

КЛАССИКА РОССИЙСКОЙ СОЦИОЛОГИИ

В.В. Бочаров

МАКСИМ КОВАЛЕВСКИЙ: АНТРОПОЛОГИЯ ПРАВА И ПРАВОВОЙ ПЛЮРАЛИЗМ В РОССИИ

Имя М.М. Ковалевского теснейшим образом ассоциируется не только с юриспруденцией, социологией, этнографией, но и антропологией права (юридической антропологией), одним из основателей которой он является. Зачисление Ковалевского в «отцы-основатели» данной дисциплины отнюдь не является исторической натяжкой. Подобная оценка его вклада справедлива как по существу, так и с формальной точки зрения.

Во-первых, М. Ковалевский один из самых заметных представителей сравнительно-исторической школы в юриспруденции, из которой берет начало эта наука [1, с. 23–30].

Во-вторых, его научная деятельность протекала в личном контакте с Г.Дж. Самнер-Мэном, который, после выхода в свет его работ «Древнее право» (1861), «Древнейшая история учреждений» (1875) и «Древний закон и обычай», почитается западными антропологами в качестве «подлинного основателя юридической антропологии» [2, с. 26]. В.А. Калоев, исследовавший творческую биографию учёного, отмечает: «Именно по совету Г. Мэна Ковалевским был написан "Очерк истории распада общинного землевладения в кантоне Ваадт", вышедший в Лондоне на русском языке в 1876 г. и переведенный тогда же на немецкий ... в "Журнале истории швейцарского права"». Г. Мэну М.М. Ковалевский обязан получением доступа в библиотеку «Индийского управления», в которой он собирал материал для своей работы об общинном землевладении в Индии [3, с. 10].

О многом говорит и список наиболее значимых работ русского учёного в данной области, который почти зеркально отражает круг проблем,

Бочаров Виктор Владимирович (р. 1949) — доктор исторических наук, профессор факультета социологии С.-Петербургского государственного университета.

Адрес: 192007, С.-Петербург, Литовский пр., д. 130, кв. 129.

Тел.: (812) 112-81-66.

поднятых в своих трудах Г. Мэном: «Современный обычай и древний закон. Обычное право осетин в историко-сравнительном освещении» в 2 т. (1886), «Закон и обычай на Кавказе» в 2 т. (1894), «Происхождение общественных институтов и общественной жизни» (1914).

Отметим также, что исследования М. Ковалевского — это серьезный шаг в области «антропологизации» данной дисциплины. В отличие от работ Г. Мэна, построенных в основном на сравнительном анализе письменных юридических источников: древних кодексов (индусских, греческих, римских и других), средневековых европейских «варварских» правд, труды М. Ковалевского в значительной степени опираются на собственные этнографические материалы, собранные им в полевых условиях.

Именно это, как представляется, позволило исследователю посмотреть на обычное право кавказских народов не только как на свод юридических норм (обычаев), а как на элемент культуры, который может быть раскрыт только в связи с другими ее компонентами.

Действительно, антрополог изучает любое общественное явление прежде всего как факт культуры, т.е. в его частной форме, которая, тем не менее, во многом определяет содержание данного явления. Культура всегда этнична, и именно в ней общественный феномен обретает свое уникальное воплощение. Если общество, как система социальных институтов, детерминировано преимущественно социально-экономическими факторами, то культура — еще и факторами экологическими, демографическими, а также традициями. В конечном счете, она проявляется в эмоционально-интеллектуальной деятельности своих носителей, выраженной в поведенческих, идеологических и мировоззренческих символах.

Поэтому исследовать любое общественное явление как факт культуры — означает раскрыть его через эмоциональные и интеллектуальные переживания ее представителей, реализуемые в данных символах, сформировавшихся в конкретных условиях жизнедеятельности данного социума.

Например, говоря о прикосновении подозреваемого в преступлении осетина к очажной цепи при произнесении клятвы, являвшейся доказательством его невиновности, М. Ковалевский раскрывает центральное место очага в представлениях культа предков, которые, в свою очередь, отражают взгляды осетин на проблему жизни и смерти. В соответствии с ними предки (умершие родственники) неотвратимо карали за ложь не только самого автора, но и его родственников и потомков.

Через комплекс идеологических представлений, связанных с культом предков, воплощенным в очажной цепи, он также трактует юридический обычай, по которому жилище являлось своего рода убежищем для преступника, так как он автоматически попадал под покровительство предков хозяина дома и т.д. [4, т. 1, с. 78].

Изучая народы Кавказа, М.М. Ковалевский не только ввел в научный оборот новые письменные источники (например, сборник адатов кайтангского умция Рустема начала XVII в., хранившийся в Дербентском музее), но и активно использовал для сбора и анализа материала

широкий спектр исследовательских практик, являющихся классическими для современного антрополога.

В частности, он привлекал археологические источники по результатам проведенных им раскопок (например, пещерных погребений у балкарского селения Хасаут в 1885–1886 гг.), опрашивал информантов, записывал устные предания и выдержки из местных адатов, собирал различные судебные постановления и решения [5, с. 201].

Но главное, М. Ковалевский активно использовал наблюдение, которое только через полвека было провозглашено антропологами в качестве основного научного метода: «Расположившись в жилищах, в коих обитали семейства бывших моих учеников, или у школьных учителей и священников, я свободно проводил свои наблюдения. Часто посещал я также сходки старшин, на которых разрешали наиболее важные законные дела, при помощи разъяснений местных уроженцев собирал я данные о местных нравах и обычаях» [6].

Наконец, М. Ковалевский создал свою научную школу по изучению обычного права, в том числе и на Кавказе из числа местной интеллигенции (Н.П. Абадзе, Б.К. Далгат, С.В. Кокиев, Х.С. Самуэлян и др). Каждый из них, знавший культуру своего народа, что называется, изнутри, внес, по признанию кавказоведов, весомый вклад в изучение обычного права своего народа [3, с. 19].

Известно также, что М. Ковалевский, несмотря на принадлежность к сословию правоведов, отделял сферу своих интересов от юриспруденции, придавая ей тем самым самостоятельный статус. Так, в 1884 г. на археологическом съезде в Одессе он организовал и возглавил специальную секцию «Памятники юридические». Сам он считал, что изучая «юридические древности», занимается «археологией права» [4, т. 2, с. 215].

Ко всему сказанному следует добавить и еще одно важное обстоятельство, которое, как представляется, следует учитывать при оценке вклада ученого в ту или иную общественную науку. Я имею в виду общественно-познавательную мотивацию исследовательской деятельности. Поясню это положение подробнее.

Безусловно, что М. Ковалевский по масштабу является представителем мировой науки своего времени. Прекрасно зная европейскую культуру (ряд его работ был посвящен изучению истории правовых систем Западной Европы: конституции Англии, проблемам землевладения и цеховой организации в средневековых Испании и Италии и т.д.) и свободно владея многими европейскими языками, он был желанным лектором как в университетах Старого света, так и Америки. Ученый хорошо знал труды своих западных коллег (в частности под его редакцией вышла в русском переводе и работа Г. Мэна «Древний закон и обычай» [7]), которые, в свою очередь, активно использовали его работы в своей научной деятельности.

Это касается и двух выдающихся мыслителей того времени К. Маркса и Ф. Энгельса, идеи которых не только оставили неизгладимый след в мировой научной мысли, но и определили судьбу огромной части человечества в XX в. Хорошо известно, например, о дружбе М.М. Ковалевского

с К. Марксом, а Ф. Энгельс использовал его работы, касающиеся семейно-общинного землевладения на Кавказе, в своих произведениях [8].

Но несмотря на все это, деятельность нашего ученого в области антропологии права не была лишь подражанием европейской научной моде. Его интересы во многом были мотивированы этнокультурным многообразием России, порождающим фундаментальные для государства проблемы, от успешного решения которых зависела и продолжает зависеть судьба страны. Поэтому научное наследие М. Ковалевского, в частности связанное с осмыслением кавказской тематики, до сих пор сохраняет академическую и практическую актуальность.

Действительно, антропология права зародилась как в Европе, так и в России не в последнюю очередь в качестве прикладной дисциплины. В странах Старого света ее появление было мотивировано колониальными устремлениями крупнейших государств континента. Достаточно сказать, что академические интересы самого Г. Мэна изначально были тесно переплетены с его практическими занятиями в качестве колониального чиновника в Индии, где он занимался реформированием судебной системы.

Россия перманентно решала задачи по управлению инородческими народами в силу известных особенностей формирования российской государственности. Однако наиболее остро интерес к изучению обычно-правовых систем «инородцев» проявился как раз в те же годы, что и в Европе. Это было связано с реформой 1861 г., менявшей коренным образом систему государственно-правового регулирования. Словом, у М.М. Ковалевского была собственная мотивация к научным изысканиям в данном направлении, связанная с практическим осуществлением реформы. Именно в этом, как явствует из его слов, видел он свою «миссию».

Например, исследователем высказывались мысли о целесообразности использования шариата, а не адатов, которым отдавало предпочтение царское правительство при организации управления мусульманскими народами Кавказа в тот период времени. М.М. Ковалевский мотивировал свою позицию тем, что мусульманское право, во-первых, ограничивает кровную месть, а во-вторых, предоставляет женщине больше имущественных прав, нежели адаты: «Я полагаю, — писал он, — что допущение начал шариата к сфере уголовных преступлений не только бы не препятствовало, а, наоборот, содействовало бы осуществлению принятой нами *миссии* (курсив мой. — В.В.)» [4, с. 282].

Тем не менее, зародившись практически в сходных условиях, юридическая антропология прошла различный путь в Западной Европе и в России, наглядно проиллюстрировав свою никогда не прерывавшуюся связь с общественно-политической практикой. Рассмотрим вкратце оба пути и на основе этого попытаемся определить роль и место данной дисциплины в современной России и ее перспективы на будущее.

Принято считать, что начало антропологии права было положено в середине XIX в. усилиями представителей европейской сравнительно-исторической школы права. Завершили же этот процесс антропологи британской школы в 30-х годах XX столетия [1, с. 23–31].

Этот период истории характеризуется высокой активностью европейцев по освоению мировой «периферии», протекавшему в форме колониальных захватов. В результате возрос интерес ученых, первоначально юристов, к архаическим формам права. Однако нельзя сказать, что этот интерес носил сугубо прагматический характер, «примитивные» народы поставили перед европейскими исследователями и множество академических проблем.

Действительно, вместо ожидаемых «анархии и хаоса» у «дикарей» обнаружилось весьма жесткие регулятивные механизмы, регламентировавшие их поведение. Причем порядок там поддерживался, как правило, без использования специальных институтов, свойственных европейской цивилизации, что само по себе побуждало пытливые умы к исследовательской деятельности. Осмысление новых данных по «примитивным» обществам осуществлялось исключительно в рамках эволюционизма, безраздельно господствовавшего в научном сознании Западной Европы. Однако в рамках этой методологии наметились различные подходы.

Первый можно определить как собственно юридический. Здесь усилия ученых были направлены на формулирование общей концепции развития права. Сравнивая достаточно отрывочные этнографические сведения по «дикарям» с письменными историко-юридическими источниками (с древними, прежде всего античными кодексами, а также со средневековыми «варварскими правдами»), они приходили к выводу о том, что «прошлое Европы живет в настоящем Востока». Поэтому они были убеждены в том, что путь, пройденный правовыми системами развитых обществ, обязано пройти любое право. Именно этот теоретический постулат имел в виду и М. Ковалевский, ратуя за использование шариата на Кавказе, считая его более прогрессивным, нежели адаты, на том основании, что известные его нормы в большей степени соответствовали европейским правовым идеям. Классическим трудом в рамках историко-сравнительной школы считается работа Г. Мэна «Древнее право», а подход, исповедуемый ее представителями, отождествлялся в Европе с антропологией права вплоть до 20-х годов XX столетия.

В результате были сформулированы некоторые этапы в развитии права, которые увязывались с социо-политогеизмом. В частности, возникновение собственно права соотносилось с появлением письменных юридических кодексов (законов), соблюдение которых гарантировалось политическими институтами. До этого же, как считалось, господствовал обычай или обычное право: «Тогда понятие о законе соответствовало скорее понятию об обычае, или даже понятию о привычке» [7, с. 6]. Бесписьменный характер обычного права выставлялся в качестве его главного признака, а изучение эволюции обычая в писанный закон было приоритетной темой для историков права.

Появление письменных кодексов, т.е. собственно права, совпадает для юристов данной школы с разложением первобытности и возникновением публичной власти, которая обеспечивает соблюдение юридических норм: «Заставить выполнить приговор суда становится обязанностью царской власти» [7, с. 214].

Эти идеи обрели свое логическое завершение в марксизме, жестко увязывающем появление права со становлением государства, которое, в свою очередь, рассматривается как результат социального расслоения общества на антагонистические классы. Главная функция этого института, как предполагается, состоит в поддержании господства класса эксплуататоров над угнетенными классами, а одним из важнейших инструментов, используемых им для достижения этой цели, является право. Отсюда понимание права как «воли господствующего класса, возведенной в закон».

Важным достижением историко-сравнительной правовой школы было открытие материального коррелята права, сводимого к отношениям собственности. «Сравнительная история права считает в числе своих основных выводов то положение, что развитию частной собственности предшествовал период широкого господства совместного владения в руках лиц, связанных между собою единством крови... Как этнография, так и сравнительная история права не оставляют ни малейшего сомнения, что даже такие предметы, как пища или одежда, могли быть объектом общего обладания сожительствующих малых семей», — писал М.М. Ковалевский [4, т. 1, с. 105].

Господство коллективной собственности определяло групповой характер права, присущего доиндустриальным обществам. По мере же зарождения и эволюции частнособственнических отношений происходит индивидуализация права, достигшая своей вершины в современных индустриальных (постиндустриальных) обществах.

В рамках данной отрасли знаний проводились и исследования «примитивных» обществ. А. Пост ввел в том же XIX в. термин «этнологическая юриспруденция». Он рассмотрел правовые системы самых различных обществ, группируя нормы по отдельным темам (брак, наследование, уголовное право, торговое право и т.д.), стремясь построить общую теорию права.

Словом, в историко-правовой традиции, а затем и в марксизме, обычай или обычное право отодвигались в глубь истории. Их существование в современных «этнографических» обществах воспринималось в качестве «живой старины» или «пережитков», которые могли быть использованы лишь для исторической реконструкции правового бытия человечества в гипотетическом прошлом. М. Ковалевский считал, например, что изучаемые им «юридические древности» должны пролить свет на то, как вообще юридические понятия возникли в человеческой культуре [4, т. 1, с. 215].

Другой подход, характерный для ученых XIX в., направленный на изучение «примитивного» права, следует, видимо, определить как антропологический. Он также развивался в рамках эволюционной научной парадигмы, но здесь анализировался процесс развития не собственно юридических норм, а общественных институтов традиционных обществ. Правовые же нормы в рамках этого подхода рассматривались как результат закономерной эволюции этих институтов, предшествовавших государству. Работы этих ученых в основном построены на этнографических материалах. Одним из самых ярких антропологов-эволюционистов

является также юрист по образованию Л.Г. Морган (1818–1881). Наследие этого ученого высоко оценивается социально-культурными антропологами и сегодня [9, с. 7–19].

На материалах исследования североамериканских индейцев Л. Морган, в отличие от Г. Мэна, сосредоточил основное внимание не на изучении эволюции собственно права, понимаемого как совокупность юридических норм, а на эволюции таких институтов, как род и племя. В основе анализа лежит эволюция родовой организации от материнского рода к отцовскому. Морган определил сущность материнско-правовой организации, причину ее появления необходимостью учета происхождения, так как отцовство, с его точки зрения, было невозможно установить. Эти данные, в частности, противоречили взглядам Г. Мэна, рассматривавшего «отцовское право» как наиболее архаичное.

Данное положение Л. Моргана было, по-видимому, воспринято М. Ковалевским, который также придерживался точки зрения о первичности материнской правовой организации. Похоже, именно поэтому он упорно искал у кавказских народов пережитки материнского права, в ряде случаев, как ему казалось, находил их и очень сокрушался, что нигде не удалось обнаружить его существование в полном объеме [10, с. 112–118]. Когда же подобные «пережитки» не фиксировались, он считал необходимым этот факт чем-то объяснить, так как он подрывал основы эволюционной теории. Например, отсутствие у горцев Дагестана почитания дяди со стороны матери, в котором ученый видел полное исчезновение «пережитков матриархата», он трактовал как влияние шариата [10, с. 120–145]. Однако накопленные современной антропологией этнографические данные по различным народам мира не дают никаких оснований утверждать о первичности (или вторичности) материнской правовой организации в эволюционном процессе. Например, обществу высокоразвитому в социально-экономическом плане может соответствовать родовая организация с материнским учетом родства, и наоборот.

В то же время М. Ковалевский опровергал точку зрения И.Я. Бахофена, сводившего эпоху матриархата к социально-политическому доминированию женщин. Следует отметить, что подобное мнение и сейчас бытует не только в обыденном сознании, но и в научном. Например, авторы трехтомного труда «История первобытного общества», изданного в 80-х годах, объясняли факт фиксации учеными обрядов инициации преимущественно у мужчин тем, что ко времени проведения исследований власть в традиционных обществах якобы уже перешла в руки мужчин; соответственно, обнаруживаемые случаи женских инициаций трактовались как пережитки матриархата, при котором доминировали женщины [11, с. 66].

В действительности же, вне зависимости от счета родства власть всегда принадлежала мужчинам, только в одном случае отцу и его родственникам (при патрилинейности), в другом — брату матери и его мужской родне (при матрилинейности). Именно на это и обратил внимание М. Ковалевский: «Если же мы в заключение зададимся вопросом, какое понятие о матриархате можно составить на основании данных кавказской

этнографии, то мы принуждены будем сказать, что эти данные не оправдывают собой учения Бахофена о существовавшем некогда периоде женновластия. Вместо того чтобы принадлежать женщине, власть в материнском роде всецело сосредоточивается в руках ее мужских когнатов, дяди и брата» [10, т. 1, с. 26].

Мощный толчок развития антропология права получила в 20-е годы XX столетия. Именно тогда произошло окончательное выделение ее в самостоятельную дисциплину. В эти годы проявился огромный интерес мирового научного сообщества к антропологии в целом. Резко возросло число публикаций. Антропология становится законодательницей моды, так как возникшие в ее рамках теоретические конструкции (функционализм, структурный функционализм) заимствуются другими дисциплинами.

Бурное развитие антропологической науки в этот период было тесно связано с колониальным процессом, стремлением крупнейших европейских государств, в особенности Англии, использовать эту отрасль знаний для организации эффективного управления в своих колониях. Это естественным образом определило перенос исследовательского внимания ученых с исторической перспективы на современность.

Для создания наименее затратной системы управления на своих «заморских территориях» англичане решили использовать традиционные институты в системе колониального администрирования. Однако чтобы это сделать, необходимо было знать, как эти институты в таких обществах «работают». Для решения управленческих задач требовались иные научные подходы, способные раскрыть взаимосвязь различных подсистем и их элементов в данных человеческих сообществах.

Причем антропология этого времени категорически дистанцируется от других общественных наук, во многом справедливо считая, что последние сформировались в процессе изучения европейских обществ, а значит, их методы и понятия мало пригодны для анализа сообществ «примитивных». В частности, создатель функционализма Б. Малиновский отрицал возможность использования понятийно-категориального инструмента юриспруденции для изучения права «примитивных» народов, став, таким образом, основателем антропологической «неюримической школы». Преимущественная ориентация на изучение не эволюционных, а функциональных законов определила иное отношение к понятию права.

Главным стал концепт «культуры», которая представлялась как внутренне сбалансированная система, состоящая из присущих ей социальных институтов, обычаев, орудий и идей. Ученые стремились определить функции, которые они в этой культуре выполняли. Функция всегда позитивна, так как способствует сохранению равновесия в данной культурной системе. Поэтому в рамках функциональной парадигмы отсутствует понятие «пережиток», так как любой старый обычай или верование рассматривается не в качестве анахронизма (что характерно для эволюционистских воззрений), а как элемент культуры, выполняющий определенную функцию.

Здесь понимание права не увязывается с санкцией, исходящей от власти. Право определяется своей функцией, а не внешними формами своего проявления. Оно выполняет прежде всего функции взаимности. Право — это сила, которая связывает индивидов и группы и позволяет им жить в сообществе, являясь результатом отношений взаимных обязательств. Именно взаимность этих обязательств обеспечивает спайку общества, а не принуждение центральной власти и государства. Иными словами, поведение индивида моделируется в первую очередь общественными отношениями, нежели нормами и инструкциями.

Таким образом, предполагалось, что право существует в виде живой материи, соединяющей человеческий коллектив, которую можно познать только путем анализа человеческого поведения, организующего ткань этой материи. Б. Малиновским был сформулирован основной метод исследования, исповедуемый антропологией вплоть до наших дней — метод включенного наблюдения, который наиболее полно отвечал требованиям исследователей по сбору научных данных.

Итак, Б. Малиновский, в отличие от историков-юристов, понимавших под правом законы, поддерживаемые политическими институтами, полагал, что «примитивные культуры» обладают своим правом [12, р. 73–74]. Словом, то, что юристы называли обычаями, которым лишь предстояло развиваться в право, антропологи функциональной школы считали действующим правом.

В то же время, отрицая эволюционизм в ретроспективе, т.е. возможность исторического познания прошлого «примитивных» народов, антропологи того времени, по сути дела, придерживались тех же взглядов относительно будущего развития исследуемых ими обычно-правовых систем. Поэтому они считали, что традиционным институтам должны быть приданы функции, которые бы ускорили это развитие по европейской модели, и, наоборот, изъяты те, которые категорически ей не соответствовали [13, р. 142].

В результате в колониях создавались многоступенчатые судебные-правовые системы, когда часть населения оставалась субъектом обычного права, а другая часть — европейского. При этом рассмотрение определенных видов преступлений (убийств, например) становилось исключительной прерогативой европейских судов, так как обычно-правовые взгляды на данные виды преступлений вступали в резкое противоречие с правовой культурой представителей «цивилизации». Была также развернута работа по кодификации обычного права, т.е. по превращению обычно-правовых норм в законы, поддерживаемые колониальной администрацией.

Словом, не отрицая специфику культуры как целостной гармоничной системы, в которой каждый элемент имеет свою позитивную функцию, функционализм в то же время усматривал генеральную линию развития права в «примитивных» обществах в русле «цивилизации», а практическая деятельность европейцев была направлена на поэтапное окультуривание «туземцев».

Однако опыт развития бывших колоний в условиях независимости показал, что, несмотря на то, что большинство новых государств приняло

европейские модели права, обычно-правовые системы продолжают сохранять в них устойчивые позиции в качестве неформальных регуляторов общественных отношений. Не уменьшилось значение и некоторых религиозных правовых систем, прежде всего, мусульманского права.

Более того, по мере нарастания культурного плюрализма в самих индустриальных (постиндустриальных) обществах обычное право и там обрело важную регулирующую функцию. Это относится к различным субкультурам: этническим, религиозным, криминальным, профессиональным и т.д. Поэтому современная антропология права включила в круг своих интересов не только развивающиеся, но и развитые в индустриальном отношении общества.

Изменяется и подход в понимании обычного права, которое не сводится теперь к «живой старине». Сегодня этот феномен можно определить как систему естественно сложившихся поведенческих норм в процессе функционирования устойчивых коллективов людей, объединенных по самым различным признакам (этническому, возрастному, родственному, профессиональному и т.д.), несоблюдение которых связано с потенциальным психологическим либо физическим принуждением, как со стороны мифического авторитета, так и со стороны данного коллектива [1, с. 29]. Похоже, что обычно-правовые системы, будь то архаические или современные, возникают на базе универсального алгоритма, обусловленного процессом человеческой самоорганизации, призванным обеспечить устойчивость коллектива по отношению к окружающей среде. Несмотря на то, что в современном обществе государственное законодательство постоянно стремится охватить своим регулированием новые сферы человеческой жизни, происходит и обратный процесс, а именно, возникновение различных областей человеческой жизнедеятельности, регулируемых обычным правом. Причем, как показывает практика, обычно-правовые системы подчас успешно конкурируют с государственным законодательством. В этой ситуации центральной проблемой антропологии права стало изучение взаимодействия различных правовых систем, предпринимаемое в рамках концепции правового плюрализма.

Само это понятие отражает культурно-плюралистический характер современного общества, т.е. закономерно вытекает из факта сосуществования в нем множества культурных моделей, для каждой из которых свойственен особый правопорядок, базирующийся на своем понимании равенства, свободы, справедливости и т.д. Иными словами, под правовым плюрализмом чаще всего понимается «ситуация, когда две или более юридические системы сосуществуют в одном поле» [14, р. 870].

Иногда различают плюрализм «государственного права», когда доминирующий правовой порядок допускает существование другого вида права, т.е. когда государственное право признает существование другого права и включает его в государственную правовую систему. Второй, «проникающий» правовой плюрализм, предполагает сосуществование двух или более правовых систем, каждая из которых имеет свой собственный источник легитимности и юридической действительности» [15]. Иными словами, в рамках правового плюрализма право не считается исключитель-

ной прерогативой государства, так как и другие правовые порядки могут также расцениваться в качестве права в полном значении этого слова.

По существу, данный подход отрицает однолинейную эволюцию права и признает изначальную множественность форм его существования, которая никогда не будет утрачена. Словом, здесь нет ни «высших», ни «низших» правовых форм, так как все культуры равноценны. По словам К. фон Бекман, «термин "правовой плюрализм" является подходящим средством, чтобы подчеркнуть следующий факт: между государственными правовыми системами и другими правовыми порядками гораздо больше общего, чем предпочитают считать государственники» [16, с. 12].

Причем понятие правового плюрализма стремится исключить какие-либо оценочные суждения в отношении тех или иных правовых систем. Как отмечает тот же ученый, «серьезное восприятие правового плюрализма и местного права вовсе не подразумевает одобрение каждой существующей правовой нормы или же одобрение какой-нибудь правовой нормы вообще <...> использование такого аналитического подхода не предполагает вынесение априори положительной или отрицательной оценки в отношении любого вида права, будь то государственное право или местное право. Серьезное восприятие правового плюрализма означает признание того, что он существует, что он влияет на поведение людей и на то, как практически выполняются законы. Правовой плюрализм позволяет лучше понять происходящее, ответить на вопрос: почему так часто действие того или иного закона не приносит ожидаемых результатов» [16, с. 19].

Данная тема начала обсуждаться в западной науке в начале 1970-х годов. Основные положения концепции с каждым годом находят отклик у многочисленной аудитории ученых: юристов, антропологов, политологов и т.д. По мнению некоторых ученых, правовой плюрализм «можно рассматривать как ключевую концепцию для постмодернистского взгляда на право вообще» [17, р. 357–358].

В настоящее время создана Международная комиссия по обычному праву и правовому плюрализму (Commission on Folk Law and Legal Pluralism), объединяющая в своих рядах теоретиков права, антропологов и практикующих юристов. Существуют периодические издания, специально посвященные данной проблеме, а в последнее время (с 1997 г.) ежегодно проходят конференции по правовому плюрализму.

Представляется, что выдвижение этой проблемы на первый план не случайно. Де факто она присутствовала в антропологии права с момента ее зарождения, хотя способ научного осмысления данного феномена зависел от господствовавших в общественном сознании на тот момент времени научных парадигм, которые, в свою очередь, во многом определялись общественно-исторической практикой.

Действительно, колониализм, сыгравший первостепенную роль в становлении антропологии права, принято рассматривать как сугубо социально-экономическое или политическое явление. Однако колониальный процесс — это и культурное явление, приведшее к столкновению различных друг от друга культур, в том числе и правовых. Посредством колониализма начиналась глобализация, т.е. активное распространение по все-

му миру западноевропейских культурных стандартов. Если социально-экономическое и политическое доминирование над «периферией» устанавливалось европейцами достаточно легко, в силу огромного экономического и военно-технического превосходства европейских обществ, то взаимодействие на культурном уровне порождало постоянные конфликты.

Например, стремление колонизаторов узаконить свое господство над «туземцами» посредством европейского договорного права не приводило к желаемым результатам. Так, договоры, предусматривавшие отчуждение земель в пользу колонистов, на практике населением не соблюдались. Причем становилось очевидным, что истоки такого поведения лежат не столько в низких моральных качествах «аборигенов», сколько в отличном от европейского правосознании. В частности, подобные акты заключались с местными вождями, которых европейцы считали собственниками земли. С точки же зрения «аборигенов» вожди распоряжались земельными угодьями лишь в качестве своего рода посредников между ними и их предками, считавшимися реальными владельцами этих угодий. Причем осуществление права распоряжения землей предполагало жесткое следование традициям предков, продажа же была грубейшим их нарушением. В результате не только подобные договоры оказывались нелегитимными в глазах «туземцев», но и сами вожди, заключившие их.

Нередко острые коллизии возникали при назначениях колониальными администрациями местных лидеров. В частности, известны случаи, когда европейцы, желая опереться на лидера, имевшего традиционное право на власть, останавливали свой выбор на мужском потомке (сыне) предыдущего вождя, ориентируясь при этом на известные им нормы наследования титула в Европе. Однако такие назначения нередко вели к «гражданским войнам», если они происходили в обществе с матрилинейным счетом родства, в которых легитимным наследником титула был не сын, а племянник по женской линии (т.е. сын сестры вождя) [18, с. 88–96].

Аналогичная история была характерна и для России. Так введение на Кавказе более прогрессивных и справедливых (с точки зрения российских европеизированных властей) законов наталкивалось на полное непонимание их местным населением, выразившим в связи с этим активный протест [19, с. 207].

Различия между российским законодательством и правосознанием кавказцев установил в ходе полевых исследований М. Ковалевский: «Нам не раз приходилось слышать жалобы на то, что тайные убийства возникли лишь со времени русского владычества, с тех пор, как введенные нами суды перестали признавать право кровного возмездия; в прежние же годы нападения на врага совершались открыто, а виновные всячески старались огласить свои деяния, видя в них исполнение священного долга, налагаемого узами родства» [4, т. 1, с. 7]. Нередко конфликт правовых культур мог приводить и вовсе к конфузу. Например, известен случай, когда местный житель, отбывший наказание, обратился к судье с просьбой посадить его в тюрьму на новый срок за совершение того же преступления. Причина была в том, что, понеся наказание за убийство по российскому законодательству, он не был наказан по адату, и дома его ждали в

лучшем случае выплата компенсации (плата за кровь), в худшем же — смерть [20, с. 106].

Анализируя деятельность судов низшей инстанции, которым предписывалось действовать в соответствии с адатами, М. Ковалевский и здесь фиксировал культурный конфликт. Его источником был русский писарь, который, будучи носителем иной культуры, вносил инородный элемент в местное судопроизводство: «Сами аульные суды — подобие наших волостных судов — не всегда придерживаются в своих решениях чисто народных начал права и процесса. Главную роль в них играет писарь, ведущий на русском языке протоколы... Осетины жаловались мне: всемогущий на суде писарь, обыкновенно невежда в местных обычаях, вносит в порядок разбирательства процессов правила, далеко не отвечающие туземному праву» [4, т. 1, с. 225].

Однако осмысление процесса культурного взаимодействия в рамках эволюционной теории расценивало «периферийные» культуры исключительно в категориях «неразвитости» или «отсталости». Практическая же политика при данном понимании проблемы была ориентирована на замену обычно-правовых систем европейскими эквивалентами. При этом колониализм обретал гуманистический пафос. Переход к функциональному осмыслению культурного процесса во многом был мотивирован колониальной практикой, продемонстрировавшей, что замена одного права другим попросту невозможна. Однако, несмотря на признание функциональной парадигмой за каждым элементом культуры, включая право, выполнение позитивной функции, на практике существовала лишь возможность бытования некоторых обычно-правовых норм, не противоречивших главным принципам «цивилизации». В то же время мнение европейцев о судьбе обычно-правовых систем в будущем оставалось неизменным, а именно: их смена каким-либо европейским аналогом представлялась неотвратимой.

Общий методологический посыл, который роднит оба подхода — это отождествление «общества» и «культуры» и, как следствие, общественного прогресса с прогрессом культурным. Если первый действительно предполагает смену более простых типов общественных отношений более сложными вариантами (коллективная собственность уступает место частнособственническим отношениям, натуральный обмен — товарно-денежным отношениям и т.д.), то в сфере культуры прогресс означает нарастание множественности форм, когда новые формы не отменяют старые, а сосуществуют наряду с ними. Более того, вновь возникающие явления зачастую могут выступать в традиционной форме, как, впрочем, и наоборот. Короче говоря, одним из критериев развитости культуры является множественность присущих ей форм.

Именно поэтому, как представляется, понимание культурного развития как движения от «дикости» к «цивилизации», от «обычая» к «закону» уступило место концепции «правового плюрализма», признающего существование множественности культурных форм и правовых порядков, обладающих одинаковым статусом.

Однако это случилось лишь в конце XX в., когда стало очевидно, что несмотря на «культурный прогресс» в бывших колониях, обычно-правовые системы не только не утратили своих позиций, но подчас обрели «второе дыхание». Аналогичная ситуация сложилась практически на всей территории бывшего СССР. Поэтому рассмотрим путь, пройденный юридической антропологией в нашей стране, пытаясь соотнести его с общественно-политической практикой того или иного периода времени.

В России XIX в. эта наука развивалась не менее интенсивно, чем на Западе. Круг проблематики, затрагивавшейся нашими учеными, красноречиво свидетельствует об этом. Уже в первой половине XIX в. был поднят вопрос об обычаях как источнике писаного права и высказана идея, что именно «путем обычая юридическое воззрение прокладывает себе дорогу к действительности» [21, с. 26].

Прослеживалась роль обычаев в судебном процессе, на основе исторических источников ставился также вопрос о взаимодействии различных правовых систем, в частности византийской и обычно-правовой, в котором приоритет отдавался последней. Например, П.Н. Мрочек-Дроздовский, занимавшийся изучением влияния Византии на русское законодательство, считал, что «византийские законы, будучи неприменимы к русской жизни, вызвали потребность в однопредметных постановлениях, основанных на обычном праве» [22, с. 260]. Отмечалась и роль обычного права в повседневной жизни крестьянства дореволюционного периода: «Почти исключительно обычным правом и до наших дней регулирует свою правовую жизнь ... огромное большинство русского народа» [23, с. 186].

Кстати, русскими учеными гораздо раньше высказывалась мысль о нецелесообразности использования аппарата юриспруденции при изучении обычно-правовых систем, на чем впоследствии настаивал Б. Малиновский. Например, А.Я. Ефименко писала: «Народное обычное право и право культурное представляют собой два строя юридических воззрений, типически отличных один от другого, и потому всякая попытка систематизировать народное право по нормам юридической теории есть самое неблагоприятное дело» [24, с. 171].

Рассматривались не только вопросы теоретического характера. Велись, в частности, активные дискуссии о применимости обычно-правовых норм в судебной и административной практике России. Одни считали, что необходимо вообще запретить судебным учреждениям применять нормы обычного права, подчинить население единому писаному закону. Другие, наоборот, полагали, что «подобные кабинетные мнения возникли из-за полного незнания русской действительности. Слепые силы, действие которых приписывалось обычаю — это экономические, племенные, исторические и прочие условия, с влиянием которых должен считаться каждый законодатель, если не желает, чтобы закон его остался мертвой буквой... За крестьянами должно быть оставлено право судиться по местным обычаям. И каждый раз суд в своем решении должен указывать на существование в каждой местности такого обычая. И при споре сторон удостоверить его существование ссылками на постановления мирских сходок, опросом околь-

ных людей и т.д. При этом стремиться создать свод обычного права, кодифицировать его не имеет смысла, так как это означает игнорирование местных условий и вытекающие из них различия в самих обычаях, и нет никакой возможности втиснуть их в определенные рамки, ибо для этого надо сделать неизменными эти жизненные условия. Собрать и разрабатывать юридические обычаи следует:

1. для того, чтобы всякий добросовестный человек увидел, насколько они вытекают из жизненных условий, с которыми надо считаться, и была понята невозможность одним росчерком пера переделывать все по-своему;

2. для законодателя сборник юридических обычаев может оказаться путеводной звездой при переработке законодательства о крестьянах;

3. для судьи — указанием на существование в той или иной местности обычая, который он может проверить» [25].

В дореволюционной России предпринимались даже попытки экспериментальной апробации вводимых законов, с целью лучше увязать их с существовавшими обычаями: «Предполагаемые законодательные изменения подвергались в действующем порядке ... опыту в какой-либо отдельной области или губернии с тем, чтобы в случае, если опыт оправдает надежды и предположения, реформа была внесена на обсуждение в Государственный Совет с теми изменениями, которые признаны будут полезными по указанию опыта» [26, с. 2–3].

Например, анализ царской политики на Кавказе в судебно-правовой сфере показывает, что безуспешные попытки внедрения российского законодательства в начале XIX в. привели к ее существенным коррективам. В основу были положены принципы, допускавшие бытование элементов обычного права. Словом, была применена политика, которая впоследствии будет определена англичанами как политика «косвенного управления». Однако, уже в 60–70-х годах она вновь изменилась в сторону ущемления местного права, что опять же привело к негативным последствиям [19].

В России антропология права начинает особенно бурно развиваться в связи с реформой 1861 г. Еще в 1857 г. был образован секретный комитет под личным председательством Александра II, в центре внимания которого были вопросы и правовой реформы. Реформа вызвала интерес не только юристов, но и этнографов в изучении антропологии права. Они сосредоточили внимание на изучении «юридического быта» русского крестьянства и «инородцев».

В это время исследования обычно-правовой проблематики, осуществлявшиеся отечественными правоведами преимущественно на основании письменных источников, дополнились полевыми исследованиями. Изучались обычаи в различных сферах жизни: хозяйственные споры и конфликты, распределение сенокосных и охотничьих угодий, аренда скота, долговые обязательства, взаимоотношения полов, положение женщин и стариков в обществе, случаи нанесения ущерба людям и имуществу, а также наказания за нарушение каких-либо из утвердившихся в общественной практике правил.

На протяжении 1860–1870 гг. под руководством главы отделения этнографии Русского географического общества (РГО) Н.В. Калачева разрабатывались программы по сбору народных юридических обычаев. В результате под эгидой РГО опубликовано большое количество изданий, посвященных обычному праву. Большая работа была проделана Этнографическим бюро князя В.Н. Тенишева по сбору обычно-правовых норм «великорусских крестьян-землепашцев». В 1876 г. был опубликован «Сборник обычного права сибирских инородцев» Д.Я. Самоквасовым, а также проведены исследования в области мусульманского права (В.И. Холмогоров, Н.С. Торнау, Н.Н. Остроумов), калмыцкого обычного права (П.И. Небольсин), киргизского обычного права (Н.И. Гродеков), украинского (П.П. Чубинский, А.Ф. Кистяковский), молдавского права (А.Н. Егунов), еврейского права (А.Т. Оршанский), а также кавказских горцев (Ф.И. Леонтович и М.М. Ковалевский).

Разрабатывались и теоретические вопросы, касающиеся функционирования обычного права (К.Д. Кавелин, Н.В. Калачов, П.А. Матвеев, Е.И. Якушин, С.В. Пахман, А.Я. Ефименко, П.Д. Калмыков).

Однако после революции бурное развитие антропологии права, начавшееся в середине XIX столетия, практически сошло на нет. Это относится как к юриспруденции, так и к советской этнографии. Данная проблематика, если и рассматривалась, то либо исключительно в историческом плане, либо на материале зарубежных народов [27; 28; 29]. Такое положение дел объясняется как идеологическими, так и научно-методологическими причинами, которые, тем не менее, тесно между собою связаны.

Во-первых, советское обществоведение, которое на словах порицало эволюционизм, на самом деле его абсолютизировало, что привело к идеологизации науки. В результате исключалась даже сама возможность альтернативного взгляда на общество кроме как на последовательное прохождение им в историческом процессе определенных обязательных стадий (формаций). Причем, рассматривая коммунизм (социализм) в качестве высшей стадии общественного прогресса, советское обществоведение в принципе исключало существование у нас обычного права, которое жестко ассоциировалось с первобытностью. Под правом же понимались только законы, исходящие от социалистического государства, определявшего их классовое содержание.

В юриспруденции господствовали позитивистские теории права, а правоведы исследовали лишь тексты законов. В результате, по словам известного отечественного правоведа В.Н. Кудрявцева, «ученые-юристы годами уделяли внимание текстам нормативных актов, анализировали главным образом содержащиеся в них формулировки» [30, с. 26]. Сам же закон рассматривался как «данность», «позитив», фактически фетишизировался, а вопрос о правомерности исходящего от государства закона и, следовательно, о его эффективности представлялся немыслимым.

Подобный подход определил и отношение к понятию обычного права, которое стало рассматриваться в качестве варианта государственного законодательства, т.е. «обычаев, санкционированных государством» [31, с. 17]. Такое отношение к праву в юриспруденции объясняется и полити-

ческим курсом, проводимым советской властью и направленным на фактическое создание *унитарного* государства. В этих условиях существование каких-либо иных правовых систем, помимо государственного законодательства, рассматривалось как ослабление центральной власти.

Антропология (этнография в советской номинации) также практически исключила из круга своих интересов изучение обычного права как действующего регулятора человеческого поведения. Сама наука однозначно была отнесена к историческим дисциплинам, исследующим стадию первобытности. Если же этнографам и доводилось фиксировать элементы обычного права у народов, населявших бывший СССР, то они рассматривались исключительно как «пережитки», обреченные на скорое исчезновение.

Борьба с «пережитками» объявлялась насущной задачей советской власти. С некоторыми из них законодатель согласен был мириться, санкционируя их существование, тогда как «вредные пережитки» запрещались. Это, в частности, нашло отражение в особом XI разделе УК РСФСР «Преступления, составляющие пережитки местных обычаев». Устанавливалась уголовная ответственность за барантование (столкновения на почве родовой вражды), принуждение вдовы к левиратному браку или безбрачию, убийство на почве кровной мести, уклонение от примирения кровников, воспрепятствование осуществлению равноправия женщин, уплату и принятие брачного выкупа, похищение невесты, вступление в брак с лицом, не достигшим брачного возраста, двоеженство и многоженство и т.д.

Короче говоря, как в юриспруденции, так и в советской этнографии обычное право либо отодвигались вглубь истории, либо отождествлялись с государственным законом. В обоих вариантах исключался вопрос о его существовании в качестве самостоятельного регулятора общественных отношений. Важным методологическим препятствием существованию антропологии права в СССР было также фактическое отождествление советским обществоведением понятий «общество» и «культура». Право, в первую очередь, определяется «культурой». Оно покоится на представлениях, вырабатываемых в процессе жизнедеятельности конкретных коллективов людей (носителей той или иной культуры) о справедливом, допустимом, законном, моральном и т.д. Данные представления сохраняются в их сознании даже при смене общественно-экономического порядка.

Законы же более связаны с понятием «общество». Они регламентируют общественные отношения, динамика изменений которых во временном континууме гораздо выше, чем культурных процессов. Но в то же время, принимаемые законы только тогда имеют шанс быть воспринятыми в качестве легитимных, если соответствуют правовой культуре, носителями которой являются те или иные общественные коллективы. Азиатско-конфуцианская культура, как известно, продолжает сохранять свою идентичность, в том числе правовые ценности, в условиях быстрого социально-экономического и технологического прогресса. Ярким примером в этом смысле является Япония, в которой, в частности, обычноправовые аспекты возрастных отношений, где старшие доминируют над млад-

шими, носят, с точки зрения эволюционизма, сугубо архаический характер. Попытки же изменить такое положение дел законодательным путем не приводят к ожидаемым результатам. Так, например, Конституцией страны, принятой в 1948 г., старший брат был лишен преимуществ в наследовании имущества. Тем не менее, реально они продолжают сохраняться, а обращения в суд по этому поводу чрезвычайно редки.

Несовпадение понятий «культура» и «общество», «право» и «закон» особенно очевидно на примере «периферийных» обществ, которые, как правило, заимствуют «передовые» культуры. Причем, как показывает опыт государств Африки, Латинской Америки и Азии (включая Россию), стремясь соответствовать «цивилизованному» стандарту, первоочередным образом заимствуются именно правовые системы. Однако на местной почве они наполняются новым общественным содержанием, обретая, таким образом, совершенно иные функции.

Например, анализ российской практики убеждает в том, что западное право, которое активно стало привлекаться политическими элитами государства, начиная с конца XVII в., всегда обретало здесь исключительно политическую функцию. Это в полной мере относится к России как советского времени, так и современной [32].

Советская реальность, может быть как никакая другая в мировой практике, отчетливо продемонстрировала, что, во-первых, «право» невозможно отменить даже при условии применения к нему самых жесточайших запретительных мер, во-вторых, что «закон» всегда будет мертв, если противоречит этому «праву», несмотря на принимаемые меры со стороны государства.

В советское время не только законодательно запрещались «вредные пережитки», но на борьбу с ними была мобилизована система образования и пропаганда «социалистической законности». Предпринимались даже меры по разрушению механизмов межпоколенной культурной трансмиссии, посредством физического устранения носителей традиций. На том же Кавказе, например, уже в 20-х годах была инициирована кампания против «стариковства». Во время же сталинских репрессий старики были объявлены паразитами. Их попросту ссылали «целыми эшелонами на Колыму, чтобы у себя на родине они не мешали строить новую жизнь» [33, с. 145–146]. Но, несмотря на весь комплекс, зачастую, беспрецедентных мер по борьбе с местной культурой, она не только не исчезла в течение известного периода, но, как продемонстрировала постсоветская действительность, обрела новое дыхание.

Особенно показательна в этом отношении ситуация опять же на Кавказе. Положение в этом регионе, благодаря усилиям в первую очередь М. Ковалевского, можно проследить на протяжении почти полутора веков. В частности, изучая семейное право, он собрал материалы по такому «пережитку родового строя», как институт умыкания невесты, который, по его мнению, повсеместно являлся «древнейшим способом установления брачного жития» [4, т. 1, с. 249]. Этот институт в советский период был объявлен «вредным пережитком», а практика похищения невест преследовалась по закону. Причем, как утверждалось коммунистической

идеологией, «пережитки» были побеждены «социалистической законностью» уже в конце 30-х годов.

Однако после распада СССР этот институт «чудесным образом» воскрес во многих районах постсоветского Кавказа, продемонстрировав широкие возможности адаптации культурных (этнических) обычноеправовых норм к коренным изменениям общественного контекста. Например, А.Б. Крылов, проводивший полевые исследования в Абхазии в конце 90-х годов, констатировал получившую там широкое распространение практику заключения браков путем умыкания невест. Причину этого он видит в обнищании населения этого региона: «Чаще всего такое похищение является формальным: жених заранее договаривается обо всем со своей избранницей. В этом случае семья жениха получает возможность избавиться от проведения разорительной свадьбы и может ограничиться «кампанией» — т.е. застольем для нескольких десятков близких родственников и друзей. После похищения невесты брак считается заключенным, свадьбу же можно сыграть через несколько лет — когда появятся деньги» [34, с. 48].

В этой связи приведу материалы из выступления Президента Ингушетии Р. Аушева, который в последнее время активно критиковал действующее законодательство за оторванность от жизни, ратуя за введение на территории республики обычноеправовых норм. В этом интервью, показанном по ТВ, он как раз коснулся и института похищения Невест. В частности, Р. Аушев ссылаясь на факт обращения к нему с жалобой молодого человека, который был привлечен к уголовной ответственности по обвинению в похищении человека. Этот парень, как следовало из слов Президента, совершил обряд похищения с полного согласия любимой девушки, правда без согласия ее родителей (прежде всего отца), которые, по-видимому, присмотрели ей другого, более престижного жениха. После этого девушка должна либо выйти замуж за похитителя, либо Принять вечный позор, который практически сводит на нет возможность вступления ее в брак с другим партнером в будущем (во всяком случае на территории Ингушетии). Разгневанный отец, планы которого по установлению родственных уз с избранным им человеком и его родом были таким образом разрушены, обратился в правоохранительные органы, так как по федеральным законам налицо был состав преступления. Поэтому юноша и апеллировал к верховной власти, ожидая от нее справедливого разрешения дела, понимая под справедливостью нормы, характерные для обычного права ингушей.

Этот случай Президент Ингушетии приводил, отстаивая свою идею о переподчинении судебной-правовой системы республиканской власти. В связи с рассказанным им жизненным эпизодом, он сетовал на то, что при существующем порядке вещей он ничем не может помочь молодому человеку. В его словах отчетливо отражался конфликт различных правовых культур. Кросс-культурный анализ обычноеправовых систем традиционных обществ со всей очевидностью показывает, что их члены видят источник права не в декларации прав человека или какой-либо другой высокой идее, а в верховной власти, ожидая от нее справедливого суда.

Несколькими днями позже, видимо развивая начатую тему, по тому же каналу ТВ было показано интервью с одним из прокуроров этого субъекта федерации, который озвучил впечатляющие цифры по совершаемым в республике подобного рода преступлениям в единицу времени. Интересны и комментарии наших политиков и политологов в связи с данной точкой зрения Президента Ингушетии. Часть из них обвиняла его в сепаратизме, что вполне логично, так как наша ментальность однозначно усматривает в борьбе за любые права исключительно политические мотивы (вспомним хотя бы арест П.П. Бородина в США, когда буквально единицы видели в этом не политическую акцию, а правовую).

Другие аналитики говорили об опасности разрушения «единого правового пространства», предполагая, по-видимому, будто оно определяется только написанными повсеместно одними и теми же законами. И никто не анализировал сложившуюся в регионе правовую ситуацию, в которой де факто сосуществуют различные правовые системы. Аналогично положение обстоит с институтом кровной мести. В том же интервью Р. Аушев коснулся и этого вопроса, утверждая, что осужденный российским судом за убийство не считается понесшим справедливое наказание по обычному праву. Этот рассказ почти зеркально воспроизводил описанный нами случай из дореволюционной судебной практики, когда человек, отбывший наказание за аналогичное преступление, обратился к судьбе с просьбой вновь отправить его в тюрьму.

О том как функционирует, казалось бы, исчезнувшая в советский период кровная месть, в других регионах Кавказа сообщают многочисленные источники [34; 35]. Иными словами, постсоветская реальность поставила множество теоретических и практических проблем, решение которых требует новых подходов, как в плане адекватного осмысления сложившихся реалий, так и в плане решения практических задач по реформированию судебно-правовой системы, осуществление которой стоит на повестке дня российского правительства. Представляется, что антропология права как раз и является той наукой, которая изначально была связана с обеими этими проблемами.

По-видимому не случайно, что в современной России вновь стремительно обретают популярность юридино-антропологические идеи. В последние годы в стране состоялось несколько симпозиумов, в том числе международных, по юридической антропологии, изданы их материалы [36]. В 1999 г. по этой же дисциплине прошла международная школа с участием российских и западных преподавателей — ведущих специалистов в данной области. Известный французский антрополог права Н. Рулан прочитал цикл показательных лекций на юридическом факультете МГУ и в Институте государства и права РАН, а его учебник «Юридическая антропология», переведенный на многие языки мира, в 1999 г. был издан на русском языке и остается пока единственным учебным пособием в нашей системе высшего образования. Причем в качестве переводчика выступил главный редактор нашего ведущего научного юридического журнала «Государство и право» А.И. Ковлер.

Сегодня и другие ведущие юристы России начинают высказываться в пользу юридической антропологии. В предисловии к учебнику Н. Рулана известный правовед, член-корреспондент РАН В.С. Нерсисянц признал наше отставание в области данной науки, ратуя за организацию подготовки у нас соответствующих специалистов: «Существенное значение в плане преодоления нашего отставания (от западной юриспруденции) в области юридической антропологии наряду с собственно юридико-антропологическими исследованиями имеет включение в систему нашего высшего юридического образования полноценного курса по юридической антропологии. Это важно как для повышения уровня и качества общеправовых знаний современного юриста, так и для формирования будущих специалистов в области юридической антропологии» [37, с. 3].

Однако, похоже, в своей массе юристы по прежнему остаются на нормативно-позитивистских позициях как в понимании самого феномена права, так и в отношении его к закону. Во всяком случае, опыт общения со многими из них, а также со студентами юридического факультета МГУ в рамках упомянутой выше международной школы, заставляет усомниться в том, что в преподавании собственно юридических дисциплин в наших вузах произошли существенные изменения. Во всяком случае, большинство студентов в своих докладах жестко отождествляло право и закон, видя их единственный источник в государстве. Насколько мне известно, курс «антропология права» по сей день отсутствует и в учебных планах юридического факультета СПбГУ. Собственно, и современная, государственная политика, провозгласившая установление «диктатуры закона», свидетельствует о том же.

В то же время отчетливо заметен интерес антропологов к данной дисциплине. Именно под эгидой Института антропологии и этнологии им. Миклухо-Маклая РАН в нашей стране прошли конференции и симпозиумы по юридической антропологии. В течение последних пяти лет данная дисциплина читается в качестве спецкурса на кафедре Культурной антропологии и этнической социологии С.-Петербургского государственного университета. Такое различие в отношении юристов и антропологов к дисциплине представляется вполне закономерным. Для последних всегда первичным было «дело». Иными словами, для антропологов включенное наблюдение является базовым научным методом, посредством которого они «добывают» необходимый им научный материал. Антропологи и в «застойные годы» прекрасно осознавали, постоянно пребывая среди народа, о существовании большой дистанции между писанным законодательством и теми правовыми представлениями, которыми руководствуются в своей жизнедеятельности представители изучаемого ими этноса.

Вспоминаются рассказы коллег по МАЭ РАН, которые, вернувшись из этнографической экспедиции по одной из азиатских республик СССР в конце 1970-х годов, рассказывали, как местный партийный функционер, сын которого вступал в брак, стремился под любым предлогом покинуть дом (отбыть в командировку, отпуск и т.д.), чтобы избежать партийной или даже уголовной ответственности на случай, если вышестоящим властям каким-либо образом станет известно об его «преступном пове-

дении», связанным с уплатой калыма.

Мне же, также во время аналогичной экспедиции на Кавказ в 80-м году довелось фиксировать бытование кровной мести, когда обряд замирения проводился (по сведениям полученным от информантов) представителем партийных органов республиканского уровня.

Иными словами, антропологи всегда ощущали сосуществование в изучаемом ими обществе нескольких правовых культур и наличие разрыва между ними, выражавшееся в реальном поведении людей, которое им доводилось наблюдать. Поэтому для них юридико-антропологические идеи не представляют фактической новизны, а являются, скорее, закономерным осмыслением процесса взаимодействия правовых культур в условиях новых социально-политических реальностей России. Юристы же изначально имеют дело со «словом», т.е. с текстами законов. Особенно это характерно для представителей юридической науки в «периферийных» обществах, где официальное право развивается за счет заимствования западноевропейских правовых норм. Заимствование осуществляется в силу их фактической фетишизации, сопровождающейся уверенностью в том, что «слово» выше «дела», т.е. перенесенный закон уже сам по себе способен преобразить реальную жизнь в направлении, предполагаемом законодателем. Отсюда извечное стремление российских политических элит к введению «хороших законов», которые, правда, большей частью никогда «не работали».

Из уверенности в том, что именно норма (закон) способна изменить реальное бытие проистекает и призыв «к диктатуре закона», а также стремление привести законодательство субъектов федерации к единому знаменателю. Одним словом, юристам, в силу известных причин, гораздо сложнее преодолеть барьер, отделяющий их от антропологии права, закономерно пришедшей сегодня к идеям правового плюрализма. Недаром один из основателей юридической социологии О. Эрлих (1862–1923) призывал юристов покинуть свои кабинеты и выйти на улицы для изучения «живого права», т.е. «всех видов правил поведения, которые ежеминутно создаются людьми в процессе их повседневного общения» [30, с. 286–287].

В этой связи блестящим примером для подражания является фигура замечательного юриста М.М. Ковалевского, который, как следует из его полевых наблюдений, прекрасно понимал, что государственные законы будут иметь силу только в том случае, если не вступят в противоречие с правовой культурой народа.

Литература

1. Бочаров В.В. Антропология права: юридические и антропологические аспекты // Человек и право: Материалы летней школы по юридической антропологии. М.: ИАЭ РАН, 1999.
2. Рулан Н. Юридическая антропология. М.: Норма, 1999.
3. Калоев Б.А. М.М. Ковалевский и его исследования горских народов. М.: Наука, 1978.
4. Ковалевский М.М. Современный обычай и древний закон. Обычное право осетин в историко-сравнительном освещении. В 2 т. СПб., 1886.
5. Ковалевский М.М. Московский университет в конце 70-х начале 80-х годов прошлого века. Личные воспоминания // Вестник Европы. 1910. Кн. 5.

6. Ковалевский М.М. Поклонение предкам у кавказских народов // Вестник всемирной истории, 1902. № 3.
7. Мэн Г. Древнее право. СПб., 1873.
8. Энгельс Ф. Введение к английскому изданию «Развития социализма от утопии к науке» // Маркс К., Энгельс Ф. Собрание сочинений. Т. 2. М.: Политгиздат, 1961.
9. Гиренко Н.М. Социология племени. Л.: Наука, 1991.
10. Ковалевский М.М. Закон и обычай на Кавказе. В 2 т. М., 1890.
11. Бочаров В.В. Власть. Традиции. Управление. М.: Наука, 1992.
12. Malinowski B. Crime and Custom in savage society. L.: Routledge and Kegan Paul, 1926.
13. Malinowski B. Practical Anthropology // Africa. 1929. Vol. 1. No 1.
14. Merry S.E. Legal Pluralism // Law and Society Review. 1988. Vol. 22. No 5.
15. Woodman G.R. Ideological combat and social observation: recent debate about legal pluralism. Colloquium «Urban normative fields in contemporary Africa». Leuven. 1995. May 26-27.
16. Бенда-Бекманн К. фон Правовой плюрализм // Человек и право. Материалы летней школы по юридической антропологии. М.: ИФЭ РАН, 1999.
17. Merry S.E. Anthropology, Law and Transnational Processes // Annual Review of Anthropology. 1992. Vol. 21.
18. Львова Э.С. Некоторые аспекты бытования обычного права у народов Тропической Африки // Homo Juridicus. М.: ИЭА РАН, 1997.
19. Кондрашова А.С. К проблеме соотношения общеправовых норм и официального законодательства на примере правового развития Кавказа (вторая половина XIX в.) // Обычное право и правовой плюрализм [Материалы XI международного конгресса по обычному праву и правовому плюрализму]. М.: МАЭ РАН, 1999.
20. Иваненко В. Разлад между уголовным законом и обычаем на Кавказе и его влияние на преступность // Русская мысль. 1904. № 6.
21. Мейер Д. Русское гражданское право. СПб., 1861.
22. Мрочек-Дроздовский П.Н. История русского права. М., 1892.
23. Загоскин Н.П. История права русского народа. Т. 1. Казань, 1899.
24. Ефименко А.Я. Исследования народной жизни. М. 1884. Вып. 1.
25. Сын Отечества. 1898. 12 дек.
26. Исторический обзор деятельности Комитета министров. Т. 3. Ч. 1. СПб. 1902.
27. Александров В.А. Обычное право крепостной деревни России. XVIII – начало XIX в. М.: Наука, 1982.
28. Власова И.В. Община и обычное право у русских крестьян Северного Приуралья XVII—XIX вв. // Русские: семейный и общественный быт. М.: Наука, 1989.
29. Синицина И.Е. Обычай и обычное право в современной Африке. М.: Наука, 1978.
30. Кудрявцев В.Н., Казимирчук В.П. Современная социология права. М.: Юридическая литература, 1995.
31. Туманов В. Вступительная статья // Карбонье Ж. Юридическая социология. М.: Юридическая литература, 1986.
32. Бочаров В.В. Правосознание и закон. От Африки к России // Манифестация. Учебно-методический журнал. СПб., 2001.
33. Разгон Л. Непридуманное. М., 1989.
34. Крылов А.Б. Постсоветская Абхазия. Традиции. Религия. Люди. М.: Институт востоковедения РАН, 2000.
35. Виноградова Е. Месть семьи страшнее, чем тюрьма // СПИД-ИНФО. 2000. № 8.
36. Homo Juridicus // Материалы конференции по юридической антропологии. М.: ИАЭ РАН, 1997.
37. Нерсесянц Н. Предисловие // Рулан Н. Юридическая антропология. М.: Норма, 1999.