

Перевод – Ларина Анна, 2024



**ВЕРХОВНЫЙ СУД ЭСВАТИНИ**

**РЕШЕНИЕ**

**ВЫНЕСЕНО В Г. МБАБАНЕ:**

**ДЕЛО №. 89/2017**

В деле между:

**USA DISTILLERS (PTY) LTD**

**Апеллянт**

**И**

**UMCEBO MINING (PTY)LTD**

**Ответчик**

**Шифр судебного решения: USA Distillers (Propriety) Ltd vs Umcebo (89/2017) [2018] SZSC 28 (24<sup>TH</sup> August, 2018)**

**Тройка судей: SPDLAMINI JA; MJ DLAMINI JA; JP ANNANDALE JA**

**Слушалось: 24 мая 2018 г.**

**Изготовлено: 24 августа 2018**

**Саммари:** Международное частное право - Коллизионное право – Право существа договора - Характеризация – *Via media*, "пробел" (разрыв), "кумуляция";

Общее римско-голландское право, включающее в себя § 16 Эдикта императора Карла V 5 Октября 1540 - Значение "*koopmaschap ter slete geleverd*" (means goods sold not only by retail but sold in small quantities for consumption or to be used up – пояснение переводчика).

Срок исковой давности - Применение раздела 16 Эдикта в Эсватини – Закон о сроках давности № 68 от 1969 г. Южной Африки - Специальные заявления - Приостановление.

Срок исковой давности в Эсватини осуществляется в соответствии с римско-голландским правом, которое включает в себя статью 16 Эдикта императора Карла V от 5<sup>th</sup> октября 1540 года. Согласно этой статье, цена товара *ter slete geleverd* должна быть истребована в судебном порядке в течение двух лет с момента поставки купленного товара.

Срок давности по Эдикту — это вопрос процессуального права, он ограничивает во времени восстановление нарушенного права, делая такое требование не подлежащим принудительному исполнению. В соответствии с Законом Южной Африки 1969 года, срок исковой давности — это вопрос материального права, не только ограничивающий сроки защиты нарушенного права, но также лишаящая права на иск.

Договор между сторонами был заключен в Южной Африке на поставку угля в Эсватини. Правом существа договора, то есть правом той юрисдикции, с которой сделка имеет наиболее тесную и реальную связь, является право Южной Африки.

Ответчик подал два заявления о применении срока исковой давности, в которых утверждал, что в соответствии с законодательством Королевства Эсватини и законодательством Южно-Африканской Республики, требования истца подпадают под сроки давности, в связи с чем не могут быть предъявлены в судебном порядке, или же они были погашены.

Прерывание сроков давности должно толковаться с точки зрения закона существа договора. Согласно этому закону, прерывания не было, поскольку производство по первому ходатайству в Высоком суде Ква-Зулу-Натал было отозвано и прекращено по инициативе истца.

## РЕШЕНИЕ

### **Введение**

[1] В августе или октябре 2007 года в "Вимпи" в Эмалахлени (Витбанк), Южная Африка, или в Умцебо Хаус, электростанция Вилге, Мпумаланга, Южная Африка, их законными представителями, **истец** (ответчик в апелляционной инстанции), компания с ограниченной ответственностью, зарегистрированная в соответствии с законодательством Южно-Африканской Республики, имеющая основное место деятельности в Умцебо Хаус, электростанция Вилге, Волтарго, ЮАР, в лице своих законных представителей, заключила устное соглашение с **ответчиком** (апеллянт в текущей инстанции), компанией с ограниченной ответственностью, зарегистрированной в соответствии с законодательством Королевства Эсватини и имеющей основное место деятельности в USA Distillers Park, Big Bend, Эсватини. Соглашение заключалось в том, что истец предложил продать, а ответчик согласился купить товар – каменный уголь на условиях, изложенных в **Заявлении о согласованных фактах** (*Заявление*) сторон. *Истец был обязан поставлять уголь из Южной Африки на основное место ведения бизнеса ответчика в Эсватини*", а ответчик *"приобретал уголь [поставляемый] для целей потребления и, в частности, для отопления своих котлов"*. Оплата ответчиком должна была производиться в *"указанном банке в Южной Африке"*, а именно в филиале в Миддлбурге, со счета ответчика в Свазиленде. Однако истец и ответчик *"прямо не договорились о том, какое право будет являться применимым правом контракта"*.

[2] 14 сентября 2011 года Истец подал иск против ответчика в Высокий суд Квазулу-Натал, Дурбан, о выплате общей суммы в размере 12 286 900 эмалангени (*валюта Эсватини; во множ.числе – эмалангени, в единственном – лилангени – прим.переводчика*) вместе с процентами по ставке 15,5% годовых.

Ответчик в заявлении о возражении по существу иска возражал против иска в Дурбане, утверждая, что суд Дурбана не имеет юрисдикции над ответчиком. Истец ходатайствовал о передаче дела из Дурбана в Северный Высокий суд Претории, но ответчик снова возразил, сославшись на то, что этот суд также не обладает юрисдикцией в отношении ответчика, не имеющего активов в Южной Африке. Соответственно, ходатайство о передаче иска было отклонено, и истец отозвал иск из Дурбана 8<sup>th</sup> ноября 2012 года, а 9<sup>th</sup> ноября 2012 года получил в Высоком суде Эсватини повестку о предъявлении иска, и вручил ее ответчику 22<sup>nd</sup> ноября 2012 года.

[3] На иск истца ответчик подал два возражения по существу спора, которые сводятся к следующему:

**Первое возражение.** При надлежащем толковании Прокламации 1907 года, имплементирующей раздел 16 Эдикта от 5<sup>th</sup> октября 1540 года, который регулирует сроки давности продажи товаров *"ter slete gelever"* (*не для продажи, а для личного потребления – прим.переводчика*), требование истца о выплате покупной цены угля было вне сроков исковой давности и не может служить основанием для подачи иска в суды Королевства Эсватини;

**Второе возражение.** На основании того, что надлежащим правом договора является южноафриканское право (*lex loci contractus*), применяется Южно-Африканский Закон о сроках давности № 68 от 1969 года, и долг был погашен в соответствии с разделом 11(d) этого Закона, поскольку он не был востребован своевременно. Закон 1969 года является частью материального права Южной Африки.

[4] Соответственно, в первом возражении по существу иска утверждается, что заявленный платеж не может быть взыскан в судах Эсватини, поскольку истекло время или период, в течение которого он должен был быть истребован в судебном порядке в соответствии с разделом или статьей 16 Эдикта. Несмотря на то, что статья 16 является Имперским статутом, она является частью римско-голландского общего права, принятого в этой стране в начале прошлого века. Таким образом, первое специальное заявление исходит из того, что надлежащим правом договора является право Эсватини (*lex fori*). Второе возражение по существу иска основано на том, что надлежащим правом договора является южноафриканское, в соответствии с которым, как утверждает, долг был погашен по прошествии времени в соответствии с Законом о давности № 68 от 1969 года. В результате, как утверждает ответчик, повестка была вручена 22 ноября 2012 года, а заявленный платеж был погашен по давности. Ответчик также подал апелляцию.

[5] Истец возразил на оба возражения по существу иска ответчика, отрицая, что Эдикт является частью римско-голландского общего права, применимого к Эсватини; отрицая так называемое "правильное толкование" ответчиком слов "*ter slete gelever*" в разделе 16 Эдикта или что "*уголь представляет собой товар, продаваемый в розницу или в небольших количествах, как это предусмотрено словами "ter slete gelever"*". Истец также отрицал, что к договору применимо южноафриканское право или что какие-либо его требования были прописаны в Законе Южной Африки 1969 года. Истец представил ответчику доказательства своих утверждений и ходатайствовал об отклонении, с учетом издержек, обоих особых заявлений.

[6] Решением большинства Высокого суда возражения ответчика по существу иска были отклонены. В пункте [49] этого Решения говорится следующее:

*"Ответчик настаивает на том, чтобы суд пришел к выводу, что договор регулируется lex fori и lex causae. Литература по данному вопросу показывает, что пробел, создаваемый вопросами выбора права, делает законы кумулятивными, а не альтернативными. Позиция закона в этом вопросе не меняется. Даже если рассматривать lex causae, очевидно, что срок истребования долга не истек как по Южно-Африканскому Закону об истечении сроков давности № 68 от 1969 года, так и по законодательству Свазиленда, предусмотренному разделом 16 Эдикта императора Карла V 1540 года, учитывая, что повестка была впервые вручена ответчику 14<sup>th</sup> октября 2011 года".* Следует отметить, что эта дата относится к разбирательству в Дурбане.

[7] Ответчик, "будучи неудовлетворенным решением и постановлением" суда, подал апелляцию. В п. 5 заявления стороны указали, что исковая помощь "*изложена в первом и втором возражениях касательно существа спора ответчика и в втором возражении истца*

соответственно". В своем Заявлении стороны договорились, что "вопросы, вытекающие из заявлений ответчика касательно существования спора, будут рассмотрены до и перед любыми другими вопросами". **Вопросы, подлежащие разрешению** в связи с возражениями, изложены в п. 3 Заявления следующим образом:

3.1 Является ли требование истца полностью или в части основанием для подачи иска в суд и, соответственно, может ли быть подано в суд Королевства Свазиленд (**Первое возражение касательно существования спора**). В частности:

3.1.1 Включает ли право Свази римско-голландское общее право, применимое к Свазиленду с 22 февраля 1907 года, в том числе Раздел 16 Эдикта императора Карла V от 4 октября 1540 года [том 1 Большой книги законов];

3.1.2 Если да, то применяется ли указанный раздел к товарам, являющимся предметом иска истца;

3.2 Какое право применяется к договору - право Южной Африки или право Свази (**Второе возражение касательно существования спора**);

3.3 Если будет признано, что надлежащим правом договора является право Южной Африки, то требование истца о выплате сумм в размере 7 822 384,60 эмалангени и 1 591 827,67 эмалангени было погашено по давности и должно быть отклонено (Второе возражение касательно существования спора);

3.4 Является ли утверждение ответчика (ответы ответчика на вопросы истца на предварительном судебном заседании) о том, что особые возражения могут быть заявлены в совокупности, а не в альтернативном порядке, обоснованным с точки зрения права.

### **История вопроса**

[8] **Rood's Trustees v Scott and de Villiers**<sup>1</sup>- это дело о продаже в Йоханнесбурге земельного участка и права на землю, расположенной в Эсватини, лицами, проживавшими в Трансваале. В связи с тем, что проданная недвижимость была передана с обременениями, покупатель подал заявление о расторжении сделки в Высокий суд Трансваала. Судья Иннес сделал следующее заявление:

*"Возможно, здесь будет уместно отметить, что в 1888 году местное право и обычаи - воля вождя, одобренная, где необходимо, его советом – преобладали на всей территории Свазиленда. Однако, когда правительства Великобритании и Южно-Африканской Республики назначили Объединенную комиссию, Шепстоун, "агент и советник народа свази", издал прокламацию, предписывающую, что римско-голландское право, применяемое в Южной Африке, должно применяться Комиссией "во всех спорных вопросах между белыми или по отношению к ним, или в тех случаях, когда речь идет о белых".<sup>2</sup>*

[9] Конвенцией 1890 года (ст. 2 (а)) высокие договаривающиеся стороны (Великобритания и Южно-Африканская Республика), признавая независимость Эсватини,

---

<sup>1</sup> 1910 TPD 47

определили, что "законом, который будет применяться всеми судами в Свазиленде, будет римско-голландский закон, действующий в Южной Африке", с учетом любых законодательных поправок, принятых договаривающимися сторонами. Конвенция также продолжала действие "законов, указов, прокламаций и постановлений, действующих в настоящее время в Свазиленде". Судья Иннес продолжает<sup>3</sup>: *"Конвенцией 1894 года право законодательной инициативы в отношении Свазиленда было передано Южно-Африканской Республике, после чего местные законы Свазиленда были (за несколькими несущественными исключениями) отменены, а существующие и будущие законы Южно-Африканской Республики были объявлены имеющими силу вместо них..... Эти условия оставались неизменными до окончания войны. В 1898 году Южно-Африканская Республика добилась внесения поправки в Конвенцию 1894 года и получила фактический контроль над государством Свати. Таким образом, когда Великобритания в соответствии с условиями капитуляции приняла управление Эсватини (от ЮАР) в 1902 году, общее право Эсватини было практически римско-голландским общим правом, действовавшим в Трансваале. Новая администрация признала и подтвердила, если это было необходимо, существующие административные механизмы, включая действующие законы.*

<sup>2</sup> Там же, стр. 53 - 54

<sup>3</sup> Ibid at p 54

**[10]** Прокламацией от 18<sup>th</sup> декабря 1889 года королева-регент (Тибати) провозгласила, что недавно созданный Комитет по управлению, касающийся управления белыми иммигрантами, должен осуществлять власть и юрисдикцию "в соответствии с принципами римско-голландского права, применяемого в Южной Африке" (статья 3)<sup>4</sup>. Основной прокламацией от 13<sup>th</sup> сентября 1890 года король Бхуну учредил Правительственный комитет из трех чиновников, представлявших государство Свази, Южно-Африканскую Республику и Великобританию. Также был учрежден Главный суд по делам белых, а "*законами, которые будут применяться всеми судами, согласно Прокламации, будет римско-голландское право, действующее в Южной Африке...*" (ст. 8)<sup>5</sup>. Согласно Прокламации № 3 от 1904 года, в Эсватини должны были применяться законы Трансвааля в той мере, в какой они могут быть применимы.

**[11]** Важнейшей прокламацией стала № 11 от 1905 года, которая вступила в силу 22 февраля 1907 года как прокламация № 4 того же года. Этот прокламационный акт также можно назвать первой конституцией государства Свази. Статья 2 этой прокламации гласит:

*"2 - (1) Римско-голландское общее право, за исключением тех случаев, когда оно было ранее или может быть время от времени изменено законодательным актом, является законом в Свазиленде, и все законодательные акты, действующие в Свазиленде непосредственно перед датой вступления в силу настоящей Прокламации, за исключением тех случаев, когда они дополнены, изменены, не соответствуют*

<sup>4</sup> Апелляция Тайного совета (Собхуза против А. М. Миллера), составленная JSM Matsebula, стр. 142

<sup>5</sup> Ibid, p 145

*или впоследствии изменены или дополнены, является Статутным законом Свазиленда"* (выделено мной).

Раздел 252 Конституции гласит:

*"(1) С учетом положений настоящей Конституции или любого другого писаного закона, принципы и нормы, сформировавшие непосредственно перед 6<sup>th</sup> сентября 1968 года (День независимости) принципы и нормы римско-голландского общего права, применимые к Свазиленду с 22<sup>nd</sup> февраля 1907 года, подтверждаются и должны применяться и обеспечиваться в качестве общего права Свазиленда, за исключением случаев и в той степени, когда эти принципы или нормы несовместимы с настоящей Конституцией или статутом"*.

**[12]** Следует отметить, что действующий Закон об общей администрации № 11 от 1905 года (см. Laws of Swaziland, Cap 25) имеет дату "вступления в силу" - "22 февраля 1905 года". По моему мнению, год "1905" является опечаткой при пересмотре Статутов Свазиленда: правильный год должен быть "1907". В 1905 году, когда была принята Прокламация, был разрешен двухлетний переход. Таким образом, с 1905 года то, что до сих пор было общим правом для иммигрантов, было распространено на весь народ Эсватини. Это было римско-голландское общее право, применявшееся или действовавшее в колонии Трансвааль. Это было до того, как колония Трансвааль стала самоуправляемой в 1906 году, готовясь к объединению в 1910 году. Таким образом, дела Трансвааля (Южно-Африканской Республики), касающиеся Эдикта от 4<sup>th</sup> октября 1540 года, в частности его статьи или раздела 16, являются законным авторитетом для Королевства Эсватини. Именно на эти дела (и авторитетные труды) мы должны ориентироваться в поисках соответствующих прецедентов для нашего сегодняшнего общего закона о предписании. Следует отметить, что в 1908 году в Трансваале был принят собственный Закон о сроках давности, и именно тогда статья 16 Эдикта перестала быть законом в Трансваале, как это было в Капской колонии с 1861 года. Таким образом, в нашем случае семена римско-голландского общего права были заложены еще в 1880-х годах. Римско-голландское право также является общим правом Лесото (1884), Ботсваны и Зимбабве (1891) и Намибии (1920).

**[13]** Несмотря на то, что в последней версии Прокламации 1907 года нет прямой ссылки на "общее право, действующее или применяемое в Южно-Африканской Республике или Трансваале", наречие "прежде" явно отсылает нас к праву, действовавшему в Республике или колонии Трансвааль до 1905 года. Ибо ссылка на "римско-голландское общее право" не является полной, если не указано, каков источник этого римско-голландского общего права, в частности потому, что эта правовая система уже давно устарела или была отменена (1809 г.) в стране ее происхождения - Голландии. На юге Африки в 1900-х годах римско-голландское право не обязательно было идентичным в четырех колониях. То же самое в значительной степени относится и к статутному праву. Таким образом, британское отправление правосудия в Эсватини в 1903 году началось не с чистого листа, как это было раньше. Именно так следует понимать раздел 252(1) Конституции 2005 года в отношении римско-голландского общего права Эсватини и его генезиса.



**[14]** По мнению Халло и Кана<sup>6</sup>, "как ясно показывает его название, римско-голландское право явилось результатом союза между правом Голландии и римским правом". Выражение "римско-голландское право" приписывается работе Симона ван Левена, написанной в 1652 году. В ней говорится, что проникновение и восприятие римского права в Германии и ее зависимых территориях, одной из которых была Голландия, достигло своего апогея и

<sup>6</sup> **Правовая система Южной Африки**, 1968, с. 514

слияния в пятнадцатом и шестнадцатом веках. Результатом этого слияния стало превращение "голландского" права в "римско-голландское". Голландия стала колыбелью римско-голландского права. *"Римско-голландское право процветало в Голландии до 1809 года, когда оно было отменено Наполеоном, и с тех пор в стране своего рождения оно не имело юридической силы, а представляло лишь исторический интерес"*, - пишет Гибсон<sup>7</sup>. 7<sup>th</sup> апреля 1652 года, в день и год высадки Яна ван Рибек на мысе Доброй Надежды, семена римско-голландского права были высажены в Кейпе, в Южной Африке. Одним из основных источников римско-голландского права были законодательные акты, обобщенные выдающимися голландскими юристами в издании "Groot Placaat-Boek", такими как Симон ван Левен и Йоханнес ван дер Линден. Из Капской провинции в качестве личного закона фуртреккеров римско-голландское право было принято в Трансваале в 1844 году, в Натале в 1845 году и в Оранжевом Свободном Государстве в 1854 году. Таким образом, примерно с 1860 года римско-голландское право стало общим правом Южной Африки, утверждают Хало и Кан. Об этой правовой системе Хало и Кан пишут следующее:

*"Римско-голландское право - одна из величайших правовых систем мира. В форме системы общего права оно представляет собой гражданскую традицию в ее лучших проявлениях. Среди его замечательных качеств универсальность занимает не последнее место. Как сказал сэръ Йоханнес Вессельс<sup>8</sup>, римско-голландское право "вбирает в свою систему все юридические знания, накопленные великими итальянскими, французскими и немецкими юристами" и "может использовать для решения правовых проблем обширные знания и опыт всех великих европейских юристов, которые излагали гражданское право в его практическом применении к делам людей".<sup>9</sup>*

#### **Римско-голландское общее право, провозглашенное в 1907 году**

<sup>7</sup> **Принципы южноафриканского права Вилле**, 6<sup>th</sup> ed, p 29

<sup>8</sup> **Будущее римско-голландского права в Южной Африке** (1920) 37 S.A.L.J. 265 at 267-8

<sup>9</sup> Указ. соч. С. 595

[15] Относительно вопроса, рассматриваемого судом: Что представляло собой это римско-голландское общее право, полученное Эсватини в 1907 году? Раздел 16 Эдикта Карла V от 4<sup>th</sup> октября 1540 года был признан частью римско-голландского права в следующих делах, являющихся решениями Верховного суда Южно-Африканской Республики или колонии Трансвааль: **Spiller v Mostert**<sup>10</sup>, **Loteryman & Co v Cowie**<sup>11</sup>, **Peucke & Co v Estate Bauman**<sup>12</sup>. Этот список не является исчерпывающим. В последнем из упомянутых дел судья Иннес отметил: *"Высокий суд в своих последних решениях не раз высказывался, а однажды и настоящий суд, о том, что Эдикт Карла V действует в этой стране..."*. В деле **Little v Rothman**<sup>13</sup> судья Котце писал: *"В деле Van Diggelen v Wepener (1 Off Rep, p31) этот суд постановил, что двухлетняя давность, введенная Эдиктом, все еще действует... Мы придерживаемся мнения, что двухлетняя давность была признана действующей в Южной Африке Верховным судом Капской колонии и Высоким судом Блумфонтейна..."*.

[16] В деле **Loteryman & Co v Cowie** судья Вессельс заключил: *"Таким образом, в данных обстоятельствах я считаю, что Эдикт все еще действует в этой стране..."*, с чем согласился судья Мейсон. Первое примечание к делу **Loteryman & Co** гласит:

*"В Трансваале действует Эдикт от 4<sup>th</sup> октября 1540 г., согласно разделу 16 которого долг по закупочной цене товаров ter slete geleverd истекает через два года"*.

Раздел 16 Эдикта 1540 года цитируется в **деле Литтл против Ротмана**, стр. 199:

<sup>10</sup> 1904 Ц 634 904

<sup>11</sup> 1904 TS 599

<sup>12</sup> 1905TS 70

<sup>13</sup> 1895 (2 Off Rep) 197, 199

*"Что все гонорары адвокатов, поверенных, секретарей, врачей, хирургов, аптекарей, клерков, нотариусов и других работников, заработная плата слуг мужского и женского пола, а также цена товаров "ter slete gelever" и выплаты по займам должны быть истребованы по судебному процессу в течение двух лет со дня вручения, или выполненной работы, поставки товара или займа денежных сумм, до истечения указанного срока, чтобы можно было предъявить иск в судебном порядке, за исключением случаев, когда имеется залог или письменное признание долга, в этом случае такие долги могут быть взысканы с основного должника в течение десяти лет."* (1 Gr. Plac. Bk. p 311).

**[17]** Заголовок в деле **Литтл против Ротмана** гласит: *"Двухлетний срок давности, установленный в Эдикте императора Карла V от 4<sup>th</sup> октября 1540 года, раздел 16, который используется в этой стране, относится только к сумме покупки товаров, которые продаются в небольших количествах для личного потребления, или, как сказано в Эдикте, "Koopmanschap ter slete gelever"."* В сокращенном виде, для нашей цели в данном случае, раздел 16 Эдикта гласит: *"Цена товара ter slete gelever... должна быть истребована в судебном порядке в течение двух лет с даты поставки товара... до истечения указанного срока, чтобы можно было предъявить иск в судебном порядке"*. Характер товаров, на которые может быть наложен судебный запрет в соответствии с разделом, выражен фразой *"koopmanschap ter slete gelever"*, "применяемой к товарам, продаваемым не только в небольших количествах, но и продаваемым для потребления или для использования". Заголовок самого дела гласит: **"ЭДИКТ КАРЛА V, РАЗДЕЛ 16 – СРОКИ ДАВНОСТИ – ЗНАЧЕНИЕ "KOOPMANSCHAP TER SLETE GELEVERT"**

**[18]** Судья Иннес в деле **Peycke & Co**, ссылаясь на судью Котце в деле **Little v Rothman**, заявляет: *"Читая это решение, я полагаю, что он хотел сказать следующее... что следует принимать во внимание два соображения: был ли товар такого характера, что он продавался для использования или потребления, и продавался ли он в розницу или в небольших количествах"* (at p72). Далее главный судья сослался на **дело Loteryman v Cowie**, где говорится следующее: *"Если продажа состоит из goederen ter slete gelever, то есть из товаров, проданных в небольших количествах и такого характера, что они расходуются или портятся в процессе использования, то такая продажа подпадает под действие этого раздела Эдикта"*. Затем главный судья также сослался на **дело "Спиллер против Мостерта"**, где говорится следующее: *"Если товар был куплен для потребления и если он был куплен в том количестве, которое мы имеем в данном случае, мы считаем, что закон должен применяться, и что такая продажа подпадает под действие закона"*. В последнем случае, как отмечает Иннес, суд "не пренебрег ни одним из двух соображений: была ли продажа розничной; и была ли это продажа товаров, которые будут использованы или потреблены".

**[19]** В деле **Speycke & Co** судья Иннес объяснил основное значение трудного выражения *"koopmanschap ter slete gelever"* следующим образом:

*"Очевидно, что это выражение означает не только товары, приобретенные для потребления в смысле употребления в пищу; оно включает товары, которые расходуются в результате использования, которые исчерпываются. Пара обуви изнашивается в процессе"*

носки, и материал, из которого она сделана, также изнашивается; в этом смысле она потребляется. Что же тогда подразумевается под товарами, продаваемыми в небольших количествах? Это вопрос, который должен решаться в каждом конкретном случае. Законодательного определения этого понятия не существует. Все, что мы можем сказать, это то, что это один из моментов, который должен быть рассмотрен при применении данного положения, были ли товары проданы в небольших количествах, то есть были ли они реализованы путем розничной торговли. Общество в целом знает, что такое розничная продажа, и это, по-видимому, лучшее рабочее определение, которое мы можем дать... (и) определенное правило, которое мы можем принять, заключается в том, что для определения сделки проданные товары должны быть такого рода, чтобы их можно было использовать или потреблять в процессе использования, и продажа должна быть розничной. Более определенно мы сказать не можем..." (с. 73-74).

[20] О разделе 16 Эдикта судья Вессельс говорит в деле **Spiller v Mostert**, р 636: "Принцип, которым руководствовался законодатель, принимая статут 1540 года, заключался в том, что очень трудно, когда вещь сама по себе исчерпывается, доказать спустя годы, какое именно количество было доставлено и что именно было доставлено. Тело исчезло, и иск должен быть подан, пока память еще свежа, и поэтому статут предусматривал, что истец не может добиваться исполнения своего требования по истечении двух лет ". Николас соглашается с этим мнением<sup>14</sup>: "Истечение срока давности — это посягательство на неприкосновенность собственности — принцип, согласно которому человек не должен терять право собственности без своего согласия, - и оно оправдано общественным интересом... чтобы права *in rem* были легко устанавливаемы". А Шульце и др. пишут: "Основная идея установления сроков давности заключается в обеспечении правовой определенности. Закон не будет полезен, если правоотношение, сохранявшееся в течение длительного периода времени, впоследствии окажется юридически необоснованным. Правовая позиция должна быть адаптирована к фактической ситуации".<sup>15</sup>

[21] В особом мнении, среди прочих вопросов, поднимается значение слов "*koopmanschap ter slete gelevart*", фигурирующий в статье 16 Эдикта и,

<sup>14</sup> Римское право (1962), стр. 129

<sup>15</sup> Общие принципы коммерческого права, 8<sup>th</sup> ed (2015), p148.

следовательно, достаточность изложенных фактов для решения поставленного перед судом вопроса. Ученый судья считает, что "весь раздел был (таким образом) необходим". В этом суде вся статья 16 Эдикта была представлена на голландском и английском языках. При всем уважении, мне не кажется, что другие части статьи имеют большое значение, если вообще имеют, для четырех слов, указанных в настоящем документе. Вся статья воспроизведена в пункте 16 выше. Исходя из предыдущих решений, в которых рассматривалась статья 16, представляется достаточным объяснить, что означают эти четыре слова. За исключением использованных формулировок, это выражение является частью нашего законодательства и поэтому, как правило, не требует привлечения эксперта для его толкования. Однако я согласен с тем, что не все в заявленных фактах должно восприниматься судом как истина.

[22] Теперь мы можем с уверенностью сказать, что давность в нашем королевстве регулируется римско-голландским общим правом, включающим статью 16 Эдикта 1540 года. Было сказано, что в римско-голландском общем праве давность является вопросом процессуального, а не материального права; что она должна быть специально поднята стороной, полагающейся на нее, и не может быть применена судом *mero motu* (по своему желанию – прим. переводчика); и, обоснованно заявленная, она препятствует только реализации средств правовой защиты истца, ее действие заключается лишь в невозможности защиты требований истца, а не исчерпанию основания иска истца. См. **Reuben v Meyers** 1957 (4) SA 57 (SR) 58B-C, **Montagu Wine Co. Ltd v Robie** 1915 TPD 483. RW Lee<sup>16</sup> пишет: "*Гай говорит нам, что **praescriptio** называлась так потому, что она была вставлена перед формулой, и поэтому, правильно говоря, не являлась ее частью. Цель **praescriptio** заключалась в том, чтобы ограничить сферу действия иска, чтобы будущие иски, возникающие из той же сделки, не были поглощены **litis contestatio**".*

<sup>16</sup> **Элементы римского права** (1956), параграф 740, стр. 449

В том же ключе пишет и Брайан О'Донован:<sup>17</sup> *"В римском праве существовала также проскрипция или исковая давность, когда лицо, имеющее право на иск, теряло свое средство защиты, не предъявив его в течение определенного времени. Различие между ним и usucapio (приобретение по давности, один из способов возникновения права собственности в римском праве – прим. переводчика) заключалось в том, что в результате последнего фактическое господство над вещью переходило к владельцу, а первое просто лишало владельца средства защиты и давало ему право защищать любой иск по своей инстанции посредством exceptio... В свое время... ко времени Вута и Ван Левена usucapio вышло из употребления. Признавалась только давность, но с оговоркой, что в тех случаях, когда право собственности было спорным, давность не только препятствовала средству защиты истинного владельца, но и фактически давала право владельцу отстаивать свое право собственности в силу своего владения, и что в тех случаях, когда право собственности не было спорным, ее действие заключалось просто в препятствовании средству защиты истца".* Таким образом, корни нашего римско-голландского закона о давности явно прослеживаются в римском праве.

#### **Применяется ли Эдикт в данном случае?**

[23] После принятия Закона Трансвааля о сроках давности №26 от 1908 года Блэквелл прокомментировал законодательные изменения в общем праве Трансвааля:<sup>18</sup>

"Последний из этих законопроектов (Закон №26 от 1908 года) в значительной степени обусловлен заявлением, сделанным главным судьей Трансвааля в деле *Peuske & Co v Est. Vauman* (1905 TS 70), подчеркивающим замечание г-на судьи Керлевиса в одном из предыдущих дел о том, что общее право по вопросу давности находится в очень запутанном состоянии и нуждается в скорейшей законодательной реформе.

<sup>17</sup> **Продажа товаров в Южной Африке** 4<sup>th</sup> ed (1972) p174

<sup>18</sup> ***Некоторые недавние законодательные изменения в нашем общем праве***  
Южноафриканский юридический журнал (1908), стр. 435-6

В последние годы в Трансваале было много судебных разбирательств по вопросу давности, большая часть которых была связана с 16 статьей Эдикта Карла V от 1540 года. Капская провинция избежала всего этого благодаря Закону 6 от 1861 года, раздел 4 которого отменил рассматриваемую статью... В Трансваале по довоенному делу *Little v Rothman* (2 Off Rep 197) было решено, что Эдикт все еще в силе, и с тех пор возникали бесконечные проблемы с его толкованием. Слова "*ter slete gelever*", встречающиеся в нем, по-разному интерпретировались различными судьями, пока Верховный суд в деле *Peyscke & Co v Estate Bauman* (1905 TS 70) не поставил точку в этом вопросе, постановив, что для того, чтобы коммерческая сделка регулировалась Эдиктом, должны быть выполнены два условия: (1) товары, будь то в больших или малых количествах, должны продаваться в розницу; и (2) они должны быть такого характера, чтобы быть использованными или потребленными в процессе использования".

[24] Мы видели, что наш закон о давности развился из римского и римско-голландского права. Мы также видели, что в римском праве *praescriptio* была введена для ограничения объема иска, в результате чего лицо, имеющее право на иск, теряло средство правовой защиты в случае, если оно не предъявляло иск в течение установленного срока. Таким образом, римско-голландский закон о давности лишь ограничивает средство правовой защиты, не затрагивая основания иска. Далее мы видели, что цена товара "*ter slete gelever*" должна быть истребована в судебном порядке в течение двух лет со дня поставки товара. Вопрос заключается в том, применяется ли статья 16 Эдикта "к товарам, составляющим предмет иска истца". Ответ на этот вопрос содержится в пункте 3.1.2 Заявления касательно сроков давности. Соответствующая часть статьи или раздела 16 гласит следующее: "*... Цена товара **ter slete gelever**... должна быть истребована по закону процесса в течение двух лет с даты ... поставки товара ..., чтобы иметь возможность предъявить иск в судебном порядке*". Могут вызвать озабоченность четыре голландских слова статьи; но, к счастью, достаточное объяснение можно найти в прецедентах, упомянутых выше. Как и большинство общих принципов, слова статьи должны быть проверены с учетом конкретных фактов спора, находящегося на рассмотрении суда.

[25] Проще говоря, вопрос заключается в том, применим ли данный раздел к товарам (уголь), купленным и поставленным в соответствии с устным соглашением между сторонами в данном разбирательстве. На аналогичный вопрос Котце CJ в деле **Little v Rothman**, стр. 200, ответил следующим образом: "*Это зависит от значения слов "**koopmanschap ter slete gelever**", которые фигурируют в Эдикте*". По мнению Воета, голландское выражение переводится как "*товары, продаваемые в розницу или в небольших количествах*", или "*mercium minutim distractarum*" на латыни. Kotze CJ далее заявляет: "*Существительное "**sleet**" (нидерл. «износ» - прим. переводчика) образовано от "**slyten**", что означает "потреблять", а также "продавать в небольших количествах". **Koopmanschap ter slete gelever** означает товары, продаваемые не только в розницу, но и продаваемые в небольших количествах для потребления или использования. **Sleet** эквивалентен потреблению, а **ter slete gelever** есть не что иное, как купленный для потребления"<sup>19</sup>.*

[26] В примечании к делу **Spiller v Mostert** частично говорится, что статья Эдикта



*"применяется к цене товаров, купленных и проданных для потребления, и не имеет значения, куплены ли товары в больших или малых количествах". В этом деле уважаемый г-н судья Вессельс продолжает: "Единственный критерий, который мы можем применить к подобному делу, — это то, были ли товары куплены для целей потребления и проданы для целей потребления. Если они были куплены для*

<sup>19</sup> **Little v Rothman**, *op cit*, p 201

для целей потребления, *то не имеет значения, было ли куплено пять мешков или тук мякины*". (р 636). [цитата моя]. В деле **Loteryman and Co** судья Вессельс далее раскрывает голландское выражение из раздела 16 следующим образом: *"Мне кажется, не имеет значения, продает ли товар оптовый торговец или частное лицо. Если продажа состоит из **goederen ter slete geleverd**, то есть из товаров, продаваемых в небольших количествах, и такого характера, что они потребляются или изнашиваются в процессе использования, то такая продажа подпадает под действие раздела Эдикта"* (стр. 601).

[27] В деле **Peucke & Co** в примечании говорится следующее: *"При решении вопроса о том, возможен ли иск за проданные и поставленные товары в соответствии с Эдиктом Карла V, суд должен выяснить, были ли это товары такого рода, которые должны были быть использованы или потреблены в процессе использования, и была ли продажа розничной"*. И снова голландское выражение в этом разделе требует обсуждения. Проанализировав предыдущие решения по Эдикту, в частности судьи Котце в деле **Little v Rothman**, судья Иннес в деле **Peucke & Co** резюмировал, что *"...следует учитывать два обстоятельства: был ли товар такого рода, что его продавали для использования или потребления, и продавали ли его в розницу или в небольших количествах"*. (р72). В заключение председательствующий судья отметил, что *"...чтобы этот вопрос был решен, это должно быть сделано через законодательное регулирование"*. Затем председательствующий судья согласился с замечаниями судьи Керлвиса в деле **Spiller v Mostert** (р. 636) о том, что *"этот вопрос требует принятия соответствующего закона"*. В реальном современном мире также очевидно, что *"небольшое количество"* — это относительное выражение, зависящее от фактов в отдельных случаях. В конечном счете, фактическая сумма или количество товаров не имеет решающего значения для правила: решающим является то, что товары должны быть куплены или проданы для правильной цели и фактически потреблены путем использования или подверглись износу в процессе использования - при этом следует учитывать, что потребление не обязательно является употреблением в пищу.

[28] Товар, проданный и поставленный в данном деле, состоит из угля "для целей потребления и, в частности, для целей отопления котлов [ответчика]", поставленного в место ведения бизнеса ответчика "в период с августа 2007 года по март 2010 года". В свете вышеуказанных выше авторитетных мнений и, учитывая цель, для которой требовался уголь, у меня нет сомнений в том, что проданный и купленный товар соответствует смыслу обсуждаемого раздела Эдикта: проданный товар был предназначен для использования или употребления путем сжигания в котлах ответчика, и продажа не являлась оптовой, а была розничной. Соответственно, раздел 16 Эдикта применялся бы, если бы на сделку распространялось законодательство Эсватини в соответствии с первым Заявления касательно существа спора. Что касается количества угля, то все зависит от количества, размера и скорости потребления его котлами. Это делает количество относительным и некритичным критерием для применимости раздела к предмету договора. Как указывают власти: не имеет значения, покупается ли товар в большом или малом количестве, лишь бы он был куплен для потребления или расходования. Чтобы сказать, применим Эдикт или нет, мы должны полностью понять значение и применение раздела, как его понимали и применяли римско-голландские юристы

и наши предшественники в Южной Африке.

### **Право существа договора**

**[29]** Если заявлено, что для разрешения спора или его части применяется иная, отличная от права суда (*lex fori*), правовая система, при рассмотрении спора на первый план выходит вопрос о выборе права – права существа договора. Процесс определения надлежащего права включает в себя необходимость классификации или квалификации правовых вопросов, поднятых в споре. Норт пишет:<sup>20</sup>

*"Проблема установления lex causae является сложнее в случае с договорами, чем почти в любом другом институте права. В большинстве ситуаций коллизионная привязка, которая отсылает к конкретной юрисдикции, достаточно ясна... Но в случае с договором может быть множество коллизионных привязок: место заключения, место исполнения, закон места жительства, закон гражданства или центра деловых интересов сторон, места нахождения имущества, закон флага судна в случае договора чартера и так далее..."*

*"В современном мире было принято несколько различных решений... Большинство стран Европейского континента отказываются от жесткого теста и вместо этого принимают доктрину автономии воли, согласно которой стороны свободны в выборе применимого права, хотя мнения расходятся по вопросу о том, является ли их свобода абсолютной или ограничивается выбором права, с которым договор фактически связан".*

**[30]** Форсайт пишет<sup>21</sup>: *"После того как установлено, что в споре стоит вопрос о выборе применимого права, необходимо определить, на какую правовую систему указывает коллизионная привязка.... После того как определено, право какой страны является lex causae, содержание соответствующих норм должно быть доказано суду как фактические обстоятельства дела, прежде чем lex causae может быть применен к*

<sup>20</sup> **Cheshire's Private International Law**, 9<sup>th</sup> ed , pp202 - 203

<sup>21</sup> **Международное частное право**, 2<sup>nd</sup> ed, pp 9, 58 - 59, 65

спору. ...станет ясно, что преобладающим методом, используемым в нашем праве для определения того, какое право должно быть применено для разрешения спора с иностранными элементами, является метод многосторонней коллизионной нормы. Такой метод состоит ... из объема и привязки; объем указывает на тип дел, к которым применяется коллизионная норма, а коллизионной привязкой является некоторый факт, общий для таких дел, включая правовую систему, которая должна быть применена". Также говорится, что правило выбора права призвано выбрать соответствующую правовую систему для разрешения спора и что если при выборе *lex causae* выбираются две противоречащие друг другу *leges causae*, то процесс не удался. Это проблема, известная как "кумуляция". Существует связанная с ней проблема "разрыва", когда ни одна норма ни из *lex fori*, ни из *lex causae* не применима, поскольку норма *lex fori* классифицирует себя как относящуюся к объему, который не связан с коллизионной привязкой, указывающей на *lex fori*, а соответствующая норма из *lex causae* классифицирует себя как относящуюся к объему, который не связана с коллизионной привязкой, указывающей на *lex causae*.

[31] Судья Гросскопф в **Improvair** пишет<sup>22</sup>:

*"Под правом существа договора понимается право, которое регулирует его толкование, действительность и порядок исполнения. Часто говорят, что надлежащее право устанавливается с точки зрения того, что стороны согласовали или намеревались или, как предполагается, намеревались... Если стороны прямо договорились о том, что их договор будет регулироваться правом определённого государства, обычно не возникает трудностей с определением того, какие именно право является правом существа договора. Трудности возникают, когда прямого соглашения нет... Настоящая проблема возникает, когда нет ни прямого, ни молчаливого соглашения.*

<sup>22</sup> **Improvair (Cape) Ltd v Establishments NEU** 1983 (2) SA 138 © at 145

Традиционным решением проблемы является выявление намерения сторон".

[32] В деле **Hamlyn & Co**<sup>23</sup> лорд Хершелл суммировал следующее:

*"Если договор заключен между сторонами, находящимися в разных юрисдикциях или местах с различными системами права, то, как мне представляется, в каждом случае возникает вопрос, на основании какого закона стороны заключили договор и в соответствии с каким законом они намеревались определить свои права по всему договору, либо по его части. При рассмотрении вопроса о том, каким законом следует руководствоваться, несомненно, большое значение имеет **lex loci solutionis**. Важное значение имеет также **lex loci contractus**. В данном случае место заключения договора отличалось от места его исполнения. Нет необходимости выяснять, какому из этих соображений следует придать наибольший вес, а именно месту заключения договора или месту его исполнения. По моему мнению, оба эти фактора должны приниматься во внимание, но ни один не является окончательным как сам по себе, так и в отношении конкретного закона, который должен был регулировать определенные части договора между сторонами. В данном случае, как и во всех подобных случаях, необходимо рассматривать договор в целом, а права по нему должны регулироваться намерениями сторон, вытекающими из договора".*

[33] И Стори устанавливает в качестве общего правила, что *"при толковании договоров руководствуются законом и обычаями места заключения договора во всех случаях,*

<sup>23</sup> **Hamlyn & Co v Talisker Distillery & Ors** (1894 AC 202) на стр.

когда текст договора прямо не выражает действительные намерения сторон, но они должны быть истолкованы, исходя из характера, предмета и целей договора". Уважаемый автор далее утверждает, что если договор должен быть исполнен в месте, отличном от места его заключения (прямо ли это сказано или молчаливо подразумевается), то "общее правило в соответствии с предполагаемым намерением сторон заключается в том, что договор в отношении его действительности, сути, обязательств и толкования должен регулироваться законом места исполнения".<sup>24</sup> Судья Фрай задается следующим вопросом:<sup>25</sup> "С учетом предмета этого договора, места его заключения, договаривающихся сторон и подлежащих исполнению обязательств, что следует считать намерением договаривающихся сторон в отношении закона, который должен был регулировать этот договор? Под этим я подразумеваю определение его действительности и толкования". Несомненно, перечень коллизионных привязок не является исчерпывающим.

[34] Судья De Villiers вносит свой вклад в порядок определения права существа договора в том случае когда оно прямо не указано: "Правило, которое следует применять, заключается в том, что *lex loci contractus* регулирует предмет, обязательства и толкование договора; **местом заключения договора** является место, где договор был заключен, за исключением случаев, когда договор должен быть исполнен в другом месте, в этом случае последнее место считается **местом заключения договора**". Таково, в общих чертах, принятое правило. В то же время не следует забывать, что намерение сторон договора является главным критерием для определения того, каким законом должно регулироваться его толкование и действие (*Spurrier v La Cloche*, 1902 AC 446). Но это также не следует понимать слишком буквально, поскольку в тех случаях, когда стороны не задумывались над этим вопросом, суды вынуждены отступить от того, что должно презюмировалось бы как намерение сторон, если толковать договор, исходя из его предмета, и учитывая

<sup>24</sup> Коллизия законов, пункты 272 и 280

<sup>25</sup> *In re Missouri Steamship Company*, 42 Ch. D (CA) 321, 340-341

*обстоятельства его заключения".* Таким образом, вопрос о том, какое право применяется к договору, не так прост, как может показаться на первый взгляд, если в нем присутствует иностранный элемент. Множество факторов, имеющих разный вес и значение, борются за приоритетное рассмотрение. То, что указано в качестве общего правила, тем не менее снабжено оговорками и исключениями до такой степени, что даже намерение сторон не всегда является окончательным в этом вопросе.

**[35]** В деле **Lacanian** (*op cit.*) (p5251) уважаемый судья отметил: *"Если стороны прямо или косвенно не выбрали надлежащее право договора, суд должен определить его. Наши суды, как и суды Англии, подходят к решению этого вопроса двумя способами. Один из них заключается в том, что надлежащее право договора выбирается на основе того, что можно назвать "теорией намерения", а другой - на основе теории "наиболее тесной связи". В рамках "теории намерений" истинным критерием считается намерение сторон. Для того чтобы найти ответ в случае, когда и явное, и подразумеваемое соглашение о надлежащем праве отсутствует, теория как бы расширяется путем вменения намерения сторонам... С точки зрения теории "наиболее тесной связи" надлежащим правом договора является "система права, с которой сделка имеет наиболее тесную и реальную связь".* В этих двух теориях мы имеем дело с субъективным и объективным тестом. Кроме того, Судья Буазен отмечает, что современная тенденция заключается в принятии объективного подхода к определению надлежащего права договора, когда стороны сами не осуществляли выбор. см. также **Improvair**, (*Op cit.*) pp146H - 147A). Признавая обязательность южноафриканского права, судья Буазен явно отдает предпочтение объективному подходу, а не субъективному при определении применимого права договора (p5261).

Также упоминается дело английского Апелляционного суда<sup>26</sup>, в котором Лорд Деннинг и судья Уиджери соответственно сформулировали критерий применимого права следующим образом: *"какова система права, с которой сделка имеет наиболее тесную и реальную связь"* и *"надлежащее право договора - это право, которое, должно регулировать его действие по замыслу сторон"*.

**[36]** В отсутствие явно выраженного или подразумеваемого соглашения о применимом праве теперь очевидно, что традиционное решение о вменении сторонам соответствующего намерения и так называемый "критерий истины" не соответствуют общепринятому критерию надлежащего права договора. В настоящее время наблюдается отход от традиционного подхода, основанного на намерениях, в пользу проверки надлежащего права на основе фактов или обстоятельств. Последний подход склоняется к объективному и реалистичному, с точки зрения "наиболее тесной и реальной связи". Традиционный подход, основанный на намерениях, в значительной степени опирался на авторитеты английского права, которые были отменены после 1951 года в деле *Bonython v Commonwealth of Australia* 1951 AC 201 at 219, решение Тайного совета, вынесенное лордом Симмондсом в таких выражениях: *"... существо обязательства должно определяться правом существа договора, т.е. системой права в соответствии с которой был заключен договор или с которой сделка имеет наиболее тесную и реальную связь"*. Судья Гросскопф, процитировав некоторые южноафриканские дела,

отражающие отход от традиционного подхода, продолжил следующим образом:  
*"...современная тенденция состоит в том, чтобы принять объективный подход к определению надлежащего права договора, когда стороны сами не сделали выбор. Однако с практической точки зрения различные формулировки редко, если вообще когда-либо, приводят к различным выводам. Правовая система, "с которой сделка имеет наиболее тесную и реальную связь" (...)*

<sup>26</sup> **Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd v James Miller and Partners Ltd** [1969] 1 WLR 377 (CA) 380, 383.



... в большинстве случаев будет той, в отношении которой суд презюмирует, что она была задумана сторонами".<sup>27</sup> Таким образом, наблюдается тенденция к созданию подхода, который уделяет больше внимания сделке, признавая, что при поиске надлежащего права договора может существовать множество конкурирующих факторов, включая характер и цель договора. Именно такого подхода и теста, по моему мнению, должен придерживаться и этот суд.

[37] В данном случае, стороны не пришли к прямому соглашению о том, право какой юрисдикции будет являться правом, регулирующим договор. Учитывая это, истец утверждает, что "суд должен оценить прав страны, с которой договор имеет наиболее тесную и реальную связь". Также отмечалось, что *lex loci contractus* и *lex loci solutionis* могут указывать на *lex causae*. Место заключения договора является лишь одной из возможных коллизионных привязок, равно как и место исполнения, но ни одна из них не является решающей в данном случае. Пытаясь убедить суд признать южноафриканское право в качестве применимого права договора, истец ссылается на то, что уголь, являющийся предметом договора, был получен из Южной Африки, где был заключен сам договор и произведена оплата в южноафриканской валюте. Без угля не может быть договора. В пункте 22 своих аргументов истец утверждает, что право, в соответствии с которым создается договор и которое его регулирует, обычно называется "правом, применимым к договору" и может быть либо правом, выбранным сторонами, либо правом, с которым договор наиболее тесно связан.

[38] Кроме того, приняв во внимание различные принципы, сформулированные уважаемыми авторами, и другие соответствующие соображения, истец утверждает, что законодательство Эсватини "явно имеет

<sup>27</sup> *Improvair (Cape) (Pty) Ltd против Establishments NEU* (op cit). at 146-147

наиболее тесную и реальную связь с договором", указывая на то, что местом исполнения (*locus solutionis*) является место, куда должен был быть доставлен товар (уголь), - основное место деятельности ответчика в Эсватини; цель приобретения угля - потребление для отопления котлов ответчика; источник финансирования находится в Эсватини; и что в свете характера договора поставка угля в Эсватини является необходимым условием для оплаты; возражение ответчика против разбирательства в Дурбане в пользу разбирательства в Эсватини было, по мнению истца, "свидетельством выбора права Эсватини в пользу права Южной Африки; и ответчик является компанией, должным образом зарегистрированной в соответствии с законодательством Королевства Эсватини, где также находится центр основных интересов ответчика" - все эти факторы "имеют существенный вес при принятии решения о том, что правом заключения договора является право Эсватини".

[39] Позиция ответчика в отношении применимого права является неоднозначной, противоречивой. Эта позиция вытекает из Заявлений касательно существа спора. Признавая необходимость определения надлежащего права, ответчик утверждает, что если надлежащим правом является право Эсватини, *"то нет необходимости рассматривать возможность применения южноафриканского закона"* (Закон № 68 от 1969 года). Но если надлежащим правом является южноафриканское право, то *"необходимо пересмотреть позицию, следует ли применять южноафриканский Закон о сроках давности или Эдикт"*. Тем не менее, ответчик выражает мнение, что *"надлежащим правом договора является южноафриканское право"* (Второе Заявление касательно существа спора), и в этом случае по вопросу о давности должен применяться Закон о сроках давности 1969 года. Как мы видели выше, надлежащим правом договора считается право, которое регулирует толкование, действительность и способ исполнения договора. При определении намерения или подразумеваемого намерения Сторон необходимо рассмотреть вопрос о том, могли ли стороны, сидевшие в тот знаменательный день в ресторане Wimpy в Эмалахлени, Южная Африка, иметь в виду закон Эсватини в качестве закона, который должен регулировать договор. Я так не думаю. Придерживаясь объективного подхода к определению надлежащего права, судья Гросскопф в деле **Improvair** заявляет: *"Правовая система, с которой сделка имеет наиболее тесную и реальную связь" (...), в большинстве случаев будет той, которую суды предположат, что имели в виду стороны"*. (at p 147). В данном случае, глядя на всю совокупность окружающей обстановки и обстоятельств, я считаю, что стороны должны были иметь в виду южноафриканское право в качестве права, которое должно регулировать договор. Как говорит судья де Вильерс<sup>28</sup> : *"... когда стороны не задумывались над этим вопросом, суды вынуждены опираться на то, что должно, если читать договор в свете его предмета и сопутствующих обстоятельств, предполагаться как намерение сторон"*.

### Характеризация

[40] В деле **Laconian**,<sup>29</sup> судья Booysen пишет:

*"В своей аргументации адвокат не ссылаясь на концепцию или принципы правовой квалификации или классификации. Однако, представляется, что первый шаг, который должен сделать суд в попытке разрешить споры, к которым применяется международное*

*частное право, - это классификация, характеристика или квалификация" (р. 517E). Далее судья заявил, что: "Правовая норма должна быть квалифицирована. Правовая квалификация нормы -*

<sup>28</sup> **Standard Bank of South Africa Ltd v Efroiken and Newman** 1924 AD 171, 185

<sup>29</sup> **Laconian Maritime Enterprises Ltd против Agromar Lineas Ltd** 1986 (3) SA 509 (D & CLD)

это инструмент, с помощью которого толкуются нормы. Квалификация не может рассматриваться как самостоятельное средство установления выбора права, и следует остерегаться потворства "нечестной квалификации". Квалификация является частью процесса толкования, а любое толкование, если оно не регулируется правилами построения, будь то документы или законы, всегда принадлежит толкователю, форуму" (стр. 519I - 520A). А Форсайт (*Международное частное право*, 58) отмечает: "**... когда возникает спор о квалификации, очевидно, что один участник спора утверждает, что существует правило (или правила) некоторой правовой системы, которое позволяет ему выиграть и которое должно применяться; в то время как другой участник спора оспаривает именно это... Таким образом, характеризуемый объект - это норма права**". Таким образом, коллизия законов предполагает наличие как минимум двух потенциально применимых систем права, которые при применении могут привести к одному и тому же результату, а могут и не привести. Выбор того, какая система будет применяться, не является механическим; он должен следовать определенным общепринятым международным правилам и процедурам, основанным на политике обеспечения справедливости для обоих участников судебного процесса независимо от места рассмотрения спора.

[41] Север<sup>30</sup> пишет:

*"Под "классификацией основания иска" понимается отнесение вопроса, поставленного фактической ситуацией перед судом, к соответствующей правовой категории, а ее цель - выявить соответствующую норму для выбора права. Нормы любой системы права распределяются по различным категориям, одни из которых касаются статуса, другие - правопреемства, процедуры, договора, деликта и так далее, и до тех пор, пока судья не определит иностранный элемент,*

<sup>30</sup> *Международное частное право Чешира*, 9<sup>th</sup> ed, pp 42-43

и к какой категории относится рассматриваемый им вопрос, он не сможет продвинуться вперед, поскольку не будет знать, какое правило выбора права следует применить. Он должен выяснить истинное основание требований истца. Например, он должен решить, относится ли вопрос к управлению имуществом или к наследованию, поскольку в случае с движимым имуществом, оставшимся после умершего лица, первое регулируется *lex fori*, а второе - *lex domicillii*".

#### **Усредненный подход и «разрыв»**

[42] Истец также утверждал следующее: "Со всем уважением утверждаем, что принципы *via media* и т. п. становятся уместными и требуют рассмотрения только после того, как будет установлено, что надлежащее право договора - южноафриканское". Это действительно то, что мы установили и сделали. В пункте 15.5 своих аргументов ответчик заявляет: "Суд [a quo] ошибся, применив подход, основанный на подходе *via media*, и должен был рассмотреть как южноафриканское право, так и право Эсватини...". Поэтому в данном решении уместно сказать кое-что о "разрыве" и о *via media*, а также, возможно, и о "кумуляции". Все это относится к квалификации.

[43] В деле **Coutts & Co**,<sup>31</sup> ответчики задолжали деньги истцу, банку из Великобритании. Ответчики утверждали, что право на иск отсутствует в соответствии с законом Зимбабве о давности, хотя он все еще был "зеленым" по английскому праву. Согласно разделу 14 Закона Зимбабве об исковой давности, исковая давность является материально-правовой, поскольку она погашает долг, а не просто препятствует применению средств правовой защиты. Согласно английскому праву

<sup>31</sup> **Coutts & Co против Ford & Another** 1997 (1) ZLR 440(H)

1980 года, согласно разделу 24 исковая давность является процессуальным вопросом, препятствующим только средствам правовой защиты. Высокий суд Зимбабве постановил: Традиционный подход в международном частном праве заключается в том, что *lex fori* характеризует в соответствии со своим собственным правом, не обращая внимания на *lex causae*. Учитывая возникшую проблему, лучшим подходом к решению вопроса является применение подхода *via media*, который позволяет суду осуществлять судебное усмотрение в отношении выбора права, принимая во внимание последствия принятия того или иного решения по делу, такие как международная вежливость и баланс справедливости и интересов.

[44] Проблема, возникшая в деле **Coutts & Co**, заключалась в том, что в соответствии с *lex fori* (зимбабвийским правом) дело подпадало под английское право, *lex causae*, которое, однако, рассматривало этот вопрос как процессуальный и, следовательно, не могло его решить, кроме как передать его обратно в Зимбабве, *lex fori*. Таким образом, образовался "разрыв или лакуна", что и послужило поводом для обращения к подходу *via media*. Тем не менее несмотря на то, что английское право (*lex causae*) считало этот вопрос процессуальным, суд Зимбабве решил, что этот вопрос должен рассматриваться английским правом. Соответственно, Заявление о сроке давности было отклонено, поскольку по английскому праву срок исковой давности не истек. Очевидно, что судья Чидьяусику присоединился к Шутцу Джей в деле **Laurens NO** (указ. соч.).

[45] Пример проблемы, послужившей основанием для применения подхода, основанного на использовании подхода *via media*, лучше всего описан в следующих пунктах решения **Society of Lloyd's**:

"[21] Из этого следует, что я согласен с выводом суда ниже, что вопрос о давности в данном деле должен быть Исследован с точки зрения материального права, согласно *lex fori*, является вопросом существа, а с точки зрения *lex causae* – процессуального права...

"[22] В связи с вышеизложенным мы сталкиваемся с проблемой "разрыва" в правилах выбора права; согласно южноафриканскому праву (*lex fori*), давность является вопросом материальным, а не процедуры, и поэтому южноафриканское законодательство, касающееся давности, не применяется; согласно английскому праву (*lex causae*), положение об исковой давности s. 24 носит процедурный характер, и поэтому *lex causae* также не применяется... Именно эта проблема возникла в деле **Laconian Maritime Ltd**. В этом деле судья Буазен описал проблему "разрыва" следующим образом:<sup>32</sup> "Если бы эти общие правила применялись, то *lex fori*, будучи материальным, не применялся бы, но *lex causae*, будучи процессуальным, также не применялся бы".

[46] Следуя мнению судьи ван Хеердена в деле **Society of Lloyd's**, первым этапом подхода *via media* является определение в соответствии с законом Эсватини, *lex fori*, является ли предписание по Эдикту процессуальным или материальным. С точки зрения Эдикта, как мы видели, давность только препятствует судебной защите, не уничтожая право. Это означает, что давность характеризуется или классифицируется законодательством Эсватини как вопрос процессуального права, делая право на иск неисполнимым, но не уничтожая его. На втором

этапе необходимо определить, является ли, согласно принципам южноафриканского права (*lex causae*), давность процессуальной или материальной. Раздел 16 Эдикта не приводит к аннулированию права, о котором идет речь, а лишь устанавливает процессуальный барьер для подачи иска о его принудительном исполнении. Таким образом, давность в соответствии с этим разделом, согласно "традиционной" характеристике/классификации, представляет собой

<sup>32</sup> 1986 (3) SA 509 при 524 B-F

процессуальный вопрос, а не вопрос материального права: право продолжает существовать, даже если оно не может быть реализовано в судебном порядке". Когда задействуется третий этап *via media*, суд должен принять во внимание политические соображения при определении того, какая правовая система имеет наиболее тесную и реальную связь с рассматриваемым им правовым спором. Но к этому последнему этапу прибегают там, где существует дилемма разрыва. И этот разрыв возникает, когда ни одна из потенциально применимых систем права не применима для решения вопроса, находящегося на рассмотрении суда. В нашем случае применяется южноафриканское право.

[47] Суд первой инстанции в пункте [38] пришел к выводу, что существует разрыв, который необходимо устранить через процесс квалификации. Было сказано, что этот разрыв "продемонстрирован в пунктах 32 и 33" решения. Однако мне неясно, каким образом этот разрыв был продемонстрирован. В пункте 33 решения судья первой инстанции ссылается на конкурирующие права и дихотомию в определении применимого права. В п. 32 говорится о том, что предписание по Эдикту является процессуальным вопросом, а по Закону Южной Африки 1969 года - вопросом материальным. В результате первая лишь прекращает действие, а вторая погашает долг. Разрыв не указан.

[48] Проблема "разрыва" возникает там, где процесс квалификации не дает рабочего решения. Это происходит, когда правила правовой системы, обозначенные *lex fori*, не дают ожидаемого ответа, то есть "когда ни одно правило ни из *lex fori*, ни из *lex causae* не применимо, потому что правило *lex fori* классифицирует себя как относящееся к категории, которая не связана с коллизионной нормой, указывающей на *lex fori*, а соответствующее правило из *lex causae* классифицирует себя как относящееся к категории, которая не связана с соединяющим фактором, указывающим на *lex causae*", - говорит Форсайт (2<sup>nd</sup> ed., at page 65). Когда это происходит, то есть когда ни одна из предпочтительных правовых норм не применяется, то возникает "разрыв". Чтобы разрешить этот тупик в виде "пробела", рекомендуется использовать подход *via media*. Иными словами, "пробел" возникает, когда не применяется ни *lex fori*, ни *lex causae*. В этом случае *lex fori* может применить свои правила сроков давности только потому, что это суд, в котором был инициирован иск. Затем Форсайт приводит следующий пример, вытекающий из дела **Laconian**. В этом деле возникла необходимость принудительного исполнения арбитражного решения, вынесенного в Лондоне, и поскольку английское законодательство о давности (исковой давности) является процессуальным, южноафриканское законодательство, *lex fori*, классифицируя давность как материальную, указало на необходимость применения английского законодательства, *lex causae*. В результате не было применено ни английское, ни южноафриканское право. Форсайт заключает: "Как я уже писал, осознанный выбор одной из альтернативных *leges causae* предпочтительнее механического обращения к *lex fori*", как это сделал судья Буазен в деле **Лакониана**. Но "разрыв" - сложная проблема, и обращение к правилам *ad hoc* неизбежно", - заключает Форсайт.

[49] Таким образом, подход *via media* вводится в ходе классификации, чтобы отказаться от механического обращения к *lex fori* в случае, если ни одно из обозначенных правил не работает.



Теория *via media*, как писал Фалконбридж, - это двухступенчатая теория. Она начинается с "классификации всех потенциально применимых правил, исходя из того права, откуда они исходят, то есть он классифицирует первым делом *leges causae*. В этом процессе некоторые из ранее потенциально применимых норм могут, ... исключить себя. ... Классифицировав различные потенциально применимые правила через *leges causae* и отбросив те, что «исключили сами себя», подлежит применению *lex fori* в трактовке Фальконбриджа *via media*". Это приводит к двух-уровневой классификации потенциально применимого правила, в процессе которой конфликтующее правило должно быть истолковано *sub specie orbis*, говоря иными словами, с космополитичной точки зрения...».

Личный закон предпринимателя, *lex fori*, не должны выбираться механически, только потому, что это правовая система, на соблюдение которой судья может присягнуть. Таким образом, второй этап – это подход, свободный от предрассудков и суеверий, который направлен на поиск "международной гармонии в принятии решений и принципа равенства правовых систем", а также "баланса справедливости и интересов". Таким образом, подход *via media* - это осознанный подход к выбору той или иной системы в правилах выбора права, который, однако, склоняется в пользу *lex causae*.

**[50]** Дело **Society of Lloyd's v Price and Lee** - лучший пример "разрыва" и *via media*. В этом деле возникла проблема, поскольку по южноафриканскому праву, являющемуся *lex fori*, давность была материально-правовой с точки зрения Закона о давности № 68 от 1969 года и как таковая подлежала регулированию английским правом, *lex causae*, которое характеризовало давность как процессуальную и подлежало регулированию *lex fori*, то есть южноафриканским правом. В результате образовался "разрыв", в котором не применялось ни южноафриканское, ни английское право". Тогда эта проблема нашла свое решение в применении подхода *via media*, представленного судьей ван Хеерденом следующим образом: "Он не только учитывает как *lex fori*, так и *lex causae* при характеристике соответствующих правовых норм, но и позволяет суду после такой характеристики гибко и деликатно определить, какая правовая система имеет наиболее тесную и реальную связь с рассматриваемым им спором". Затем судья ван Хеерден рассмотрел три стадии:

- (1) Предварительное определение того, является ли срок давности с точки зрения южноафриканского права материальным или процессуальным;
- (2) предварительное определение того, является ли, согласно принципам английского права (*lex causae*), давность материальной или процессуальной; и (3) последнее препятствие, при преодолении которого "суд должен принять во внимание политические соображения для определения того, какая правовая система имеет наиболее тесную и реальную связь с рассматриваемым правовым спором". См. пункты [14], [15], [17] и [26] решения.

**[51]** Мы определили, что правом договора является южноафриканское право, то есть система права, с которой сделка имеет наиболее тесную и реальную связь: *lex causae*. Уважаемый судья первой инстанции пришел к выводу, что в правилах выбора права существует "разрыв", который необходимо устранить путем применения подхода в процессе квалификации *via media*. Однако ответчик не согласен и утверждает, что судья первой инстанции ошибся в таком

выводе и в последующем применении *via media*. Чтобы проверить, существует ли "разрыв", я предлагаю следовать трем стадиям квалификации, указанным судьей ван Хеерденом в деле **Society of Lloyd's v Price and Lee**. Прежде всего, во избежание непредвиденных неудачных результатов, *lex fori* будет применять не только свои собственные внутренние правила, но и правила *lex causae*, который считает давность материальной категорией. Таким образом, *lex causae* отклонит передачу дела. Это второй этап предварительной классификации, который предполагает определение того, является ли южноафриканское право давности материальным или процессуальным. От этой классификации зависит, будет ли *lex causae* принимать и рассматривать данный вопрос. Если южноафриканское право, *lex causae*, рассматривает давность как процессуальный вопрос, который должен быть отнесен к *lex fori*, то это означает *разрыв*, или пустоту, или "разрыв", "возникающий из-за отсутствия какого-либо правила или принципа, регулирующего конкретную ситуацию".

[52] На третьем и последнем этапе необходимо определить, какая правовая система между южноафриканским правом и правом Эсватини имеет наиболее тесную и реальную связь с рассматриваемым судом спором, принимая во внимание политические соображения. Именно на этом заключительном этапе "соображения политики, международной гармонии решений, справедливости и баланса интересов" будут использоваться судом при принятии решения. Как я понимаю, судья ван Хеерден и другие сторонники подхода, основанного *via media*, предлагают именно такой выход из ситуации, которая может превратиться в порочный круг. (См. дело **Society of Lloyd's v Price and Lee**, пункт [14]). В связи с этим судья ван Хеерден предложил, что *подход via media* является подходящим механизмом для решения проблемы, с которой столкнулся суд, поскольку он учитывает обе системы права в процессе квалификации соответствующих норм права при определении системы, наиболее тесно связанной с рассматриваемым судом спором.

[53] Соответственно, я согласен с ответчиком по основанию 3.1 апелляционной жалобы что суд *a quo* должен был решить, что он не сталкивался с "разрывом", и поэтому *via media* не должна была применяться для "устранения разрыва". Объяснение этому простое: когда *lex fori* отсылает к *lex causae* - закону, существа договора, - эта система не испытывает трудностей с решением вопроса. Таким образом, квалификация в этом вопросе не выходит за рамки второго этапа. Я должен добавить, что по этому основанию апелляционной жалобы ответчик также утверждает, что квалификация создала "ситуацию, когда потенциально применяется как *свазилендское*, так и южноафриканское право о сроках давности. Нет необходимости применять подход "*via media*". Вместо этого суд может и должен рассмотреть оба закона". С учетом того, что я уже сказал, я не согласен с утверждением, что суд должен был рассмотреть оба закона, что он, похоже, и сделал.

[54] Однако, на мой взгляд, расширенный сценарий, предложенный ответчиком, обычно не встречается в ходе квалификации. Это так, потому что, как судья Гросскопф<sup>33</sup> отмечает: "Договор, устанавливающий взаимные права и обязанности, по логике вещей не может регулироваться более чем одним применимым правом. ... Правило, согласно которому договор обычно подчиняется одному закону, имеет, однако, одно исключение, или кажущееся исключение. ..." *In casu* не было доказано наличие такого исключительного обстоятельства или

соглашения. Если обе системы потенциально применимы, но приводят к разным результатам, то решающим становится вопрос о том, какая из двух систем должна иметь силу. Таким образом, даже если обе системы потенциально применимы, в конечном итоге одна из них должна победить другую. Именно в этом и состоит задача подхода *via media* - устранить любой образовавшийся "разрыв" или *лауну*. Суд не может "рассматривать оба закона", если намерение состоит в том, чтобы применять оба закона, за исключением временного применения на первом или втором уровне квалификации. Как отметил судья Чидьяусику, рассмотрение обоих законов необходимо для определения того, на чьей стороне баланс справедливости и интересов, и применение какого из них будет наименее неблагоприятным. Дилемма "разрыва" может привести к порочному кругу, если не найти соответствующего решения. Подход, основанный *via media*, представляет собой удобное решение. Решение дилеммы "разрыва" предполагает политический выбор между двумя конкурирующими правовыми системами. Это происходит на третьем этапе и является окончательной квалификацией вопроса. Суд должен принять во внимание политические соображения при определении того, какая правовая система имеет наиболее тесную и реальную связь с рассматриваемым им правовым спором.

[55] Форсайт (стр. 172-3), отметив, что "наиболее распространенный судебный ответ на проблему квалификации заключается в предложении решить ее путем применения *lex fori*", указывает, что *lex fori* не является адекватным решением, способным ответить на все возникающие случаи. Он отмечает: "*Как только становится ясно, что правила*

<sup>33</sup> Improvair (Cape) (Pty) Ltd vEstablishmenys NEU 1983 (2) SA 138 © p147

заимствованные из иностранных правовых систем могут также нуждаться в квалификации путем применения *lex fori*, который не сможет с легкостью отнести каждую иностранную норму, которая может возникнуть для рассмотрения, к соответствующей категории". Альтернатива в виде характеристики с помощью *lex causae* сама по себе вряд ли будет удовлетворительной. Согласно работе Форсайта суд скоро столкнется с проблемой, хорошо известной доктрине – проблемой кумуляции и связанной с ней проблемой разрыва, когда нет возможно вывести правило ни из *lex fori*, ни из *lex causae*... В результате исследователи предлагают использовать какую-либо форму *via media* – между *lex fori* и *lex causae*. Следуя мнению судьи Шутца в деле **Laurens No v Von Holne**<sup>34</sup> подход *via media* был безоговорочно принят в Южной Африке и подтвержден Верховным судом в деле **Society of Lloyds**.<sup>35</sup>

И судья Мюррей занимает схожую позицию: "Данный вопрос является чисто процессуальным, и современная тенденция судов, применяющих римско-голландское право, заключается в том, чтобы отойти от формализма прежних времен и предоставить тяжущимся сторонам большую свободу действий в отношении решения всех спорных вопросов".<sup>36</sup> А судья Буазен заметил, что "южноафриканские авторы, похоже, отдают предпочтение подходу *via media* или просвещенному *lex fori*". (Op cit, p 518H).

[56] Судья Ван Зил в деле **Society of Lloyds v Romahn** отмечает: "[33] ... Конечно, было бы просто заявить, что в той мере, в какой истечение сроков является в английском праве процессуальным вопросом, следует применять *lex fori*, а именно южноафриканское право. Но так ли это, и должно ли так быть, когда речь идет о самом *lex fori*,

<sup>34</sup> Op cit. passim

34 Общество Ллойдов против Прайса и Ли 2006(5) SA 363 (SCA) 35 Рубен против Мейерса 1957(4) 57 (SR), p60A

36 Эссе о конфликте законов, 2<sup>nd</sup> изд. гл. 3

*рассматривает ли сроки давности как вопрос материального права, который будет иметь эффект прекращения иска, а не просто его запрета? Это вопрос, который предстоит решить этому суду". Фалконбридж пишет:<sup>37</sup> "Цель квалификации - определить, подпадает ли правовой вопрос, к которому относится данная норма, под правовой вопрос, указанный в данной коллизионной норме, и, следовательно, применима ли данная норма права к фактической ситуации". Суд не должен просто механически действовать. Выбор права должен быть осознанным, отсюда и ссылка на "просвещенный *lex fori*".*

[57] В деле **Kuhne & Nagel** судья О'Донован, заявив, что процессуальные вопросы регулируются правом места предъявления иска (*lex fori*), в то время как право существа сделки (*lex causae*) является материальным правом, отметил, что "одно из последствий мнения, которого придерживается южноафриканское право, заключается в том, что в случае, когда срок исковой давности *lex causae* является материальным, а *lex fori* - процессуальным, будет применяться *lex fori*, если срок исковой давности по нему короче, чем по *lex causae*" (at 538A - B). Такая практика, на мой взгляд, подразумевает механический подход к классификации, который, возможно, был приемлем в прежние времена, но больше не применяется в современном коллизионном праве. Например, в данном случае это означало бы, что закон Эсватини как *lex fori* должен применяться в противовес *lex causae*, и в этом случае иск мог бы быть запрещен, хотя, возможно, он еще очень жив в соответствии с *lex causae* с его более длительным сроком давности. Однако О'Донован Дж. признал, что англо-американские коллизионные нормы в какой-то мере неадекватны, поскольку слишком сильно полагаются на *lex fori*, что противоречит "тенденции современной научной литературы, которые становятся все более критичными в отношении неспособности судов... защитить права, которые еще не существуют в иностранном государстве". В заключение судья постановил, что должен применяться более длительный срок давности, предусмотренный *lex causae*.

[58] Судья Van Zyl, отметив, что "если бы применялось английское право, как утверждает истец, то требования по судебным решениям не истекли бы или не были ограничены законом. Однако в случае применения южноафриканского права, как утверждают ответчики, требование истекло бы..."<sup>38</sup>, перешел к рассмотрению вопроса о том, какой закон должен определять срок исковой давности между английским и южноафриканским правом. С точки зрения южноафриканцев, проблема, возникшая в упомянутом деле, была связана с тем, что по английскому праву исковая давность носит процессуальный характер, что отсылает к южноафриканскому праву, чья давность является материальной, даже несмотря на то, что Южная Африка также является *lex fori*. Чтобы избежать нездоровой ситуации, когда страна отдает предпочтение собственному праву (*lex fori*) перед правом иностранного государства, необходимо определенное жонглирование коллизионными нормами.

[58] Затруднительное положение, приведшее к применению подхода, основанного на **использовании правила *via media***, было описано судьей Майнхардтом в деле **Society of Lloyd's**<sup>39</sup> следующим образом:

"Строго говоря, и с точки зрения логики, южноафриканское законодательство, касающееся

*давности, не может применяться к настоящим делам, поскольку давность, с точки зрения lex fori, южноафриканского законодательства, является вопросом материального права, а не процессуального. Английское право, lex causae, также не может применяться, поскольку*

<sup>38</sup> **Общество Ллойда против Романа**, указ. соч. в п. [25].

<sup>39</sup> **Общество Ллойда против Прайса и Ли** 2005 (3) SA 549 (T), p563

*lex causae регулирует только вопросы материального права, и южноафриканский суд не будет применять иностранные процессуальные нормы в деле, подлежащем его рассмотрению. Таким образом, существует разрыв, и, возможно, ни одна система права не будет применяться". А Форсайт (р178) говорит, что "... было ясно, что во всех случаях, когда lex causae относится к процессуальным, а не материальным нормам, проблема "разрыва" будет возникать перед южноафриканским судом".*

Представляется, что в случае, когда *lex causae* содержит материальные, а не процессуальные нормы сроков давности, проблема "разрыва" возникнет в суде Эсватини. Такова ситуация *in casu*. Независимо от того, применяется ли ни одна из двух систем или обе системы, ситуацию нельзя оставлять в подвешенном состоянии. В любом случае, подход *via media* будет задействован, с пробелом и кумуляцией или без них.

### **Кумуляция**

**[60]** По вопросу "кумуляции" профессор Форсайт пишет:<sup>40</sup>

*"Одним из особенно сложных случаев является "кумуляция". Если lex fori характеризует свои нормы сроков давности как процессуальные, а lex causae - как материальные, то получается, что применимы обе (предположительно противоречащие друг другу) нормы! Возникает хаос, и придется выбирать между правилами. Единообразие решений будет способствовать применению lex causae (и исключению норм lex fori), но местный судья, как правило, будет склоняться к своему собственному закону. ...*

*"Следует откровенно признать, что многие судьи, столкнувшиеся с кумуляцией, не смогут противостоять козням lex fori. Только образец добродетели в области международного частного права,*

<sup>40</sup> "Mind the Gap Part II", октябрь 2006, стр. 429-430

принцип равенства правовых систем и важности единообразия решений будет настолько важен, что исключит *lex fori* в случаях кумуляции... Действительно, отход в Канаде и Австралии от позиции общего права, согласно которой *lex fori* регулирует исковую давность, в пользу *lex causae*, может рассматриваться как именно такой просвещенный выбор судей, сопротивляющихся *lex fori*. Но в любом случае кумуляция в этой области будет редкостью в современном праве. Как мы уже видели, будь то через законодательство, или как развитие общего права, или как принятие *via media*, растет консенсус в отношении того, что предписание регулируется *lex causae*. Кумуляция не может возникнуть на фоне такого консенсуса".

[61] Считая, что применение коллизионных норм - дело непростое, судья Ван Зил в деле **Society of Lloyd's v Romahn** (Op cit) отмечает, что "[38] Неизбежно возникает вопрос, не столкнется ли суд при таком подходе с дилеммой, что нормы ни *lex causae*, ни *lex fori* не могут быть применимы. Это известно как проблема "разрыва" и связанная с ней проблема "кумуляции". Она возникает, когда к одному и тому же аспекту дела применяются две или более противоречивые нормы из разных правовых систем, и при этом ни одна из таких норм после прохождения обычного процесса квалификации не оказывается применимой к данному делу". Следует напомнить, что судья первой инстанции пришел к выводу о наличии разрыва, который необходимо устранить путем применения подхода, основанного на использовании *via media* (пункт [38]).

[62] По моему мнению, в рассматриваемом Судом деле не возникает мучительной дилеммы разрыва и связанной с ним проблемы кумуляции. Я пришел к такому выводу, потому что, хотя можно сказать, что этот вопрос может быть подчинен как законодательству Эсватини, так и законодательству Южной Африки, *lex fori* с радостью передаст вопрос на рассмотрение *lex causae*. У *lex causae*, которое также является надлежащим правом договора, не будет иного выбора, кроме как решить проблему в том виде, в каком она представлена. Таким образом, на мой взгляд, на втором этапе характеристики мы не сталкиваемся с разрывом, для устранения которого необходимо прибегнуть к подходу *via media*. И не нужно быть образцом добродетели в международном частном праве, чтобы согласиться с мудростью равенства правовых систем и важностью единообразия решений, предпочитающих исключение *lex fori*. Большая часть судебного и научного мнения действительно предписывает мне толковать коллизионную норму *sub specie orbis* и выбирать *lex causae* вместо *lex fori*. Поступить иначе, чтобы сам *lex fori* применялся в данном деле, даже если его норма предписания носит процессуальный характер, означало бы противоречить убедительному мнению судебных и научных кругов в пользу *lex causae* против *lex fori*, и было бы регрессивным.

### **Заявления касательно применения сроков давности**

[63] Я не согласен с истцом в том, что он утверждает: "58.4 В конечном счете, соображения политики и справедливости не требуют, чтобы южноафриканское материальное право в отношении давности превалировало над процессуальным правом Эсватини по данному вопросу"; а также в том, что истец утверждает, что "вопрос о давности должен решаться с учетом процессуального права Эсватини в отношении давности" (пункт 58) или что



"давность должна рассматриваться и определяться с учетом права Эсватини, независимо от того, будет ли южноафриканское право считаться применимым к договору правом " (пункт 59). Эти утверждения истца, как представляется, противоречат современной тенденции в определении характера коллизионных норм. Представления истца просто меняют порядок законов. То, что истец заявляет, как будто предполагает, что правило квалификации не требуется

Позиция истца очень запутана. Можно было бы предположить, что истец решительно настаивает на применении южноафриканского права с его более длительными правилами предписания. Однако, отдавая предпочтение южноафриканскому праву как надлежащему праву договора, я полагаю, что нам удалось "противостоять козням *lex fori*", как настаивает истец.

**[64]** Ответчик заявил два возражения против иска истца. В обоих заявлениях утверждается, что исковая давность основана на законе Эсватини (как мы видели выше) и законе Южной Африки. В основе обоих заявлений лежит утверждение о том, что надлежащим правом договора является право Эсватини и Южной Африки. Такая двойственность, конечно, несостоятельна: должно быть либо одно, либо другое, если только конкретный поднятый вопрос не требует решения в рамках конкретного форума, например, процессуального вопроса. Мы также отмечали, что давность может препятствовать средствам правовой защиты или погашать основание иска; *"вопросы процедуры регулируются внутренним правом страны, где было возбуждено соответствующее производство (lex fori); вопросы существа, однако, регулируются правом, которое применяется к основному основанию иска (lex causae). Это в равной степени относится и к срокам исковой давности, которые препятствуют средствам правовой защиты, и к срокам, которые погашают право; первые являются процессуальными, а вторые - материальными. Когда средство защиты запрещено, право продолжает существовать, хотя и не может быть принудительно реализовано посредством иска"*.<sup>41</sup> Судья О'Донован сделал аналогичное заявление: *"Согласно устоявшемуся праву, процессуальные вопросы регулируются законом места предъявления иска (lex fori), тогда как вопросы существа регулируются соответствующим законом сделки (lex causae)"*. Статуты исковой давности – часть процессуального права (...<sup>42</sup>).

<sup>41</sup> **Общество Ллойда против Романа и 2 других дела.** 2006 (4) SA 23 (CPD), пункт [31].

*Если они не только лишают права на иск, но и полностью уничтожают требование истца, то они относятся к материальному праву, и к ним применяется lex causae".<sup>43</sup>*

**[65]** Для целей защиты, основанной на истечении сроков давности, нам не сообщили точные даты, когда был доставлен уголь. Это касается обоих особых заявлений. Стороны в своих заявлениях, очевидно, согласовали даты, когда наступил срок оплаты. Этого должно быть достаточно при том понимании, что даты наступления срока платежа несут в себе даты, когда была осуществлена поставка. Другими словами, дата наступления срока платежа является обратной стороной даты осуществления поставки в отсутствие какого-либо специального соглашения о дате платежа. По понятным причинам установление даты поставки является обязанностью ответчика: в некоторых сделках на перемещение товара от продавца к покупателю могут уйти недели или даже месяцы. И, разумеется, оплата обычно производится против поставки.

#### ***Первое заявление касательно сроков***

**[66]** В пункте [44] своего решения суд первой инстанции принимает и использует пункт 2.14 Заявления, чтобы показать (в качестве допустимого факта), что повестка была вручена 14 октября 2011 года. В пункте [45] своего решения суд первой инстанции отмечает, что *"... Как видно, истец впервые возбудил судебный иск против ответчика 14<sup>th</sup> октября 2011 года согласно штампу регистратора. Истец вел судебное разбирательство по данному делу и завершил его 25<sup>th</sup> октября 2012 года"*. В этой связи суд ссылался на повестки, выданные Высоким судом Ква Зулу-Натал и

<sup>42</sup> **Curtis v Johannesburg Municipality 1906 TS 308; Slabbert Federated Employers Insc Co 1979(3) SA 207 (T)**

<sup>43</sup> **Kuhne and Nagel AG Zurich vAPA Distributors 1981 (3) SA 536 (WLD), 537H - 538**

штамп "дата регистратора" - это штамп регистратора Высокого суда Ква Зулу Натал. В пункте [46] решения указано: *"Именно против этой даты (14<sup>th</sup> октября 2011 года) этот суд должен установить, был ли долг .... сохранен.*

**[67]** Разбирательство в Дурбане было завершено 25 октября 2012 года, за пару недель до начала данного разбирательства в Высоком суде. После этого было решено, что вручение повестки в рамках этого разбирательства прерывает течение срока давности. Договор, его действительность и все остальное, должен толковаться с точки зрения южноафриканского права, *lex causae*. Шаррок пишет:<sup>44</sup> *"Исковая давность прерывается либо явным или молчаливым признанием должником своей ответственности, либо вручением должнику любого (судебного) документа (например, судебной повестки или уведомления о подаче заявления), посредством которого кредитор требует уплаты долга (s 14.1). ... Но если кредитор после вручения процессуального документа должнику не добивается успешного исполнения своего требования до вынесения окончательного решения, или если он отказывается от судебного решения, или если судебное решение отменяется, то срок давности не считается прерванным (s 14.2)".* Виссер и др.<sup>45</sup> согласны: *"Прерывание имеет место, когда при наступлении определенного события давность начинает течь заново. Исковая давность прерывается в результате (i) признания должником своего обязательства, явного или молчаливого; или (ii) вручения должнику процессуального документа с требованием уплаты долга (судебный перерыв)".* Авторы также согласны с тем, что в случае, когда кредитор после вручения повестки в суд до вынесения окончательного решения не осуществляет успешного судебного преследования по своему иску или делает это, но затем отказывается от судебного решения или судебное решение отменяется, пресечение давности не наступает. Нам сообщили, что производство в Дурбане по повестке, врученной 14 октября 2011 года, было отозвано и, соответственно, фактически прекращено или не было успешно доведено до окончательного судебного решения. Истец не заявлял о прерывании и

<sup>44</sup> **Закон о сделках в бизнесе**, 8<sup>th</sup> ed at 706

<sup>45</sup> **Гибсон Южноафриканское торговое и акционерное право**, 8<sup>th</sup> ed. at 102

по моему мнению, правильно. Соответственно, дата 14<sup>th</sup> октября не может быть использована в качестве аргумента в пользу прерывания дела в пользу истца, как это, по-видимому, сделал суд. (См. также Herbstein and van Winsen, **The Civil Practice of the Superior Courts in South Africa**, 3<sup>rd</sup> ed p 199).

**[68]** В пункте [47] суд первой инстанции воспроизвел пункты 2.20-2.20.3 Заявления как есть и продолжил в пункте [48] следующим образом: *"Очевидно, что из вышеизложенного следует, что истец подал иск в течение двухлетнего срока, предусмотренного статьей 16 закона 1540 Эдикт. Я понимаю, что требование первой суммы в размере E 7 822 384,60 просрочено на четырнадцать дней"*. Суд первой инстанции не учел выходные и праздничные дни и пришел к выводу, что *"иск истца нельзя назвать истекшим, поскольку истец возбудил судебный процесс в установленный срок, тем самым сохранив долг живым или зеленым... даже если долг был предъявлен не в том суде"*. При всем уважении, я не понимаю, как можно было сохранить долг живым или зеленым путем судебного разбирательства не только вне юрисдикции, но и в соответствии с другим законом, а именно Законом 68 от 1969 года. В апелляционной жалобе ответчика говорится, что *"суд a quo должен был установить, что датой, по которой он определяет, был ли "долг сохранен зеленым" (...), является дата вручения повесток, выданных из Высокого суда..... 25 октября 2012 года"* (sic). Я согласен с ответчиком в этом утверждении. Чего бы это ни стоило, иск был просрочен на сорок четыре дня, а не на четырнадцать. И нет никаких оснований для скидки на выходные и праздничные дни при исчислении периода, выраженного в годах.

**[69]** Я также должен заявить, что, по моему мнению, "политика, лежащая в основе закона об исковой давности", действительно направлена на поддержание государственной политики в отношении окончательности судебного процесса и необходимости предъявления исков, пока их можно легко вспомнить.

Поэтому политика сроков давности не должна использоваться для того, чтобы превалировать над политикой окончательности судебного разбирательства или интересами общества в своевременном рассмотрении исков. Со стороны истца должно было быть "запоздалым" продолжать разбирательство в Южной Африке в течение целого года. С момента подачи состязательных бумаг должно было стать ясно, что Южная Африка в данных обстоятельствах является неудобным местом рассмотрения дела. Однако мне нет необходимости решать, является ли разница в четырнадцать или сорок четыре дня препятствием для предъявления иска или нет, даже с точки зрения процедуры. Обычно, согласно нашим правилам гражданского судопроизводства, сторона, не соблюдающая правила, должна просить о смягчении наказания. Как бы то ни было, если 14 октября 2011 года является датой выдачи повестки (с чем мы, к сожалению, не согласны), то в соответствии с Эдиктом сумма в размере E 7 822 384,00 по сроку уплаты 31<sup>t</sup> августа 2009 года должна была быть предъявлена к оплате 30 августа 2011 года (разница в сорок четыре дня до 14 октября 2011 года). Только требования по пунктам 2.20.2.1 и 2.20.2.2 и 2.20.3 были бы спасены от предписания по Эдикту. Но все процедуры, предусмотренные Эдиктом, не помогут истцу, поскольку договор должен быть истолкован и исполнен с точки зрения его надлежащего права (*lex causae*), к которому мы должны теперь

обратиться.

### ***Второе заявление о применении сроков давности***

**[70]** Теперь мы должны обратиться к южноафриканскому законодательству, регулирующему исковую давность, чтобы понять, что оно делает с иском (исками) и вторым специальным заявлением. То есть, все или некоторые требования истца истекли и стали недействительными? Выше мы уже говорили, что южноафриканское право является надлежащим правом договора и, соответственно, компетентно рассматривать все аспекты договора. Неоспоримо и то, что южноафриканский Закон о сроках давности 1969 года рассматривает сроки давности как вопрос существования, а не процедуры, как это делает римско-голландское общее право Эсватини, согласно разделу 16 Эдикта. Доводы ответчика могут быть изложены следующим образом: В соответствии с разделом 11(a) в сочетании с разделами 10(1) и 12(1) Закона Южной Африки об исковой давности 68 от 1969 года, требование истца не было заявлено в течение трех лет после наступления срока платежа по долгу и, соответственно, истекло и прекратилось. Эти разделы гласят следующее:

"10(1) С учетом положений настоящей главы и главы 1V, долг погашается в порядке исковой давности по истечении срока, который согласно соответствующему закону применяется в отношении исковой давности такого долга.

"11 Сроки исковой давности по долгам следующие:

(d) если иное не предусмотрено Актом Парламента, три года в отношении любого другого долга.

"12(1) С учетом положений подразделов (2) (3) и (4), срок давности начинает течь с момента наступления срока оплаты долга".

**[71]** В своих доводах истец фактически признает, что если надлежащим правом является право Южной Африки, Закон 68 от 1969 года, то его требования на сумму E 7 822 384,60 и E 1 079 399,80, подлежащие уплате не позднее 31 августа 2009 года и 31 октября 2009 года, соответственно, утратили силу в силу давности. В этом случае только суммы E 1 329 446,20 и E 2055 670,50, подлежащие оплате не ранее 30 ноября 2009 года и 28 февраля 2010 года соответственно, остаются, возможно, действительными и подлежащими оплате на основании того, что повестка была вручена ответчику 22 ноября 2012 года. В обосновании 3.2 своей апелляции ответчик утверждает, что надлежащим правом договора является право Южной Африки, что Закон о сроках давности 1969 года носит материально-правовой характер и, соответственно, применяется к договору, а требования истца в размере E 7 822 384,60 и E 1 591 827,67, изложенные в пункте 3.3. заявления, были погашены по давности и подлежат отклонению. В данном заявлении, пункт 2.20.1, стороны договорились, что требование в размере E 7 822 384,60 должно быть оплачено не позднее 31 августа 2009 года. Три года спустя наступило 30 августа 2012 года. Повестка была вручена ответчику 22 ноября 2012 года, и ответчик утверждает, что требование в размере E 7 822 384,60 было погашено. Поскольку истец не заявлял о каких-либо перерывах или задержках, иск действительно был предъявлен и погашен. Этот вывод согласуется с мнением адвоката де Кока о законодательстве Южной

Африки.

**[72]** Как уже было сказано, этот вопрос должен быть решен в соответствии с *lex causae*. Не имеет смысла тратить время на обсуждение того, каким может быть результат в отношении требований, предъявленных истцом в соответствии с законодательством Эсватини. Достаточно констатировать, что в целом договор подпадает под положения раздела 16 Эдикта. Мне представляется очевидным, что уголь, поставленный и переданный ответчику в соответствии с условиями контракта для отопления котлов ответчика, независимо от его количества, подпадает под действие раздела 16, поскольку уголь представляет собой товар, проданный в розницу для использования или потребления ответчиком.

### **Заключение**

**[73]** Поэтому я пришел к выводу, что к искам, вытекающим из одного и того же договора, во всех случаях должен применяться соответствующий закон договора, *lex causae*. По южноафриканскому законодательству решающей датой в соответствии с Законом является дата вручения повестки ответчику. В рассматриваемом деле этой датой является 22 ноября 2012 года. Сроки возникновения различных долгов, составляющих иск указаны сторонами в пункте 2.20 их *Заявления*. Это помогло преодолеть проблему расхождений в некоторых цифрах и датах, встречающихся в некоторых пунктах состязательных документов. Мы исходили из того, что "не позднее" - это то же самое, что и "не ранее". В зависимости от того, когда наступила задолженность, требования будут прописаны или не прописаны в соответствии с Законом 68 от 1969 года следующим образом.

**1.** Сумма в размере E 7 822 384,60 должна быть выплачена не позднее 31 августа 2009 года. Добавьте три года, срок исполнения предписания: 30 августа 2012 года.

**Требование истекло.**

**2.1.** Сумма в размере 1 079 399,80 рандов должна быть выплачена не позднее 31 октября 2009 года. Добавьте три года, срок давности: 30 октября 2012 года. **Требование истекло.**

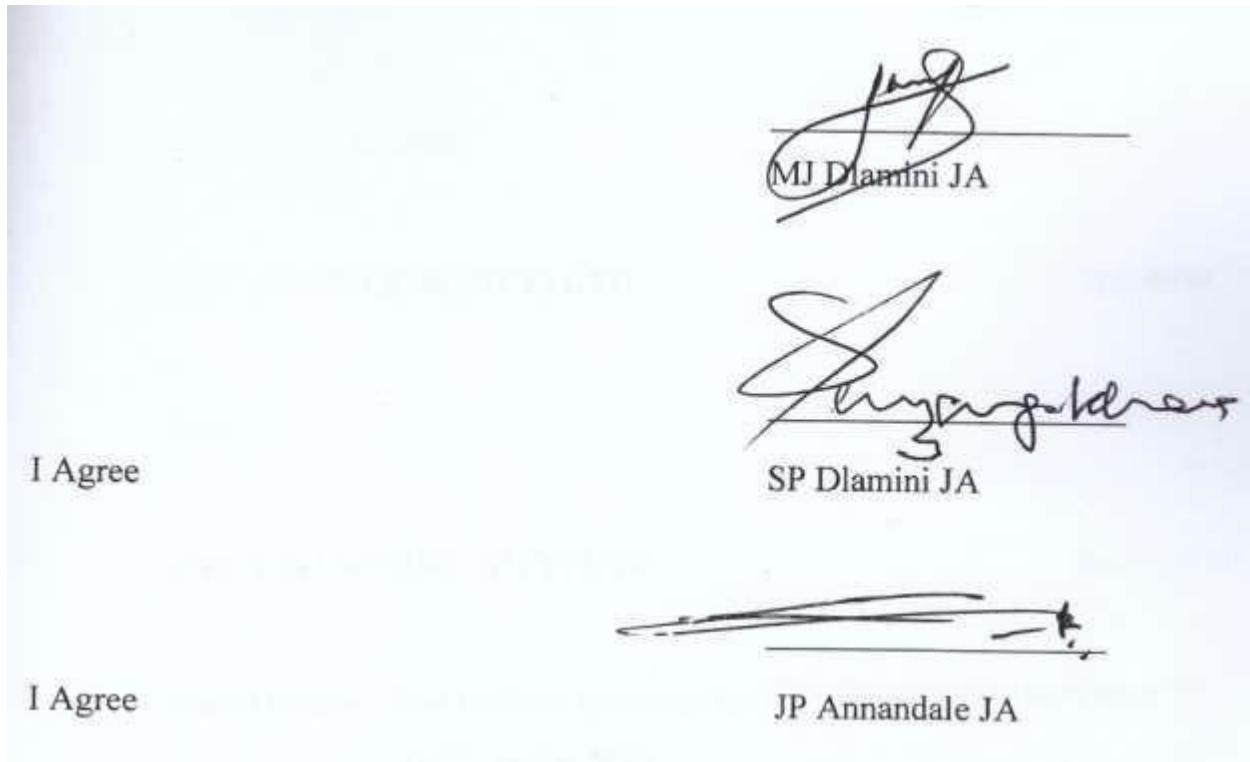
**2.2.** Сумма в размере 1 329 446,20 рандов должна быть выплачена не ранее 30 ноября 2009 года. Добавьте три года, срок давности: 29 ноября 2012 года. **Требование не истекло.**

**3.** Сумма в размере 2055670,50 руб. подлежала уплате не ранее, чем 27 февраля 2010 года. Прибавить три года, срок давности: 27 февраля 2013 года. **Требование не истекло.**

**[74]** В результате второе заявление ответчика -

(1) Взыскать с ответчика E/R7 822 384,60 и E/R1 079 399,80;

- (2) Отказать во взыскании - E/R1 329 446,20 и E/R2 055 670,50
- (3) Учитывая тот факт, что обе стороны добились частичного успеха, каждая из них должна самостоятельно оплатить свои расходы как в данном суде, так и в суде **a quo**.



RJS Perry

для апеллянта

JHenwood

для ответчика