах перемоги і поразки.

Африканська звичаєва судова процедура збереглася до сьогодні, причому в деяких випадках, як не дивно, практично без змін, так що нині вона є широко вживаною як у неофіційних, так і у офіційних судах. Держава наразі здійснює процес поєднання традиційних африканських судів з існуючою державною судовою системою за допомогою законодавства, що має на меті регулювання діяльності традиційних африканських судів. Історія африканського звичаєвого вирішення спорів у ПАР є складною і охоплює період від його визнання колоніальним законодавством й внесення змін до традиційного судового процесу і до часів, коли установи неофіційного вирішення спорів були послаблені та, як наслідок, набули рис войовничості і нетерпимості протягом останніх трьох десятиліть ХХ ст. Обмеженість обсягу цієї статті не дає змоги навіть побіжно розглянути перебіг цієї історії.

Тут важливо згадати Білль про традиційні суди, ухвалений 2008 р., який, вірогідно, скоро стане законом. Цей Білль, заснований, як заявляють його автори, на африканській звичаєвій системі права, піддається гострій критиці за властиві йому патріархальність, авторитарність правління традиційних вождів і повернення до апартеїду². Цей Білль містить певні демократичні аспекти врегулювання спорів, такі як рівна участь жінок у судовому процесі. Однак лише глибокий

¹ У § 199 Суд не розглядав можливість повернення до принципів *amende honorable*, а закликав до того, щоб розбудувати законодавство ПАР відповідно до рівнозначних принципів романо-голландського права.

² Див., наприклад, критику у таких працях: [64, с. 3; 65, с. 823].

аналіз може розкрити, чи йдеться тут лише про вкраплення видозміненої колоніальної версії африканського звичаєвого права, чи про справжню версію африканського об'єднуючого права, заснованого на консенсусі, неформального і неспеціалізованого, метою якого є примирення й інтеграція сторін процесу; де учасниками судового процесу є групи, а не окремі особи; де провідна роль належить усному викладу обставин справи учасниками і відсутнє правове представництво; де розгляд справи є інквізиційним¹ за своєю природою; і де правова аргументація є індуктивною, а підхід до права казуїстичним [57; 60, с. 364]².

3. Офіційне африканське звичаєве право і реально існуюче звичаєве право

Концепція «живого права» посіла важливе місце у дискурсі звичаєвого права ПАР – це помітно не тільки в наукових працях, а й, що важливіше, у судових постановках³ та результатах роботи Комісії з реформування права ПАР. Фактично, визнання Акту про звичаєві шлюби означає також визнання існуючих звичаєвих шлюбних норм через відкриті приписи, які вимагають, щоб звичаєвому шлюбу передували перемовини, а сам шлюб укладався або святкувався згідно із звичаєвим правом.

Живе звичаєве право – це не стагнуче традиційне африканське звичаєве право, яке збереглося незмінним до сьогоднішнього дня, а назва того права, що пристосувалося до змінюваних потреб суспільства відповідно до своїх основоположних постулатів, які не змінилися під впливом привнесених західних цінностей⁴. Живе право, яке розвинулось у межах системи основоположних постулатів африканського звичаєвого права, часто співзвучне конституційним принципам. Однак суди не завжди враховують той факт, що існує відмінність між живим правом і традиційним правом, що можна бачити на прикладі судових рішень та у законодавстві. Відповідно, суди відмовилися від основних принципів звичаєвого права на основі припущення, що офіційна версія звичаєвого права, яка насправді відстала від живого права, є справжнім африканським звичаєвим правом [6, с. 1037, 1041; 35, с. 102].

Одним з таких прикладів є право первородства чоловіка, головний принцип у наслідуванні, існування якого було потрібно для збереження сім'ї. У своїй традиційній формі він означає, що переважне право наслідування у сім'ї мають її старші за віком члени-чоловіки. Однак спадкування включає також необхідність взяти на себе функції померлого і відповідальність за сім'ю, управляти сімейним майном від імені її членів – а не отримати індивідуальне право власності на майно сім'ї. В офіційному звичаєвому праві це правило еволюціонува-

¹ Тобто, на відміну від змагального процесу, передбачає активну роль суду в визначенні меж розгляду справи і формування доказової бази для винесення рішення – прим. перекл.

² Загальними працями з стародавнього африканського процесуального права є такі: [8; 11; 14; 20; 29; 33; 34; 44; 48; 49; 52; 56; 59].

³ Див., наприклад, недавні рішення Конституційного суду у справах *Alexkor Ltd and Another v Richtersveld Community and Others* 2003 (12) BCLR 1301 (CC) [28, 498]; *Daniels v Campbell NO and Others* 2004 (7) BCLR 735 (CC); 2004 (5) SA 331 (CC); *Bhe v Magistrate, Khayelitsha and Others*; *Shibi v Sithole and Others*; *SA Human Rights Commission and Others v President of South Africa and Others* 2005 (1) BCLR 1 (CC); *Shilubana and Others v Nwamitwa* 2008 (9) BCLR 914 (CC); а також: [35, с. 102].

⁴ Глибокий аналіз і теоретичну дискусію навколо концепції «живого права» див. у працях: [18, с. 319; 37, с. 10; 40, с. 6; 51, с. 417; 55, с. 474; 65; 26, с. 477], де йдеться про неофіційне право та інститути врегулювання спорів у Африці.

ло і перетворилося на право старшого за віком чоловіка наслідувати і отримувати в індивідуальну приватну власність майно, позбавляючи такого права жінок і молодших братів. А от у живому праві це право кардинально змінилося і стало означати пріоритетність наслідування, однак без обмеження його як права виключно найстаршого чоловіка у сім'ї. Незважаючи на те, що була можливість уточнити це правило, Конституційний Суд вирішив скасувати його. В результаті цього різниця між живим і офіційним звичаєвим правом стала ще більш помітною.

До офіційного суду доходить мало справ про наслідування, тому його скасування не вплине на подальше існування живого права, особливо у віддалених сільських місцевостях. Як зазначалося вище, Акт про визнання звичаєвих шлюбів призвів до подібної еволюції визнаного державою звичаєвого шлюбного права, яке має небагато спільного з живим правом, що існує й далі, незважаючи на втручання держави.

Цікаво, що С. Вільямс стверджує, що внутрішній діалог у місцевих спільнотах може слугувати рішенням конфлікту між культурою і рівністю, і що цей конфлікт не слід вирішувати простим вибором одного з цих двох варіантів; рівність зазвичай є вищою за культуру. Автор зауважує, що жінки незмінно «відчувають вірність як їх власній культурі, так і їх рівності» і можуть відігравати провідну роль у реформуванні їх культури зсередини [66, с. 68–70].

Існує думка, що живе право справді є підтвердженням цієї гіпотези, і якби суди не лише на словах віддавали належне живому звичаєвому праву, їм би не довелося ліквідувати плюралізм джерел права замість того, щоб управляти ним.

Висновок

На сьогодні спроби держави гармонізувати загальне право і африканське звичаєве право у ПАР не мали успіху. Наслідком цих зусиль є еволюція додаткового джерела державного права – системи права з рисами африканського звичаєвого права і загального права, яке однак дедалі більше свідчить про домінування західних цінностей. Це посилює проблему множинності джерел і не дає рішення щодо управління ними. Причиною цього є те, що західне загальне право усе ще вважається основною правовою системою, незважаючи на те, що Конституція визнає африканське звичаєве право і гарантує його застосування. Крім цього, складність встановлення змісту живого африканського звичаєвого права змушує суди користуватися стагнующим офіційним звичаєвим правом як головною відправною точкою в своїй роботі.

Незважаючи на це, існує можливість гармонійного співіснування у ПАР загального права і африканського звичаєвого права, якщо в основі реформи визнання пріоритету правового плюралізму, а виключною метою реформи – управління кількома цими джерелами права. При цьому не можна виходити з припущення, що слід нав'язати африканському звичаєвому праву західні ідеї та цінності та перетворити його на гібридну систему, сумісну із загальним правом. Підходити до завдання управління взаємодією цих двох систем державного права слід з повагою до фундаментальних принципів обох систем. І, що важливо, необхідно звільнити африканське звичаєве право від його історичних

і неминуче політичних кайданів, щоб можна було вважати його динамічним, живим правом.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Allott A. N.* African Law // An Introduction to Legal Systems / ed. by J. D. M. Derrett. — London : Sweet & Maxwell, 1968.
2. *Ashton H.* The Basuto. — London : Oxford University Press, 1952.
3. *Bekker J. C., Van Niekerk G. J.* Gumede v President of the Republic of South Africa : Harmonisation, or the Creation of New Marriage Laws in South Africa? // South African Public Law. — 2009. — Vol.24.
4. *Bekker J. C., Van Niekerk G. J.* Broadening the Divide Between Official and Living Customary Law : Mayelane v Ngwenyama & Another 2010 (4) SA 286 (GNP) ; [2010] JOL 25422 (GNP) // Journal for Contemporary Roman-Dutch Law. — 2010. — Vol. 73.
5. *Bennett T. W.* Application of Customary Law in Southern Africa. — Cape Town : Juta & Co., 1985.
6. *Bennett T. W.* Legal Pluralism and the Family in South Africa // Emory International Law Review. — 2011. — Vol. 25.
7. *Bennett T. W.* Ubuntu : An African Equity // Potchefstroom Electronic Law Journal. — 2011. — Vol. 14.
8. *Justice and Judgment among the Tiv.* — London : Oxford University Press, 1957.
9. *Bonthuys C. J.* Accommodating Gender, Race, Culture and Religion : Outside Legal Subjectivity // South African Journal on Human Rights. — 2002. — Vol. 18.
10. *Bronstein V.* Confronting Custom in the New South African State : An Analysis of The Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998 // South African Journal on Human Rights. — 2000. — Vol. 16.
11. *Bryant A. T.* The Zulu People. — Pietermaritzburg : Shuter & Shooter, 1948.
12. *Church J.* The Convergence of the Western Legal System and the Indigenous African Legal System in South Africa with Reference to Legal Development in the Last Five Years // Fundamina. A Journal of Legal History. — 1999. — Vol. 5.
13. *Eberechi I.* Who will Save These Endangered Species? Evaluating the Implications of the Principle of Complementarity on the Traditional African Conflict Resolution Mechanisms // African Journal of International and Comparative Law. — 2012. — Vol. 20.
14. *Elias T. O.* The Nature of African Customary Law. — Manchester : Manchester University Press, 1956.
15. *Gluckman M.* Natural Justice in Africa // Comparative Legal Cultures / ed. by Cs. Varga. — Aldershot : Dartmouth, 1992.
16. *Griffiths A.* Legal Pluralism in Botswana : Womens Access to Law // Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law. — 1998. — Vol. 42.
17. *Himonga C., Bosch C.* The Application of African Customary Law under the Constitution of South Africa : Problems Solved or Just Beginning? // South African Law Journal. — 2000. — Vol. 117.
18. *Himonga C.* State and Individual Perspectives of a Mixed Legal System in Southern African Contexts with Special Reference to Personal Law // Tulane European & Civil Law Forum. — 2010 — Vol. 25.
19. *Julius Lewin Papers* [Електронний ресурс] // Сайт «Historicalpapers». — Режим доступу : <http://www.historicalpapers.wits.ac.za/inventory/A2357.php>
20. *Junod H. A.* The Life of a South African Tribe. — New York : University Books, 1966.
21. *Lewin J.* Studies in African Native Law. — Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 1947.
22. *Maithufi I. P.* The Recognition of Customary Marriages Act of 1998 // Journal for Contemporary Roman-Dutch Law. — 2000. — Vol. 117.
23. *Markesinis B. S.* Studying Judicial Decisions in the Common Law and Civil Law : A Good Way of Discovering Some of the Most Interesting Similarities and Differences that Exist Between these Legal Families // The Harmonisation of European Private Law / ed. by M. Van Hoecke, F. Ost. — Oxford, 2000.
24. *Marwick B.* The Swazi. — Cambridge : Cambridge University Press, 1940.
25. *Mbiti J. S.* African Religions and Philosophy. — New York : Praeger Publishers, 1975.
26. *Menski W.* Comparative law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa. — Cambridge : Cambridge University Press, 2006.
27. *Merry S. E.* Legal Pluralism // International and Comparative Law Quarterly. — 1970. — Vol. 20.
28. *Midgley J. R.* Retraction, Apology and Right to Reply // Journal for Contemporary Roman-Dutch Law. — 1995. — Vol. 58.
29. *Mönnig H. O.* The Pedi. — Pretoria : J. L. Van Schaik, 1978.
30. *Mostert H., Fitzpatrick P.* Living in the Margins of History on the Edge of the Country — Legal Foundation and the Richtersveld Community's Title to Land // Journal of South African Law. — 2004. — Issue 3.

31. *Mukheibir A.* Reincarnation or Hallucination? The Revival (or not) of the Amende Honorable // *Obiter*. — 2004. — Vol. 25.
32. *Mukheibir A.* Ubuntu and the Amende Honorable — A Marriage between African Values and Medieval Canon Law // *Obiter*. — 2007. — Vol. 28.
33. *Myburgh A. C., Prinsloo M. W.* Indigenous Public Law in KwaNdebele. — Pretoria : J. L. Van Schaik, 1985.
34. *Myburgh A. C.* Papers on Indigenous Law. — Pretoria : J. L. Van Schaik, 1985.
35. *Ndulo M.* African Customary Law, Customs, and Women's Rights // *Indiana Journal of Global Legal Studies*. — 2011. — Vol. 18.
36. *Nkosi G.* The Extent of the Recognition of Customs in Indigenous Law of Marriage : A Comment on *Mabuzo v Mbatha* (2003) 1 All SA 706 (C) // *Speculum Juris*. — 2004. — Vol. 17.
37. *Okeke C. W.* African Law in Comparative Law : Does Comparativism Have Worth? // *Roger University Law Review*. — 2011. — Vol. 16.
38. *Omi E. A. R., Anyanwu K. C.* African Philosophy. An Introduction to the Main Philosophical Trends in Contemporary Africa. — Rome : Catholic Book Agency, 1981.
39. *Pieterse M.* Its a 'Black Thing': Upholding Culture and Customary Law in a Society Founded on Non-Racialism // *South African Journal on Human Rights*. — 2001. — Vol. 17.
40. *Pimentel D.* Legal Pluralism in Post-Colonial Africa: Linking Statutory and Customary Adjudication in Mozambique // *Yale Human Rights & Development Law Journal*. — 2011. — Vol. 14.
41. *Prinsloo M. W.* Inheemse Publiekreg in Lebowa. — Pretoria : J. L. Van Schaik, 1983.
42. *Prinsloo M. W.* Pluralism or Unification in Family Law in South Africa // *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. — 1990. — Vol. 23.
43. *Read J. S.* Law in Africa : Back to the Future? // *Comparative Law in Global Perspective* // ed. by I. Edge. — Ardsley : Transnational, 2000.
44. *Readings in African Law* / ed. by E. Cotran, N. N. Rubin. — London : Frank Cass & Co. Ltd., 1970. — Vol. 1.
45. *Report on Customary Marriages* (1998) // Сайт «South African Law Reform Commission». — Режим доступа : http://salawreform.justice.gov.za/reports/r_prj90_cstm_1998aug.pdf
46. *Robinson J. A.* The Evolution of the Concept of Marriage in South Africa : The Influence of the Bill of Rights in 1994 // *Obiter*. — 2005. — Vol. 26.
47. *Schapera I.* Native Land Tenure in the Bechuanaland Protectorate. — Alice : The Lovedale Press, 1943.
48. *Schapera I.* The Tswana // *Ethnographic Survey of Africa. Southern Africa* / ed. by D. Forde. — London : International African Institute, 1971. — Part 3.
49. *Schapera I. A.* Handbook of Tswana Law and Custom. — London : Oxford University Press, 1938.
50. *Smits J. M.* Plurality of Sources in European Private Law, or: How to Live with Legal Diversity // *The Foundations of European Private Law* // ed. by R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia, S. Weatherill. — Oxford : Hart Publishing, 2011.
51. *Taylor D.* Where There is a Way There is a Will: How Traditional African Homesteads Reflect the Legal Consequences of Succession // *Falola T., Salm S. J. Urbanization and African Cultures*. — Durham : Carolina Academic Press, 2005.
52. *Van der Merwe S. E.* Accusatorial and Inquisitorial Procedures and Restricted and Free Systems of Evidence // *Southern Africa in Need of Law Reform* / ed. by A. J. G. M. Sanders. — Durban : Butterworths, 1981.
53. *Van Hoecke M.* Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law // *International and Comparative Law Quarterly*. — 1998. — Vol. 47.
54. *Van Hoecke M.* The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Misunderstandings // *The Harmonisation of European Private Law* / ed. by M. Van Hoecke, F. Ost. — Oxford : Hart Publishing, 2000.
55. *Van Niekerk G. J.* Succession, Living Indigenous Law and Ubuntu in the Constitutional Court // *Obiter*. — 2005 — Vol. 26.
56. *Van Niekerk G. J.* A Comparative Study of the Application of Indigenous Law in the Administration of Criminal Justice in Southern Africa. — University of South Africa, 1986 (unpublished LLM Dissertation).
57. *Van Niekerk G. J.* Pre-contact African Judicial Procedure and the Legis Actio Procedure of Early Roman Antiquity : A Comparative Analysis [Электронный ресурс] // Сайт «Studia Iurisprudentia (Universitatis Babeş-Bolyai)». — Режим доступа : <http://studia.law.ubbcluj.ro/articole.php?an=2009>.
58. *Van Niekerk G. J.* Constitutional Protection of Common Law : The Endurance of the Civilian Tradition in Southern Africa // *Fundamina. A Journal of Legal History*. — 2012. — Vol. 17 (1).
59. *Van Niekerk G. J.* Principles of the Indigenous Law of Procedure and Evidence as Exhibited in Tswana Law // *Southern Africa in Need of Law Reform* / ed. by A. J. G. M. Sanders. — Durban : Butterworths, 1981.
60. *Van Niekerk G. J.* Orality in African customary — and Roman Law of Contract : A Comparative Perspective // *De Jure*. — 2011. — Vol. 44 (2).

61. *Van Niekerk G. J.* The Convergence of Legal Systems in Southern Africa // *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. — 2002. — Vol. 35(3).
62. *Van Schalkwyk N.* Law Reform and the Recognition of Human Rights within the South African Family Law with Specific Reference to the Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998 and Islamic marriages // *De Jure*. — 2003. — Vol. 36 (2).
63. *Waters D. W. M.* Convergence and Divergence : Civil Law and Common Law. Inaugural Lecture Katholieke Universiteit Nijmegen Centrum voor Postdoctoraal Onderwijs. — 1998.
64. *Weeks S. M.* The Traditional Courts Bill : Controversy around Process, Substance and Implications // *South Africa Crime Quaterley*. — 2011. — Vol. 35.
65. *Weeks S. M., Claassens A.* Tensions between Vernacular Values that Prioritise Basic Needs and State Versions of Customary Law that Contradict Them // *Stellenbosch Law Review*. — 2011. — Vol. 3.
66. *Williams S. H.* Democracy, Gender Equality, and Customary Law : Constitutionalizing Internal Cultural Disruption // *Indiana Journal of Global Legal Studies*. — 2011. — Vol. 18.
67. *Woodman G. R.* Unification or Continuing Pluralism in Family Law in Anglophone Africa : Past Experience, Present Realities and Future Possibilities // *Lesotho Law Journal*. — 1988. — Vol. 4.

ван Нікерк Г. Міркування щодо взаємовпливу африканського звичаєвого права і державного права у Південно-Африканській Республіці

Анотація. У Південно-Африканській Республіці існує полікультурне суспільство, де провідну роль відіграє правовий плюралізм. У межах парадигми державного права з двох визнаних правових систем основною є західне загальне право, яке визначає розвиток і реформування правової системи. Це загальне право є за своєю природою гібридним: воно переважно ґрунтується на традиціях романо-голландського права, однак відчутним є вплив боку традицій англійського загального права. Африканське звичаєве право визнається як державне право, однак відіграє вторинну роль. Провідна роль загального права проявляється у взаємодії двох систем державного права, хоча з судових рішень видно, що між ними вже відбулась певна конвергенція. Спроби досягти гармонізації цих двох правових систем є односторонніми і спрямованими виключно на те, щоб адаптувати африканське звичаєве право. Результатом є розширення меж існуючої множинності джерел права за рахунок створення нової офіційної правової системи, яка має риси західного загального права і лише віддалено нагадує африканське звичаєве право. Крім цього, спроби адаптувати африканське звичаєве право до переважно західних цінностей конституційного права лише посилили розбіжність між офіційним загальним правом і неофіційним живим африканським звичаєвим правом, створеним відповідно до основоположних правових постулатів Африки.

Ключові слова: африканське звичаєве право, західне загальне право, державне право, континентальна традиція права, англо-американська традиція права, традиція африканського права, гармонізація, конвергенція, інтеграція, звичаєві суди, звичаєвий шлюб, полігамія, африканські цінності, відновлюєче право.

ван Нікерк Г. Размышления относительно взаимовлияния африканского обычного права и государственного права в Южно-Африканской Республике

Анотація. В Южно-Африканской Республике существует поликультурное общество, где ведущая роль принадлежит правовому плюрализму. В рамках парадигмы государственного права из двух признанных правовых систем основной является западное общее право, определяющее развитие и реформирование правовой системы. Это общее право является по своей сути гибридным: оно преимущественно основывается на традициях романо-голландского права, однако с ощутимым влиянием со стороны традиций английского общего права. Африканское обычное право признается государственным правом, однако играет второстепенную роль. Ведущая роль общего права проявляется во взаимодействии двух систем государственного права, хотя из судебных решений видно, что между ними уже произошла определенная конвергенция. Попытки достичь гармонизации этих двух правовых систем являются односторонними и направленными исключительно на то, чтобы адаптировать африканское обычное право. Результатом является расширение границ существующей множественности источников права за счет создания новой официальной правовой системы, которая имеет черты западного общего права и лишь отдаленно напоминает африканское обычное право. Кроме этого, попытки адаптировать африканское обычное право к преимущественно западным ценностям конституционного права лишь усилили расхождение между официальным общим правом и неофициальным реально существующим африканским обычным правом, созданным согласно основополагающим правовым постулатам Африки.

Ключевые слова: африканское обычное право, западное общее право, государственное право, континентальная традиция права, англо-американская традиция права, традиция

африканського права, гармонізація, конвергенція, інтеграція, традиційні суди, традиційний брак, полігамія, право успадкування, африканські цінності, реституційне право.

van Niekerk G. Reflections on the Interplay of African Customary Law and State Law in South Africa

Summary. South Africa has a multicultural society in which legal pluralism prevails. Within the dual-systems state-law paradigm, the Western common law is the principal legal system that directs legal development and reform. The common law is hybrid in nature: predominantly founded on the civilian tradition (Roman-Dutch law) but substantially influenced by the common-law tradition (English law). African customary law is recognized as state law but assumes a secondary position. The dominance of the common law is revealed in the interplay of the two state-law systems, but it is evident in judicial decisions that a measure of convergence has taken place. Attempts at the harmonization of the two systems of law are one-sided and directed only at the adaptation of the African customary law. This has resulted in the expansion of the existing multiplicity of legal sources by the creation of a new official legal system that has features of the Western common law but only vaguely resembles African customary law. Further, the adaptation of the African customary law to bring it in line with the predominantly Western constitutional values has enhanced the divide between the official customary law and the unofficial living African customary law that has developed in accordance with fundamental African juristic postulates.

Key words: African customary law, western common law, state law, Civilian tradition, Common Law tradition, African tradition, harmonization, convergence, integration, traditional courts, customary marriage, polygamy, succession, African values, restorative justice, amende honorable, ubuntu.

Книжкова полиця

The Cambridge Companion to Comparative Law / Ed. by M. Bussani, U. Mattei. — N.Y. : Cambridge University Press, 2012. — 410 p.

ISBN 978-0-521-89570-5

У довіднику з порівняльного правознавства представлено такі теми: знання порівняльного права (порівняльне право та суміжні дисципліни, політична ідеологія і порівняльне право, економічний аналіз і порівняльне право, порівняльне право і антропологія, порівняльне право і мова), сфери порівняльного права (приватне, адміністративне, конституційне, кримінально-процесуальне, цивільно-процесуальне право, порівняльне право і міжнародні організації), порівняльне право і динаміка цивілізацій (східноазійська, іудейська, ісламська, сахарська, латино-американська і карибська, західна традиція права, змішані правові системи).

