

## ИНДИГЕНИЗАЦИЯ ПРАВА: ЮЖНОАФРИКАНСКИЙ ОПЫТ СОЗДАНИЯ ПРАВОВОГО ПЛЮРАЛИЗМА

А. Г. Кузьмин, [kuzminag@susu.ru](mailto:kuzminag@susu.ru)

Н. И. Шумакова, [shumakovani@susu.ru](mailto:shumakovani@susu.ru)

Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск, Россия

**Аннотация.** Статья посвящена изучению опыта Южно-Африканской Республики по включению норм обычного права в правовую систему страны с целью выявления рисков, связанных с проведением подобных реформ. Дается обзор как отечественных, так и зарубежных научных исследований, посвященных возможной индигенизации права в многонациональных и поликонфессиональных государствах, рассматриваются исторические особенности формирования южноафриканской правовой системы, изучается судебная практика. На основе проведенного анализа авторами выявлены возможные риски, связанные с проведением реформ, направленных на индигенизацию права.

**Ключевые слова:** ЮАР, права человека, конституционное право, индигенизация права, правовой плюрализм.

**Для цитирования:** Кузьмин А. Г., Шумакова Н. И. Индигенизация права: южноафриканский опыт создания правового плюрализма // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». 2023. Т. 23. № 4. С. 89–93. DOI: 10.14529/law230413.

Original article

DOI: 10.14529/law230413

## INDIGENIZATION OF LAW: SOUTH AFRICAN EXPERIENCE IN CREATING LEGAL PLURALISM

A. G. Kuzmin, [kuzminag@susu.ru](mailto:kuzminag@susu.ru)

N. I. Shumakova, [shumakovani@susu.ru](mailto:shumakovani@susu.ru)

South Ural State University, Chelyabinsk, Russia

**Abstract.** The article is devoted to studying the experience of the Republic of South Africa in incorporating customary law into the country's legal system in order to identify the risks associated with carrying out such reforms. An overview of both Russian and foreign scientific research on the possible indigenization of law in multinational and multi-religious states is given, the historical features of the formation of the South African legal system are examined, and its judicial practice is studied. Based on the analysis, the authors identified possible risks associated with the adoption of reforms aimed at indigenization of law.

**Keywords:** the Republic of South Africa, human rights, constitutional law, indigenization, legal pluralism.

**For citation:** Kuzmin A. G., Shumakova N. I. Indigenization of law: south african experience in creating legal pluralism. *Bulletin of the South Ural State University. Series "Law"*. 2023. vol. 23. no. 4. pp. 89–93. (in Russ.) DOI: 10.14529/law230413.

Президент Российской Федерации В. В. Путин во время своего выступления на XI Московской конференции по международной безопасности 15 августа 2023 г. назвал продолжающуюся политику колониализма вызовом современности, указав на необходимость их нейтрализации в целях укрепления доверия между государствами и открытия новых воз-

можностей их развития [1]. Отечественная юридическая наука перекликается с этим посланием, уже несколько лет предлагая обратиться к концепции индигенизации права в качестве повышения потенциала защиты прав человека [3, с. 46–47], а в глобальном контексте – для поддержания многополярного мира [2, с. 99]. Учитывая вышесказанное и то,

что сама по себе эта идея не нова [6, с. 189–195] и результаты попыток включения обычного права коренных народов в национальную правовую систему уже можно наблюдать в ряде африканских стран, при этом наиболее актуальным представляется изучение возможных рисков, связанных с ее воплощением на примере одного из главных партнеров России по БРИКС – Южно-Африканской Республики (далее – ЮАР).

Е. Ф. Гладун, обосновывая необходимость интеграции ценностей коренных народов в базовые конституционные ценности России, рассматривает опыт ЮАР, где современные конституционные нормы основаны на концепции «убунту», подчеркивая, что опыт этой страны демонстрирует, вопреки противоречивости мнений относительно индигенизации права, включение традиционных ценностей коренного населения в основной закон многонациональных и поликонфессиональных государств, которое может рассматриваться как перспективное, в том числе потому что это способствует сохранению суверенитета и культурно-цивилизационной самобытности [2, с. 99]. Е. В. Харитоновна добавляет, что преодоление конфликта после геноцида в Руанде, как и выход из кризиса в ЮАР, было бы сложно осуществимо посредством европейского права [5, с. 55]. Схожей точки зрения придерживается С. С. Кузнецова, но уже рассуждая о действующей в ЮАР «доктрине живого обычного права» как обладающей значительной гибкостью, а значит – перспективностью [3, с. 46–47], в то время как О. С. Пономарева [4, с. 100–103] доказывает возможность улучшения общепринятой западной модели медиации двухкомпонентной моделью ЮАР, учитывающей как культурное и религиозное многообразие, так и традиционные и общинные ценности.

Но действительно ли ЮАР удалось успешно воплотить идею полиюридизма посредством индигенизации права? Для ответа на этот вопрос недостаточно рассматривать только включение в систему права принципов убунту или утверждений, что это абсолютное благо и «дар конституционализму» [14, с. 293], но необходимо изучить историю южноафриканского права и понять, как и каким образом происходила ее трансформация от обычного права к правовой системе, навязанной колонизаторами, и обратно. Правовая система этого государства ввиду исторических особенностей формирования относится к

так называемому смешанному типу – в ней слились воедино англо-саксонское, романо-германское (в некоторых источниках обозначенное как «романо-голландское»), религиозное и обычное право [7, с. 76–92]. При этом Конституция ЮАР 1996 года закрепляет равенство правовых обычаев коренных народов и правовой нормы, обязуя суды применять обычное право, но только там, где оно применимо с учетом положений Конституции и других государственных законов о положении обычного права (ст. 211). Обычное право здесь можно определить как правовые обычаи, воспринимаемые группой людей в качестве формы национальной идентичности и регулирующие как личное, так и групповое поведение среди представителей коренного населения [16, с. 29–33]. Обычное право, в свою очередь, делится на официальное и «живое», где нормы официального обычного права имеют законодательное либо письменное закрепление, а живое обычное право – это непосредственно обычаи и практики, соблюдаемые представителями коренных народов в течение длительного периода времени и, как правило, являющиеся первоисточником официального традиционного права. До колонизации неунифицированные и не имеющие письменного закрепления правовые традиции служили в качестве единственного источника права на территории современной ЮАР. Южноафриканские правоведы отмечают, что это обеспечивало необходимый баланс между нормой права и традицией [12, с. 55–58], в то время как интродукция романо-голландского права, пусть и с включением в него элементов обычного права, не учитывала интересы коренных народов и не коррелировала с их правовыми традициями, а иногда и вовсе маргинализировала их [15, с. 173–180]. В конце XIX века под влиянием англо-саксонской системы права традиционное право было включено в общее право для урегулирования отношений и разрешения споров между представителями коренного населения в отдельных регионах (Указ Провинции Натал № 3 от 1849 года). После объединения земель и провозглашения Республики в 1910 году суды столкнулись с фрагментизацией права, породившей неоднородную правоприменительную практику, поскольку не находящиеся под властью британской короны провинции не признавали обычное право – устранить возникшую путаницу был призван Закон о коренной администрации (№ 38 от 1927 года), приня-

тый, как официально заявлялось в то время, для возрождения африканских традиций, но на самом деле направленный на усиление сегрегации и маргинализации обычного права, как и пришедший ему на смену Закон об органах власти Банту (№ 68 от 1951 года). Их применение привело к восстанию общин коренного населения против навязанных им подконтрольных правительству и режиму апартеида лидеров. В ответ на это был принят еще один закон – № 5 от 1988 года, внесший поправки в Закон о доказательствах и допуская применение принципов обычного права в судебных спорах [12, с. 62–65]. Финальным шагом в уравнивании обычного права и нормы закона стало принятие Конституции ЮАР 1996 года. Примечательно, несмотря на то, что ст. 211 уравнивает норму закона и правовые традиции коренных народов, западные правоведы данные источники все еще склонны располагать ниже по иерархической лестнице, где первое место отведено Конституции, второе – законам и статутам, третье – обычному праву, четвертое – конвенциям, а пятое – судебному прецеденту [10]. Такая иерархия противоречит как ст. 211, так и ст. 231, закрепляющей принцип равенства национального законодательства и договоров/конвенций, заключенных ЮАР.

С учетом вышесказанного, достаточно спорными представляются положения ч. 1 ст. 39 Билля о правах и ст. 233 Конституции, обязывающие суды при рассмотрении споров ориентироваться на международное и «иностранное» право, принципы которого далеко не всегда находят отражение в обычном праве. В качестве примера можно привести рассмотренные в 2017 году Конституционным Судом ЮАР совмещенные дела CCT CASE NO: 194/2016/LT и LT CASE NO: 412/2015, об ущемлении прав женщин в связи с применением ст. 7(1) Закона о признании обычных браков, согласно которой имущественные последствия полигамных браков, заключенных до 15 мая 2000 г. (дата вступления данного закона в силу), должны регулироваться нормами обычного права. В свою очередь нормы обычного права не позволяют женщинам владеть и распоряжаться собственностью наравне с их мужьями. Позиция заявителей заключалась в том, что данная норма наносит ущерб и без того уязвимой категории женщин – пожилым и малоимущим, кроме того, она порождает неравенство замужних женщин перед законом, лишая женщин, вступивших в брак до вступле-

ния закона в силу конституционной защиты их прав, создавая почву для дискриминации по расовому, гендерному и иным признакам. В связи с указанным заявителями требовали признать ст. 7(1) Закона о признании обычных браков противоречащей Конституции и нормам международного права, в частности – Протоколу к Африканской хартии прав человека и народов о правах женщин в Африке, где ст. 7 гласит: «Государства-участники обязуются принять соответствующее законодательство, гарантирующее, что женщины и мужчины пользуются одинаковыми правами в случае раздельного проживания супругов, развода или аннулирования брака. В этом отношении они должны обеспечить, чтобы женщины и мужчины имели право на справедливый раздел совместного имущества, полученного в результате брака. Протокол также обязывает принять «соответствующие национальные законодательные меры, гарантирующие поощрение и защиту прав женщин в браке и семье, в том числе в полигамных брачных отношениях». Конституционный Суд ЮАР временно приостановил действие данной статьи, а в 2021 году в нее были внесены изменения (Закон № 1 от 2021 года). Теперь, исходя из смысла статьи, обычным правом имущественные последствия обычного полигамного брака будут продолжаться регулироваться на условиях, что супруги в таком браке имели равные права, включая право собственности; реализация же этих положений обязана происходить в «наилучших интересах семьи».

Тем не менее, акцентируя внимание на том, что право практиковать обычное право является частью права коренного населения на самоопределение, гарантированного ст. 30, 31 и ч. 3 ст. 39, правоведы ЮАР считают, что ст. 233, рекомендуемая судам ориентироваться на международное и иностранное право при толковании тех или иных норм и обычаев, фактически сводит на нет перечисленные в Конституции гарантии [12, с. 58–62]. Иными словами, обычное право и де-юре, и де-факто по-прежнему рассматривается как нуждающееся в валидации, что является пережитком эпох колонизации и апартеида [11, с. 2–4]. Здесь же отмечается необходимость проведения правовой реформы в ЮАР, кодификации обычного права, установления единого регламента применения живого обычного права, отмены нормативных правовых актов, содержащих признаки сегрегации коренного населения, исключения возможности

приведения норм обычного права в соответствии с западными идеологиями, чуждыми народам, проживающим на территории республики [12, с. 67–69]. То, что такая реформа может иметь положительный эффект, также доказывается судебной практикой успешного применения общего права и обычного права совместно [11, с. 4–9].

Существует и другой взгляд на доминирование международного и национального права над обычным, в том числе живым обычным правом ЮАР, согласно которому процесс изменения правовых традиций является исключительно положительным, поскольку способствует искоренению «увекоченных несправедливостей» и адаптации правовых режимов коренных народов и их традиций к современным реалиям [8, с. 150–165]. Более того, способность правовых режимов коренного населения адаптироваться к изменяющемуся миру способна обеспечить сохранение правового плюрализма в республике, существование которого будет поставлено под вопрос в случае отсутствия правовой интеграции [9, с. 3–22]. Отчасти он перекликается с тем, что присутствует в западной науке – индигенизация права должна происходить постепенно и не ради одного лишь популизма, только тогда она будет иметь положительный эффект, в том числе будет способствовать экономическому росту [13, с. 4–15].

Исходя из изложенного, можно заключить, что индигенизация права действительно может иметь положительный эффект, став отражением культурных и исторических особенностей государства и обеспечив интересы всего его многонационального и многокон-

фессионального народа. Более того, Россия уже начала делать первые шаги в этом направлении, создав правовую базу для проведения финансовых операций в ряде регионов в соответствии с их религиозными верованиями, приняв соответствующий Федеральный закон – от 4 августа 2023 г. № 417-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для осуществления деятельности по партнерскому финансированию в отдельных субъектах Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». К возможным рискам, связанным с такими изменениями в системе права, можно отнести: 1) появление коллизий; 2) нарушение прав и законных интересов отдельных групп и/или категорий населения; 3) появление культурной сегрегации; 4) снижение иностранных инвестиций; 5) социальная напряженность, вызванная процессом валидации норм обычного права; 6) фрагментизация национального права. Опыт же ЮАР по включению обычного права в правовую систему страны можно считать успешным, но никак не беспроблемным, что следует и из судебной практики, и из работ южноафриканских правоведов. Тщательный расчет рисков и учет опыта государств, уже включивших нормы обычного права коренного населения в свои правовые системы, позволит избежать слепой идеализации такой реформы и повысит ее эффективность. Здесь сложно не согласиться с британскими исследователями – подобные изменения, безусловно, должны быть постепенными и совершаться исключительно в интересах населения.

### Список источников

1. Видеообращение к участникам и гостям XI Московской конференции по международной безопасности. URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/72040>.
2. Гладун Е. Ф. Индигенизация конституционных ценностей (на примере концепции «убунту» Южно-Африканской Республики) // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». 2022. Т. 22. № 3. С. 95–103.
3. 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. С. 35–47.
4. Пономарева О. С. Роль западной и африканской моделей медиации в разрешении споров в Южно-Африканской Республике // Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал. 2016. № 3. С. 100–103.
5. Харитоновна 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. С. 55–69.
6. Atal Y. The Call for indigenization, International social science journal. 1981, Vol. 38, no. 1, pp. 89–197.

7. Du Bois F. et al. Wille's principles of South African law. Cape Town. 2007, 1269 p.
8. Diala A. C. The concept of living customary law: a critique, University of Milano-Bicocca School of Law Research Paper. 2017, no. 19-02, pp. 143–165.
9. Diala A. C. Our Laws Are Better Than Yours: The Future of Legal Pluralism in South Africa, *Revista General de Derecho Público Compara-do*, 2019, no. 26, pp. 1–23.
10. Legal systems in South Africa: overview by Lawrence Helman and Andréa Pekeur, Edward Nathan Sonnenbergs Incorporated. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-030-7871? TransitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-030-7871?TransitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).
11. Maimela Ch. The Role and Importance of African Customary Law in the 21st Century South Africa, University of Milano-Bicocca School of Law Research Paper, 2019, no. 19-02, pp. 1–10.
12. Morudu N. L., Maimela Ch. The indigenisation of customary law: Creating an indigenous legal pluralism within the South African dispensation: possible or not? *De Jure Law Journal*, 2021, Vol. 54, no. 1, pp. 54–69.
13. Richards R. Indigenisation and economic empowerment in Malawi: lessons from other southern African states, K4D Helpdesk Report, 2020, pp. 2–19.
14. Rautenbach Ch. et. al. Constitutional Adjudication in Africa: Stellenbosch Handbooks in African Constitutional Law. Oxford, 2017, 416 p.
15. Seroto J. An analysis of the depiction of indigenous people during the early colonial conquest in South African history textbooks, *Indilinga African Journal of Indigenous Knowledge Systems*, 2015, vol. 14, no. 2, pp. 169–184.
16. Woodman G. R. Customary Law in Common Law Systems, *IBS Bulletin*, 2001, Vol. 32, no. 1, pp. 28–34.

#### References

1. *Videobrashchenie k uchastnikam i gostyam XI Moskovskoy konferentsii po mezhdunarodnoy bezopasnosti* [Video message to the participants and guests of the XI Moscow Conference on International Security]. Available at: [kremlin.ru/events/president/news/72040](http://kremlin.ru/events/president/news/72040).
2. Gladun E. F. [Indigenization of constitutional values (on the example of the concept of "Ubuntu" of the Republic of South Africa)]. *Vestnik Yuzhno-Ural'skogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya "Pravo"* [Bulletin of the South Ural State University. Series "Law"], 2022, Vol. 22, no. 3, pp. 95–103.
3. Kuznetsova S. S. [Legal custom in the concept of the rule of law in India and the Republic of South Africa (comparative legal research)]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya* [Journal of Foreign Legislation and Comparative Jurisprudence], 2020, no. 5, pp. 35–47. (in Russ.)
4. Ponomareva O. S. [The role of Western and African mediation models in dispute resolution in the Republic of South Africa]. *Probely v rossiyskom zakonodatel'stve. Yuridicheskiy zhurnal* [Gaps in Russian legislation. Law Journal], 2016, no. 3, pp. 100–103. (in Russ.)
5. Kharitonova E. V. [Ethics and politics in Africa: precedents of the application of elements of traditional ethical systems in the settlement of political conflicts (on the example of Rwanda and South Africa)]. *Konfliktologiya / nota bene* [Conflictology / nota bene], 2018, no. 3, pp. 55–69. (in Russ.)

#### Информация об авторах

**Кузьмин Андрей Георгиевич**, доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и административного права, Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск, Россия.

**Шумакова Наталья Игоревна**, доцент кафедры конституционного и административного права, Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск, Россия.

#### Information about the authors

**Andrey G. Kuzmin**, Doctor of Law, Associate Professor of the Department of Constitutional and Administrative Law, South Ural State University, Chelyabinsk, Russia.

**Natalia I. Shumakova**, Associate Professor of the Department of Constitutional and Administrative Law, South Ural State University, Chelyabinsk, Russia.

Поступила в редакцию 8 октября 2023 г.

Received October 8, 2023.