DROIT POLITIQUE ET THEORIQUE

Anthropologie juridique

NORBERT ROULAND

PROFESSOR À LA FACULTE DE DROIT D'AIX-EN-PROVEKCE

PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

Н. Рулан
Юридическая антропология
Учебник для вузов

НОРБЕР РУЛАН

Юридическая антропология

УЧЕБНИК ДЛЯ ВУЗОВ

Ответственный редактор
и автор предисловия к русскому изданию
член-корреспондент РАН,
доктор юридических наук, профессор
В. С. Нерсесянц

Издательство НОРМА
Москва, 1999

ББК 67
Р 82

Книга подготовлена
в Институте государства и права
Российской академии наук

Перевод с французского
под общей редакцией профессора **А. И. Ковлера**

Коллектив переводчиков:
Л.П.Данченко,А.И.Ковлер,
Т. М. Пиняльвер, О. Э. Залогина

Рулан Н. Юридическая антропология. Учебник для вузов. **р** «л Перевод с франц. Ответственный редактор — член-корр. РАН, доктор юридических наук, профессор **В. С. Нерсесянц.** — М.: Издательство НОРМА, 1999. — 310 с.

Настоящий учебник представляет собой перевод (с небольшими сокращениями) с французского оригинала (Париж, 1988), уже переведенного на многие европейские языки. Его автор Норбер Рулан — известный французский ученый-юрист, основатель Французской ассоциации юридической антропологии, всемирно признанный специалист в данной области науки.

Учебник содержит систематическое изложение основных проблем юридической антропологии. Общетеоретические положения данной дисциплины опираются в книге на результаты конкретных юридико-антропологических исследований правовых систем различных обществ (архаических, традиционных, современных). Подробно освещены история формирования и развития юридической антропологии, юридико-антропологические характеристики различных народов и обществ прошлого и современности, место и значение юридической антропологии в процессе изучения и совершенствования права и государства в современном мире.

Для студентов, аспирантов, преподавателей юридических и других гуманитарных вузов, а также для читателей, интересующихся вопросами культурологии, антропологии и этнологии.

Издание осуществлено в рамках программы "Пушкин"
при поддержке МИД Франции
и Посольства Франции в России

© Presses Universitaires
de France, 1988
© Коллектив переводчиков, 1998
© В. С. Нерсесянц — предисловие, 1998
© Издательство НОРМА, 1998

ISBN 5-89123-303-7 (НОРМА)

Содержание

В. С. Нерсесянц.
Юридическая антропология как наука
и учебная дисциплина 1

Введение **7**

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.
РАЗМЫШЛЕНИЯ О ПОДМЕНЕ ПОНЯТИЙ: ВИДЕНЬЕ ЗАПАДА **13**

Глава I. Развитие представлений о реальном **14**

Раздел 1. Антропология и колонизация 14

Раздел 2. Этноцентризм, расизм
и самобытность 20

Глава II. Эволюция проблематики юридической антропологии **24**

Раздел 1. Основатели юридической
антропологии 24

Раздел 2. Теоретические основания
юридической антропологии 31

§ 1. Изменения права: эволюционизм 31

§ 2. Идентификация права: нормативный
и процессуальный анализ 43

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.
МЫСЛИ О МНОГООБРАЗИИ: ЮРИДИЧЕСКАЯ АНТРОПОЛОГИЯ ТРАДИЦИОННЫХ ОБЩЕСТВ **51**

Глава I. Традиционная юридическая система **52**

Раздел 1. Идеальный юридический порядок 52

§ 1. Африканское виденье мира и общества 52

§ 2. Источники африканского права 55

Раздел 2. Пережитый юридический порядок 60

§ 1. Сочетание тройного господства и трех фундаментальных отношений 60

§ 2. Характеристики пережитого права 62

Раздел 3. Устное право и общинная модель 69

§ 1. Устное право 69

§ 2. Общинная модель 71

Глава II. Основные юридические отношения **75**

Раздел 1. Родственные отношения 75

§ 1. Рождение семьи 76

§ 2. Системы родства 77

§ 3. Супружеская семья 108

Раздел 2. Земельные отношения 115

§ 1. Расхождение между современным и традиционным правовым мышлением 115

§ 2. Функционирование земельных систем и земельных отношений в некоторых обществах Черной Африки 122

§ 3. Земельное управление 125

Раздел 3. Договорные отношения 127

§ 1. Общественное положение и договор: теоретическая эволюция 127

§ 2. Договорные отношения в традиционных обществах 129

Глава III. Урегулирование конфликтов 144

Раздел 1. Войны в традиционных обществах 144

Раздел 2. Общество и насилие 149

§ 1. Уроки из жизни сообществ животных 149

§ 2. Насилие в человеческом обществе 152

Раздел 3. Способы разрешения конфликтов 160

§ 1. Типологии процедур урегулирования конфликтов 160

§ 2. Типологии доказательств 164

§ 3. Выход из конфликтов 168

Раздел 4. Система возмездия и уголовная система 170

§ 1. Система возмездия 173

§ 2. Наказание и месть: синхронический подход 179

Глава IV. Результаты влияния одних культурно-правовых систем на другие 184

Раздел 1. Общая теория движения права 185

Раздел 2. Правовая колонизация в Черной Африке 192

§ 1. Сосуществование между различными правовыми системами в колониальную эпоху 193

§ 2. Механизмы внедрения европейского права 198

§ 3. Сомнения и повороты в постколониальный период: от кодификаций до «возврата к истокам» 201

Раздел 3. Сопротивление правовой аккультурации в Черной Африке 211

§ 1. Политическая организация 212

§ 2. Отношения в сфере частного права 213

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ. ЮРИДИЧЕСКАЯ АНТРОПОЛОГИЯ СОВРЕМЕННОГО ЗАПАДНОГО ПОЗИТИВНОГО ПРАВА 230

Глава I. Сравнение традиционных и современных систем права **231**

Раздел 1. Первые шаги: от эволюционизма к этнологии Европы 231

Раздел 2. Неокультуралистская теория М. Аллио.... 234

Глава II. Юридическая антропология позитивного права 242

Раздел 1. Мифы позитивного права 242

Раздел 2. Мутации семьи и ее устойчивость 249

§ 1. Критика эволюционизма 250

§ 2. Комплексные системы родства в современных обществах: брачные союзы и запрет инцеста 252

§ 3. Природа и отношения родства: антропологический взгляд на нетрадиционные способы зачатия 257

§ 4. Устойчивость семьи 263

Раздел 3. Категория договора и категория принуждения в способах урегулирования конфликтов в современном обществе 269

§ 1. Область вмешательства государства в урегулирование конфликтов 270

§ 2. Интерпретативные теории множественности нормативных категорий урегулирования конфликтов 274

§ 3. «Неформальная юстиция» в США 281

§ 4. Лик Януса судебной системы в современной Франции 284

ОБЩЕЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ. ЮРИДИЧЕСКАЯ АНТРОПОЛОГИЯ И МЕТАФИЗИКА 296

Юридическая антропология как наука и учебная дисциплина

Выход в свет на русском языке учебника по юридической антропологии известного французского профессора Норбера Рулана[1] — событие знаменательное, наглядно свидетельствующее об определенных позитивных сдвигах также и в этой сфере нашей юридической науки и вузовского образования.

Юридическая антропология — наука о человеке как социальном существе в его правовых проявлениях, измерениях, характеристиках. Она изучает правовые формы общественной жизни людей от древности до наших дней.

В предметную область данной юридической дисциплины входят правовые системы и в целом весь комплекс правовых явлений (все правовые формы в широком смысле этого слова — правовые нормы, отношения, идеи и представления, институты, процедуры, способы регуляции поведения, защиты порядка, разрешения конфликтов и т. д.), которые складываются в различных сообществах (первобытных, традиционных, современных), у разных этносов (народов, наций), в разные эпохи и в разных регионах мира. В поле исследовательского внимания и интереса этой юридической науки и учебной дисциплины, таким образом, находится все правовое многообразие и богатство человечества (и составляющих его этнических групп, народов, наций) в его становлении и развитии, в его реальном социально-историческом бытии.

Юридическая антропология возникла на стыке юриспруденции с целым рядом других гуманитарных дисциплин и прежде всего — с социальной антропологией, этнологией, социологией, культурологией, историей, философией (особенно — философией истории). Из юридических дисциплин заметное влияние на ее становление оказали история права (особенно история древнего права) и сравнительное правоведение.

Если в период своего возникновения и становления юридическая антропология свое основное внимание уделяла правовым ас-

[1] *Rouland Norbert.* Anthropologie juridique. Paris, Presses Universitaires de France, 1988.

пектам «экзотических» (архаических, традиционных, неевропейских) обществ, то постепенно в предмет ее изучения включались и правовые системы современного общества. Вместе с тем шел процесс оформления и утверждения юридической антропологии как отдельной самостоятельной научной и учебной дисциплины в общих рамках юриспруденции.

В системе юридических наук и юридического образования юридическая антропология (в ее развитом виде в качестве научной и учебной дисциплины) занимает свое особое и самостоятельное место в ряду таких общенаучных юридических дисциплин, как теория права и государства, философия права, социология права, психология права, история права, государства и правовых учений, сравнительное правоведение, юридическая политология и др.

Юридическая антропология обладает значительным эвристическим потенциалом. Она заметно расширяет и обогащает диапазон, арсенал, приемы и методы научно-правовых исследований, объем и содержание юридических знаний. Речь, в конечном счете, идет о новых подходах к праву и об изучении новых аспектов (граней, проявлений, «образов») права, об углублении, конкретизации и развитии наших совокупных знаний о праве как специфическом социальном явлении, играющем существенную роль в организации и функционировании общественной жизни людей в разнообразных условиях и на различных этапах истории человечества.

Процессы становления юридической антропологии в качестве самостоятельной науки протекали во II половине XIX —XX в. в русле общего развития и модернизации юриспруденции прежде всего в таких странах, как Англия, Германия, Франция и Италия. Данное обстоятельство в заметной мере было обусловлено и стимулировалось реалиями колониальной политики и устремлений этих стран и сопутствующими потребностями и возможностями практического изучения и теоретического осмысления правовых форм жизни в колонизованных странах, регионах, обществах.

Значительных результатов — на пути к юридической антропологии— достигла и отечественная (дореволюционная и послереволюционная) наука, в частности, в таких направлениях, как социальная антропология, этнология, социология, история древнего права, сравнительное правоведение и в целом изучение традиционных и современных обществ, включая их право, правовые формы их жизни. Дальнейшему плодотворному развитию юридико-антропологических исследований и утверждению юридической антропологии в качестве научной и учебной дисциплины в советское время препятствовали идеология и практика тоталитарного строя, негативное отношение к антропологии в целом, включая социальную и юридическую антропологию, а также господствовавшие коммунистические классово-партийные представления о праве, подмена права силовыми нормами произвольного закона (действующего законодательства, «позитивного права»).

Предисловие

В современных условиях постсоциалистических преобразований и движения страны к утверждению начал права, гражданского общества и правового государства открываются реальные возможности для формирования и развития отечественной юридической антропологии.

Особая актуальность юридико-антропологических исследований (включающих в себя изучение и сравнительный анализ правовых систем различных этносов и обществ) обусловлена для нас, помимо чисто познавательной стороны дела, радикальной переоценкой ценностей, ориентацией на стандарты и ценности мирового сообщества народов, новыми позициями постсоветской России как суверенного государства в современном быстро изменяющемся мире. Существенный вклад юридическая антропология может внести и в плане более глубокого изучения и лучшего понимания правовых аспектов межэтнических и межгосударственных отношений, специфики складывающихся правовых форм организации жизни различных обществ и государств на территории бывшего СССР и в современной Российской Федерации (с учетом многонационального состава ее населения, федеративного устройства, конфессиональных различий, разнообразия духовных, культурных и правовых традиций и т. д.). Одним из важных направлений формирующейся российской школы юридической антропологии, несомненно, станет разработка проблем, связанных со старыми и новыми дилеммами «Восток—Запад», «славянофилы—западники», «патриоты—реформаторы-западники» и т. д., поиски надлежащей концепции современного синтеза самобытных российских традиций и общецивилизационных достижений западных обществ в сфере идей и практики прав и свобод человека, конституционализма, господства права, гражданского общества, правовой государственности и т. д.

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.

Приятно отметить, что начало в этом деле уже положено. Так, профессор А.И. Ковлер (кстати, руководитель группы переводчиков данной работы) уже читает спецкурс лекций по юридической антропологии для студентов Академического правового университета при Институте государства и права РАН.

Разумеется, серьезная работа в сфере юридико-антропологических исследований нуждается в налаживании прочных междисциплинарных связей, в координации усилий юристов и представителей многих других смежных наук. Заметную плодотворную роль в

этом отношении сыграло бы преподавание курса юридической антропологии (в том или ином объеме и виде) также и в ряде неюридических гуманитарных вузов философского, исторического, социологического, психологического, политологического, культурологического профиля. Это обогатит данные гуманитарные дисциплины не только специальными юридическими знаниями, но и широким комплексом современных гуманитарных правовых идей, концепций, ценностей. Ведь юридическая антропология, судя по положению дел в гуманитарных науках на Западе, является одной из наиболее содержательно богатых, практически значимых, развитых в теоретическом и эмпирическом отношении наук, разрабатывающих разные аспекты и направления современных социально-антропологических и общегуманитарных исследований. Междисциплинарное значение юридической антропологии обусловлено, в конечном счете, тем, что в ней — под углом зрения изучения такого четко определенного объекта и одновременно такого фундаментального явления, как право (а вместе с ним также государства, политики, управления и т. д.), — сконцентрированы все существенные достижения и «работоспособные» идеи и концепции социальной антропологии, этнологии, социологии, культурологии и ряда других гуманитарных наук.

Таким высоким стандартам современной юридической антропологии в полной мере отвечает и настоящий учебник. Изданный на французском языке в 1988 г. в качестве учебника для студентов юридического профиля, он вскоре был переведен на английский, немецкий, итальянский и испанский языки.

Норбер Рулан — известный французский юрист и антрополог. Он является профессором в Университете Экс-Марсель III (Университет в г. Экс-ан-Прованс и г. Марселе, Франция); он читает курс лекций по юридической антропологии также в университетах Парижа и Бордо.

Профессор Рулан — всемирно признанный специалист в области юридической антропологии, изучения прав этнических меньшинств и автохтонных народов, разрешения конфликтов. Поданной проблематике им, помимо предлагаемой вниманию читателей «Юридической антропологии», опубликовано много других значительных работ, в том числе «Римские рабы во время войн» (1977), «Эскимосы Нового Квебека» (1978), «Право собственности эскимосов и его интеграция в восточные юридические системы» (1978), «Юридические способы разрешения конфликтов среди эскимосов» (1979), «Рим: демократия не возможна?» (1981), «Этатистское право, традиционное право и политика ассимиляции в современной Арктике» (1985), «Месть, санкция и эволюция: антропологический подход» (1990), «У истоков права. Юридическая антропология в наше время» (1991) и др.

Созданная Руланом и многие годы руководимая им Французская ассоциация юридической антропологии объединяет исследо-

вательские усилия в данной области ученых из разных стран и регионов мира. Он является консультантом ЮНЕСКО по вопросам социальной и юридической антропологии, членом Совета Французского общества политико-правовой философии, ряда других научных обществ.

Свои теоретические изыскания Рулан сочетает с полевыми исследованиями. Так, на протяжении десятилетий он изучает жизнь, быт, право инуитов (эскимосов Северной Канады).

Труды Рулана, получившие заслуженное признание в мире, отличаются, по общему мнению специалистов, как уникальным материалом, собранным автором и другими учеными в ходе этнографических экспедиций, так и высоким теоретическим уровнем исследования фундаментальных проблем юридической антропологии. Специалисты отмечают и прекрасный литературный язык его книг, которыми интересуются не только студенты и ученые, но и массовый читатель. Кстати говоря, Рулан является автором и ряда художественных произведений, в числе которых «Лавры и пепел» (1984), «Солнца варваров» (1987), получивших хорошие отклики читателей и прессы.

Здесь следует также особо отметить усилия профессора Рулана, направленные на развитие юридической антропологии в нашей стране. Он многое сделал в плане ознакомления представителей нашей юридической науки с современным состоянием в области изучения и преподавания юридической антропологии во Франции и других западных странах, привлечения наших ученых к работе международных форумов по данной проблематике. Кроме того, он прочитал цикл лекций по юридической антропологии во Французском колледже при МГУ, провел ряд бесед и консультаций по этим вопросам в Институте государства и права РАН.

Значительную роль в распространении идей юридической антропологии, несомненно, сыграет и это русское издание его учебника «Юридическая антропология»[1]. Выбор данной работы в качестве учебника для наших вузов — пока, к сожалению, отсутствуют отечественные — обусловлен тем, что в ней высокая наука удачно сочетается с простотой и доходчивостью изложения учебного материала.

Существенное достоинство учебника Рулана состоит также в том, что в нем с надлежащей полнотой представлены такие необходимые компоненты юридической антропологии, как общетеоретические положения и практический материал (полевые данные юридико-антропологического профиля). В этом же плане следует отметить и другое несомненное достоинство рекомендуемого учебника: хорошо сбалансированное внимание, уделяемое автором освещению правовых форм различных типов обществ (архаических, традиционных и современ-

[1] В настоящее русское издание работы не вошли некоторые ее части (библиография, обзор литературы и т. д.).

ных). Большой интерес при этом — с точки зрения и общей теории правопонимания, и практики действия права — представляют юридико-антропологические «портреты» не только «экзотических», но и современных западных обществ, о которых читатель узнает неожиданно много нового.

В вопросах теоретико-методологического характера автор учебника весьма последовательно придерживается взвешенной позиции, отвергающей крайности прямолинейного эволюционизма и архаического традиционализма. С этих позиций он критикует идеи «евроцентризма» и нигилистическое отношение к правовым ценностям и традициям неевропейских этносов и обществ. Его юридико-антропологическая интерпретация многообразия правовых систем пронизана идеями гуманизма и защиты прав всех народов мира на самостоятельное развитие.

Учебник отличается хорошо продуманной структурой изложения материала. Введение знакомит читателя с основными целями и задачами юридической антропологии как научной и учебной дисциплины. В трех основных частях учебника подробно освещаются: история становления юридической антропологии и ее предметная специфика (ч. I); юридико-антропологические характеристики традиционных обществ (ч. II) и юридическая антропология современного западного позитивного права (ч. III). В заключении автор, резюмируя итоги работы, оценивает идеи юридической антропологии с позиций высокой метафизики, в контексте философских размышлений о «последних вопросах» — о смысле Истории, о Добре и Зле, о Жизни и Смерти человека.

В целом юридическая антропология в освещении профессора Рулана предстает как поучительное и увлекательное путешествие в новые измерения мира права, в новые миры правового космоса. Юридико-антропологическая трактовка многообразия права в его реальных социально-исторических проявлениях демонстрирует подлинную ценность каждого из этих уникальных «образов» права и всего права в целом.

В. С. Нерсесянц,
член-корреспондент РАН,
доктор юридических наук,
профессор

Введение

«Каждый склонен называть варварством то, что непривычно».

Монтень

Самые дальние путешествия — это путешествия в свой внутренний мир. От песков Сахеля до девственных пространств Арктики антропология без конца обращается к самой себе как бы со стороны. Ибо антропологи изучает не только общества, отличные от нашего. Она, подобно схлынувшей волне, обращается к самоанализу наблюдателя и его общества. Универсальность ее подхода определяют два замысла. С одной стороны — изучение человека в его целостности, в архитектуре его тела *(биологическая антропология,* которая соотносит во времени и в пространстве разновидности биологических характеристик человека); с другой — изучение условий жизни человека в обществе, форм использования им своего интеллекта и своей эмоциональности *(социальная и культурная антропология).*

Медленные процессы очеловечивания привели к формированию первичного опыта социальной жизни, на основе которого наши предки строили модели поведения и создавали средства, позволяющие соблюдать эти установки. За исключением смутных и неопределенных отголосков о жизни доисторических людей, а также извлеченных историками первобытности останков этих людей, мы вынуждены довольствоваться ничтожно малым в знании о временах, когда человечество «изобретало» общество. Если *юридическая антропология* и находит фактологические источники в биологических мутациях, которые сформировали человеческое существо, она может использовать лишь завершенные проявления культурной жизни, генезис которой за неимением доступных документальных подтверждений скрыт от нее. Она избирает *предметом своего изучения* речевой строй, жизненные навыки и формы представительства, которые каждое общество считает основополагающими для своего функционирования и воспроизводства.

Очерчивая себе это первое ограничение и таким способом конкретизируя свой предмет, юридическая антропология тем не менее не суживает своего исследовательского поля, поскольку ее

определение подчиняется второму императиву, который характеризует антропологию: изучать человека во всем его многообразии, во всех его хронологических, географических измерениях, во всех типах общностей.

По традиции общества прошлого изучает история; социология и этнология изучают общества настоящего, подразделяемые на современные и традиционные общества. Эти перегородки не исчезли и по сей день, но они беспрерывно теряют свою исключительность. Размах и глубина задачи исследователя делают это необходимым.

Нам известен почти десяток тысяч различных правовых систем. Даже если мы располагаем относительно точными сведениями лишь о нескольких сотнях из них, первым впечатлением остается чрезмерное разнообразие этих систем. Человеческое существо отмечено культурным разнообразием, поскольку *чтобы выковать свою сущность, человек должен творить различие*. Человек существует только в отношении к другим, расположенным на непрерывной линии, идущей от схожего к различному. Перед лицом такого многообразия социальных и правовых систем антропология развертывает усилия по их классификации, перед тем как предпринять сравнительное исследование. Что же касается природы и конечной цели сравнительной систематизации, здесь существуют различные подходы и школы.

Культуралисты делают акцент на особый характер системы ценностей, свойственной каждой группе, структуралисты стремятся определить закономерности, вытекающие из культурной вариантности. Независимо от того, одномерность или многомерность скрывается за разнообразием явлений, социальная антропология обладает обобщающим свойством, даже если на сегодняшний день программа ее исследований далеко не исчерпана: по своей сути она не отдает исключительного предпочтения никакому обществу, современному или прошлому, индустриальному или «экзотическому».

Однако по причинам исторического характера, в основном обусловленным колонизацией, а также в связи с проделанным О. Контом разделением между социологией и этнологией, антропология избрала изначально своим предметом исследования обществ, отличных от западных. Этнографические исследования и теоретические конструкции, построенные на основе этих исследований, касаются главным образом так называемых «традиционных» обществ. Лишь в последнее время западные общества стали предметом антропологических исследований. По этой причине основная часть данной работы посвящена юридической антропологии традиционных обществ, однако за этой частью следует более краткая часть,

посвященная юридической антропологии современных обществ, где мы сравниваем первые со вторыми.

Выйдя из недр социальной антропологии, юридическая антропология имеет тем не менее отличительные черты. Как и социальная антропология, она имеет своей целью понять правила поведения в различных обществах, но отдает предпочтение юридическому аспекту, заявляя при этом о невозможности изолировать право как таковое, поскольку оно является лишь одним из элементов общей культурной и социальной системы, свойственной любому обществу и различным образом воспринимаемой и реализуемой каждой из подгрупп общества.

Во второй половине XIX в., когда создавались основы современной антропологии, право и антропология, казалось, продвигаются в ногу друг с другом: почти все выдающиеся антропологи были юристами либо получили юридическое образование. Но это многообещающее начало не получило дальнейшего развития и сошло на нет: юридическая антропология развивалась почти незаметно. Ответственность за это несут в основном юристы с их привычками. Отметим прежде всего, что им было трудно определить предмет своей собственной науки. Уже Кант писал, что юристы все еще ищут свое определение понятия права. Эти усилия никогда не прекращались. Классические определения, — а их надо бы дать студентам, — отводят решающее значение государственной санкции, в общих чертах совместимой в моральном плане с поиском справедливости. Эти определения не являются ошибочными, но страдают большим недостатком. Определять право через наказание означает то же самое, что определять здоровье через болезнь. Что же касается справедливости, ее понятие приобрело сбивающую с толку расплывчатость в зависимости от общества, в котором оно имеет хождение: существовало ведь нацистское право, сталинское право, которые тоже покоились на принципах, «справедливых» для законодателей, но которые не имели почти ничего общего с принципами демократии. Кроме того, эти определения приводили обычно к типичной позиции западного юридического этноцентризма: идентификация права с государством.

Исходя из таких позиций наука о праве развивалась, оставляя в стороне общества, именуемые некогда «примитивными», «варварскими» или «дикими». Коль скоро юристам затруднительно определить право их собственного общества, можно легко представить, что им подавно невозможно дать такое определение в отношении обществ, столь отличных от их собственного, — разве что по принципу отрицания. Существование государства дает в их распоряжение солидное алиби, превращая их незнание в предрассудок: право могло появиться и развиваться только с государст-

2. Заказ № 1S37.

вом, после чего, как утверждали самые смелые из них, и государство, и право исчезнут с лика земли, создав аналогию с идиллическим Золотым веком, когда не было ни права, ни принуждения. Силлогизм идентификации права с государством отбрасывал в потемки первобытности, или, по необходимости, в эпоху предправа, к «безгосударственным» обществам.

Кроме того, что право может, как мы убедимся ниже, обходиться без государства, само понятие государства тоже слишком расплывчато, чтобы стать основанием для столь важного эпистемологического различия. Современная политическая антропология достаточно часто доказывает, что вместо различия «государственных» и «безгосударственных» обществ гораздо оправданнее изучать широкий спектр — от сегментарных обществ, чья регуляция основана на более или менее устойчивом равновесии между составляющими его группами, до современных обществ, обладающих специализированным и централизованным управленческим аппаратом.

Наконец, нельзя обойти молчанием другой фактор — консерватизм юристов, о чем часто говорят с осуждением. У этого консерватизма, несомненно, есть свои социологические и исторические корни, но он происходит также от ряда культурных факторов: почтительное отношение к государству, предпочтение порядка и безопасности конфликту, рассматриваемому как патология, — все это привело многих юристов к двойному идеализму. Прежде всего, это идеализация нормы: общество, не имеющее четко составленного свода норм, не имеет, по их мнению, права. А ведь благодаря анализу таких авторов, как М. Аллио и Э. Ле Руа, мы знаем теперь, что многие традиционные общества подчиняются не столько фиксированным нормам, сколько моделям поведения, наказание за нарушение которых не является автоматическим. Однако эти общества никак нельзя назвать анархическими. Другая идеализация — это «блестящая изоляция» права, сводящая его к чистой технике: право издавна преподается как свод норм, несущих в самих себе смысл и способ эволюции.

Открытость права в отношении антропологии позволила бы ему обрести немного скромности, хотя бы потому, что побудила бы добывать исходный материал в полевых исследованиях. Начиная с Б. Малиновского (1884—1942) антропология развивается не только в успокоительной тиши библиотек: антрополог должен на время погружаться в общество, которое он наблюдает. О юристах этого не скажешь: всем известно, насколько оторваны друг от друга теоретики и практики. Но ведь ни практика, ни теория, взятые отдельно, недостаточны для построения реальности. Если бы юристы более конкретно исследовали свое собственное общество, они,

несомненно, лучше поняли бы, что правовые явления бесконечно богаче тех представлений, к которым они слишком часто сводят свое знание.

Однако времена меняются. Среди юристов уверенность понемногу вытесняется сомнениями, и они обращают взор на правовые дисциплины, некогда считавшиеся «вспомогательными» (термин, который на практике часто бывает синонимом «бесполезного») или почти неизвестными. Юридическая антропология принадлежит к последним. Это изменение пока еще слишком недавнее, чтобы можно было предсказать его будущее. Его же происхождение, в любом случае, более зримо: кризис этатистских идеологий, обеспокоенность юристов количественным ростом производства норм и соответственно их быстрым изменением, падение значения письменного слова в наших новых информационных системах.

Возможно, в XXI в. история антропологии и история права сблизятся. Но сегодня юридическая антропология своим теоретическим развитием больше обязана социальной антропологии, чем праву, разрабатываемому юристами, поэтому в первой части работы мы считаем более чем необходимым рассмотреть эту проблему в ее развитии.

Наша работа, таким образом, делится на три части: рассмотрение меняющегося состояния западной юридической антропологии; исследование основных правовых механизмов традиционных обществ так, как нам их описывает юридическая антропология; первые попытки создания общей юридической антропологии с учетом опыта изучения как традиционных, так и современных обществ.

Делая такую заявку, автор осознает, что в рамках данной работы он лишь частично может сдержать свои обещания. В работе в действительности неизбежны свои пределы.

Первый связан с тем, что данная работа не является трактатом для специалистов, поэтому многие специалисты останутся не до конца удовлетворенными.

Второй — педагогического свойства: данная работа предназначена прежде всего для студентов юридического профиля, поэтому можно заранее предвидеть, что очень немногие из них ранее изучали антропологию, поэтому были необходимы упрощения, которыми, надеюсь, мы не злоупотребили.

Последний — научного характера, и касается он географической локализации обществ, о которых чаще всего идет речь. Термин «традиционные общества», значение которого мы поясним ниже, является понятием, которое позволяет объединить многочисленные общества во времени и пространстве. Наш выбор пал

на общества Черной Африки[1] и инуитов (часто именуемых эскимосами). Многие другие общества в Северной Африке, Азии, в частности в Индонезии, могли бы в равной степени быть упомянутыми в нашей работе, ибо были исследованы специалистами по юридической антропологии. Но сложилось так, что исторически именно Черной Африке было посвящено много работ, и она продолжает оставаться основным полем исследования многих авторов. Инуиты же, народ охотников и собирателей, стали предметом наших собственных исследований на протяжении десятилетия, и поэтому в этой области автор может считать себя более компетентным.

Вынужденный налагать определенные ограничения на выбор географии исследования, автор пошел на такие же ограничения с точки зрения удовлетворения читательского интереса. Юридическая антропология часто ставит вопросы, на которые сейчас нет окончательного ответа. Но любая наука развивается, стимулируемая собственными сомнениями. Именно поэтому, не ограничивая юридическую антропологию изучением давно ушедших обществ или обществ, уходящих в глубь истории, мы считаем, что у этой науки есть будущее, которое данная работа стремится предугадать.

Наконец, хотелось бы поблагодарить тех, кто читал работу в рукописи и дал ценные советы. Это прежде всего относится к Ж. Карбонье.

[1] Имеется в виду Тропическая Африка *(прим. перев.)*

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ
РАЗМЫШЛЕНИЯ О ПОДМЕНЕ ПОНЯТИЙ: ВИДЕНЬЕ ЗАПАДА

Юридическая антропология во многом зависит от эволюции взглядов западного наблюдателя на общества, отличные от своего собственного. Проблема подмены понятий — и трудности осознать ее в развитии теоретических взглядов — является, таким образом, определяющей. Ее признание означает, что прежде всего должны быть выработаны критерии представлений о реальном, которые ориентируют интеллектуальную деятельность человека по анализу внешнего мира, воспринимаемого как объективная данность, обладающая внутри себя собственной внутренней системой связей. Такая позиция кажется нам вполне «естественной», но стала таковой относительно недавно и поэтому остается неустойчивой. Колониальные инициативы Запада, эта своего рода материальная база антропологии, основывались именно на этой установке. С тех пор юридическая антропология смогла утвердиться и выработать ряд теоретических посылок, на основе которых ей удалось более четко сформулировать свои основные концепции и методологию. Мы рассмотрим все эти проблемы в следующих четырех главах.

Глава I
Развитие представлений о реальном

Точность воспроизведения — еще не истина.
А. Матисс

Юридическая антропология в начале своего развития взяла за объект исследования отдаленные общества, что предполагало установление с ними материальных контактов. Чаще всего эти контакты устанавливались в ходе колонизации, что сыграло важную роль в генезисе дисциплины.

Раздел 1. Антропология и колонизация

Мифы западной антропологии. Желая найти свидетельства интереса неевропейских обществ к Западу или к другим, отличным от них, обществам, мы обнаружим, что с нашей стороны антропология как научное познание является запоздалым созданием западной культуры. Территориальная экспансия, чаще всего реализуемая в форме колонизации, была одновременно и благом, и злом для западной антропологии. Благом, поскольку для Запада это была возможность ощутимо констатировать существование культурных различий. Злом, потому что процесс колонизации, предполагающий подчинение колонизуемого колонизатору, ставит на первое место неравенство соотношения сил, что создает такое же культурное неравенство. И это несправедливое неравенство, сквозь призму которого выражались различные варианты западного этноцентризма, на целые столетия задержало развитие антропологии. Незнание Другого выразилось еще в одной крайности — в мифе о Добром Дикаре, уходящем в глубь античности. Западу пришлось долго колебаться между этими двумя мифами.

Понятие варварства в классической античности. Определение варвара («барбарофона») было дано Гомером в отношении кариян[1], сражавшихся на стороне греков. Варваром вначале был тот, кто говорил по-другому, но не обязательно иностранец или

[1] Карияне — жители Карий, области на юго-западе Малой Азии *(прим. пврев.)*.

незнакомец. Для греков варвары — это те, кто ведет себя нерационально и несдержанно, живет далеко от мест, где расцвела единственно подлинная цивилизация, а именно их цивилизация. Только софисты воспринимали греков и варваров как две схожие и равные составляющие единого человеческого рода. Для большинства же варвар — это иностранец, чужой, другой, хотя и не обязательно враг. Кроме того — и именно это существенно отличает античный этноцентризм от современного расизма — понятие варварства касалось прежде всего культуры: варвар вполне мог вступить в лоно цивилизации, если отказывался от собственных ценностей в пользу ценностей греков. В целом проявление ксенофобии ограничивалось случаями, когда правящие группы усматривали угрозу себе в конкуренции со стороны некоторых этнических меньшинств (евреи в Александрии).

Действительно, суждения о варваре главным образом зависели от исторических условий, в которых развивались эти контакты: в Греции лишь со времен греко-персидских войн варвар стал отождествляться с врагом. В Риме возобладала подобная же позиция. За исключением отдельных исторических моментов, Рим проявлял больше терпимости, чем более поздние колонизаторы: расизм, основанный на биологических критериях и на внешних физических данных, неведом им; в римском пантеоне занимали свое место «иностранные» боги; вместо того, чтобы насаждать латынь, Рим изучает греческий язык; довольно скоро императорами становятся не только италийцы, но прежде всего представители покоренных народов; статус захваченных территорий весьма различный, но оставляет за их населением довольно большую степень автономии, включая область частного права.

Неоднократно и в Греции, и в Риме мы встречаем миф о добром дикаре. Некоторые греческие авторы пишут о неграх внутренней Африки как о самых древних и самых красивых народах, пишут о том, что они изобрели искусство, религию и письменность; в Илиаде (1, 423) именно к ним отправляются Зевс и другие боги на пиршества[1]. Тацит в «Германии» (1 в. н. э.) много раз противопоставляет добродетели варваров падению нравов среди римлян; четыре века спустя марсельский священник Сальвиан напишет то же самое.

Конечно, мы имеем дело с неким приемом, когда такое описание варваров служит целям критики того общества, в котором живет наблюдатель. Но сами методы колонизации выдают все же различия между варварами и цивилизацией, носителями которой выступали древние, а также разницу в обхождении с покоренными народами. Когда греки имели дело с народами, считавшимися

[1] «Зевс громовержец вчера к отдаленным водам океана с сонмом бессмертных на пир к эфиопам отошел непорочным» *(цит. перев.)*.

примитивными, они чаще всего захватывали их силой; напротив, в других случаях они заключали договоры. Так же и римляне обычно проявляли уважение к местным правам и институтам в провинциях с древней цивилизацией (Египет, Малая Азия), тогда как их влияние было гораздо сильнее в тех провинциях, в которых до их покорения городская жизнь была слабо выражена или вовсе отсутствовала (Африка, дунайские провинции).

Античные люди, таким образом, не были расистами, редко — ксенофобами. (В Афинах метеки были лишены некоторых гражданских и политических прав, но нельзя говорить о враждебности к ним полноправных граждан.) Тем не менее, если философия и право получили там известное всем развитие, антропология упустила шанс на рождение, который могли дать частые и повторяющиеся контакты с отдаленными обществами. Ибо античное общество, поставив перегородку между Цивилизацией и Варварством, было глубоко этноцентрично: достойными интереса были только греческие или римские ценности и институты. Очень редкие авторы тех времен, таким был Геродот, заняли позицию, близкую к современным этнологам. Но все же ученые и изредка военачальники или чиновники донесли до нас некоторые сведения этнографического характера: Цезарь неоднократно описывает обычаи, социальную и политическую организацию галлов; Тацит — германцев (у которых заметно влияние матрилинейных связей); Страбон дает первое описание так называемого «высиживания яиц» — обряда, состоявшего в том, что мужчины изображали внешние признаки процесса рождения ребенка, дабы установить свои права на ребенка своей жены (не можем ли мы усмотреть отголоски этого обряда в установившейся недавно у нас практике, когда муж присутствует у изголовья жены при рождении ребенка и даже активно участвует в повивальном обряде?). Секст Эмпирик упоминает о «ритуальном молчании», которое происходит у персов после смерти какого-либо предводителя: в течение пяти дней после смерти правителя времени предписано остановиться, мир как бы погружается в хаос, ни один из законов не исполняется, и когда восходит на престол новый суверен и восстанавливает порядок и право, его роль по возрождению жизни становится еще более примечательной (наш закон о помиловании, датируемый вступлением в должность нового президента, также свидетельствует о стремлении сгладить мрачные стороны прошлого и дать импульс к возрождению). Этот обычай, часто отмечаемый в последующие эпохи во многих частях света, в действительности принадлежит к различным вариантам инверсионных структур, знакомых многим обществам (праздник дураков, карнавалы).

К данному списку следовало бы добавить имена Полибия, Посидониоса, Гесиода, Диодора Сицилийского, Аристотеля, но никто

из них не был подлинным основателем антропологии: можно лишь говорить об этнографии (описание нравов различных народов).

Поворот XVIII века. Средние века тоже отмечены этноцентризмом, но его основания отличны от времен античности, поскольку изменились культурные условия: уже нет ни римлян, ни варваров, но есть объединенные христиане и братья во Христе. Ясно, что варварство означает в этих условиях нехристианский мир. Так же, как и во времена античности, это состояние не считается раз и навсегда данным: достаточно язычникам принять христианскую веру. Начиная с Возрождения, с первой волной западной колонизации, которая идет в Новом Свете, эта установка осуществляется на практике. Если некоторые авторы (Монтень, Ж. де Лери, доминиканец Лас Казас, Жак Боэмус) проявляют дальновидность в установлении диагноза болезни и становятся на защиту «диких» народов, все же чаще всего сравнивают их, путем зоологических метафор, с животными без души и без веры в бога или описывают их в идиллических тонах как «добрых дикарей» (А. Веспуччи и Х. Колумб). Теологи же, со своей стороны, проявляют невиданную изобретательность, чтобы приобщить к божественному откровению этих бестолковых из Нового Света, накручивая занимательные сюжеты по поводу сотворения мира.

В XVII в. культура становится более светской, а включение Возрождением в оборот образов античности открывает новое направление, благодаря которому позднее, в XVIII в., произойдет новый поворот. В самом деле, экзотические общества, о которых поступает все возрастающая информация, рассматриваются как исторические эквиваленты нашей античности, и поэтому одно пытаются объяснить через другое, прибегая к методу сравнения. Легко догадаться, что именно здесь следует искать исторические истоки антропологии современных обществ: другие общества более не считаются отклоняющимися от нормы, их включают в нашу собственную культурную ауру. Позднее придет время оспорить европейские общества: ведь вначале считалось, что они берут свои истоки в античности в форме материализации мифа о добром дикаре. Однако научный подход приходит на смену мифотворчеству. Мы стоим на пороге зарождения антропологии, которая стала детищем XVIII в.

В 50-е годы XVIII в. мы, наконец, выходим из предыстории нашей дисциплины. С одной стороны, признание Другого как иного, пусть и второсортного, существа получает свое распространение, хотя миф о добром дикаре с новой силой дает о себе знать (он часто используется философами для того, чтобы оттенить смысл своих проектов социальных и политических реформ). Подобно греческим софистам, некоторые авторы думают, что различные культуры являются многообразным выражением единой человеческой общности. В 1728 г. Ж. Ф. Лафито, публикуя «Нравы американских

дикарей в сравнении с нравами древних времен», стремится создать сравнительную науку по изучению культурных различий. В 1755 г. в своей знаменитой работе «Рассуждение о происхождении и основаниях неравенства между людьми» Ж.-Ж. Руссо предписывает новой философии изучать все незападные общества. Его философия истории частично основана на постулате о неполноценности «цивилизованного» западного человека по отношению к американскому «дикарю».

За этим первым смещением центра следует второе, тоже фундаментального значения, позволяющее проводить научный анализ человека. Этот последний мыслится не только как субъект, но и как объект знания — эволюция, подготовленная зародившимся в XVI в. гуманизмом. М. Фуко это хорошо понимал, когда писал: «До конца XVIII в. человека как бы не существовало... Его проблема не была ни самой старой, ни самой непреходящей из тех проблем, которые ставились человеческим знанием. Человек — это изобретение, недавнюю дату открытия которого можно обнаружить в археологии нашей мысли». Это изобретение человека, которое несет в себе дуализм субъекта наблюдающего и субъекта наблюдаемого, свойственный до этого только точным наукам, приобретает двойственный характер от упора на эмпирический характер наблюдения: отныне требовалось мыслить человека на основе наблюдения его в конкретном действии, а не отправляясь от предположений трансцендентального характера (вера в Божественное провидение либо вера в человека как меру всего сущего).

Эти изменения в западной мысли делают возможным то, что не было таковым накануне, — возникновение антропологии, которая сама определялась постепенно как наука о человеке в его культурном многообразии (термин «этнология» появился в 1787 г. из-под пера А. Шаванна). Отсюда появилась и юридическая антропология.

Связь антропологии с колонизацией. Любой прогресс научного знания ведет к подмене старых ошибок новыми. Ниже мы увидим, что однолинейный эволюционизм XIX в. был один из таких заблуждений и что нарождающаяся антропология немало претерпела от этой детской болезни. Но было бы невозможно не связать эту теоретическую ориентацию со второй волной колонизации, которая пришлась на этот век. Устанавливая неразрывную связь между самыми «примитивными» обществами и нашим обществом, эволюционизм оправдывал колонизацию как инструмент ускорения истории: подчинить народы — значит цивилизовать их. Сегодня легко подчеркивать ложный характер этого аргумента, но в то время большинство искренне верило в него. Что бы там ни было, констатация этого хронологического совпадения, возможно, и оправдывает часто повторяемое суждение, что антропология это «дочь колонизации».

Действительно, общественные науки при своем зарождении окрашены некоторым социальным и политическим консерватизмом: они должны были дать правителям инструмент, служащий обеспечению порядка и социального мира. Отсюда легко вывести, что и антропология тоже была инструментом в руках колонизаторов: лучше знать традиционные общества означало лучше господствовать над ними. Но, с другой стороны, общественные науки служили иной ориентации и в XX в. были, скорее, дисциплинами, оспоривающими установленный порядок. Антрополог стал в большинстве случаев «естественным адвокатом» изучаемого населения, как об этом сказал М. Леирис.

Но и в прошлом антропологи практически никогда не были в услужении у колониальной администрации. Великобритания в большей мере, чем Франция, развивала прикладную антропологию, поскольку она избрала метод косвенного управления (indirect rule), состоящего, как и у древних римлян, в максимальной опоре на традиционные структуры власти (Малиновский, кстати, был сторонником косвенного управления, которое для него было более прогрессивным и больше обеспечивало культурный плюрализм, чем политика ассимиляции, которой отдавала предпочтение Франция). Однако следует признать, что и во Франции, и в Англии колониальная администрация и этнологи сотрудничали мало. Что касается Великобритании, то во всех ее африканских колониях и в Австралии за период с 1908 г. по 1935 г. лишь всего восемь этнографов работали в колониальной администрации. Можно, правда, сказать, что антропологи могут оказывать влияние на колониальную администрацию и не участвуя непосредственно в ней. Они обычно не пишут законов, но способствуют часто определению рамок, в которых местные жители должны доказать наличие у них определенных прав. Сейчас это, например, происходит во многих арктических зонах. В начале XX в. Малиновский и Радклиф-Браун даже изобрели понятие «ватага» (horde), дабы сохранить права аборигенов Австралии перед английскими колонизаторами.

Во Франции колониальная администрация не пользовалась услугами этнографов, предпочитая им услуги военных из Службы по делам туземцев. Правда, в 1943 г. был создан отдел научных колониальных исследований под управлением Министерства по делам колоний, где начинались карьеры многих этнологов. Но, как правило, губернаторы даже не открывали написанные этнологами доклады. Юристы проявили больше рвения: по заданию губернаторов им пришлось редактировать в Тропической Африке своды обычного права, которые должны были изменить традиционное право под предлогом сведения воедино и уточнения его норм.

Таким образом, можно заключить, что антропология связана с колонизацией в том смысле, что последняя дает ей материальную возможность открыть для себя экзотические общества. Мы убе-

димся в дальнейшем, что после первой мировой войны прогресс юридической антропологии был наиболее ощутим в европейских странах, которым удалось сохранить за собой обширные колониальные территории. Антропология не была, однако, инструментом колониализма, она, скорее, разоблачала его. Во многих отношениях она была и остается дисциплиной, которая неоднократно предостерегала от опасностей этноцентризма.

Раздел 2. Этноцентризм, расизм и самобытность

Этноцентризм — довольно старая позиция, общая для большинства обществ, как современных, так и традиционных. Последние совсем не составляют исключения. Как пишет об этом К. Леви-Строс, «для широких слоев человеческого рода в течение десятков тысячелетий понятие человечества, казалось, практически отсутствовало. Человечество прекращается за пределами границ племени, лингвистической группы, нередко даже за пределами деревни, причем в такой степени, что большое число так называемых примитивных народностей дают сами себе названия, которые означают «люди» или, иногда (скажем об этом довольно деликатно), «хорошие», «замечательные», «завершенные», в то же время давая другим названия, в которые входят такие определения, как «плохие», «злые», «ходящие по земле обезьяны» или «куриные яйца». Так, термин «инуиты» означает «настоящие люди», в то время как соседние с инуитами индейцы называют их эскимосами, т. е.. «пожирателями сырого мяса» (синоним «дикарей»), а те, в свою очередь, называют их «вшами».

У представителей западного общества часто был такого же рода рефлекс во время первых контактов с «дикими народами» в Америке. В 1579 г. в своем знаменитом эссе «О каннибалах» Монтень уже писал: «Ведь, по правде говоря, у нас, по-видимому, нет другого мерила истинного и разумного, как служащие нам примерами и образцами мнения и обычаи нашей страны. Тут всегда и самая совершенная религия, и самый совершенный государственный строй, и самые совершенные и цивилизованные обычаи».

Этноцентризм сводится, таким образом,-к представлению о другом обществе в зависимости от собственных идейных категорий, что весьма часто ведет к тому, что сравниваемое общество лишается какого-либо уважения. Этот этноцентризм был характерен (и сохраняется по сей день) и в юридической области. Самое большое смешение понятий, и мы будем к этому возвращаться не раз, состоит в отождествлении права и закона, права и государства.

Ж. Пуарье прав, когда, перечисляя основные образующие признаки этого юридического этноцентризма, называет наследие римского права, рассматриваемого долгое время как писаный Разум;

наполеоновские кодексы, испытавшие одновременно влияние как римского права, так и идей философов-рационалистов XVIII в. Логика декартовского типа структурирует всю систему нашего права. Применимая к нашему типу цивилизации, она, напротив, не подходит для юридической культуры, создаваемой на основе других систем ценностей.

Юристы выхолащивали основное содержание норм традиционного права: смешивая отсутствие письменности и устный характер норм права, они сделали неписаные нормы синонимом случайности и произвола; месть ассимилировалась ими с кровавой анархией в урегулировании конфликтов и отвергалась в пользу публичного наказания; система матрилинейных связей в семье ассоциировалась с принуждением в отношении индивидов и считалась архаизмом, противоречащим цивилизованной модели, основанной на консенсусе нашей западной семьи; общинное владение землей за неимением других сходных проявлений цивилизованной собственности отбрасывалось в пользу понятия о ничейной'земле, ставшей свободным полем захвата и уступок этой земли колонистам; множественность правопорядков рассматривалась как беспорядок и бесправие по отношению к нашим унитаристским идеологиям и республиканскому эгалитаризму. Наконец, следует добавить, что европейским юристам не удается, если вообще предположить, что у них возникает в этом потребность, перевести на юридической язык специфический характер традиционных концепций.

Этноцентризм имеет поэтому тяжелые последствия. С функциональной точки зрения, он разделяет с расизмом вину за укрепление позиций группы, которая практикует этот расизм. Обе позиции не столь уж далеки одна от другой. Если этноцентрист сравнивает культуры, отдавая преимущество своей, по меньшей мере, так, как мы видели это на примере античного гуманизма, он как бы оставляет дикарю дверь открытой: он всегда может «спастись», став цивилизованным человеком. Расизм же усиливает этноцентризм незыблемыми биологическими детерминантами: расизм порожден страхом перед другим и находит оправдание в классификационной активности человеческого разума, основываясь на специфических элементах. Расист многое выводит из наследственности, многое связывает с цветом кожи, причем последнее связано с характером непосредственного восприятия человеческого существа (можно представить себе другие классификации, основанные на осязании, на слухе, к чему были склонны индоевропейцы, когда изобретали термин «варвары»).

На поверку выходит, что неоправданное преимущество придается чувственному восприятию, согласно применяемым критериям определения расовой принадлежности. Хотя, конечно, даже сохраняя идею расовой принадлежности, можно убедиться, что

она не может служить определяющим критерием культурной вариантности. С одной стороны, человеческое существо сумело адаптироваться к чрезвычайно разнообразным условиям: результатом стало то, что различия между индивидами одной расы часто более существенны, чем средние различия между отдельными расами. С другой стороны, физическая и интеллектуальная деятельность достигла у человека очень высокой степени развития. А размах и сложность этой деятельности зависят не только от биологических критериев, но и являются плодом сложных взаимовлияний между генетическими способностями и социокультурной средой. Понятно поэтому, что, даже допуская существование рас, нельзя приписывать им в качестве критерия классификации те установки, которые лежат в основе расистских теорий.

Этноцентризм и расизм с точки зрения незнания Другого, к чему они и приводят, проявляются, таким образом, как два отклонения разной степени опасности от основной концепции человека, который и как индивид, и как член группы, сплоченной отношениями родства или другими связями, экономической деятельностью или совместным представительством, осуществляет деятельность по производству различий в поисках своей самобытности. Вся проблема состоит в статусе, который придается этим различиям (согласно данным историческим обстоятельствам и в зависимости от идеологических установок) человеческими группами, являющимися носителями этих ценностей. В свое время эволюционизм претендовал на то, что эти различия являются продуктом Истории и должны исчезнуть при переходе к цивилизованному состоянию, которое отождествлялось со стадией, достигнутой, как предполагалось, нашими европейскими обществами.

Сегодня две противоположные установки ведут к ошибкам, могущим вызвать тяжелые последствия для будущего. В своем стремлении бороться против любой дискриминации некоторые выступают за исчезновение различий и за взаимную ассимиляцию, которая, как мы знаем, дает преимущество тем, кому более благоприятствует соотношение культурных и экономических сил. Другие же, в частности новые правые, громко провозглашают уважение этих самых различий в такой степени, которая позволяет обманным путем возродить дискриминационные классификации, заранее зная, в какую сторону качнется стрелка весов.

Единственно правильная точка зрения, на наш взгляд, как в моральном, так и в научном смысле, состоит в утверждении, что каждая культура имеет право на относительную автономию по отношению к другим, при этом взаимными усилиями следовало бы очертить пределы этой автономности. К. Леви-Строс хорошо обобщил эту мысль: «Пока культуры будут продолжать сохраняться просто как различные, они могут либо намеренно игнорировать друг друга, либо рассматривать себя как партнеров с це-

лью желаемого диалога. И в том, и в другом случае они иногда угрожают друг другу, но не подвергают опасности взаимное существование. Положение становится совершенно другим, когда вместо понятия взаимно признанных различий возникает у одной из них чувство своего превосходства, основанное на соотношении сил, и когда положительное или отрицательное признание различий уступает место утверждению их неравенства».

Западной мысли потребовалось двадцать два века, чтобы усвоить этот урок, который, мягко говоря, не стал еще нравственной нормой. Выше мы уже говорили о некоторых тупиковых ситуациях, которые возникают, когда эту здравую идею отвергают или когда ее слишком медленно формируют. До сих пор, за редкими исключениями, ее не поняли в мире юристов, которые наделяют государство почти исключительным правом на право, проявляя большую сдержанность в признании плюрализма правопорядков.

Начиная со второй половины XIX в. социальная антропология получает свое развитие и дает рождение юридической антропологии, но эта последняя выросла в тени первой, а ее рост был замедлен отсутствием интереса к ней юристов, равно как и их автаркия по отношению к другим общественным наукам. Следовало ждать конца XX в., чтобы у них возникло сомнение и был дан, кажется, новый шанс юридической антропологии. Таковым представляется, на взгляд автора, исторический пейзаж, в котором возводились теоретические конструкции этой дисциплины.

Глава II
Эволюция проблематики юридической антропологии

Право подобно хамелеону. Он меняет окраску в каждом новом месте, и лишь те, кто знают его, могут его приручить.

Пословица народа гола (Либерия)

Юридическая антропология, дочь истории права, зародилась во второй половине XIX в. в результате деятельности нескольких отцов-основателей. Очень скоро она взяла на себя задачи Прометея, ставшие программой юридического эволюционизма: как оказалось, тот теоретический кафедральный собор был выстроен из непрочных материалов и не мог долго простоять. Другие, менее амбициозные, но более точные подходы пришли ему на смену.

Все эти шаги следует рассматривать на фоне международной обстановки, в которой господствовала колонизация, давшая основным европейским нациям разнообразное, хотя и не одинаковое по размеру, исследовательское поле: поэтому не следует удивляться тому, что в юридической антропологии существуют национальные школы. К тому же эта эволюция не завершилась до сих пор.

Раздел 1. Основатели юридической антропологии

Как мы уже отмечали, именно в XVIII в. антропология становится эпистемологически возможной наукой. Среди юристов выделяется имя Монтескье. Но только во второй половине XIX в. были написаны первые крупные работы по юридической антропологии.

Предшественники: Монтескье и разрыв с естественным правом. Для греческого софиста Протагора (480—411 гг. до н. э.) «справедливое или несправедливое происходит не из природы, а из права». И все же возникают различные теории естественного права, которые будут опровергать эту точку зрения, хотя сама идея «естественного права» не была однозначной на протяжении всей истории правовой мысли. Возражая софистам, для которых право происходило из соотношения сил между управляющими и

управляемыми (марксистская теория права близка к этой точке зрения), Платон и Аристотель утверждали, что закон диктуется Разумом, общим для всех людей и поэтому заслуживает быть «естественным законом», чье содержание должно выразить позитивное право.

Для Аристотеля, а позднее и для Фомы Аквинского, к которым в наше время примыкает Вилле, естественное право имеет переменный смысл, поскольку выражаемое им понятие справедливости содержится в поиске равноправия, которое, в свою очередь, изменяется в зависимости от типа общества и эпохи; но во всех случаях, какова бы ни была степень переменности, справедливое действие соответствует порядку, природе.

Напротив, современное естественное право, право классических авторов XVII—XVIII вв., предполагает, что его содержание имеет четкий и незыблемый набор основных принципов, кодифицированных в перечне прав человека. Для многих специалистов в области юридической антропологии, ориентированных на культурную вариантность, это второе определение воспринимается с большим трудом; они, кстати, выступают с критикой современных идей Всеобщей декларации прав человека.

Предвосхищая эту позицию, Монтескье (1689—1755) имел честь первым в свою эпоху выступить против застывших концепций, размышляя об опыте обществ, отличных от его собственного. Для него право было элементом социополитической системы, тесно зависимым от ее устройства. Оно по преимуществу различно и видоизменяется в зависимости от общества, места, эпохи. Подобно некоторым современным специалистам по юридической антропологии, он думал, что зависимость между правом и обществом такова, что передача права от одного общества другому неосуществима, разве что эти общества мало различаются. Эта позиция далека от естественно-правового идеализма и, напротив, близка к антропологическим теориям XX в. Монтескье удалось даже избежать соблазна эволюционизма в отличие от авторов XX в., которые поддались такому соблазну. Для него изменения в правовом порядке определяются в основном не сменой исторических эпох на пути к прогрессу, а зависят от более прозаических факторов, таких как климатические условия, характер местности, демография и т. д., свойственных каждому обществу. В том, в чем он видит основные источники изменяемости права, Монтескье является первым антропологом-юристом нашего времени. Век спустя ему придут на смену другие.

Создание юридической антропологии: Самнер-Мэн, Бахофен, Мак-Леннан, Морган. В следующий век определенное терминологическое брожение служит уже симптомом зарождения юридической антропологии: вначале говорят о *сравнительной юриспруденции* (comparative jurisprudence), затем о *юридической археоло-*

3. Заказ № 1837.

гии; словосочетание *юридическая этнология* появляется лишь в 1890 г. в работе Поста «Основы этнологической юриспруденции».
Каково бы ни было словесное выражение новой дисциплины, 1861 г. становится ключевой датой в ее истории. Одновременно в Штутгарте и Лондоне выходят две фундаментальные работы: «Материнское право» И. Я. Бахофена открывает этнологию родства, на этот путь скоро встанут Дж. Мак-Леннан («Первобытный брак», 1865) и Л. Г. Морган («Системы кровного родства и родственные связи в семье», 1871). Но подлинным основателем юридической антропологии стал Г. Дж. Самнер-Мэн с его работами «Древнее право» (1861), «Древнейшая история учреждений» (1875) и «Древний закон и обычай». Как свидетельствуют языки (немецкий и английский), на которых были написаны эти работы, Франция в эти первые решающие годы хранила молчание.

Г. Дж. Самнер-Мэн (1822—1888) занимался разнообразной деятельностью. Прежде всего, он преподавал гражданское право в Кэмбридже, римское право в Лондоне, а с 1869 г. был первым профессором исторической и сравнительной юриспруденции в Оксфорде, затем преподавал и международное право. Он также занимал важные посты в администрации: как вице-канцлер университета в Калькутте и очень влиятельный член Совета управления Индии он был одним из ответственных за кодификацию индийского права. Эти выполнявшиеся им функции объясняют, почему в его работах, в основном по истории семьи и собственности, Индии уделяется основное внимание. Тем не менее Мэн не ограничивает поле своих исследований примерами далеких обществ: европейское право, в частности ирландское, занимает важное место в его трудах. Эти труды пронизывают две основные идеи. Во-первых, теория трех стадий эволюции права: вначале люди думают, что право дано им богами, которые продиктовали его суверенам (Моисей и десять его заповедей); затем право отождествляется с обычаем; затем оно смешивается с законом. В течение этой длительной эволюции право должно было пройти различные стадии от статуса до договора: в далеком прошлом права и обязанности индивида в обществе, членом которого он является, устанавливаются довольно жестко в зависимости от его статуса в этом обществе; в современных обществах, в которых статус человека более подвижен по отношению к социальным группам, его свобода выражается в развитии договорных актов. Во-вторых, изучая культ предков, Мэн стремится установить первоочередность по времени патрилинейной степени родства и соответственно патриархального общества. Мэн — эволюционист дарвинистской традиции. Для него отдаленные общества неподвижны и инфантильны, лишь Европа проявила высокий динамизм в области правового развития.

И. Я. Бахофен (1815—1887), профессор римского права и судья Уголовного суда в Базеле, также следует эволюционистской тра-

диции и исследует прежде всего степени родства, но, в отличие от Мэна, он утверждает первоочередность по времени матриархата над патриархатом — именно с матриархатом связано изобретение сельского хозяйства. Со времен античности множество источников указывают на существование матрилинейного родства. Бахофен объясняет это «остатками» эпохи матриархата, которому, в свою очередь, предшествовал период неопределенности родства или стадия первобытного промискуитета. Эти идеи впоследствии часто подхватывали другие, но сегодня от них практически ничего не осталось, разве что в аргументах феминистских движений слышатся их отголоски. Никакие этнографические наблюдения никогда не подтвердили стадии первобытного промискуитета, и лишь немногие авторы еще верят в само существование матриархата (хотя существуют общества, где, как у туаретов, статус женщины почти такой же, как у мужчины, но такие примеры крайне редки). Как бы там ни было, вклад Бахофена с точки зрения методологии весьма велик. Ибо большинство традиционных обществ не оставили нам письменных источников, сравнимых с теми, которыми пользуются историки. Относясь с недоверием к лингвистике, Бахофен, напротив, отдает предпочтение исследованию произведений искусства, особенно мифологии. Его большим открытием в области, мифологии было'постижение того, что «если даже в главном рассказы вымышленны, они тем не менее отвечают внутренней правде, которая может просветить нас об объективной реальности».

Юридическая антропология, утверждая себя как наука, способная расшифровать образы и символы вне письменности, отходит от текстуального толкования, которое романисты, в частности Моммзен, могли довести почти до совершенства, но которое все же не избежало опасности абстрагирования. Как пишет Ж. Коста, «основной заслугой Бахофена было то, что он вышел за рамки письменной истории и показал совпадение по времени обычаев, которые не только относились к отдаленным эпохам, но и сосуществовали в пространстве с системами права, поделившими между собой мир на зоны исключительного влияния».

При сравнении с этими двумя авторами, современником которых он был, Дж. Мак-Леннан выглядит менее значительной фигурой. Тем не менее он был вместе с Бахофеном предшественником анализа степени родства, и некоторые из его открытий еще достаточно широко используются в антропологии родства. Он изобрел термины эндогамия и экзогамия; изучил левират, который он увязал с полиандрией; его заслуга состоит прежде всего в том, что он привлек внимание к степеням родства и дал их классификационную типологию, которую Морган несколькими годами позднее углубит более педантично.

Льюис Г. Морган (1818—1881), нью-йоркский адвокат, крупный специалист по североамериканским индейцам, является глав-

ным представителем эволюционизма этого времени. Его принципы, которые он излагает в работе «Древнее общество» (1877)[1] просты и основаны на чисто технических классификационных критериях. Человечество проходит три фазы (каждая из которых подразделена на три стадии): Дикость (охота и собирательство; первобытный коммунизм); Варварство (приручение животных, сельское хозяйство, металлургия; племенная или клановая собственность, патриархальная семья); Цивилизация (изобретение письменности, бумаги, пара и электричества, моногамная семья, частная собственность, государство). В будущем, согласно Моргану, эволюция должна подвести к упразднению частной собственности.

Эта книга получила очень широкую аудиторию. Но она устарела: очень скоро, проведя сравнительные исследования и доведя до крайности идею Прогресса, Морган попытался создать обобщающий труд, который был преждевременным. Более техницистское и менее известное в то время его другое крупнейшее произведение «Системы кровного родства и родственные связи в семье» (1871) далеко идет в изучении проблем антропологии родства, в то время как его предшественники только приступали к такой работе. Это произведение основано на терпеливом анкетировании: Морган собирал информацию непосредственно у индейцев и имел корреспондентов во многих частях света. Но здесь его открытия втиснуты в рамки эволюционизма. Традиционные общества, характеризуемые на основе рудиментарных знаний о них, располагались им на низшей ступени прогресса, в то время как на противоположной стороне находились современные западные общества, где цивилизация созвучна моногамной семье. Несмотря на этот недостаток перспективы, Морган тем не менее заслуживает, чтобы его поместили в ряд основателей юридической антропологии. Но его работы обязаны своей известностью, помимо своего технически новаторского характера, другому обстоятельству: они составили основу марксистской теории антропологии.

Юридическая антропология Маркса и Энгельса. Повторное использование выводов Моргана основателями марксизма было одновременно счастьем и несчастьем для автора: с одной стороны, они способствовали их распространению, но, если говорить о более длительной перспективе, произошла дискредитация идей автора (причем эта дискредитация была несколько незаслуженна), через которую должно было пройти творчество Моргана, ибо очень часто его используют для нападок на марксизм.

Ф. Энгельс (1820—1895) — больше историк, чем этнолог. Он стремится дойти до истоков институтов, которые он находит в первобытных обществах, чтобы выявить смысл Истории, помещая

[1] *Morgan L. H.* Ancient Society. N. Y. 1877. — В русском переводе *Морган Л. Г.* Древнее общество. 2-е изд. Л., 1934.

ее в плоскость концепции борьбы. В работе «Происхождение семьи, частной собственности и государства» (1884) он воспроизводит тезисы Моргана: современная семья зародилась за счет постепенного вытеснения из архаической брачной общности всей родни, кроме отца и матери.

Последующие научные наблюдения опровергли эти утверждения. Даже в общностях, не проводящих связи между сексуальными отношениями и родством, семья всегда имеет некоторую степень существования. К тому же нынешняя сравнительная история семьи отвергает однолинейный вывод об ее эволюции: расширенная семья не обязательно является предшественницей парной семьи, наблюдается и обратный процесс.

Тем не менее по другим позициям юридическая антропология Маркса и Энгельса возвещает о современной эпохе. С одной стороны, следуя линии Монтескье, эти авторы отвергают концепции классического естественного права и утверждают, что право является частью надстройки, которая изменяется с изменениями в условиях существования материальной основы; его содержание по своей сути различно, так как право является историческим продуктом социально-экономической жизни. С другой стороны, они одновременно рассматривают одну из ключевых проблем юридической антропологии, а именно связь между правом и государством. Для них государство является промежуточной формой организации власти: оно существовало не вечно, оно когда-нибудь и исчезнет. Государство в реальности является лишь вариантом более широкого понятия, понятия общественной власти. Эта власть представляет собой аппарат, гарантирующий эффективность соблюдения индивидами принципов, позволяющих обществу функционировать. Но она может найти свое конкретное выражение и в другой форме. Когда общественная власть отражает волю только одной части общества (одной или нескольких руководящих групп), а вооруженные силы, на которые она опирается, отделены от населения и составляют полицию или армию, вот тогда мы имеем дело с государством. Напротив, когда общество не разделено, это и есть традиционное общество. Для Маркса и Энгельса право может существовать без государства, но оно связано с наличием публичной власти. К тому же не каждое негосударственное общество Должно обязательно иметь публичную власть. Наши авторы помещают ее возникновение, пользуясь эволюционистской схемой Моргана, в первую стадию второй фазы (Варварство), да и то только в некоторых обществах, подобных ирокезскому. Следовательно, если право является общим явлением, оно все же не универсально: в течение первой стадии своей эволюции, которая длилась сотни тысяч лет, человечество жило без права, в будущем также будут общества без классов, и право, которое заменит мораль, вновь исчезнет.

Конечно, легко — и противники не отказывают себе в этом — поймать марксизм на этом последнем пункте: со времени смерти наших авторов ничто не говорит ни об исчезновении государств, ни тем более права.

И все же подходы Маркса и Энгельса по многим позициям представляются нам определяющими для истории юридической антропологии.

Так, они предвосхищают некоторые из нынешних наиболее важных дискуссий. И прежде всего дискуссию о связи между правом и государством, при этом эта дискуссия ориентируется в правильном направлении, — в направлении необязательной взаимосвязи между тем и другим. Другая важнейшая дискуссия состоит в том, что относить к праву — нормы или процессы. Маркс и Энгельс не говорили, что право по необходимости состоит из понятных и кодифицированных правил, формально одобряемых исполнительной властью; они допускают, что обычай, подчиняющийся другим правилам, тоже в неменьшей степени является правом. Далее, их теория даже если она вписывается в слишком жесткие рамки однолинейного эволюционизма, вносит в непрерывный ряд явлений существование, с одной стороны, государства, с другой, — права, что создает культурную вариантность права. Кроме того, она способствует расширению поля исследований, которое по своей природе является специфически антропологическим.

Если верно то, что Маркс занимался прежде всего изучением западных обществ, остается верным и то, что в тексте «Формы, предшествующие капиталистическому производству» (1857—1858) этот же автор обращается и к экзотическим социально-экономическим формациям, в частности, рассматривая «азиатский способ производства». Если Морган, Маркс и Энгельс излишне грешат эволюционизмом, следует вспомнить, что эта доктрина была в то время господствующей. Она составила первый набор теоретических положений юридической антропологии, который следует сейчас изучать, помня, что, несмотря на ошибки в толковании, этот двадцатилетний период (1860—1880) был исключительно богатым для нашей дисциплины.

Правовая мысль начинает освобождаться от римской и цивилистской гражданско-правовой модели; предметом юридической антропологии становятся не только экзотические, но также и европейские общества, которые в их прошлых формах рассматриваются как предмет юридической антропологии. В своих первых достижениях юридическая антропология способствует открытию двух областей, которые в течение века станут основным исследовательским полем социальной и культурной антропологии: родство и мифология.

Раздел 2. Теоретические основания юридической антропологии

Симфония красок. Тесно завися от социальной антропологии, юридическая антропология следует сначала эволюционистскому течению, которое господствует над всеми общественными науками всю вторую половину XIX в. Но теория эволюционизма быстро потеряла свое значение с начала XX в.: Ф. Боас, Р. Лоун подвергают ее суровой критике, с особой энергией сражался с ней Бронислав Малиновский, основатель функционализма.

Будучи как теоретиком, так и практиком, физиком и математиком по образованию, Малиновский в первой половине своей деятельности занимался исследованием правовых явлений и открыл среди антропологов дискуссию о сущности и методах изучения правовых процессов в традиционных обществах, которая начала терять свою остроту только в семидесятые годы нашего века. Наконец, хотя первые формулировки теории приходятся на начало века, в нынешней юридической антропологии начиная с семидесятых годов преобладает тема правового плюрализма. Как мы убедились, различные теории пересекаются друг с другом, так же, как одни приходят на смену другим, что придает музыке юридической антропологии симфоническое и согласованное звучание. Тем не менее ясность изложения требует от нас разработать и сольные партии.

§ 1. Изменения права: эволюционизм

Эволюция и усложнение состояния. Эволюционизм может быть в общих чертах определен как теория, утверждающая, что все человеческие общности проходят идентичные стадии в развитии своих форм экономической, социальной и правовой организации. Это слишком общее определение требует уточнения.

Прежде всего, если любая эволюция является синонимом изменения, то любое изменение, даже адаптация, не обязательно отвечает эволюции, так как в эволюционистской теории любая эволюция должна выражаться в изменении состояния данного института. Для Р.-Л. Карнейро, который, слегка изменив его, воспроизводит данное Г. Спенсером определение, «эволюция это переход от состояния относительно неопределенной и несвязанной однородности к состоянию относительно определенной и связанной разнородности через последовательные процессы дифференциации и интеграции».

Этой схеме отвечает классическое выражение разницы между традиционными и современными обществами. Первые должны были характеризоваться высокой интегрированностью индивида в

группы и групп между собой посредством сплава из политики, религии и права путем чисто механической солидарности. В то время как во вторых уже далеко продвинулось социальное деление: солидарность основана на этом делении и носит органический характер, государство является институциональным выражением этого деления, наконец, право, приобретая автономию по отношению к другим формам социальной регуляции, имеет все необходимые условия для распространения сферы своего применения (в подтверждение часто упоминают в качестве фактора развития римского права его раннюю секуляризацию).

Восприняв этот принцип, остается применять его. Однако это возможно лишь при наличии точной измерительной шкалы, сочетающей целый ряд надлежащих индикаторов, позволяющих провести сравнение различных культур. В XIX в. у сторонников эволюционистской концепции были в распоряжении лишь разрозненные концептуальные инструменты. В правовой сфере самым распространенным и используемым критерием был переход от одного типа семейной организации к другому (как мы видели на примере Мэна, Бахофена, Моргана, Энгельса), либо различия между государственным и догосударственным обществом.

Но любой эволюционный прогресс должен выражаться в изменении и усложнении качества. А ведь некоторые мутации адаптивного характера не являются эволюцией. Конкретный пример позволяет лучше понять это различие. В XIX в. индейцы амагуака (Перу) подверглись вылазкам соседних племен, рост которых угрожал самому их существованию. Чтобы защитить себя от подобных вылазок, они стали более часто, чем прежде, кочевать по своей территории и рассеивались на различные стоянки уменьшенного размера. Одновременно их социальная организация и церемониал стали более упрощенными, чем раньше. В этом случае имеет место именно адаптивное изменение, позволяющее этому обществу лучше сопротивляться своим соседям, но это не эволюция, поскольку речь идет об изменении от сложного к более простому.

Отождествление эволюции с усложнением состояния, казалось, находило подтверждение в физике. Наше мироздание зародилось пятнадцать миллиардов лет назад. С самого начала материя несла в себе информацию, необходимую для последующей Организации, которая проходила под знаком возрастающего усложнения состояния путем объединения простых элементов, которые формировали более сложные существа. И все это происходило без того, чтобы значительно возрос беспорядок от такого рода корреляции: мир претерпевает эволюцию в условиях практически постоянной энтропии. Эта эволюция еще не закончена, и нет никакого основания предполагать, что в далеком будущем человека не заменит более совершенное существо. Ведь, как хорошо сказал Дарвин, естественный отбор объясняет развитие и исчезновение живых существ.

Тем не менее экстраполяция этой идеи на человека представляется рискованной. С одной стороны, потому, что временная шкала не совсем одна и та же. Если мир существует уже миллиарды лет, человек появляется всего два или четыре миллиона лет назад, мы же знаем от этого периода лишь небольшой отрезок. Если и есть эволюция, то мы находимся лишь в самом начале. С другой стороны, важное обстоятельство рискует нарушить для человека его эволюционный «проект»: отбрасывая идею некоторых специалистов по квантовой физике, что у материи может быть некое подобие сознания, остается думать, что по сравнению с животным миром человек отличается уровнем сознания совершенно другого порядка как о себе самом, так и об окружающем его мире, что позволяет ему в некотором роде управлять собственной эволюцией. Наконец, следует отметить, что эволюционизм справедливо упрекали за его упорство по поводу понятия «усложнение состояния». Это может привести к этноцентризму в той мере, в какой легко провести параллель между переходом от простого к сложному и переходом от элементарного к совершенному, от первобытного состояния к цивилизованному. Иными словами, это понятие несет в себе дискриминационную ценностную установку, так как понятие диахронного перехода легко может вызвать к жизни другое — онтологическую (сущностную) иерархию.

На примере этих аргументов очевидно, насколько рискованными и неточными являются понятия эволюции и усложнения состояния, когда их пытаются применить к человеческим обществам. Но эволюционизм нуждается в дополнении к своим определениям и на другом уровне: следует ли рассматривать идеи эволюционизма как выражение жестко определенной и однолинейной эволюции или следует все же допустить, что эволюция во всех обществах происходит неодинаково?

Однолинейный эволюционизм. Однолинейный эволюционизм рассматривает человеческие общности как некое связное и единое целое, подчиненное глобальным и общим законам трансформации, которые позволяют всем обществам пройти через фазы развития, одинаковые как по своему содержанию, так и по своей сменяемости, переходя гармонично из одной в другую. «Дикие» общества, именуемые при этом «первобытными», представляют, таким образом, исходную стадию развития, через которую прошли наши собственные общества, так же как самые «простые» из этих первобытных обществ — охотники, рыбаки, собиратели — служат иллюстрацией доисторических обществ.

В политическом плане эволюция приводит нецентрализованные системы к централизованным и этатистским формам. В юридическом плане она позволяет придать праву специфический характер по отношению к морали и религии и перенести постепенно процесс зарождения права с социальной группы (обычай) на

государство (закон). Эволюция создает условия для возникновения специализированного карательного аппарата (возникновение и развитие судебных систем) начиная с «примитивных» форм, где конфликты решаются самими сторонами (месть), тогда как в цивилизованных обществах их разрешение зависит от все более решающего вмешательства третьей стороны (посредник, арбитр, судья), чьи полномочия возрастают вместе со статусом представителя общества.

Некоторые учебники истории права воспроизводят эту схему: на смену опасностям личной мести, практикуемой дворянами или феодальным воинством, приходит внутреннее умиротворение, воцаряющееся благодаря последовательному сужению частного военного права в пользу города-государства или монархического государства. Если в нашей истории права эволюционизм встречается часто, то в социальной антропологии он не имел длительного успеха; к 1900 г. он теряет свои позиции и практически исчезает к 1940 г.

Правовой эволюционизм и эволюционизм социальный основываются тем не менее на общем историческом основании, сформировавшемся в XVIII в. при разрыве с циклической концепцией времени. Первым подверг сомнению эту концепцию Вико (1668—1744), различавший в своем трактате «Основания новой науки» (1725)[1] три эпохи (поэтическую, героическую, эпоху прогресса человеческого разума) в развитии всех народов. Вольтер присоединился к этому течению, так же как и Фергюсон, который в своей «Истории гражданского общества» (1767) модернизировал закон Вико, различая три стадии (Дикость, Варварство, Цивилизация), которые воспринял Л.Г. Морган в XIX в. В 1760 г. в «Языке исчислений» Кондильяк довольно удачно резюмирует дух эволюционизма так, как он трактовался в эту эпоху: «Мы, которые считаем себя образованными людьми, должны бы испытывать потребность отправиться к самым невежественным народам, чтобы познать у них начало наших открытий: ибо именно в этих началах испытываем мы наибольшую потребность; мы не знаем о них, поскольку уже давно мы перестали быть учениками природы».

Более близкие для нас первые теории Л. Леви-Брюля (к которым он вернется в конце жизни, в частности под влиянием А. Бергсона) свидетельствуют о крайней стойкости эволюционизма: за «предлогической» ментальностью диких обществ, неспособной к абстрагированию (многие традиционные общества не имеют свода определенно выраженных юридических правил, отсюда необходимость прибегать к процессуальному анализу поведения

[1] В русском переводе см: *Вико Дж.* Основания новой науки об общей природе наций. М., 1940 *(прим. перев.).*

людей, чтобы реконструировать право этого общества), следует мысль цивилизованных людей, характеризуемая высшими достижениями. К. Леви-Строс хорошо доказал ложность такого различия, показав, что и традиционные, и современные общества обладают рациональным и абстрактным мышлением, но пользуются ими по-разному. Позднее, в 1935 г., появляется первое издание (на английском языке) книги А.С. Даймонда «Эволюция права и порядка», которая воспроизводит применительно к праву старую тройную классификацию Моргана. Тем не менее именно в XIX в. на долю эволюционизма выпала самая большая удача.

Правовой эволюционизм XIX в. XIX в. — это время создателей кафедральных соборов, если пользоваться выражением А. Негри. Благодаря законам эволюционизма предпринимаются попытки написать сравнительную историю всех известных обществ, как экзотических, так и западных, соединенных регулярностью одних и тех же диахронических механизмов. Но авторы этих трудов не имеют почвы под ногами: они занимаются антропологией, как если бы они были историками, работающими в кабинетах над разного рода документами, что усиливает их склонность к поспешным обобщениям, которые впоследствии опровергает этнографическое наблюдение. Европейские юристы вписываются в это общее движение.

В 1878 г. появляется первый номер журнала «Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft» («Журнал для сравнительной правовой науки»), руководимого Ф. Бернхофтом, Г. Коном и Дж. Кохлером. Этот журнал станет у истоков школы «сравнительной юриспруденции». Она ставила себе цель расширить поле исходных данных с тем, чтобы впоследствии иметь возможность создать общую теорию эволюции права: традиционное изучение римского и германского права следовало дополнить изучением других правовых систем. Первые номера носили скорее описательный, чем сравнительный характер, но постепенно стали все чаще публиковаться методологические и теоретические работы. Часто публиковались исследования по странам Востока, к изучению Африки приступили позднее. Следует отметить, что авторы журнала охотнее исследовали проблемы законодательства, чем обычаев, отдавая также предпочтение нормам перед поведением. Эти наклонности подтверждают, насколько трудно было выйти за пределы западной системы ценностей.

Новаторство сотрудников журнала заключалось прежде всего в том, что внимание юристов было обращено на зарубежное право, хотя не всегда им удавалось дать теоретическое обобщение собранных данных. Эта позиция требовала от исследователей определенного мужества; так, итальянских юристов фактически застали врасплох, поскольку для них юридическая этнография должна была быть жестко привязанной к римскому праву. С другой

стороны, она позволяла собрать определенный материал, который должен был помочь теоретической мысли выйти за пределы сугубо умозрительных спекуляций и обратиться к фактам.

Первая серьезная попытка обобщить достижения эволюционизма в праве содержится в трудах Г. Поста (хотя это было, скорее, результатом работы сотрудников журнала, заложившего основы немецкой юридической этнологии), прежде всего в его «Этнологической юриспруденции», опубликованной в 1893 г., в которой он утверждал уже на первых страницах: «Когда мы будем знать всю этнологическую юриспруденцию, мы откроем для себя всеобщую юридическую систему, выражение устремлений и возможностей человеческого существа». В двух томах своего труда Пост обозревает правовые системы самых различных обществ, группируя нормы по отдельным темам (брак, наследование, уголовное право, торговое право и т. д.), отводит важное (хотя и не главенствующее) место институтам публичного права наряду с институтами частного права. Творчество Поста характеризует, таким образом, стремление изучить все юридические институты всех известных обществ.

Этот энциклопедизм основан на убеждении, что право является универсальным феноменом, поэтому возможна его единая теория, поскольку, по убеждению самого Поста, основные направления права человечества «просты, грандиозны и ясны, как законы небесных светил». Он разработал систематизацию, которая несет на себе отпечаток исторической школы права, пандектов[1] теорий Савиньи и Иеринга. Эта систематизация выделяет определенное число общих принципов, объединенных в подобие идеального кодекса, она уточняет все возможные исторические варианты в рамках исследования какого-либо отдельного правового института. Авторитет Поста в свое время был очень велик, причем в большей степени в Италии, чем в Германии. Он оказал, в частности, влияние на крупного романиста П. Бонфанте, который стремился достичь лучшего понимания древнего римского права, используя данные о традиционных обществах, предоставляемые этнографами.

Итальянские авторы также испытали влияние эволюционизма. С 1890 г. Дж.Д'Агуанно предлагает реконструировать первые проявления права, обращаясь к доисторическим временам, при этом непременно используя данные этнографии. В первые годы XX в. выходит немало статей в журнале «Rivista italiana di sociologia» («Итальянский журнал социологии»), свидетельствующих о тех же позициях. Но самым известным итальянским эволюционистом начала века следует назвать такого автора, как Дж. Мадзарелла, чья методологическая система являет, по словам А. Негри, «патетиче-

[1] Пандекты (или дигесты) — извлечения из сочинений юристов в Древнем Риме, одна из четырех частей кодификации права, осуществленной в VI в. при императоре Юстиниане *(прим. перев.)*.

ский образец научного разглагольствования, оторванного от реальности и здравого смысла, с претензиями на логическую стройность и точность в конструкции, которую он стремится поддержать благодаря вычислению вероятностей и математическим системам».

До сих пор мы говорили о немецких и итальянских авторах. Что же можно сказать о Франции? Приходится констатировать, что эта страна блистательно отсутствует в серьезных дискуссиях по юридической антропологии. Не потому, что в ней не было крупных авторов, таких как Мосс и другие, но просто потому, что они не дали серьезного теоретического синтеза. Тем не менее должны быть упомянуты некоторые положения работ Э. Дюркгейма. Он прежде всего социолог, но интересовался также правом традиционных обществ. Его ориентация является как бы совмещением функционализма и эволюционизма. В своем труде «О разделении общественного труда» он стремился понять, каким образом общества переходят от первобытного состояния к современному. Механической солидарности первобытных обществ соответствует репрессивное право. Этим обществам неизвестно разделение труда, кроме того, в них сильна статусная иерархия (вожди и пастыри, взрослые, невзрослые и т. д.), их характеризует сильно выраженное коллективное сознание. Право и мораль взаимно проникают друг в друга, право является прежде всего уголовным правом, поскольку любое покушение на статусную иерархию воспринимается как вызов всему обществу.

Напротив, органической солидарности современных обществ соответствует реститутивное право: поскольку общество разделено, его члены отдают предпочтение своей принадлежности к группе, к которой они принадлежат, а не связям со всем обществом. Нарушение юридических норм более не воспринимается как нарушение всего общественного порядка, право теряет свой «уголовный» характер, оно само подразделяется на различные отрасли; уголовное право продолжает существовать, но оно развивается медленнее других отраслей права. Право становится по преимуществу реститутивным, т. е. самообновляющимся, так как общество заинтересовано прежде всего в восстановлении равновесия, нарушаемого проявлениями насилия.

Как видим, эта теория вписывается в эволюционистское течение: она продолжает разделять человечество на два противоположных типа общества с различными типами права и различными видами солидарности. К тому же она носит довольно спекулятивный характер: преувеличивает доминирующее значение коллективного сознания в традиционных обществах и пренебрегает тем доказанным фактом, что во *всех* обществах существуют *одновременно* репрессивное и реститутивное право.

Именно эти проблемы объясняют причины упадка эволюционизма, которые следует сейчас рассмотреть.

Критика правового эволюционизма. С конца XIX в. социальная антропология начинает отходить от постулатов эволюционизма. Американский антрополог немецкого происхождения Ф. Боас (1858—1942), специалист по обществам инуитов и североамериканских индейцев, критиковал «сидящих в креслах антропологов» и пробелы в их исторических реконструкциях, предпочитая им более скромные исследования, проведенные на основе четкой методологии и конкретного наблюдения исследуемых обществ. Он является основателем *культурного релятивизма:* для него общества по своим основным характеристикам различны, поскольку человек наследует лишь генетический потенциал, развитие которого зависит от определенного физического и социального окружения. Напрасно пытаться найти единую схему для всех обществ, поскольку различие преобладает над сходством.

Исходя из других посылок *диффузионистская школа* в то же самое время приходит к критике однолинейного эволюционизма. В 1911 г. Ф. Грабнер формулирует основные концепции этой школы. Согласно этим концепциям, существуют культурные комплексы, образуемые объединенными органической связью культурными элементами. В различных частях света обнаружены идентичные культурные комплексы, что дает основание предполагать об их общем происхождении: речь идет о неком «культурном круге» единого происхождения, из которого эти комплексы получили распространение. Диффузионисты делают акцент на феномен контактов между культурами, которые возникают в ходе этого распространения: если сам «культурный круг» представляет собой исходную форму, то рассеянные по всему свету культурные комплексы являются его вариантами, измененными заимствованиями других культур в ходе процесса распространения. Не отбрасывая вклада истории, диффузионизм осуждает тем не менее жесткость и регулярность однолинейного эволюционизма.

Как всегда, юристы отреагируют на новые веяния с опозданием. Статья М. Шмидта, появившаяся в 1918 г., рекомендует использовать положения диффузионистской теории. Но подлинным отрицанием эволюционизма, отрицанием, основанным на методологии культурных пространств, станет вышедшая позднее статья Тримборна. Он упрекает других авторов в том, что они слишком часто сосредоточиваются на формальном анализе юридических правил без учета экономических и социологических данных; он предпочитает высоким обобщениям монографические исследования, каждое из которых изучало бы данное общество во всей полноте. Методологические установки Тримборна здесь совпадают с установками Боаса, который тоже отдавал предпочтение монографиям перед обобщающими трудами.

Таким образом, мы можем констатировать, что по меньшей мере в Германии юридическая этнология участвовала в движении, все более отдалявшем этнологию от дисциплины, давшей ей рождение — от истории. Эта тенденция к разделению двух дисциплин станет более четкой несколько лет спустя в творчестве Турнвальда, основателя современной юридической этнологии.

Он сторонник противоположного взглядам Поста направления эволюционизма: напрасно, по его убеждению, стремиться собрать под сенью одной общей теории системы права традиционных и современных обществ, поскольку различие в уровнях технологического знания и форм социальной организации таково, что различны прежде всего их культурные системы, это же относится и к юридическим системам каждого из этих обществ.

На примере творчества названных авторов можно четко установить смысл теоретической эволюции, наметившейся в начале века: отказ от универсальных законов истории с точки зрения их применения к правовому развитию; акцент делается скорее на разнообразие правовых систем, чем на их единство; на методологическом уровне они настаивают на необходимости написания скорее монографий с четко очерченным предметом исследования, чем обобщающих трудов, для которых, если и предположить, что однажды они станут возможными, время еще не пришло.

Следуя этому направлению мысли, получает распространение прикладная антропология; экспериментальным полем для основных европейских наций стала территория их колоний. Эта новая дисциплина — реакция на чрезмерную систематизацию сугубо теоретической антропологии.

Прикладная юридическая антропология. Развитие прикладной юридической антропологии тесно связано с наличием колониальной территории. Германия в этом смысле была обделена, ибо Версальский договор лишил ее колоний. Кроме того, в 1939 г. под воздействием нацизма (с которым Турнвальд, к сожалению, пошел на некоторые компромиссы) редакция «Журнала для сравнительной правовой науки» исключила из своих рядов всех авторов-негерманцев. С окончанием войны наступает девятилетний период молчания, после которого немецкая юридическая этнология будет развиваться преимущественно в философском и методологическом направлении. В Италии колониальные захваты, в частности в Сомали, позволяют авторам вести полевые исследования, имеющие целью в основном проблемы культурной ассимиляции местного населения и функционирования колониальной администрации. Задачи теоретического порядка становятся редкостью, а те, кто их формулируют, например, Черулли и Колюччи, выступают против эволюционистских теорий Поста и Мадзареллы. Во Франции также получает широкое распространение прикладная антропология; интерес авторов направлен предпочтительно на аф-

риканские колонии, эта черта будет всегда преобладать во французской юридической антропологии. Юристы посвятят свои усилия редактированию сборников обычного права, но даже если первые попытки в этой области относятся к 1897 г., они, в конечном счете, дали лишь частичный и малоудовлетворительный результат.

Можно было бы подумать, что перед лицом такого двойного движения как в области теории, так и на практике, эволюционизм отойдет окончательно в прошлое. Если его недостатки слишком были очевидными, чтобы не подвергать его вновь сомнению, следует все же соотнести его со своей эпохой. Тем не менее, сознавая его исходную неточность, некоторые авторы все же вновь обратились к тезисам эволюционизма, придав им более утонченный характер.

Однолинейный эволюционизм в исторической перспективе. Когда у Дж. Фрейзера в конце его жизни спросили , видел ли он когда-либо хотя бы одного из дикарей, которым он посвятил все свое творчество, тот ответил: «Упаси меня бог!». Эволюционистов много упрекали в том, что они пренебрегают работой на местах. Но следует учитывать, что в то время сама эта мысль казалась неуместной: антропологи считали, что работа сознательных и компетентных наблюдателей, которыми они располагали в различных частях света, могла экономить им время, поскольку масштаб поставленной задачи требовал, чтобы они не теряли время даже на редактирование монографий. Мы часто говорим об очевидных недостатках этого однолинейного эволюционизма, забывая о его заслугах. Вспомним и о некоторых из них.

Эволюционистам удалось выйти за рамки изучения текстов римского права, чтобы заявить о необычайном богатстве других систем права. Их заслуга состояла в попытке описать эти системы в соответствующих терминах, чтобы социально-экономические данные могли занять подобающее им важное место, что совсем не отвечало представлениям большинства юристов того времени. Способны ли мы ощутить эмоциональное напряжение — и, быть может, интеллектуальное опьянение, — испытанное, скажем, Бахофеном, когда он писал: «Среди хаоса мы замечаем систему; вместо произвола мы признаем необходимость»? В действительности он был основателем сравнительного права, которое впервые стал преподавать Мэн в Оксфорде двадцать лет спустя. Заметим также, что, несмотря на ошибки эволюционизма, его уроки отличны от уроков расизма, которому он противостоял: неодинаковость уровней культурного развития не является чем-то врожденным и непреодолимым, поскольку является производным от технологических и экономических факторов.

Неоэволюционисты. Подвергаясь нападкам со стороны теоретиков различных направлений, эволюционизм вновь появляется

лишь к 1943 г. в виде новой, более разработанной концепции[1]. Несколько лет спустя Стюарт разрабатывает концепцию *многолинейной* эволюции, предугаданной Мэном: наблюдение за обществами, не связанными между собой, позволяет выявить закономерности в изменении культур. Но в отличие от сторонников однолинейной эволюции Стюарт считает, что нельзя из этих параллелей выводить всеобщие законы. В 1963 г. Карнейро, оспоривающий это последнее ограничение, вводит понятие дифференциальной эволюции: каждое общество развивает различные элементы своей культурной системы, в том числе и права, причем в различной степени и в различных ритмах, что также предугадал Тейлор в 1871 г. Одновременно, желая заполнить серьезный пробел авторов XIX в., неоэволюционисты стремятся создать точный измерительный инструмент для оценки культурных изменений: в 1956 г. Наролл разрабатывает «индекс социального развития», в котором право фигурирует наряду с другими эталонами меры, сравнительное использование которых позволяет достигнуть количественно выражаемых результатов в виде графиков и формул. Заметим, что создание таких таблиц конкретизирует и даже акцентирует наглядным образом одну из ключевых идей эволюционизма, которая не является самой уязвимой для критики: существуют *более или менее* развитые общества. В действительности же математический характер этих графиков не должен создавать иллюзий: они подвержены определенной идеологии, не только классификационной, но прежде всего устанавливающей иерархические подчиненности.

В юридическом плане наилучшим представителем неоэволюционизма является, несомненно, Э. Адамсон-Хобель, который в опубликованной в 1954 г. книге «Право первобытного человека» развивает свою концепцию «общего смысла эволюции права». Для него не существует однолинейного развития права, но он считает вслед за Спенсером, что происходит переход от простого к сложному. На уровне способов производства хронологические связи между огородничеством и пастбищным хозяйством должны измениться (пастбищное хозяйство не обязательно предшествует огородничеству), ибо все зависит от экологических условий. Кроме того, общество не обязательно должно пройти через все стадии эволюции (так, инуиты перешли практически от охотничества-собирательства к современному хозяйству). Но общий смысл эволюции в том, что она происходит под знаком возрастания юридических норм и согласительных процедур разрешения конфликтов, при этом мы не должны рассматривать общества с «минимальным правом» как общества качественно *низшие* по отношению к другим. Ясно, что у

[1] См: *White L. A.* Energy and the Evolution of Culture // American Antropologist. 1943. № 45. P. 335—356.

4. Заказ № 1837.

более первобытных обществ (таких, как общества собирателей и охотников) мало права. Не потому, что они более анархичны, чем цивилизованные общества, а просто потому, что у них меньше потребности в праве. Их более сильно выраженная однородность и то обстоятельство, что отношения носят более открытый характер, имеют своим следствием более редкие конфликты и, следовательно, делают право менее необходимым. В действительности право начинает реально появляться лишь с переходом к сельскому хозяйству. Юридические нормы становятся более определенно выраженными, более детальными и более многочисленными; организация контроля за их исполнением переходит от родственных структур к обществу и его представителям, появляется публичное право.

Наконец, можно увидеть близость позиций этих авторов и политолога Ж. Лапьера, для которого возникновение государства вписывается в эволюционную схему, которая не везде одинакова, но все же подчиняется одному определяющему фактору. Общества, чья политическая система достигла такой степени специализации и дифференциации, что подошла к организации государственного типа, были обществами, которые были поставлены перед необходимостью перемен по различным причинам внутреннего или внешнего порядка и смогли адаптироваться к этой необходимости, осуществив это важнейшее нововведение, каковым является государство. Но *не все общества были на это способны.* Те, кому это не удалось, исчезли. В противоположность Кластру Лапьер не думает, что государство это бич, напротив, для него это выражение процесса адаптации к переменам.

Тезисы неоэволюционизма свидетельствуют, на наш взгляд, о более глубокой проработанности этих идей по сравнению с идеями, выдвинутыми в XIX в. Невозможно отрицать, что *все общества изменяются,* что они воспринимают или отвергают перемены, что формы этих перемен *различны,* что они не следуют одна строго за другой, что эти различия не запрещают искать общие законы путем сравнительных методов. Все это должно быть занесено в актив неоэволюционизма. Но он, однако, не свободен от критики. С одной стороны, само использование понятий эволюции и усложнения качественного состояния увековечивает старую идею о качественной иерархии между различными обществами, которая происходит от трудно воспроизводимого философского выбора (а студенты должны знать, что за каждой теорией, какой бы строго объективной она ни была, всегда кроется определенный философский выбор). С другой стороны, концепция «общего смысла эволюции права» вызывает вопрос. На методологическом уровне, как мы скоро убедимся, Хобель справедливо подчеркивает, что право в традиционных обществах выражается скорее в процессах, нежели в самих фиксированных нормах. Обоснован ли тогда вывод, что

эволюция касается не только формы, в которую облекаются правовые явления, но и их качественного и количественного совершенствования? Иными словами, использование процессуального метода, видимо, ведет к признанию, что правовые системы традиционных обществ столь же сложны, как и у современных обществ. Формулируя эти вопросы, надо было сделать второй большой выбор в юридической антропологии. Он принял форму дискуссии, которая продлилась полвека.

§ 2. Идентификация права: нормативный и процессуальный анализ

Новая теория: функционализм. Б. Малиновский родился в 1884 г. в Кракове. После завершения курсов физики и математики он ориентируется на антропологию в результате чтения работ Фрейзера. Первая мировая война застает его в Австралии, где он изучает родственные отношения аборигенов. Имея австрийское гражданство, он должен был быть арестован, но ему удалось убедить австралийские власти заменить тюремное заключение поселением среди туземцев, у которых он пробыл довольно долго. Из этого опыта родится труд «Аргонавты западной части Тихого океана» (1922). Впоследствии Малиновский будет продолжать подолгу жить там, где проводились его исследования (в частности, на островах Тробриан в Меланезии), порвав с традициями кабинетной антропологии. Он занимает кафедру антропологии в Лондоне и получает британское гражданство, но часто ездит в Соединенные Штаты, где и решает поселиться с началом второй мировой войны и где вскоре умирает в 1942 г. в Нью Хейвене.

Малиновский стоит у истоков новой теории — теории функционализма. Два аспекта его творчества особенно важны для юридической мысли. С одной стороны, это настоятельная необходимость полевых исследований, что приближает право к реальности: ведь право состоит не только из абстрактных принципов, которые мы вписываем в наши кодексы, но и из конкретных явлений, которые могут быть ощущаемы при непосредственном наблюдении. С другой стороны, его концепция общества как культурной системы, все составляющие которой связаны между собой, приводит его к заключению о том, что право зависит от других факторов, биологических и культурных. Но становясь на такую позицию, он проявляет склонность смешивать право с его производными факторами. Тем не менее его влияние на современную юридическую антропологию остается огромным, поскольку анализ процессов, основанный на отличной от нормативного подхода эпистемологии, непосредственно вытекает из его концепции права (термин «процесс» означает здесь исследование процессов разре-

шения конфликтов, в то время как специалисты по гражданскому праву используют его, скорее, для обозначения юридической процедуры).

Две парадигмы: нормы и процесс. Нормативный анализ соответствует господствующей концепции права в том виде, в каком она преподается в странах с цивилистской традицией: право состоит главным образом из определенного числа фиксированных норм, содержащихся в текстах, сгруппированных чаще всего в кодексы. Среди западных юристов сторонники традиций прецедентного права занимают менее жесткую позицию, что делает их более восприимчивыми к процессуальному анализу: действительно, системы прецедентного права основаны скорее на юридических прецедентах, нежели на кодифицированном праве. Несомненно, это является одной из причин, объясняющих, почему процессуальный подход и «case method», на котором основана система прецедентного права, получили широкое распространение в англоговорящих странах.

С другой стороны, предпочтение нормам также выражает выбор, объясняющий природу нарушения этих норм и природу конфликтов; это — философский выбор. Для нормативистов социальная жизнь управляется правилами, нормальное поведение состоит в следовании этим правилам, а конфликт выглядит как патологическое поведение. В общих чертах эти идеи имеют хождение наравне с утверждением, что для своего увековечения общество нуждается в централизованных институтах, издающих эти правила, и в судебном аппарате, наказующем за их нарушения.

Напротив, те, кто ценят прежде всего процессы, считают, что человек сотрудничает с себе подобными главным образом благодаря интересу. Если же этот интерес не подкреплен четко сформулированными нормами, это происходит либо потому, что этих норм просто нет, либо потому, что их недостаточно для удовлетворения этого интереса. Индивиды придают меньше значения этим нормам, чем конкретному поведению тех подобных себе, с которыми они вовлечены в отношения взаимности. В этом случае конфликт совсем не является выражением патологического состояния, а предстает как адаптивный процесс, не только нормальный, но даже, согласно П. Боханнану, неизбежный и позитивный: конфликт является одним из условий развития индивида и человечества, следует лишь стараться регулировать его, а не подавлять. Коль скоро эти две парадигмы вытекают из философского по природе выбора, они влекут за собой важнейшие правовые последствия, о чем и пойдет речь.

Нормативный анализ. Было бы ошибкой утверждать, что эти посылки свойственны лишь западным правоведам-позитивистам. Их высказывают также антропологи и социологи. Наиболее известно определение Радклифа-Брауна и Роско Паунда: право есть

тип «социального контроля, осуществляемого систематическим применением силы, которой обладает политически организованное общество». Для Э. Адамсона-Хобеля «социальная норма является правовой, если факт небрежения ею или ее нарушения находит регулярное противодействие в виде угрозы применения или фактического применения физической силы индивидуумом или социальной группой, пользующимися общественно признанной привилегией поступать таким образом». Многие полевые исследования, проводившиеся в тридцатые и сороковые годы, основывались именно на этих принципах и завершались неизменно составлением списков норм в соответствии с классификациями цивилистских систем или прецедентного права. Часто эти результаты использовались в виде учебников для колониальной администрации, которая нередко должна была выступать в роли апелляционной инстанции по делам, решавшимся туземными судами.

Было бы, однако, несправедливо сводить к несколько карикатурным результатам творчество нормативистов. Некоторые труды, сконцентрированные на анализе норм, являются, напротив, классическими работами юридической антропологии.

Тем не менее нормативный подход имеет серьезные недостатки, если принимать во внимание межкультурную перспективу, являющуюся основой антропологии.

С одной стороны, такой подход приводит к игнорированию многих обществ, централизованных или нет, у которых нет права. И здесь мы имеем дело с философской позицией, которая влияет на определения, даваемые праву: в зависимости от того, насколько широко это определение, можно по своему усмотрению включать в поле зрения лишь «цивилизованные» общества или, напротив, распространять исследование и на другие общества. Остается констатировать, что отождествление права со сводом абстрактных и фиксированных правил, привязанных к основанному на силе репрессивному аппарату, существенно сужает правовое пространство.

К тому же такой подход вызывает подозрение, что как бы случайно это пространство четко ограничено Западом (причем в это пространство попадает всего несколько незападных обществ, таких как Китай династии Цинь (221—206 гг. до н. э.) или ацтеки, у которых была нормативная концепция права). Это делается потому, что большинство традиционных обществ не имеет таких сводов законов. Возьмем конкретный пример. Если индейца из племени команчи спрашивают: «какое правило применяется в случае похищения жены у мужа кем-либо из людей племени?», возможно, что он ответит так: «не знаю, но мне помнится, что много полнолуний назад, когда сестру моей матери умыкнул такой-то, с ним поступили следующим образом...»

Наконец, нормативный анализ выявляет свои серьезные дефекты при применении его к так называемым «цивилизованным» обществам и к обществам с кодифицированным правом. В Китае на протяжении почти всей его истории господствовала конфуцианская доктрина, согласно которой абстрактные правила «фа» не являлись нормальным средством выражения социального порядка или средством разрешения конфликтов; им должно было предпочитать моральные установления («ли»), а не средства правового регулирования, которые, однако, считались хорошими для варваров (других народов). Кроме того, законы не должны были играть иной роли, кроме некоей модели, и уж во всяком случае не должны были иметь императивного характера.

Даже в Риме, в течение всего республиканского периода, законов издано не очень много (800 leges rogatae от начала Республики до Принципата, из них всего 26 по частному праву, по преимуществу на основе обычаев предков — mos maiorum, большинство — leges imperfectae, т. е. устанавливающие правило без какой-либо санкции.) Мы знаем к тому же, какое определяющее значение в процессе нормотворчества имела инициатива магистратов, которые часто создавали ту или иную норму путем предоставления сторонам права обращаться в суд. Даже известные законы XII таблиц не являлись кодексом в современном смысле слова, а, скорее, записью определенного числа обычаев. С другой стороны, когда даже они существовали в виде писаных норм, эти правила не исполнялись автоматически: не только потому, что некоторые из них утратили силу, но и потому, что многие применялись довольно нерегулярно.

Наконец, следует заметить, что даже в наших современных обществах, где каждый гражданин обязан знать нормы, на практике дело обстоит далеко не лучшим образом: гражданин часто не знает норм права либо узнает о них случайно из средств массовой информации.

Из этих нескольких замечаний становится очевидным, что нормативный анализ может учитывать лишь часть правовых явлений и только в отдельных обществах. К тому же анализ работ сторонников этой теории показывает, что большинство из авторов (в частности, Глюкман и Фаллерс) проводили свои исследования в обществах с централизованной политической организацией и четко выделенным судебным аппаратом. Следует вместе с тем признать, что методология, избирающая объектом исследования общества, наилучшим образом отвечающие философскому выбору исследователей, является также и методологией, используемой сторонниками процессуального анализа, которые сконцентрировали свои усилия на «безглавых» обществах (т. е. обществах без предводителей), где конфликты разрешаются по преимуществу не правовым путем.

Процессуальный анализ. В своей работе «Преступление и обычай в диком обществе» (1926 г.) Б. Малиновский использует анализ, противоположный нормативному анализу (который тогда был традиционным методом), отказываясь увязывать право с санкцией, исходящей от центральной власти. Право, по его убеждению, должно определяться своей *функцией,* а не *внешними формами* своего проявления. Право выполняет прежде всего функции *взаимности:* сила, которая связывает между собой индивидов и группы и позволяет им жить в сообществе, является результатом отношений взаимных обязательств; именно взаимность этих обязательств обеспечивает спайку общества, а не принуждение со стороны центральной власти государства. Другими словами, поведение индивида моделируется в большей мере общественными отношениями, чем нормами и инструкциями. Что же тогда надо считать правовым (правопослушным) поведением? *Для большинства авторов именно в случае,* когда право *подвергается сомнению, лучше* всего проявляется *то право, в которое вживается индивид и которым он руководствуется.* Право, следовательно, более ярко проявляется в процессе урегулирования конфликтов, нежели в нормах, хотя и они играют определенную роль в разрешении споров.

Этот акцент на конфликте побудил авторов выявлять все его аспекты: не только фазу урегулирования спора, но и историю возникновения конфликта, характер взаимоотношений между сторонами, способ урегулирования конфликта (самими сторонами, благодаря вмешательству посредника, арбитра или судьи), способ исполнения или неисполнения принятого решения и т. д. Процессуальный метод основан, таким образом, на анализе конкретных дел (case method), скрупулезно собираемых и описываемых.

Синтез. Процессуальный анализ дает неоспоримые преимущества. С одной стороны, с антропологической точки зрения, он несравненно лучше нормативного подхода применим к сравнительному исследованию различных культур и вовлекает в орбиту права большое число обществ. В философском смысле он укрепляет аргументы сторонников универсальности права. С другой стороны, он в большей мере, чем нормативный подход, приспособлен к исследованию изменений, столь важных в наше время умножающегося числа явлений аккультурации. Наконец, в отличие от своей теории «living law», он позволяет связать воедино реальную и идеальную стороны права, поскольку решение по одному спору становится моделью решения подобных споров в будущем (такова основа современной юриспруденции).

Однако, если процессуальный анализ позволяет достигнуть более широкого, чем при нормативном анализе, познания правовых явлений, case *method,* на котором он основан, не может претендовать на глобальный охват правовых явлений, поскольку право

не сводится к одним лишь конфликтным процессам. Следует заметить, что правопослушание представляет собой самую распространенную форму соблюдения права: в отличие от утверждений Малиновского, человек не всегда сознает, что при защите своих интересов он применяет какую-либо стратегию. Он подчиняется правилу, либо потому что опыт его жизни или образование сделали это правило частью его внутренней сущности, либо потому что он опасается санкции за его неисполнение, либо потому что он считает это правило разумным.

Резюмируя, скажем: *правовое существование человека может протекать и вне конфликтов.*

Вслед за Ж.-Л. Комаровым и С. Робертсом («Нормы и процесс», 1981 г.), которые основывают свой анализ на изучении общества тсвана, мы убеждены, что в наше время необходимо вместо противопоставления нормативного анализа процессуальному использовать подход, который учитывает оба описанных выше подхода. Этот подход должен быть синтетическим. Изучение норм небесполезно: надо исследовать не только их содержание, но и то, как каждая из сторон спора воспринимает и толкует их в ходе конфликта, а также после вынесения решения по его разрешению. Нормы-правила представляют собой не только обрамление права, но и его суть. Необходимо также исследовать причины, по которым применяются, игнорируются или нарушаются те или иные нормы, а стадии развития конфликта могут быть хорошим дополнительным подспорьем для наблюдения.

Благодаря процессуальному анализу мы, таким образом, констатировали, что юридическая антропология перенесла свое внимание на конкретный анализ правовых явлений и правового поведения. Продолжая идти в этом направлении, мы обнаружим, что за одним правом — обобщенно говоря, за государственным правом — могут скрываться другие формы права; появилось даже целое направление исследований, имеющих своим предметом наложение одних форм права на другие и подводящих под эти исследования теоретическую основу так называемого правового плюрализма.

Выводы. Какие выводы можно сделать, ознакомившись с чередой этих теоретических концепций? На наш взгляд, их может быть четыре.

1. Прежде всего, направления юридической антропологии тесно связаны с социальной и культурной антропологией: с некоторым опозданием она следовала за основными теориями, имевшими хождение в то или иное время, такими как эволюционизм, функционализм (на долю структурализма выпало меньше успеха, возможно, потому, что К. Леви-Строс никогда не изучал специально правовые явления, за исключением отношений род-

ства и их связи с правом). Она несет на себе печать плюрализма, по преимуществу социологического происхождения. Можно лишь удивляться тому, какое слабое влияние оказали на нее чисто правовые теории. Хотя, возможно, вряд ли стоит ожидать чего-то другого. Ибо, с одной стороны, инструментарий традиционной юридической науки трудно применим в плане межкультурных исследований по причине его явной этноцентристской окраски; с другой стороны, юридическая антропология не вызвала до сих пор подобающего интереса крупных авторов из области классических юридических дисциплин (Ж. Карбонье являет собой исключение, подтверждающее правило), которые не обогатили эту дисциплину своим теоретическим вкладом. Почти полное отсутствие этой дисциплины в правовых образовательных циклах прошлого и настоящего лишь усугубило эту ориентацию.

2. С другой стороны, перечисление основных теоретических ориентации может смутить юриста-традиционалиста, привыкшего к меньшей подвижности. Это, однако, довольно распространенное явление в развитии наук, особенно в так называемых «критических» дисциплинах: гораздо легче описывать мир, чем объяснять его. В зависимости от эпохи изменяется и наша манера задавать вопросы, она определяется изменением наших собственных потребностей и приводит, таким образом, к разным ответам: наблюдатель оказывает влияние на исследуемый объект. Нельзя никогда забывать, что никакая теория не выражает реальности мира во всей полноте, она выступает лишь посредником между миром и разумом.

3. До сегодняшнего дня юридическая антропология не могла дать ясный ответ на основной вопрос о единстве или множественности человеческих общностей. Попытки эволюционистов дать обобщающую историческую однолинейную реконструкцию потерпели провал. Сейчас же настойчивое подчеркивание плюралистичности приводит к обратному — отдаляет нас от представления об универсальности мира. Тем не менее возвращение антропологов на западную почву преподносит нам немало сюрпризов в том смысле, что первые полученные результаты показывают: традиционные и современные общества менее отдалены друг от друга, чем мы думали.

4. Наконец, те, кто получил образование в традициях позитивного права, подумают, вероятно, что все предшествующее развитие права несет на себе печать спекулятивного подхода и лишено юридической строгости. На это легко ответить тем, что «юридическая строгость», на которую нередко ссылаются, есть иллюзорная строгость. Традиционные концепции права являются для правовой науки тем же, чем традиционная геометрия является для пространственной геометрии: они заставляют верить в то, что

мир подчиняется единой логике, в то время как он управляется благодаря пересечению многих логик.

Подлинная строгость состоит, на наш взгляд, в учете того факта, что реальное как бы завуалировано, а это требует от нас многих попыток, чтобы уловить это реальное. Таким же образом развивалась и юридическая антропология, отправляясь вместе с эволюционизмом от историко-нормативного подхода к праву в наиболее «очевидных» его проявлениях, она затем благодаря функционализму и процессуальному анализу стала изучать более подробно поведение людей, чем кодексы, затем, признав плюрализм, она открыла существование наряду с государственным правом множества правовых систем.

Вовсе не смешивая строгость и научность, точность и истину, юридическая антропология, как сказал однажды М. Аллио, «есть в конце концов способ заниматься правом более углубленно».

ЧАСТЬ ВТОРАЯ
МЫСЛИ О МНОГООБРАЗИИ: ЮРИДИЧЕСКАЯ АНТРОПОЛОГИЯ ТРАДИЦИОННЫХ ОБЩЕСТВ

Юридическая антропология многим обязана Африке. Ее очень многочисленные правовые системы (более четырех тысяч на всем пространстве континента) образовали для этой науки основное поле экспериментирования в области многообразия и послужили базой для развития идей об их различиях. Вопреки идее, высказанной Гегелем, Африка вовсе не являет собой детство человечества. Со многих точек зрения ее образ мышления является более зрелым, чем наш. Это касается, в частности, места и функций, которые отводятся в нем праву. Именно поэтому мы решили в этой второй части нашего труда, посвященного исследованию традиционных правовых систем, уделить особое внимание правовому опыту обществ Черной Африки, с доколониальной эпохи и до наших дней.

Без сомнения, поступая так, мы ограничиваем наше исследование в географическом плане, поскольку в других частях света, в частности в Индонезии и в Северной Америке, также существуют традиционные правовые системы, изучаемые антропологами. Мы считаем, однако, что многие черты, присущие традиционному африканскому праву, встречаются и у других народов. Ибо роль, отводимая праву, зависит от того, каким видится обществу вселенная и человек. Поэтому образ мышления американского индейца, индонезийца или африканца имеет больше общих черт и сильно отличается от образа мышления западного человека. В этом смысле изучение права Черной Африки относится не только к области юридической этнологии, но и к области юридической антропологии.

В первой главе мы коснемся основных принципов традиционного права. Во второй главе будет рассмотрено его применение в трех основных видах отношений между людьми: родственных отношениях, отношениях собственности и договорных отношениях. Третья глава будет посвящена вопросам урегулирования конфликтов, и, наконец, четвертая глава будет касаться вопросов развития правовой культуры.

Глава I
Традиционная юридическая система

В нашем обществе стало модно противопоставлять экзальтацию современного мира «мудрости» обществ, которые ранее именовались дикими. Может быть, это только мода, но тем не менее мы еще очень многого не знаем об этих обществах, особенно в юридическом плане. Ниже мы постараемся исправить это положение и описать в трех разделах идеальный юридический порядок, преломление этого порядка в реальной общественной и политической жизни и оригинальные решения, каковыми являются юридическое общение и общинная модель.

Раздел 1. Идеальный юридический порядок

Африканский образ мышления предлагает специфическое виденье мира, которое влечет за собой ряд юридических последствий. Мы изучим эти вопросы в двух параграфах.

§ 1. Африканское виденье мира и общества

Реализм африканского образца мышления. Африканский образ мышления рассматривает единство через призму дифференциации и соединяет видимое и невидимое в порядке реальности. Для африканских религий Бог является совершенным существом, но он имманентен, т. е. присущ миру. Сотворение происходит в результате расширения единства между человеком и Богом через дифференциацию. Вначале сливались в хаосе, который не являлся, однако, небытием, будущее творение и будущий творец. Созидание происходило постепенно, через серию последовательных дифференциаций: основной Бог выделился из вещества, затем его могущество образовалось в виде взаимодополняющих пар, которые позволили ему сначала вывести из хаоса видимый мир, а затем, после трудных испытаний, и самого человека. В свою очередь, человек продолжает Созидание, создает общественную жизнь, используя для этого все тот же метод дифференциации (одни люди станут крестьянами, другие кузнецами, охотниками или колдунами, третьи землевладельцами, политическими вождями и т. д.).

Эта дифференциация есть не что иное, как продолжение единства, которое отрицает единообразие. Действительно, с одной стороны, общественные, политические и юридические деления толкуются как дополнительные и присущие модели отношений, которую мы называем общинной моделью и которая не является ни коллективистской, ни индивидуалистской. С другой стороны, видимый мир, т. е. сообщество живых существ, не отделен от невидимого мира — главного бога, божеств и предков. Божества нуждаются в людях так же, как люди нуждаются в божествах; когда человек умирает, он не попадает ни в рай, ни в ад, но остается на земле, становясь отныне частью невидимого мира.

Таким образом, африканский образ мышления является не идеалистическим, не материалистическим, а реалистическим, поскольку видимое и невидимое, субъект и объект, природа и культура совместно участвуют в порядке реальности. Специфичность этого образа мышления оказывает свое влияние на африканское право. В этом смысле «прибегнуть к праву» отнюдь не означает сослаться на комплекс нормативных актов, принятых заранее и носящих общий и абсолютный характер. Это означает, скорее, истолковать в каждом конкретном случае поведение человека и определить границу между устремлениями отдельных людей и потребностями жизни в обществе.

Кроме того, поскольку единство и взаимодополняемость должны превалировать над разделением и противостоянием, часто утверждается взаимозависимость между людьми и имуществом, которая выражается в двойном движении: персонализации имущества и «овеществлении» людей. Персонализация имущества имеет место в той мере, в какой различное имущество имеет различный статут. Имущество может различаться по его принадлежности: некоторые виды имущества принадлежат отдельным людям и могут свободно обмениваться; другие тесно связаны с личностью своего владельца, определяют его функции и не могут передаваться. Таким образом, виды имущества различаются по их предназначению: одни из них могут свободно циркулировать, тогда как другие могут выйти за пределы владеющей ими группы только в четко определенных обстоятельствах и формах (в принципе, земля является «родовым» имуществом, т. е. она не может выйти из владения родовой группы: это семейная, непередаваемая другим лицам собственность). С другой стороны, может иметь место «овеществление» людей. Оно происходит в результате перехода индивидуума из своей первоначальной группы в какую-либо другую, в связи с чем он утрачивает свою личность: военнопленный; приданое к свадьбе или выкуп за невесту призваны символизировать союз между двумя семьями, но они являются также чем-то вроде материальной компенсации группе, которая «потеряла» женщину.

Наконец, такое же враждебное отношение к делению наблюдается и в толковании времени. Понятие времени меньше используется для обозначения расстояния между прошлым, настоящим и будущим, оно служит, скорее, для их связывания в вечность. Другими словами, речь идет не о последовательности, а о непрерывности. Например, при определенных обстоятельствах кузнецы племени догонов собираются по трое: один ребенок, один старик и один взрослый мужчина. Каждый из них по очереди ударяет молотом по наковальне. Этими тремя идентичными жестами они как бы связывают настоящее, прошедшее и будущее, которые олицетворяет каждый из них. Это повторяющееся время является мифом, посредством которого общество как бы утверждает свое тройное господство.

Господство над временем, людьми и пространством. Время, люди и пространство — вот три области, над которыми африканские общества господствуют благодаря своему мифическому образу мышления.

Господство над временем влечет за собой господство над смертью. Систематически обращаясь к далекому прошлому, миф идеально стирает искажения, вызванные историческими переменами. Он напоминает первоначальное устройство общества, указывая каждому человеку место, которое он занимает внутри каждой из групп, к которым он принадлежит, с тем, чтобы эти группы могли сохраниться, несмотря на браки и смену поколений. Только человек эфемерен, общество переживает его.

Господство над индивидуумами через мифы также позволяет обществу воспроизводиться: в принципе, традиционные социальные деления не должны оспориваться индивидуумами.

Господство над пространством обычно проходит через господство над индивидуумами: в зависимости от группы, к которой принадлежит тот или иной индивидуум, он получает право на различные способы использования земли. Эти три вида господства комбинируются по парам с тем, чтобы обеспечить достижение двух основных целей: преемственности и сбалансированности общества.

Господство над временем и над людьми обеспечивает общественную преемственность. Человек прежде всего определяется его местом в группе, поскольку только группа является гарантом постоянства. Качество члена группы приобретается лишь благодаря генеалогической связи или связи с определенным местом жительства или, что еще лучше, обеим этим связям. Люди племени база (Камерун) имеют иерархию статусов: на вершине находятся нгвеле («чистые»), объединенные кровными и жительственными связями; затем идут члены племени, объединенные лишь кровной связью, и, наконец, бет лонг («иностранцы»), имеющие лишь связи по месту жительства (иммигрант, временно проживающий иностранец, клиент, раб). Каждому статусу соответствуют свои права, идущие также в нисходящем порядке.

Воспитание индивидуума ориентировано на его включение в группу, для которой он предназначен: инициация, различные обряды преследуют цель поднять престиж этой группы в его глазах. Равным образом основные виды деятельности и ремесла (например, ремесло кузнеца) окружены особым мифическим ореолом. Во всех случаях имеет место идеал господства над временем. Длительность может не играть никакой роли благодаря отрицанию хронологического времени. Так, например, умерший не считается исчезнувшим навсегда: если он становится предком, он продолжает присутствовать в мире живых и является объектом поклонения. Однако длительность может быть также преодолена благодаря процессу господства над течением времени. Этим объясняется значение, которое обычно придается генеалогии. Благодаря генеалогии (иногда даже фальсифицированной) легализуются связи по восходящей и нисходящей линиям, определяется место нынешнего поколения в хронологии, поскольку это поколение оказывается тесно связанным с прошлыми и будущими поколениями.

Одновременно с социальной преемственностью необходимо также обеспечить сбалансированность общества. Эта цель идеально достигается за счет господства над пространством и людьми.

Господство над пространством не обязательно означает, как это имеет место в наших обществах, господство над определенной территорией. Более важным представляется гибкое толкование пространства в зависимости от потребностей группы с тем, чтобы сохранить сбалансированность институтов. Действительно, идея пространства в большой степени зависит от общественных ценностей и институтов. Например, у племени тив (Нигерия) идея пространства вытекает из генеалогии: каждый род обитает и перемещается в пространстве в зависимости от места, которое он занимает внутри общества по сравнению с другими родами. Поскольку организация пространства в большой степени зависит от социальной иерархии, легко понять, что в конечном итоге она основывается на правилах, регулирующих господство над индивидуумами. Эта связь делает в принципе очень эффективным общественный контроль: индивидуум, исключенный из своей социальной группы, отлучается также и от использования пространства, в результате чего выживание становится для него трудной, а подчас и невозможной проблемой.

Из комплекса этих идей рождается специфическое понятие источников права.

§ 2. Источники африканского права

Источники права в традиционной Черной Африке аналогичны тем, что приняты в наших обществах: закон, обычай, судебное и доктринальное толкование. Однако специфика африканских воззрений на мир и на общество порождает оригинальные их толкования.

Миф и закон. Мифы дают фундаментальные объяснения создания вселенной, рождения жизни в обществе и определяют основные правила, регулирующие эту жизнь. В целом можно сказать, что мифы объединяют те области, которые современное мышление отделяет друг от друга; один и тот же миф может объяснить, почему луна находится на таком расстоянии от земли и почему какой-либо человек должен взять жену именно в той социальной группе, а не в какой-либо другой. Очень часто речь в них идет о временах очень отдаленных от нас, когда люди и животные могли говорить друг с другом. Из мифов рождаются правила, регулирующие жизнь в обществе: моральные, религиозные, юридические. Таким образом, внимательное чтение мифов позволяет создать себе представление о содержании юридических норм и обычаев, свойственных тому или иному обществу.

Как правило, в мифах о зарождении вселенной и общества говорится об изначальном хаосе, который боги и люди стремятся преодолеть.

Например, для догонов вначале было яйцо мира, внутри которого находились две пары близнецов. Одна пара должна была стать стражем порядка, а другая занималась тем, что создавала беспорядок. Двое близнецов первой пары вступили в идеальный брак, соединились и дали жизнь новому поколению близнецов. Что касается другой пары, то близнец мужского пола вышел из яйца до срока, покинув таким образом близнеца женского пола, с которым он должен был вступить в брак, что и привело к беспорядку в мифическом мире. Покидая яйцо мира, этот близнец-дезорганизатор прихватил с собой несколько семян и кусочек плаценты. Позднее из этого кусочка плаценты он создал землю и, поскольку у него не было самки, он соединился с этой землей. Этот союз противоречил закону (он должен был жениться на своей сестре) и одновременно был нечистым (близнец соединился со своей родительницей, поскольку земля представляла собой лишь производное от плаценты, из которой он сам был рожден). Кража семян и порочность этого союза дали повод паре близнецов—стражей порядка для вмешательства в дела на земле.

В силу реализма африканского образа мышления этот мифический мир непосредственно переходит в видимый мир: некоторые юридические правила являются ничем иным, как воспроизведением мифического повествования. Так, например, обстоит дело с родственными связями по материнской линии и с отношениями между племянником и единоутробным дядей, которые часто отмечены некоторой враждебностью. Для догонов единоутробный дядя ассоциируется с близнецом, который покинул свою пару, не женившись на ней: взяв жену вне своего рода, он покинул свою сестру. Сын этой последней, т. е. племянник, должен, следовательно, наказать его за это дерзким поведением или ритуальными кража-

ми. Таким образом, становится понятным тесное родство между мифом и законом. В традиционных обществах миф выполняет роль закона. Посредством предписаний и запрещений, преследующих цель восстановить порядок, нарушенный силами беспорядка, он утверждает гуманное общество, устанавливая в нем иерархию взаимодополняющих групп. У народности бамбара, вождь племени фаро классифицирует живые существа, определяет кастовую принадлежность, указывает ограничения в пище, которые должна соблюдать каждая социальная категория, и рассылает духов повсюду с тем, чтобы они следили за всеобщим порядком. Если беспорядок или угроза беспорядка не могут нигде и никогда быть полностью устранены, мифические запреты преследуют цель по крайней мере упредить общество. Некоторые мифические запреты могут усиливать власть людей, ответственных за правовой порядок, ограждая их от посягательств сил, вызывающих беспорядок. Это особенно касается религиозных официальных лиц, возможные ошибки которых способны подвергнуть опасности все сообщество. Именно поэтому Хогон Догон (Высший жрец догонов), ответственный за целостность вселенной и страж возделываемых земель, не должен ни при каких обстоятельствах оказаться «нечистым», иметь с кем-либо (исключая свою жену) любые контакты, выполнять какую-либо работу.

Эта законодательная власть мифа объясняет тот факт, что во многих обществах за человеком не признается такая же власть. У евреев законом является Тора — договор о союзе с Яхве, поэтому правитель не имеет законодательной власти. В традиционном мусульманском праве источником права является Коран, и правитель также не имеет законодательного права: он является исполнителем, но не законодателем. Во многих африканских обществах человек может лишь прибегать к праву, поскольку только мифы могут творить право.

Наши общества, кажется, отходят от этих моделей в той мере, в какой они, напротив, утверждают власть человека над правом. Поэтому законодатели являются у нас очень заметными фигурами. В действительности же они лишь придают закону, который может исходить от Бога, от Князя, а теперь от Народа, характеристики, которыми обладает миф в традиционных обществах: законодательная речь, произнесенная в повелительном или сослагательном наклонении, содержит, как и любой миф, комплекс нормативных предложений, высказанный в повествовательной форме. В наших современных обществах, которые ценят перемены, господство человека над законом посредством смены законодательной власти якобы призвано способствовать социальному развитию. Но не ведет ли это к слишком большой пластичности права, которая может дать совершенно обратный результат, выражающийся во все менее и менее контролируемом влиянии права на человека? Явления законодательной и регламентарной инфляции,

5. Заказ № 1837.

которые все более беспокоят наших юристов, дают основания думать именно так. Это тем более очевидно, что контроль над человеком посредством мифа, похоже, лучше защищает его, чем контроль посредством закона[1].

В заключение можно сказать, что миф, используя метафорический и аналогический язык, устанавливает классификацию, которой регулируется общение между живыми существами на видимом и невидимом уровнях с тем, чтобы беспорядок не смог взять верх над порядком. Идеальный юридический порядок, который он устанавливает, основывается, следовательно, на непрерывности и сбалансированности, утверждая одновременно волю традиционного общества господствовать и над временем, и над людьми, и над вещами. Таким образом, основное отличие мифического закона от закона современного состоит в том, что мифический закон принадлежит не человеку или какому-либо органу, а всему обществу, что происходит благодаря разнообразию групп, составляющих это общество.

Обычай. Традиционное право также отличается от современного права за счет иерархии, устанавливаемой им между источниками права: обычай играет здесь основную роль. Как правило, западные юристы определяют обычай как укоренившуюся и ставшую обязательной традицию и настаивают на его гибкости и большой приспособляемости к эволюции нравов. По нашему мнению, это означает смешивать идеальное и пережитое. Мы увидим ниже, что обычай отнюдь не является неизменным, что он изменяется в зависимости от потребностей социальной группы, породившей его. Однако в идеальном варианте те, кто использует обычай, настаивают на его функции повторения прошлого, не исключая тем не менее возможности в случае необходимости адаптировать его в соответствии с потребностями времени.

Действительно, в идеальном порядке обычай характеризуется прежде всего своей повторяемостью. Он представляет собой серию похожих друг на друга актов, как правило законных, которые формируют модель общественного поведения благодаря их связи с мифом. Таким образом оказываются решенными две проблемы: происхождение (связь с мифом) и законность (приходится неустанно повторять миф с тем, чтобы не потерять благосклонность невидимых и могущественных сил, защищающих сообщество). Очень часто предки играют роль связующего звена между живыми людьми и мифом.

[1] «...если можно предположить, что сон является ночным видением, позволяющим мышлению оставаться бездействующим в дремоте, то влияние мифов остается тенью, в которой разум скрывается, чтобы людям не ослепнуть в ярком свете дня». — *Smith P.* La nature des mythes. Paris, 1978. P. 729.

Многие этнологи, задававшие коренным жителям вопрос о рациональности того или иного обычая, получали следующий ответ: «Мы поступаем так, потому что так поступали наши родители». Ответ, данный в начале нашего века представителем племени инуитов иглуликов К. Расмунсену, ясно указывает на конфликт между логикой наблюдателя, основывающейся на рациональности, и логикой туземца, основанной на опыте: «Слишком много мыслей порождают лишь беспорядок... Мы, инуиты, не претендуем на то, чтобы дать ответ на все загадки. Мы повторяем древние истории так, как нам их рассказали, и теми словами, которые мы помним... Вы всегда хотите, чтобы сверхъестественные вещи имели какой-нибудь смысл, а мы не беспокоимся по этому поводу. Мы довольны тем, что мы этого не понимаем».

Это отнесение происхождения обычая в мифическое прошлое характеризует второй признак обычая: его спонтанность. Как правило, появление обычая не связано с какой-либо датой земного времени в памяти тех, кто соблюдает этот обычай: обычай принимается таким, какой он есть, уже сформировавшимся, никто не может сказать, что он присутствовал при его рождении. Наконец, обычай является обязательным. Это происходит не только потому, что по самой своей природе он основан на повторяемости, а скорее потому, что, нарушая обычай, человек рискует навлечь на себя гнев сверхъестественных и могущественных сил, а также гнев сообщества живых людей.

Толкование права и урегулирование конфликтов. Юридические правила, порожденные мифами, и обычаи могут для лучшего своего применения потребовать толкования. Обычно в качестве толкователей выступают именитые члены общества и старейшины, которые должны (чаще всего при урегулировании конфликтов) напоминать фундаментальные правила или выводить их из наблюдаемой манеры поведения. С тем чтобы актуализировать идеальный порядок в настоящем времени и обеспечить его превосходство над беспорядком пережитого, институт, осуществляющий право, действует по так называемому принципу накопления источников. Ни один новый источник не может заменить какой-либо уже существующий источник права: он добавляется к уже существующим источникам, никоим образом не отменяя их.

Однако в идеальном варианте человек не является единственным существом, способным конкретизировать право посредством какой-либо санкции: посредничество духов добавляется к посредничеству людей. Духи предков являются стражами мифа и обычаев и способны непосредственно вмешиваться в дело, навлекая на виновного болезнь или смерть. Человек может попросить их об этом путем проклятия своего недруга, что приведет к такому же результату. Этим объясняется особое значение, которое в некоторых обществах придается проклятиям, выраженным ритуализи-

рованными формулами и жестами[1]; как и добро, зло должно обратиться на того, кто его породил, и духи помогут этому процессу или же сами начнут его, если они сочтут себя оскорбленными нарушением правил, которые должны соблюдать живые.

Рассматривать конфликт означает предпринимать изучение порядка пережитого.

Раздел 2. Пережитый юридический порядок

Любое общество имеет идеальный юридический порядок, который не может оставаться нетронутым, когда он вписывается в порядок пережитого. Гармония и сбалансированность приобретают свой подлинный смысл только тогда, когда они сталкиваются с напряжением и конфликтами реального мира. Традиционные общества также не обходятся без напряжения и конфликтов, хотя они и пытаются предупредить их или урегулировать их наименее болезненными для общества методами. Равным образом взаимодополняемость между социальными группами не исключает положения, в котором каждая из этих групп является носителем специфических ценностей, которые могут входить в противоречие. Как правило, одна из этих групп доминирует, а другие просто живут, самовыражаясь в завуалированных формах. Общественный контроль, осуществляемый правом в порядке пережитого, преследует цель управлять конфликтами либо путем восстановления первоначального порядка, либо путем создания нового порядка при условии максимально возможного соблюдения принципов, содержащихся в идеальном порядке. Этот контроль осуществляется в рамках трех фундаментальных отношений, в которых участвует любой субъект права, что влечет за собой некоторое число юридических последствий.

§ 1. Сочетание тройного господства и трех фундаментальных отношений

Три фундаментальных отношения: человек, вещь, бог. В традиционных африканских обществах субъект права оказывается вовлеченным в три серии отношений, которые сочетаются с тремя видами господства, которые мы определили выше.

Первым отношением является *отношение человека к человеку*. Оно обусловлено местом индивидуумов в обществе и уровнем,

[1] Даже в нашем современном обществе случается, что люди клянутся жизнью дорогих им лиц. Кроме того, мы никогда не проклинаем просто так, не задумываясь, человека, по отношению к которому мы испытываем злость. Не следует также забывать и о присяге, которую всегда приносят перед судом.

на котором рассматривается их деятельность. Сюда входят отношения между индивидуумами, группы к группе, группы к индивидуумам или индивидуума к группе. Это отношение является основным в области предупреждения и урегулирования конфликтов. Вторым отношением является *отношение человека к богам*. Его целью является господство над временем и через него господство над индивидуумами. Оно возникает в родственной сфере, где культ предков или их могил способствует организации родовых сообществ; в политической сфере, где власть очень часто считается священной; в сфере собственности, когда речь идет об узаконении или защите некоторых прав.

Третьим отношением является *отношение человека к вещам*. Его целью является прежде всего господство над пространством и затем господство над временем. Оно со всей очевидностью проявляется в сфере собственности при определении методов использования пространства и земли. Это отношение играет определенную роль и в других сферах: родственные отношения (где вмешиваются отношения по месту жительства), супружеские отношения (отношения, связанные с приданым или выкупом за невесту), политические отношения (владение имуществом является очень часто признаком и средством власти).

Эти три типа отношений сочетаются с тремя типами господства: над людьми, над пространством и над временем, которые мы рассмотрели выше.

Соединение идеального с пережитым. Оно обеспечивается за счет соединения трех фундаментальных отношений с тремя типами господства. Каждому соединению отношения и типа господства соответствуют определенная цель, принадлежащая идеальному порядку, и конкретный характер, являющийся результатом вписывания этого соединения в пережитое. Комплекс этих отношений может быть представлен в виде следующей таблицы[1]:

Отношения	Господство	Цели	Конкретный характер
Отношение человек-человек	Господство над индивидуумами	Социальная преемственность	Напряжение и конфликты
Отношение человек-вещь	Господство над пространством	Социальные преемственность и сбалансированность	Реализм права
Отношение человек-бог	Господство над временем	Социальная сбалансированность	Расслоение права

[1] См.: Le Roy *E.* Methodologie de Г anthropologie juridique. Paris, 1977. P. 70.

Каждое социально-юридическое поле в соответствии со своей собственной формулой использует эти три пары типов отношений и господства: используется каждая из пар, но с разной интенсивностью. В земельном праве два непосредственных отношения: это отношение человек—вещь, которое устанавливает способы использования земли, и отношение человек—человек, которое вписывает в пространство социальные иерархии. Что касается отношения человек—бог, то оно служит для узаконения юридического акта, порожденного двумя предшествующими видами отношений, и для его защиты посредством юридических представлений, т. е. путем обожествления земли и ритуализации ее использования. Так, например, догоны говорят, что «... оплакивать умершего — это то же самое, что сеять семена». Это означает, что узы, связывающие человека с землей, связывают его также и с предками. По мнению племени агни, «... не человек владеет землей, а земля владеет человеком». Эти поговорки выражают механизм диалектизации через общие религиозные верования отношений человек—человек и человек—вещь, определяющих юридический акт посредством отношения человек—бог.

В политической сфере отношение человек—человек определяет полномочия властей, отношение человек—вещь служит для организации средств и инструментов власти, в то время как отношение человек—бог узаконивает власть, освящая ее.

Можно согласиться с Э. Ле Руа в том, что сложность этих механизмов является одним из следствий устного характера юридического общения. В традиционном праве отсутствует письменное доказательство обоснованности юридического акта. Поэтому необходимо его подкрепить путем задействования нескольких взаимосвязанных отношений. Так, например, в земельном праве очень рискованно для сторон ставить под сомнение юридические акты по причине санкций, которые обязательно последуют за возможным нарушением отношения человек—бог и к которым добавятся санкции, вытекающие из обычаев земельного общества. Короче говоря, устное юридическое общение не является «менее надежным», чем общение письменное, но оно организует совершенно по-другому защиту юридических актов.

Исходя из этих трех фундаментальных отношений нам предстоит теперь изучить характеристики права, конкретно пережитого традиционными обществами.

§ 2. Характеристики пережитого права

Пережитое право традиционных обществ имеет три основных характеристики: реализм, стратификацию и конфликт, которым соответствуют отношения человек—вещь, человек—бог, человек—человек.

Отношение человек—вещь и юридический реализм. Отношение человек—вещь пронизывает область права и придает ему конкретный характер. Язык, используемый в юридических отношениях, является зачастую языком, используемым в повседневной жизни. Например, у племени волоф «браком на песке» именуется брачный союз, не преследующий цели продолжения рода: такой брак непрочен и может в любой момент распасться подобно горсти песка, утекающего через разомкнутые пальцы. Этот отказ от абстракции объясняет тот факт, что некоторые идеи западного права чужды традиционному праву.

Дело не в том, что традиционное юридическое мышление менее «развито», а в том, что оно подчиняется другой логике. Поэтому традиционное право не знает таких понятий, как «юридическое лицо», «вещь» или «действие». В договорном акте «индивидуальной воле» придается меньшее значение, чем реальному обязательству передать какое-либо имущество. В сфере правонарушений наказанию подлежит в меньшей мере «проступок», нежели отсутствие взаимности и сбалансированности поведения между правами и обязанностями каждого на пользу всех.

Для урегулирования конфликтов используются в меньшей мере обезличенные, недвусмысленные и заранее установленные нормы, нежели очень конкретные процедуры, в которых участвует не только судья, но также и все сообщество и даже стороны конфликта. При такой процедуре происходит обмен поговорками, изречениями или загадками, и ораторское искусство тех, кто их цитирует, является определяющим. Таким путем постепенно находят базу для урегулирования спора. Приведем пример, касающийся юридических фикций (в большинстве случаев они основываются на осуществлении конкретных актов)[1]. Так, у племени фанг лицо, которому нанесен ущерб, вместо того чтобы прямо требовать возмещения этого ущерба от виновного лица, отправляется в другую деревню (к которой виновное лицо не имеет никакого отношения) и убивает там первую попавшуюся ему на глаза козу (или даже в исключительных случаях женщину). Виновник первоначального ущерба оказывается, таким образом, дважды виновным: за проступок, совершенный в отношении жертвы, и за проступок, который совершила сама жертва, убив «невинных» (животное или женщину).

Несмотря на то, что некоторые действия, порожденные таким юридическим суждением, могут нам показаться по меньшей мере странными, само это суждение не ниже и не выше суждения, вы-

[1] Относительно юридических фикций в традиционном африканском праве см.: *Olawale Elias* T. La nature du droit coutumier africain. Paris, 1961. P. 195—204.

веденного из западного права: оно просто совершенно другое. Доказательством тому служит тот факт, что в некоторых африканских обществах в случаях, когда политическая власть отличается от родительской власти, африканское мышление проявляет свою способность к абстрагированию юридического суждения, приближая его к нашему. В этом случае появляется специфический юридический язык, а специализация в судебной сфере становится более ярко выраженной: процедуры отличаются друг от друга (можно выделить арбитражное действие, апелляцию, обжалование в последней инстанции, каковой является монарх), тогда как формализм при оценке разного рода доказательств проявляется более явно. Эти процессы подтверждают следующую мысль: чем более сложна общественная структура, тем более интенсифицируется право. Это подводит нас к необходимости изучить роль, которую играют общественно-политические структуры в расслоении права.

Расслоение права. Отношение человек—бог часто появляется в общественно-политической организации с тем, чтобы узаконить эту последнюю, причем общественно-политическая организация может основываться как на родственных связях, так и на политической власти, более или менее отличной от этих связей. Роль права различна и зависит от типа структуры, которую оно обслуживает. Различают четыре основных типа структур.

Элементарная общественная структура. Родственная организация полностью обеспечивает политические функции. Различные социальные группы связаны узами родства: общественные отношения определяются родственными связями. При этом типе общественной структуры превалируют внутренние связи в группах, которые остаются относительно замкнутыми. Этому соответствует главным образом мифический юридический аппарат, ориентированный скорее на представления, чем на правила, и предпочитающий постоянство, а не изменения. .

Полуэлементарная общественная структура. Родительская власть и политическая власть отличны друг от друга, но связаны между собой взаимозависимостью. К внутренним связям в группах добавляются внешние связи, зачастую являющиеся продолжением внутренних связей в каждой из этих групп: группы объединяются, заключая, например, брачные союзы (в феодальном обществе вассальные отношения определяются степенью родства между вассалом и сеньором). Поэтому эти отношения мы будем именовать «внутренне-внешними». Этой структуре соответствует двухслойный юридический аппарат: к мифическому уровню добавляется обычный уровень. Появляются семейные юрисдикции (глава семьи улаживает споры преимущественно путем примирения) и межсемейные юрисдикции (арбитраж является наиболее часто используемой процедурой, поскольку не существует

внешней и высшей судебной власти, которая может диктовать свое решение).

Полусложная общественная структура. Политическая и родственная власть четко разделены между собой. Политическая власть стремится к централизации. Она вырабатывается в рамках возрастных групп, каст или территориальных организаций. К внутренним и внутренне-внешним связям добавляется новый тип связей. Общественные группы разделены между собой более глубоко, чем в случае обществ с полуэлементарной структурой, а отношения между ними регулируются внешними связями специфического характера, которые зачастую принимают форму соглашений. Эти соглашения могут быть выше групп: тогда речь идет о традиционных законах. Они могут быть также заключены между самими группами: в этом случае речь идет о политических, брачных, экономических и других соглашениях.

Этому типу общественной структуры соответствует трехслойный юридический аппарат: к мифическому и обычному уровням добавляется законный уровень. В соответствии с принципом накопления источников законный аппарат не порывает связи с мифом и обычаем, но отдает приоритет формулированию точных юридических норм и созданию специфических институтов: специализированные судебные органы, исковое производство, административная организация. Появляется договорное право, отличное от дарения и наследования. В сфере земельного права зарождается система распределения земли, которая регулирует отношения между группами и выполняет функции земельного законодательствам

Сложная общественная структура. Она существует в некоторых традиционных обществах, которые характеризуются в этом случае концентрацией политических институтов на городском уровне. Но это явление встречается весьма редко. Напротив, сложная структура характерна для большинства западных обществ, начиная с античных городов-государств. При этой структуре родственная власть практически исчезает и служит лишь для регулирования семейных отношений. В целом же власть в обществе обеспечивается множеством организаций, среди которых доминируют организации, специализирующиеся в осуществлении политической власти, что делает возможным образование государства. Государство же либо стремится к дроблению групп, либо вообще отрицает их существование. Вследствие этого общественные связи рассматриваются правом по признаку публичное—частное: связи существуют лишь между индивидуумами и государством или между отдалеными индивидуумами. Сложной общественной структуре соответствует четверное расслоение источников права: значение первых двух источников (миф, обычай) уменьшается; значение третьего (закон) усиливается, в резуль-

тате чего он стремится смешаться с четвертым источником, каковым является государственный правопорядок. Государство претендует на монополию над законом.

Урегулирование конфликтов: традиционное правосудие. Вместе с господством над индивидуумами отношение человек—человек позволяет обществу существовать непрерывно и противостоять конфликтам и напряженным ситуациям, либо восстанавливая изначальный порядок, либо находя какой-то новый порядок или равновесие.

В общем и целом традиционное правосудие предпочитает не прибегать к заранее установленным нормам, а добиваться восстановления общественного равновесия, нарушенного каким-либо потрясением. Этот общий принцип, который можно назвать традиционной юридической парадигмой, применяется юридическими институтами, характерными для каждой из четырех вышеперечисленных общественных структур.

Элементарная общественная структура. В этих обществах отношения внутри группы регулируются правом, а вне группы — силой. Правосудие может, следовательно, организоваться только внутри группы. Здесь нет ни судьи-специалиста, ни критериев компетенции, ни процедуры обжалования. Арбитраж и решение по гражданскому делу исключаются. Спорные вопросы решаются путем примирения сторон. Посредник стремится убедить конфликтующие стороны прийти к примирению: одна из сторон дает разумную компенсацию, принимаемую другой стороной.

Полуэлементарная общественная структура. Эти общества знают два источника права: миф и обычай. Отсюда вытекает двойственность организации судебной системы. Либо она опирается на мифическое право, и тогда юрисдикция является в основном семейной и использует принцип примирения. Либо она опирается на обычное право, и в таком случае юрисдикция является межсемейной и прибегает к арбитражу. Например, у племени кикуйу (Кения) существуют два типа юрисдикции: семейная юрисдикция на уровне «мваки», во главе которой стоит глава семьи, действующий как посредник; клановая юрисдикция *(кияма),* в которой урегулирование межсемейных конфликтов осуществляется посредством арбитража.

Полусложная общественная структура. Эти общества используют три источника права (миф, обычай, закон), из которых вытекает тройная организация судебной системы: семейное правосудие, общественное (или межсемейное) правосудие, правосудие политической власти. Об этом свидетельствуют общества, существующие у догонов (в Мали), где управление ограничено; у нкоми (Габон), где имеется децентрализованное государство; у народности волоф (Сенегал), где существовало самодержавное государст-

во (с XVIII по XIX век). Несмотря на различие форм, два первых уровня юрисдикции имеют характеристики, определенные выше. Если конфликтующие стороны не удовлетворены общественным правосудием, они вправе обратиться к политическому правосудию. Форма политического правосудия зависит от формы политической организации. Она может официально выражаться иерархизированными административными институтами.

Однако политическая организация может также выражаться неофициально через посредство параллельных институтов, которые горизонтально пронизывают административные институты. Так обстоит дело, например, с так называемым корпоративным правосудием у догонов: общество масок, состоящее исключительно из мужчин, которые якобы представляют мертвых, обладает компетенцией разрешать любые крупные конфликты, в частности те, в которых замешаны женщины.

Правосудие, осуществляемое этими политическими организациями, является правосудием судебного типа. Сторонам объявляется приговор. Кроме возмещений и компенсаций, которые виновный должен выплатить под угрозой санкций, которые еще более усугубят его положение, появляются еще и меры наказания, могущие принимать самые различные формы: моральные (публичное осуждение), телесные (отсечение конечностей), лишение свободы, ссылка, смертная казнь.

Сложная общественная структура. В этих обществах (типичным примером их являются западные общества) государственный закон является основным источником права. Правосудие является официальной монополией государства («никто не вправе судить себя сам») независимо от того, осуществляется ли оно непосредственно государственными судебными органами или юрисдикционными институтами, деятельность которых ограниченно разрешена государством. Хотя примирение, посредничество и арбитраж остаются возможными, самой распространенной формой осуществления правосудия является судебное разбирательство.

Весь комплекс отношений, существующих между общественной структурой, уровнями расслоения права и организацией судебной системы, может быть выражен нижеприведенной таблицей[1]:

Кроме уже изученных нами отношений, в этой таблице приводится и последний тип, относящийся к модели отношений, которую предпочитают традиционные общества (общинная модель), и ее связь с системой устного права. Эту проблему нам и предстоит теперь изучить.

[1] Мы воспроизводим с незначительными изменениями таблицу, составленную Э. Ле Руа; *he Roy E.* Justice africaine et oralite juridique // Bulletin de l'lnstitut francais de l'Afrique Noire. XXXVI. Paris, 1974. P. 583—587.

Общественная организация	Общественная структура	Типы отношений	Название юридического аппарата	Источники права	Концепции юридической системы	Организация судебной системы
Устность и общинное устройство	элементарная (родительская власть)	внутренние в родственной группе	мифический	изначальные обычаи		примирительное правосудие внутри группы
	полуэлементарная (родственно-политическая власть)	внутренние, внутренне-внешние через союзы	обычный	изначальные обычаи + приобретенные обычаи	накопление источников и техники права	примирительное правосудие внутри группы + межсемейный арбитраж
	полусложная (двойственность родственной и политической властей)	внутренние, внутренне-внешние через договоры или соглашения между сообществами	законный	изначальные обычаи + приобретенные обычаи + устные законы и договоренность		примирительное правосудие внутри группы + межсемейный арбитраж + политическое судебное разрешение споров
	сложная (множественность властей с уменьшением роли родственной власти)	преобладание внешних отношений в ущерб внутренним отношениям	законный	развитие традиционного закона и договоренностей. Обычай переходит в разряд второстепенных источников	смешанное использование отношений человек—человек, человек—вещь, человек—Бог	
Письменность, индивидуализм или коллективизм	сложная (множественность неродственных властей)	частные или общественные, национальные или международные	законно-государственный	закон/договор, обычай (второстепенный источник)	уменьшение роли или замена самых старых источников, использование письменных актов	государственное и межгосударственное правосудие (международные судебные органы)

Раздел 3. Устное право и общинная модель

Устное право представляет собой способ общения, способствующий образованию определенной модели общественных отношений. Речь идет об общинной модели, которая не является ни индивидуалистской, ни коллективистской.

§ 1. Устное право

Классический взгляд на устное право. Классические юридические теории характеризуются обычно довольно уничижительным взглядом на устное право. Оно определяется негативно по сравнению с письменным правом. По нашему мнению, это суждение несет на себе заметную печать эволюционизма и должно быть подвергнуто критике: не вызывает никакого сомнения тот факт, что переход от устного к письменному праву является признаком глубоких перемен, но нельзя с такой же уверенностью заявлять, что эти перемены являются прогрессом и что устность должна быть отнесена к «примитивной» стадии человеческого мышления.

Действительно, экскурс в историю дает основания утверждать, что переход к письменности зачастую сопровождает становление унитарной власти, которая может быть как религиозной, так и светской[1], когда государство заменяет Бога, как это случилось в наших западных обществах. Нет никакой уверенности в том, что эти процессы способствуют большей безопасности индивидуума.

Как показывает Дж. Гуди, появление письменности способствует развитию абстрактного мышления и потере индивидуумом господства над правом, а также появлению определенной группы людей (юристов), специализирующейся в толковании права. Действительно, толкование письменного текста является делом более сложным, чем толкование устной речи, что способствует разного рода махинациям: в противоположность устному общению, при котором всегда есть возможность задать вопрос собеседнику, письменный текст не может дать никаких дополнительных сведений. С другой стороны, в письменном тексте чаще всего содержатся общие нормы, в связи с чем специальный персонал — юрисконсульты и судьи — должны адаптировать их к каждому конкретному случаю. Более того, юридические акты становятся более сложными, так как фиксировать их легче, чем при устной системе. Все эти факторы соединяются воедино, что приводит к отчуждению

[1] «Растущее превосходство высшего божества представляется также связанным более сложным образом с развитием, которое характеризуется формированием и ведением архивов, появлением теодицеи и проблемы Зла» — *Goody J.* La logique de l'ecriture. Paris, 1986. P. 55.

среднего индивидуума от права. Это явление очень часто встречается в наших обществах, но оно является также характерным для обществ, которые в далеком прошлом перешли к письменности (известная римская пословица говорит, что не каждый действительно знает законы, но каждый *полагает,* что он их знает...). Становясь более абстрактным, право становится одновременно более обезличенным, а санкции менее гибкими, т. е. происходит процесс обратный тому, что имеет место в традиционных обществах.

В этой связи можно усомниться в том, что письменность везде и всегда представляет собой прогресс, и что письменное право стоит «выше» права устного: поскольку письменность отнюдь не освобождает человека, не является ли она изобретением, призванным еще больше закрепостить его?[1] Представляется во всяком случае, что черты, свойственные устному общению, способствуют образованию общинной модели общественных отношений, в которой индивидуум не изолирован перед лицом единой власти и не закрепощен группами, к которым он принадлежит.

Устное право и общинный строй. Если в письменности главным является сообщение, для передачи которого она служит, а также стремление к анонимности общественных отношений, то устное общение, наоборот, ставит на первое место индивидуали-

[1] Именно к такому мнению склоняется, кажется, К. Леви-Строс: «Устранив все критерии, предлагаемые для того, чтобы провести различие между варварством и цивилизацией, хотелось бы тем не менее сохранить по меньшей мере один из них: народы, владеющие письменностью, способны накапливать прежние достижения и быстрее двигаться к цели, которую они себе поставили, тогда как народы, не владеющие письменностью, не обладают способностью запоминать прошлое в объеме, превышающем объем человеческой памяти, и по этой причине остаются пленниками меняющейся истории, которой всегда будет недоставать первоисточника и преемственности, необходимых для констатации прогресса. Однако ничто из того, что нам известно о письменности, не служит подтверждением такой концепции ... В неолите человечество развивалось гигантскими шагами без всякой письменности. Напротив, владея письменностью, исторические цивилизации Запада долгое время находились в состоянии застоя ... Единственным явлением, которое всегда являлось верным спутником письменности, было появление городов и империй, т. е. интеграция в политическую систему большого количества людей и их деление на классы и касты. Такова типичная эволюция, которую можно наблюдать от Египта до Китая в момент зарождения письменности: до того, как просветить людей, письменность способствовала их закрепощению ... Если моя гипотеза верна, то следует согласиться с тем, что первичной функцией письменного общения является упрощение процесса закрепощения человека». *Levi-Strauss C.* Tristes tropiques. Paris, 1955. P. 342—144.

И еще: «Письменность появилась в истории человечества между IV и III тысячелетиями до нашей эры, в момент, когда человечество уже сделало самые основные и самые важные открытия: это произошло не до, а после того, что мы называем «неолитической революцией». *Charbonnier G.* Entretiensaves C. Levi-Strauss. Paris, 1961. P. 30—31.

зацию общественных отношений. Если содержание устного сообщения является важным, то важными являются также и индивидуальные качества и общественное положение лица, передающего это сообщение. Эта индивидуализация послания сочетается с некоторыми материальными сложностями, присущими устной речи: даже при наличии некоторых технических средств передачи информации (послания, передаваемые при помощи барабанов, скороходов или конных посыльных) слово может распространиться лишь на относительно небольшое расстояние. Таким образом, группы, которым это послание предназначено, не могут быть слишком большими. Следовательно, устное общение предполагает двойную близость: географическую и социальную (отношения между индивидуумами должны быть достаточно тесными для того, чтобы слово могло быть воспринято).

Однако устное общение способствует развитию не только отношений между индивидуумами. Группы, из которых состоит общество, играют определяющую роль в сохранении слова: именно на них, а не на письменный текст, возлагается задача запомнить послание. Процесс запоминания тем более специфичен, чем более расслоено общество и чем большее политическое значение приобретает сохранение устного послания. Таким образом, выбор каким-либо обществом письменной или устной формы общения влияет на сбалансированность отношений между индивидуумами и группами, одновременно выражая эту сбалансированность. Письменность позволяет ставить на первое место либо индивидуума (римский опыт, продолженный в западном праве), либо группу (шумерское право, право некоторых восточных стран и советское право). Действительно, письменность позволяет глубже и легче господствовать над временем, чем устное общение. Она представляет собой довольно удобный инструмент власти благодаря своей анонимности и хорошо приспосабливается к сильно иерархизированным обществам, сложным обществам, ориентированным на личность или на группу. На первый взгляд устное общение представляется более рудиментарным: устное послание сложнее сохранить, сфера его распространения ограничена. Однако за этой внешней хрупкостью скрывается стремление к сохранению более сбалансированной общественной модели — общинного строя, при котором группы и индивидуумы, будучи взаимозависимыми, стремятся к сотрудничеству, а не к противостоянию.

§ 2. Общинная модель

Общинная модель ставит на первое место плюрализм и стремится к взаимодополняемости как между сообществами, так и между группами и индивидуумами.

Общинная модель и сообщества. В отличие от индивидуалистской и коллективистской моделей общинная модель стремится к установлению сбалансированных отношений между индивидуумом и группой: группа должна быть организована таким образом, чтобы дать возможность индивидуумам раскрыть через нее свои способности. Такие социальные комплексы мы будем именовать «сообществами» (communautes).

По мнению М. Аллиота, сообщество характеризуется тремя единствами (единениями):

Единство жизни. Оно выражается в самых различных сферах: единый язык, единые предки и божества, единое жизненное пространство, единые друзья и враги.

Единство всех специфических черт. Сообщества более привержены своим специфическим чертам, чем сходным чертам, предпочитают иерархию равенству. Однако сами эти специфические черты едины, поскольку они не являются очагами напряженности или противостояния между группами, которым они присущи. Наоборот, эти группы считают себя взаимодополняющими. Это убеждение утверждается на многих уровнях. Что касается религии, то в Черной Африке, как и в Античной Греции, Бог очень часто предстает в виде семи или девяти могущественных божеств, расставленных в иерархическом порядке и взаимосвязанных. В мифической сфере большинство мифов об образовании сообществ показывает, что полностью схожие между собой индивидуумы не могут образовать политическое общество без предварительной их дифференциации (тогда как, по мнению западных мыслителей классической эпохи — Гоббс и теоретики общественного договора, — общество может, наоборот, основываться лишь на схожести).

В общественном плане каждая общественная категория нуждается в услугах соседней с ней категории: крестьянин, который не имеет права обрабатывать металл, нуждается в услугах кузнеца, который не может обрабатывать землю и получает пищу от крестьянина; тот же крестьянин нуждается в хозяине земли и хозяине дождя, которые без крестьянина также не существовали бы; закон экзогамии ставит каждый род в зависимость от других и т. д. В политическом плане общинная модель является полиархической. В каждой группе существует не единая и высшая власть, а множество властей над различными стихиями (над воздухом, землей, морем и огнем в племени дуала в Камеруне; над землей, водой и растительностью у народности тукулёр). Эти власти являются взаимозависимыми, в результате чего одна из них может стать абсолютной лишь в случае кризиса.

Единство сферы принятия решений. Каждое сообщество отличается также единой системой правил, которую оно определяет автономно. Эти правила основываются на обычаях, поскольку исходят они из самого сообщества, тогда как закон в современном

смысле этого слова является скорее инструментом господства одной части группы над другими или какой-то внешней власти над целой группой.

Различные сообщества участвуют во взаимодополняющей и полиархической структуре, которая доминирует в общинной модели.

Действительно, любой индивидуум на протяжении своей жизни является членом многочисленных сообществ. Это происходит в различных условиях, так что образуется довольно изменчивая картина. Например, вступая в брак, мужчина создает новое жизненное сообщество — семью, целью которой является продолжение рода. Таким путем на него возлагается новая ответственность в родовом сообществе, главой которого он может стать с течением времени. Однако брак одновременно выводит его из миноритарных сообществ (он покидает младшую возрастную группу). Мужчина становится рыбаком или кузнецом, т. е. входит в еще одно миноритарное сообщество. Брак может также покончить с его обязательствами клиента по отношению к патрону и ввести его в деревенский совет.

Эти многочисленные переходы индивидуума в различные, но взаимосвязанные сообщества препятствуют тому, что одно из этих сообществ начинает абсолютно доминировать над остальными. Кроме того, это вхождение индивидуума в многочисленные группы, существование которых является общепризнанным фактом, ставит его в определенное положение внутри специализированных и персонализированных общественных связей: если там отсутствует письменность, то это происходит не из-за какой-то заторможенности мышления, а потому что атрибуты письменности — обобщение и распространение письменного сообщения, его анонимный характер — не сочетаются с внутренней логикой, присущей общинной социальной системе. Наконец, плюрализм сообществ объясняет тот факт, что группы не могут подчинять себе индивидуумов: общинная модель функционирует с индивидуумами, а не против них.

Общинная модель и индивидуум. Прежде всего обратим внимание на неопределенность термина «индивидуум». Согласно нашим собственным традициям, индивидуум для общества есть то же самое, чем совсем недавно был атом для физики: самая маленькая и неделимая частица. Римское право, а затем и христианство определяют индивидуума, используя для этого понятие личности: означая прежде всего трагическую или ритуальную маску, понятие «личность» стало синонимом подлинной природы индивидуума как обладателя индивидуальных прав и привилегий.

Этому унитарному определению индивидуума традиционные африканские общества предпочитают многополюсную организацию личности: человек представляет собой множество взаимоза-

6. Заказ №1837.

висимых элементов, временно соединенных вместе на период жизни индивидуума, но всегда способных разделиться под влиянием самого субъекта или другой силы. Так, представители племени волоф (Сенегал) различают три фундаментальных принципа: человеческое существо (нит), которое включает в себя тело (гарам) и дыхание (руу); дух (раб); жизненную силу (фит). После смерти каждый принцип возвращается к своему источнику: тело к земле, дыхание к Богу, дух возвращается в невидимый мир предков, а жизненная сила может оставаться в роду, что объясняет возможное перевоплощение предка.

Так от индивидуума к обществу, проходя через сообщества, утверждается связь между плюрализмом и взаимодополняемостью. Именно эта связь управляет отношениями между индивидуумами и группами, которые подчиняются тому, что мы может назвать африканской теорией представительства.

Основной принцип очень прост: только индивидуумы, рассматриваемые как представители своих групп, могут участвовать в юридической жизни в пределах полномочий, признанных за ними группой, к которой они принадлежат. В зависимости от своего положения в общественной иерархии каждая группа имеет свой тип компетенции и только ее представитель уполномочен участвовать в правовой жизни: король на уровне королевства — по государственным делам, глава рода (линьяжа) — по родственным делам, староста деревни — по местным административным делам и т. д. Каждый представитель может вступать в контакт с соседней аналогичной группой только через посредство представителя этой группы: король может обсуждать дела только с королем.

Из этого принципа представительства вытекают два следствия.

Первым следствием является *функциональное присвоение статусов:* индивидуум становится или является представителем одной из групп, к которым он принадлежит, лишь в случае если он способен выполнить возлагаемые на него функции. Априори проверка его способностей может осуществляться путем отбора, прохождения разного рода ритуалов или быть результатом постепенной инициации. Апостериори лишение статуса осуществляется путем отрешения от функции, которая соответствует этому статусу.

Вторым следствием является *взаимность прав и обязанностей.* Чем шире права, которые даны представителю какой-либо группы, тем тяжелее бремя, которое он несет.

Таковы вкратце основные механизмы, которыми управляется правовая жизнь традиционных обществ Черной Африки. В следующих главах мы более конкретно рассмотрим эти механизмы в действии.

Глава II
Основные юридические отношения

Мы ь е можем претендовать на исчерпывающее описание юридических отношений в традиционном праве, даже если мы ограничимся в основном рассмотрением этих отношений в обществах Черной *1* Африки. Поэтому нам пришлось сделать выбор, обусловленный результатами, которых добилась в настоящее время юридическая антропология в некоторых сферах общественной жизни. Мы рассмотрим в этой главе родственные отношения, земельные системы и договорные отношения.

Раздел 1. Родственные отношения

Согласно Библии, когда Сихем, сын Еммора Евеянина, захотел жениться на Дине, отец сказал ее родичам, потомкам Авраама: «Породнитесь с нами; отдавайте за нас дочерей ваших, а наших дочерей берите себе»[1]. Многочисленные традиции повторяют тот же урок в основе общества лежит матримониальный обмен. Однако этот обмен является также отречением, отречением от своих корней. Ъ совершенном райском мире, который придет на смену нашему миру, необходимость в этом обмене отпадет. Иисус ответил Саддукеям, которые не верили в воскрешение: «Чада века сего женятся и выходят замуж; а сподобившиеся достигнуть того века и воскресения из мертвых ни женятся, ни замуж не выходят; и умереть уже не могут, ибо они равны Ангелам и суть сыны Божий, будучи сынами воскресения»[2].

На другом краю света миф, имеющий хождение среди жителей Андаманских островов (Бенгальский залив), повторяет ту же мысль: «Будущая жизнь будет повторением земной жизни, за исключением того, что все будут молодыми, болезни и смерть исчезнут и никто не будет ни жениться, ни выходить замуж».

Таким образом, общество и семья оказываются неразрывно связанными в мифических представлениях: от их зарождения до их угасания. Как же обстоит дело в реальных обществах?

[1] KHira Бытия, 34,9. Однако этот обмен не является «природным». В провинции Мистраль существовала пословица: «Вступай в брак в своей деревне, и если можешь, на своей улице, и если можешь, в своем доме». Если бы общественная жизнь не запретила кровосмешение, то этот запрет не сформировался бы сам собой.

[2] Евг нгелие от Луки, 20, 34—36.

§ 1. Рождение семьи

Мы абсолютно уверены лишь в одном: именно в палеолите сформировались семейные структуры, чрезвычайно сложные формы которых мы открываем для себя еще в четвертом тысячелетии до нашей эры. Что же касается огромного и чрезвычайно важного периода их формирования (между 2 миллионами лет и 4000 г. до н. э.) и достижения ими уровня организации, который с тех пор претерпел лишь незначительные изменения, то мы практически ничего не знаем об этом периоде. Поэтому мы рискнем действовать путем сравнения с некоторыми животными сообществами и выдвинуть на этой основе несколько гипотез.

Семья в животных сообществах. У всех стадных млекопитающих, живущих небольшими группами, имеет место обмен производителями, необходимость которого вызывается причинами демографического порядка. Чем меньше группа, тем больше колебания равновесия между двумя полами в возрастной категории, способной к размножению. По данным статистики, группа, насчитывающая несколько десятков особей, угасает в течение нескольких веков. Обмен супругами между различными группами позволяет избежать этого фатального исхода. Олени и львы осуществляют такие обмены систематически, другие животные прибегают к этому более редко. Иногда обменивают самок (шимпанзе), иногда самцов (мартышки). У животных, стоящих наиболее близко к человеку (гориллы и шимпанзе), власть принадлежит самцам. Самки играют доминирующую роль только у некоторых более далеких видов (олени, зубры). По мнению некоторых авторов, запрет на кровосмешение существует и в некоторых животных сообществах (макаки и шимпанзе).

Доисторическая человеческая семья. Как и другие стадные млекопитающие, первобытные люди, несомненно, практиковали обмен супругами, по меньшей мере, начиная с определенного времени. Однако человеческая семья отличается от животной семьи двумя чертами: важностью общественной роли сексуальности и контролем над плодовитостью.

В человеческих обществах сексуальность является постоянным явлением общественной жизни для индивидуумов, принадлежащих к возрастной категории, способной к размножению: из всех приматов только у самки человека не бывает затяжных периодов течки, и она остается постоянно привлекательной для самцов. Это положение является источником напряжения, так как оно усугубляет и продлевает соперничество между самцами, что обусловливает необходимость более жесткого регулирования брачных союзов и, может быть, изобретения моногамного брачного союза. Кроме того, если в большинстве сообществ млекопитающих самка заботится о маленьких детях, то в человеческих обществах сексуальное разделение труда выражено более четко. Это обусловлено тем, что первобытные люди столкнулись с двумя необходимостя-

ми, которых не знали приматы: охота, на которую нельзя было брать маленьких детей, которые должны были оставаться со своими матерями, поскольку человеческий ребенок развивается медленнее, чем детеныш животного; сохранение огня (человек прямоходящий умел добывать его уже примерно 400 000 лет тому назад) — эта забота возлагалась преимущественно на женщин. «Приручение» огня является, по нашему мнению, основным этапом в процессе усложнения общественной жизни, чем и объясняется его относительно позднее появление в человеческой истории[1].

Контроль над плодовитостью появился по необходимости несколько раньше. Он возник, без сомнения, в очень древнее время (от двух до полутора миллионов лет тому назад), когда человек научился защищаться от нападений животных. Можно было бы считать, что война могла заменить действия грабителей, но она появилась намного позже. Таким образом, очевидно, что доисторический человек должен был использовать различные методы контроля над плодовитостью: продление периода кормления материнским молоком, сексуальные табу, аборт (может быть), детоубийство (без сомнения).

Можно счесть эти сведения довольно скудными. Однако это не так, если осознать один чрезвычайно важный факт: когда человек вступил в то, что мы называем Историей, он не только изобрел семью, но и придал родственным структурам настолько утонченные и сложные формы, что «цивилизованные» общества практически ничего не добавили к ним, а, наоборот, даже обеднили их, передав государству функции, которые ранее возлагались на семью. Системы родства в традиционных обществах сформировались в основном до этого заката.

§ 2. Системы родства

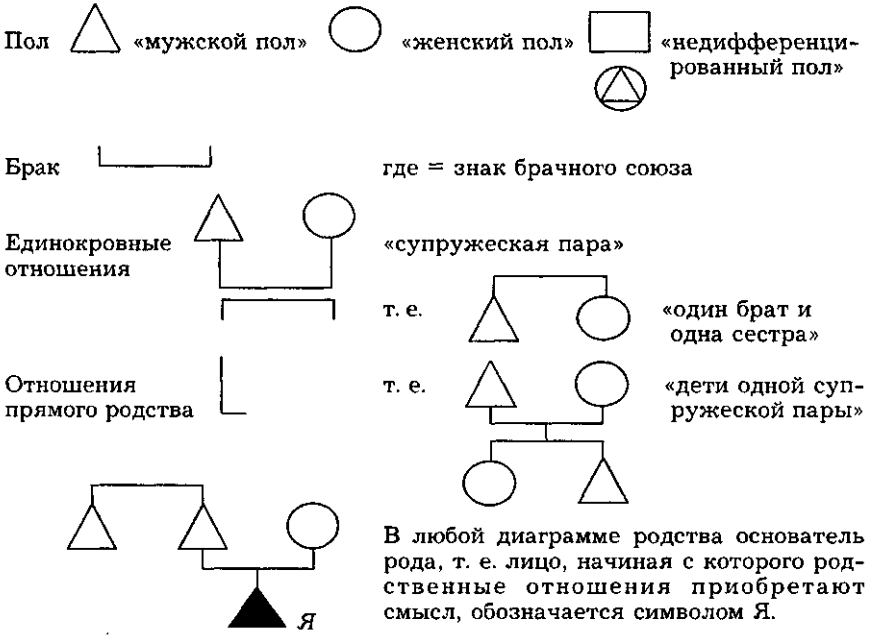
Не существует системы родства, единой для всех обществ: нам известны примерно восемьсот таких систем, которые тем не менее можно разделить на четыре основных типа. Кроме того, в каждом конкретном случае, идентичные родственные связи вовсе не означают идентичные отношения. Поэтому мы должны сначала изложить несколько общих понятий из терминологии родства. Затем мы изучим две оси, между которыми вписывается любая семья: родство и брак. И, наконец, мы определим место супружеской семьи внутри родственных образований.

[1] Даже в наше время употребляют выражение «женщина у очага», обозначающее женщину, не занимающуюся никакой профессиональной деятельностью. Что касается «приручения» огня и его последствий для усложнения социальной организации — см.: *Perles* C. La naissance du feu // Historia. 1987. № 105. P. 28—33.

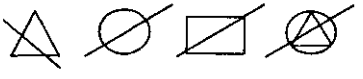
А. Терминология и терминологические системы родства

Любое общество использует специальные термины для обозначения лиц, связанных узами родства, но зачастую эти термины имеют различный смысл. В зависимости от того, как понимаются родственные отношения на основании этих терминов, различают четыре больших терминологических системы.

Графические построения, используемые для отображения родственных связей. Прежде чем приступить к изучению терминов родства и их объединения в системы, следует запомнить, хотя бы в минимальной степени, основные графические построения, используемые для отображения родственных связей[1] ибо именно в этой области антропология разработала самые точные формулировки, которые часто почти также точны, как математические формулы.



Для обозначения смерти используется наклонная черта, которой перечеркивают символ, обозначающий соответствующего родственника, т. е.:



[1] См.: *Zonabend F.* De la famille. Regard éthnologique sur la parenté et la famille // Histoire de la famille. T.1. Paris, 1986. P. 22.

Термины родства. Мы обязаны Моргану за разработку различий, которые позволяют лучше понять разнообразные значения терминов родства. Именно он первый заметил, что один и тот же термин может обозначать различные положения на генеалогическом древе, тогда как одно и то же положение может обозначаться различными терминами. В первом случае речь идет о классификационной терминологии: один и тот же термин может служить для обозначения отца и братьев отца, четко отделяя их от братьев матери, в то время как другим термином обозначаются мать и ее сестры, четко отделяя их от сестер отца. Таким путем происходит смешение прямых и некоторых побочных родственников. Во втором случае речь идет об описательной терминологии: для большей точности одно и то же положение на генеалогическом древе может обозначаться несколькими терминами.

Лицо, начиная с которого родственные отношения приобретают смысл, обозначается термином «Я» («Ego» — по-латыни) Так, дети «Я» — это его сын или его дочь; их родители — супруг и супруга; дети по отношению друг к другу — брат или сестра. Более отдаленные отношения родства по отношению к этим различным уровням обозначаются другими терминами: вторая степень родства по восходящей линии от Я (дедушка, бабушка). Таким образом разделяются прямые и побочные родственники. На практике оба типа терминологии используются одновременно. В наших обществах, которые на первое место ставят семью, формирующуюся вокруг одного ядра, термины отец/мать, сын/дочь, супруг/супруга являются описательными: они обозначают лишь одно положение на генеалогическом древе. Поскольку мы уделяем меньшее внимание побочным родственникам, термины, используемые для их обозначения, являются классификационными. Термином «племянник» обозначался как сын брата или сестры Я, так и сын брата или сестры супруги Я и даже сын двоюродного брата Я. Равным образом термин «двоюродный брат» используется как для обозначения близкого родства (единокровные двоюродные братья), так и для обозначения значительно более дальнего родства.

Вообще использование терминологий родства в традиционных обществах отличается большей сложностью, чем в современных обществах. Эта сложность отнюдь не является плодом пристрастия к разного рода усложнениям. Она объясняется прежде всего тем, что в традиционных обществах на семью ложится намного больше функций, чем в обществах современных. Поэтому традиционные общества нуждаются в более детально разработанных словаре и грамматике, чем современные общества. Если женщина называет «братом» какого-то двоюродного брата, это означает, что брак со всеми его экономическими и политическими последствиями не может иметь места. Напротив, она назовет «супругом» другого своего двоюродного брата, родство с которым от-

носится к категории, в которой браки поощряются обществом. Другими словами, биологические связи выражают лишь один из аспектов родственных связей.

Имеются и другие способы использования терминов родства для обозначения иерархии. Родственная связь может быть обозначена различными терминами в зависимости от контекста, в котором она рассматривается, и от иерархического положения того, кто ее выражает. Ситуация, требующая использования какого-либо определенного термина, может классифицироваться как ситуация обращения: обращаясь к родственникам, их называют определенным образом. Так, например, в наших обществах, обращаясь к родителям, ребенок почти всегда называет их папа или мама (уменьшительные от отец и мать). Со своей стороны, обращаясь к своим детям, родители называют их по имени, а не сын или дочь. Может иметь место также ситуация упоминания: говоря о родственниках, используют определенные термины для их обозначения. В наших обществах дети используют в таком случае термины отец или мать (или папа и мама), а родители используют термины сын или дочь.

Приведенный пример хорошо показывает, в какой степени возможное расхождение между терминами обращения и терминами упоминания может быть важно для отображения некоторых аспектов родственных отношений: со стороны детей термины не меняются, тогда как со стороны родителей они изменяются в зависимости от контекстам, и использование имени в ситуации обращения свидетельствует о стремлении родителей сохранить положение превосходства. Напротив, в наше время в некоторых семьях, где родители проявляют желание смягчить или вовсе стереть иерархический характер этого отношения, они учат своих детей обращаться к ним по имени.

Такие вариации в использовании терминов родства могут навести на мысль, что разнообразие терминологических систем является неизбежным. Это вовсе не так, поскольку удалось классифицировать их по нескольким крупным и основным типам.

Типология терминологических систем. Наиболее удовлетворительная на сегодняшний день типология была разработана впервые в 1949 г. Г. П. Мэрдоком. На основе сравнительного изучения двухсот пятидесяти обществ, разбросанных по всему миру, этот автор идентифицировал большие типы терминологических систем, основанных на терминах, служащих Я для обозначения его единокровных братьев, его параллельных двоюродных братьев и его перекрестных двоюродных братьев[1]. Две последние категории неизвестны нашим обществам, в то время как в обществах тради-

[1] *Murdoch G. P.* De la structure sociale. Paris, 1972. P. 357.

ционных они имеют очень большое значение. Поэтому, прежде чем приступить к изучению типологии Г. П. Мэрдока, следует определить их более четко.

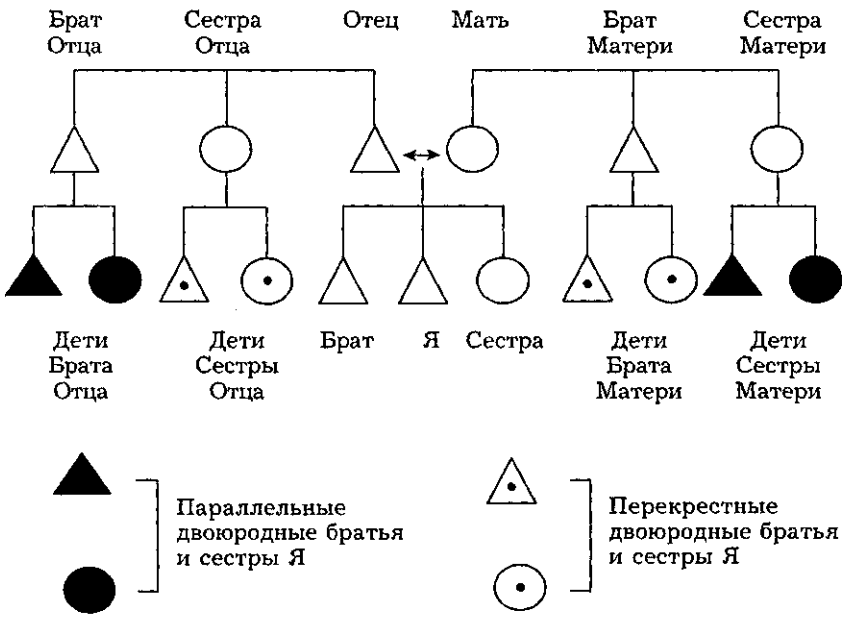
Это графическое изображение выражает следующие отношения. Отец и его братья обозначены одним и тем же термином; другой термин (также единый) обозначает мать и ее сестер. Тем не менее если мы проводим различие между двумя группами, т. е. сестрами отца, с одной стороны, и братьями матери, с другой стороны, для обозначения каждой из этих групп используется свой термин, хотя генеалогическая связь на биологическом уровне совершенно одинакова в обоих случаях. Это различие порождает другое различие в следующем поколении, т. е. в поколении параллельных двоюродных братьев — детей единокровных братьев отца (двоюродный брат по отцовской линии) или сестер матери (двоюродный брат по материнской линии) и в поколении перекрестных двоюродных братьев — детей братьев матери или сестер отца.

Мы вновь видим, что, хотя в плане биологическом эти двоюродные связи идентичны, родственные отношения, построенные на этих генеалогических связях, будут квалифицироваться поразному. Параллельные двоюродные братья будут рассматриваться как единокровные и будут называться «братья» и «сестры», что будет препятствовать заключению между ними брачных союзов, которые будут считаться кровосмесительными. Перекрестные двоюродные братья и сестры будут рассматриваться как союзники, и брачные союзы между ними не только возможны, поскольку не считаются кровосмесительными, а даже очень часто желательны.

В большинстве обществ параллельное родство является препятствием к браку, тогда как перекрестное родство, наоборот, является стимулом к браку. Поскольку биологически эти родственные отношения идентичны, причины, обусловливающие это различие, могут носить только культурный характер. По мнению К. Леви-Строса они обусловлены законом обмена[1]: общество может существовать и продолжаться лишь в том случае, когда группы, образующие его, обмениваются членами своих семей в качестве супругов. Следовательно, хороший брак предполагает, что один из двух супругов отказался от первоначального желания жениться на своей сестре или выйти замуж за своего брата с тем, чтобы отдать их другой группе, от которой он, в свою очередь, получит жену или мужа. Перекрестные двоюродные братья происходят именно из браков такого типа: в случае двоюродного брата по отцовской линии отец Я уступил одну из своих сестер третьему

[1] См.: *Levi-Strauss* C. Les structures elementaires de la parente. Paris, 1967. P. 150—152.

лицу вне данной семьи, в результате чего появился на свет этот двоюродный брат; в случае двоюродного брата по материнской линии мать Я уступила одного из своих братьев женщине, принадлежащей к другой группе. Поскольку они появляются на свет в результате брачных союзов, заключенных в соответствии с законом обмена, перекрестные двоюродные братья и сестры могут вступать в брак между собой. Этим же объясняется запрещение вступать в брак параллельным двоюродным братьям и сестрам: в случае двоюродного брата по отцовской линии отец Я не отказался от возможной супруги, потому что его брат имеет одинаковый с ним пол; в случае двоюродного брата по материнской линии мать Я не отказалась от возможного супруга, поскольку ее сестра имеет одинаковый с ней пол.



Эти же данные могут быть изложены в несколько отличающемся и более сжатом виде, если обратить внимание на тот факт, что различие между перекрестными и параллельными двоюродными братьями и сестрами является следствием однолинейной родственной связи. В этом типе родственной связи дядья по отцовской линии занимают то же положение на генеалогическом древе, что и отец по отношению к Я (родство по отцовской линии), а тетки по материнской линии занимают то же положение, что и мать Я (родство по материнской линии). Легко понять, что дети,

родившиеся в результате браков этих дядьев по отцовской линии или теток по материнской линии, считаются братьями и сестрами и, следовательно, не могут вступать в брак между собой.

Однако не все общества связывают одинаковые последствия с этими двумя типами родства, что видно, в частности, из следующей таблицы, построенной Ф. Зонабендом[1]:

Эскимос	E ≠ [II = X]	
Гаваец	E = II = X	
Ирокез	[E ≠ II] ≠ X	
Омаха	[E = II] ≠ → Хм, → Хо	
Кроу	[E = II] ≠ → Хо, → Хм	
Суданец	E ≠ II ≠ Хо ≠ Хм	

E = Единокровные братья и сестры
II = Параллельные двоюродные братья и сестры
X = Перекрестные двоюродные братья и сестры
Хо = Перекрестные двоюродные братья и сестры по отцовской линии, дети сестры отца
Хм = Перекрестные двоюродные братья и сестры по материнской линии, дети брата матери

(Название, данное каждому типу, является названием народности, у которой он был описан впервые, но оно может употребляться по отношению к самым различным обществам.)

Эскимосская система является системой того же типа, что и система, существующая в современной Франции: имеется различие между родными и двоюродными братьями и сестрами, но нет различия между параллельными двоюродными братьями и сестрами и перекрестными двоюродными братьями и сестрами как по материнской, так и по отцовской линиям. Эта система ставит на первое место семью, образованную вокруг одного ядра и расположенную в центре большого сообщества кровных родственников.

Напротив, гавайская система отдает приоритет большой семье: отцовская и материнская линии смыкаются и все члены каждого поколения обозначаются одним и тем же термином (например, сестру матери и сестру отца называют матерями, а брата отца и брата матери — отцами).

Ирокезская система проводит различие между параллельными двоюродными братьями и сестрами, как по отцовской, так и по материнской линиям, и родными братьями и сестрами, ставя их отдельно от всех перекрестных двоюродных братьев и сестер, как мы это уже видели выше.

Суданская терминология проводит различие между двоюродными братьями и сестрами по отцовской и по материнской лини-

[1] См.: *Zonabend F.* Op cit. P. 26.

ям и использует для их обозначения особый термин (чаще всего описательный), отличный от терминов, используемых для обозначения родных братьев и сестер.

Системы кроу и омаха аналогичны в том, что они не делают различия между родными и параллельными двоюродными братьями и сестрами. Однако система кроу ставит на первое место материнскую линию, а система омаха — отцовскую: в системе кроу Я очень тщательно разбирается в своих родственниках по материнской линии, смешивая в одну категорию всех родственников по отцовской линии, с которыми у него меньше отношений.

Можно заметить, что теоретически можно вывести еще одну, последнюю, терминологическую систему, которая не делала бы различий между единокровными и перекрестными двоюродными братьями и сестрами, но отличала бы их от параллельных двоюродных братьев и сестер (т. е. Е = Х ^ П). Насколько нам известно, пока еще ни одно общество не сделало такого выбора.

Так обстоит дело с номенклатурой родственных отношений. Однако в основе родства лежит семья, состоящая из линий родства, связанных брачными союзами.

Б. Системы родственных связей

Если мыслить абстрактно, то ничто не мешает продлевать до бесконечности вертикальные оси семьи, уходя далеко в прошлое или проецируя их далеко в будущее. Однако совсем не так обстоит дело на практике. Все человеческие общества исключают из числа близких родственников поколения, предшествовавшие прародителям Я. Поэтому те, кто принадлежал к таким поколениям, отнесены в глобальную категорию предков или божеств. Из этого можно заключить, что как в обществах устного права, так и в обществах письменного права близким родственником считается лицо, которое мог лично знать Я или один из его потомков (достаточно напомнить, что в наших собственных обществах память очень редко идет дальше дедушек и бабушек и совсем редко дальше прадедушек и прабабушек). Однако мы знаем, что предки всегда находятся среди живущих, даже если воспоминание о их земной жизни стирается в памяти через несколько поколений. Тем не менее предки играют чрезвычайно важную роль в генеалогии.

Существует множество способов определения родства. Вместе с М. Аллиотом мы проведем различие между сообществами и группами родственников с тем, чтобы затем изучить вопрос о том, как эти родственники наследуют имущество.

Сообщества родственников — родня. Сообщества родственников состоят в основном из родни. Понятие «родня» объединяет всех лиц, с которыми данный индивидуум признает отношения родства. Содержание этого понятия может меняться: оно может либо включать всех кровных родственников до определенного колена, исклю-

чая свойственников; либо включать и тех и других; либо включать некоторых свойственников, исключая других. Члены родни, следовательно, всегда являются родственниками данного индивидуума, но в зависимости от выбранной формулы они не обязательно являются родственниками друг друга. С другой стороны, родня обычно включает в себя меньшее число родственников, чем другие родственные образования, такие, например, как род. Наконец, это сообщество весьма эфемерно: существуя лишь относительно данного индивидуума, родня исчезает вместе с ним, она не переходит к его потомкам. Ограниченность понятия «родня» еще более усугубляется за счет способа определения близости родственных отношений, который оперирует чаще всего понятием «степени родства».

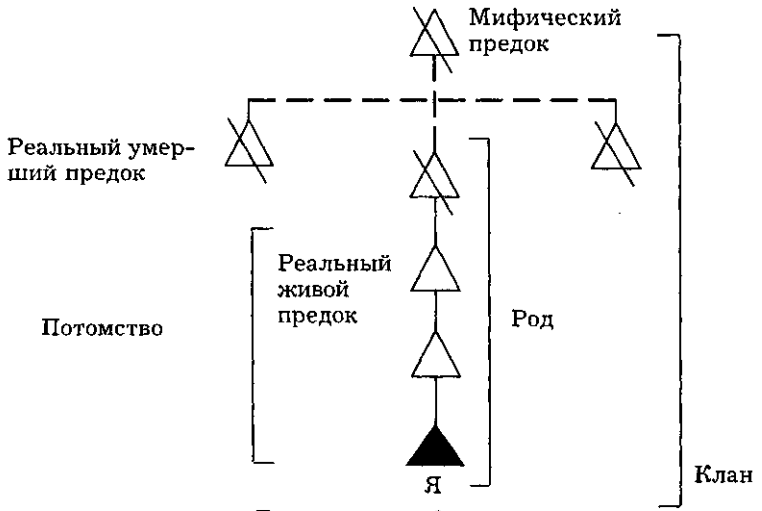
По прямой линии количество степеней родства равно количеству поколений, отделяющих потомка от предка, а по побочной линии — количеству степеней, которые по прямой линии отделяют каждого родственника от общего предка (отец и сын являются родственниками первой степени, дед и внук — родственниками второй степени, дядя и племянник — родственниками третьей степени). Таким образом, индивидуум оказывается окруженным кругами родственников, смешивающих побочных родственников, потомков и предков и расположенных в порядке удаления (круг родственников Я первой степени включает в себя детей Я и его отца и мать; круг родственников второй степени включает в себя его братьев и сестер, внуков, бабушек и дедушек; круг родственников третьей степени включает в себя его племянников и племянниц, дядьев и теток, правнуков и правнучек, прабабушек и прадедушек и т. д.). Следовательно, индивидуум может иметь среди родственников одной степени лиц, которые не являются родственниками друг другу (прабабушка по отцовской линии не является родственницей дяди по отцовской линии).

Кроме того, подсчет по степеням идентифицирует как родственников лиц, которые в генеалогическом плане отстоят достаточно далеко от данного индивидуума (например, таким образом с данным индивидуумом связываются его внуки и внучки, его дядья и тетки). Такое положение не является тем не менее каким-то извращением: оно является плодом логики, которая превалирует в слабых и эфемерных родственных сообществах. Поэтому понятие «родня» очень широко распространено в современных обществах, характеризующихся индивидуализмом, доминирующим влиянием государства, которое предпочитает иметь дело с весьма рыхлыми семейными группами.

Однако родня может позаимствовать некоторые черты у родовых систем: в случае, когда для нахождения своих корней мы составляем генеалогическое древо, мы восстанавливаем группу родственников, идущих от общего предка, с которым мы связываем и себя. Равным образом, фамилия передается по отцовской линии, хотя этот принцип и ослабевает: об этом свидетельствует, в частности, объединение семьи вокруг матери, которое обычно имеет место в случае

развода; французский закон 1986 г. разрешает детям носить фамилию матери вместе с фамилией отца. Тем не менее родовая структура как характеристика групп родственников играет обычно значительно более важную роль в традиционных обществах.

Родственные группы: клан, потомство, род. Обратно тому, что может произойти в родственных сообществах, все индивидуумы, составляющие родственную группу, являются родственниками друг другу, поскольку все они происходят от одного предка, который может быть очень далеким и даже мифическим. В соответствии с положением этого общего предка вертикальная ось родства может быть более или менее длинной: от клана к потомству, проходя через род, как это показано на нижеприведенной таблице[1]:



Потомство, род, клан

Каков бы ни был избранный масштаб, в этих системах термин родство не является синонимом термина потомство. В однолинейной системе ребенок является потомком своих двух родителей, но он состоит в отношениях родства только с одним из них: с отцом, если речь идет о системе, основанной на отцовской линии, и с матерью, если речь идет о системе, основанной на материнской линии (тогда как в родственных сообществах понятия родства и потомства смешиваются: между родственниками по отцовской и материнской линиям нет никакого различия).

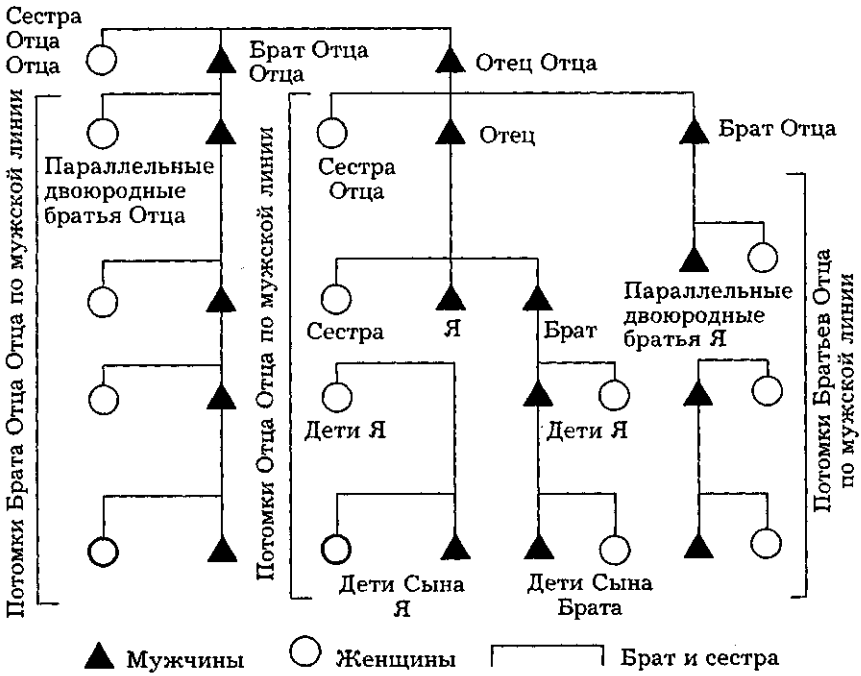
1) *Потомство.* Оно включает в себя потомков реального предка, который еще жив, по отношению к Я.

2) *Клан.* Клану соответствует максимальная длина вертикальной оси: он объединяет потомков реального предка, живого или умершего, с мифическим предком, который довольно часто является не человеком, а животным или растением. Таким образом,

[1] См.: *Zonabend F.* Op. cit. P. 56

клан основан на понятии мифического родства, тогда как потомство и род зиждятся на биологических родственных связях. Кланы чаще всего носят имена животных или растений, которые они используют для того, чтобы выделиться среди множества других клановых групп в соответствии с их тотемными верованиями.

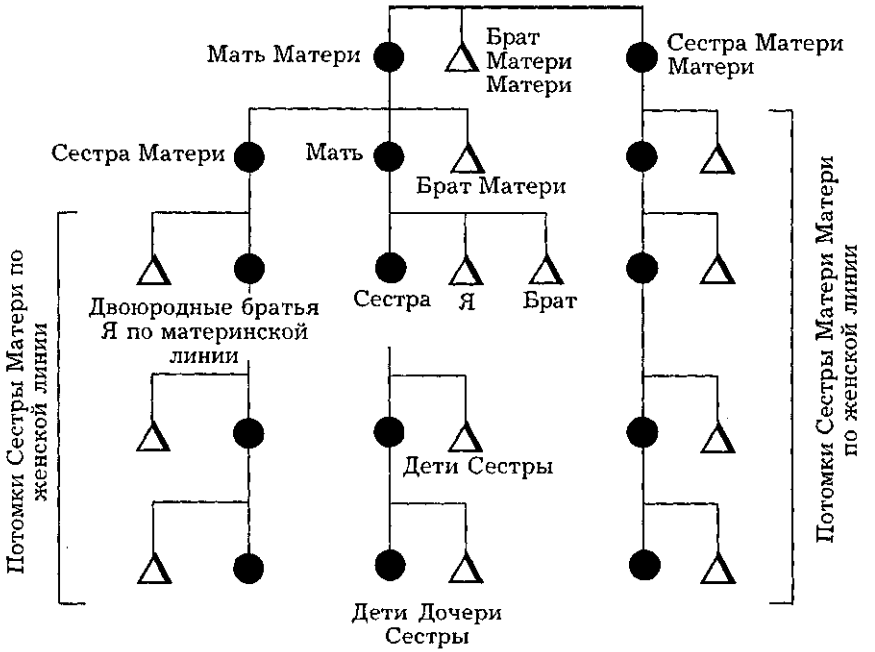
3) *Род.* Объединяя потомков реального умершего предка, род занимает промежуточное положение между потомством и кланом. Генеалогическая широта рода сильно изменяется в зависимости от типа общества и может включать в себя от трех до десяти поколений. Род основывается лишь на времени через посредство родства. Он связан также и с пространством: подобно тому как в основе каждого рода есть предок, каждый род имеет свое родовое пространство, довольно обширное, на котором живут в данный момент потомки основателя рода. Род играет очень важную роль во многих традиционных обществах. Необходимо, следовательно, отличать друг от друга различные принципы родства, используемые здесь и отображенные на нижеприведенных таблицах[1]:



Родство по отцовской линии

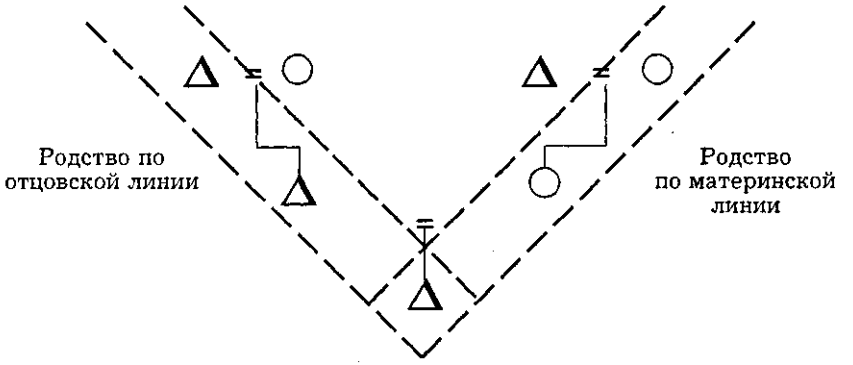
[1] *Cuvillier A.* Manuel de Sociologie. Paris, 1968. P. 560—561; *Zonabend F.* Op. cit. P. 53—54.

Отношения родства Я мужского пола по системе родства по мужской линии. Среди четырех своих бабушек и дедушек Я связан реальными узами родства только со своим дедом по отцовской линии. Потомки женского пола по отцовской линии входят в число родственников, но ни один из них не считается родственником Я по отцовской линии.

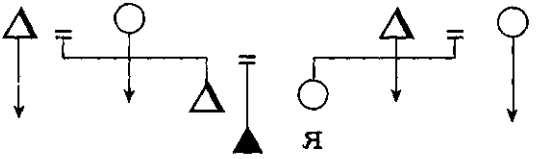


Родство по материнской линии

Родственные отношения Я мужского пола в пяти последовательных поколениях по системе родства по материнской линии. Среди четырех своих бабушек и дедушек Я связан реальными узами родства только с бабушкой по материнской линии. Потомки мужского пола по материнской линии входят в число родственников, но ни один из них не считается родственником Я по материнской линии.



Двухлинейное родство



Недифференцированное или кровное родство

(родство по отцовской линии превалирует в Северной Африке. В Черной Африке и на Мадагаскаре распространено как родство по отцовской, так и родство по материнской линиям; реже встречаются общества, основанные на двухлинейном родстве).

Род играет ключевую роль в обществах, где политическая и родственная власть не дифференцированны. Поэтому в таких обществах родство ограничивается генеалогической общностью (при отсутствии политической власти такой общности достаточно для того, чтобы создать костяк общества), которая определяется потомством и брачными союзами. С другой стороны, родственные группы дифференцируются в зависимости от пола предка и характера родственной связи с ним. Возьмем, например, всех потомков по женской и по мужской линиям и будем рассматривать их как членов одного сообщества: это будет недифференцированное родство. Если же мы определяем родственные отношения в зависимости от пола предка, то речь может идти о родстве по отцовской или по материнской линиям, или же о двухлинейном родстве.

7. Заказ № 1837.

а) *Однолинейное* родство встречается очень часто и может быть родством по материнской или по отцовской линиям. В случае родства *по материнской линии* (система, существующая, в частности, у племени найяр (Южная Индия), у минангкабау (Индонезия), у тробриандов (Меланезия), у ашанти (Гана), у банту (Центральная Африка) и во многих обществах Юго-Восточной Азии) отношения устанавливаются исключительно от родственников по женской линии, имущество и социальное положение передаются также исключительно между родственниками по этой линии. Ребенок не принадлежит к роду своего отца и не получает наследства от него: «отцовскую» власть над ним имеет его единоутробный дядя, т. е. брат его матери.

Очень важно понять, что *родство по материнской линии не имеет ничего общего с матриархатом:* большинство систем родства по материнской линии являются патриархальными в том смысле, что имущество и социальный статут передаются от единоутробного дяди детям матери, а не от матери дочерям. Другими словами, эта система родства основана на женщинах, но работает на мужчин: единоутробный дядя является главой семьи, власть принадлежит мужчинам и их братьям. Роль мужа очень мала, чем и объясняется тот факт, что разводы очень часты, а процедура их упрощена до предела в обществах, основанных на родстве по материнской линии: у племени шошон (американские индейцы) если женщина хочет избавиться от своего мужа, ей достаточно просто выбросить его вещи из хижины.

Родство по отцовской линии встречается как в традиционных, так и в современных обществах. По мнению К. Леви-Строса, оно превалирует в обществах, где политическая власть отделена от власти родственной, так как очень сложно прийти к сосуществованию политической власти, осуществляемой главным образом мужчинами, и родственной структуры, основанной на материнской линии. В основном родство по отцовской линии основывается на тех же правилах, что и родство по материнской линии, за исключением пола главы семьи. Существуют, однако, и различия. Несбалансированность между двумя системами объясняется тем фактом, что мужчины в обоих случаях стремятся сохранить доминирующее положение. Родство по отцовской линии облегчает эту задачу, поскольку оно объединяет мужчин, тогда как родство по материнской линии связывает мужчин и женщин по принципу единокровия.

В системе родства по отцовской линии мужчины должны доминировать над своими супругами, так как род воспроизводится через их посредство. В системе родства по материнской линии мужчины должны удерживать своих сестер, так как эти последние дают жизнь детям рода. В системе родства по отцовской ли-

нии брачная компенсация (цена, уплачиваемая родителями жениха родителям невесты) очень часто более значительна, чем в системе родства по материнской линии, в которой жених отнюдь не заинтересован в том, чтобы платить высокую компенсацию, поскольку впоследствии жена очень легко может развестись с ним. Наконец, в особенности выбор места жительства супругами в разных системах родства влечет за собой разные последствия. Прежде всего следует отметить, что существует множество возможных вариантов:

А — супруги живут вместе с родственниками мужа по отцовской линии;

Б — супруги живут там, где жил муж до женитьбы, или там, где он решил жить после женитьбы;

В — супруги живут вместе с родственниками жены по материнскойлинии;

Г — муж переходит жить туда, где жила жена до замужества;

Д — супруги живут вместе с братьями жены;

Е — муж является лишь сексуальным партнером и не живет вместе с женой (случай племени нагиар); жена, ее братья, ее сестры и их дети остаются жить в их родной деревне;

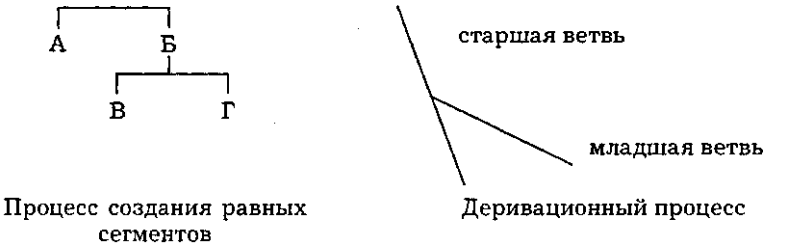
Ж — супруги свободны в выборе места жительства: у родителей мужа или у родителей жены; выбор этот зачастую диктуется экономическими соображениями;

З — супруги живут поочередно по вариантам Б и Г или А и В.

В принципе, система родства по материнской линии должна отдавать предпочтение вариантам В и Г, а система родства по отцовской линии — вариантам А и Б. Однако эти две ситуации не являются строго симметричными. В системе родства по отцовской линии, выбрав варианты А или Б, супруги приобретают власть в своих семьях, тогда как в системе родства по материнской линии в случае выбора супругами вариантов В или Г власть в семье остается в руках братьев жены, в результате чего может иметь место соперничество между мужем и братьями жены. Такого соперничества не может быть ни в первом случае, ни в третьем случае, т. е. когда в системе родства по материнской линии супруги выбирают варианты А или Б: действительно, мужу не приходится жить с братьями жены, даже если они и стоят выше его в генеалогическом плане.

Так объясняются две констатации. С одной стороны, встречается мало обществ, где родство по материнской линии сочетается с вариантом В выбора места жительства. С другой стороны, в системе родства по материнской линии супруги, даже

выбрав сначала вариант В, затем переходят к варианту А[1]: даже если муж родом из другой деревни, жена переходит жить к нему. Это объясняется тем, что в обеих системах родства женщина является лишь представительницей мужского потомства, чем и объясняется ее более низкое положение по сравнению с мужчиной в большинстве человеческих обществ. К. Леви-Строс дает этому явлению совершенно четкое объяснение: «В случае родства по материнской линии рука отца или брата жены дотягивается до деревни зятя... За колебаниями, наблюдаемыми в системах родства при постоянстве выбора места жительства в доме родителей мужа, скрывается коренное отношение неравенства между полами, характерное для человеческого общества»[2].



Процессы сегментации[3]

Наконец, можно констатировать, что роды способны перестраиваться. Действительно, предпочтение, отдаваемое какой-либо одной линии, усиливает влияние демографических флуктуации между полами. Полигамия и усыновление (удочерение) могут помочь исправить положение, особенно в случае, когда ощущается

[1] Среди 250 обществ, изученных в труде «Об общественной структуре», Г.П. Мэрдок уточняет, что 105 были основаны на родстве по отцовской линии, 52 — на родстве по материнской линии, 18 — на двухлинейном родстве, 75 — на родстве по мужской линии; в 38 предпочтение отдавалось варианту В, в 8 — варианту Д, в 146 — варианту А, в 19 обществах супруги живут поочередно у родителей мужа и у родителей жены, в 17 обществах супруги строят свой собственный дом, в 19 обществах выбор места жительства супругов определялся какими-то другими факторами родства. Из этого следует, что большинство обществ отдают предпочтение варианту А выбора места жительства супругов.

[2] *Levi-Strauss C.* Les structures elementaires de la parente. P. 136.

[3] *Zonabend F.* Op. cit. P. 53.

опасность угасания рода (сокращение числа потомков мужского пола в роде, основанном на родстве по отцовской линии). Однако может произойти и обратный процесс, т. е. чрезмерное увеличение рода. Тогда происходит сегментация, которая может осуществляться двумя способами: либо род делится ровно на два социально эквивалентных сегмента, либо один сегмент выделяется в результате деривации и будет рассматриваться как подчинный по отношению к первому. Сегментация происходит довольно легко в обществах, основанных на родстве по отцовской линии: для того, чтобы создать свою семью, каждый сын или брат должен лишь найти себе жену. В системе родства по материнской линии братья, которые уходят вместе со своими сестрами, должны еще найти им мужей. Могут также иметь место сближения между кланами либо на основе родства, либо для осуществления совместных акций (война, церемония, и т. п.). В этом случае союз между несколькими кланами носит название *фратрии.*

б) *Двухлинейное родство* было открыто в 1924 г. Рэдклифом-Брауном: каждый род имеет одну или несколько специфических функций. Характерным примером такого родства является племя яко (Нигерия). В этом случае земля наследуется по отцовской линии, а движимое имущество наследуется по материнской линии.

в) *Недифференцированное* или *единокровное родство* представляет собой решение, резко отличающееся от двух предыдущих: принадлежность к какой-либо родственной группе не основывается более исключительно на половом признаке. Все потомки какого-либо индивидуума являются членами его родственной группы и любой может наследовать от любого из своих родителей. Я является членом не одного или двух родов, а членом стольких родовых сообществ, в скольких он может определить свое место. Здесь мы вновь встречаемся с понятием родни, характерным для наших обществ и уже рассмотренным нами выше.

Вот таким образом организуются индивидуумы, поддерживаются и развиваются группы, которые они образуют с течением времени, отмеченного кончинами и рождениями. Как же обстоит дело с имуществом?

Наследование имущества. Дома утверждал: «Порядок наследования основан на необходимости поддерживать и передавать достояние общества от уходящего поколения к поколению, приходящему ему на смену»[1]. Это означает, что порядок наследования имущества отражает структурную организацию общества. Не стоит упрощать проблему путем противопоставления совре-

Domat. Traite des lois. Chap. VII, 1.

менных обществ, в которых порядок наследования является четко индивидуалистическим, традиционным обществам, в которых группа ставится намного выше индивидуума. В наших обществах воля индивидуума также подчиняется определенным правилам, и данный индивидуум не может распоряжаться своим имуществом исключительно по своей воле: наследство имеет и семейную, и общественную функции. Ниже мы увидим, что традиционные общества также не игнорируют полностью индивидуума, но они интегрируют его в общинный проект. Различия касаются в большей степени уровня, нежели природы наследования.

Первый принцип: *режимы наследования отражают степень интеграции индивидуумов в группы.* Эта интеграция вовсе не предполагает противопоставления прав индивидуума правам группы и тем более не стремится к полному их аннулированию. Задача ее состоит в том, чтобы привести эти права в соответствие с тем местом, которое данный индивидуум занимает в группе.

С одной стороны, имущество не должно распыляться между всеми социальными категориями. Только индивидуумы, которые могут представить доказательства генеалогической связи с общим предком, являющимся членом общества, могут обладать и передавать имущество. В соответствии с этим принципом во внимание принимается прежде всего положение бывшего владельца имущества в родственной группе. Чем выше это положение в родовой иерархии, тем легче определить новых владельцев этого имущества. Затем рассматриваются отношения между членами группы и бывшим владельцем имущества, причем предпочтение отдается лицам, которые в генеалогическом плане стоят наиболее близко к бывшему владельцу имущества. Эта близость зависит от типа родственных отношений: сын наследует имущество отца (в случае родства по отцовской линии), племянник наследует имущество дяди (в случае родства по материнской линии). Если правомочный наследник умер раньше наследодателя, имущество переходит к лицам, положение которых внутри группы аналогично положению правомочного наследника (выбор падает в этом случае на сына младшего брата отца или на сына младшей сестры матери). Можно также отдать предпочтение более младшему поколению и передать имущество внукам отца или сыновьям племянницы. Эти генеалогические условия ставятся перед индивидуумами, свобода наследования которых является очень ограниченной. Наконец, сам умерший имеет право на часть своего имущества: его наследники должны использовать часть наследства на организацию поминок и традиционных обрядов, которые проводятся периодически.

С другой стороны, наследуется не только имущество. Наследуются также функции супруги, детей, причем это происходит так же, как и с имуществом, поскольку если наследование имеет

место по причине смерти, необходимо определить лицо, которое займет место умершего по отношению к лицам, с которыми он имел какие-либо особые отношения.

Наконец, если в наших собственных правовых системах право наследования не связано автоматически со смертью индивидуума (выделение наследства, дар и разделение имущества), то это явление еще более распространено в традиционных обществах: время наследования совершенно не одинаково. В том, что касается передачи материального имущества, наследование имеет место не в связи со смертью предыдущего обладателя этого имущества, а в связи с совершеннолетием наследника (Р. Вердье совершенно верно говорит о «наследовании по причине жизни»). Другими словами, в соответствии с правилами наследования дети получают от своих отцов или единокровных дядьев приданое или имущество, необходимое им в момент достижения ими совершеннолетия[1]. П. Бонт описал этот процесс так, как он происходит у туарегов Нигера: в случае женитьбы индивидуума или рождения его первого сына данный индивидуум получает часть стада, принадлежащего его отцу. Напротив, наследование общественных функций (колдун, целитель, землевладелец, глава рода) может иметь место только после смерти их предыдущего обладателя. Действительно, принято считать, что индивидуумом, наиболее готовым осуществлять руководство над родственниками, является самый старый из тех, кто был наиболее близок к предкам. Поэтому приходится констатировать, что и традиционные и современные общества имеют различные понятия в отношении времени наследования: в традиционных обществах наследование функций может иметь место после смерти, тогда как имущество может быть передано и при жизни его прежнего обладателя; в современном обществе наследование общественных функций и частных несемейных функций обычно имеет место при жизни тех людей, которые эти функции отправляют, тогда как имущество передается по наследству лишь после смерти его владельцев.

Второй принцип: *наследственные режимы учитывают, социально-родственную функцию имущества.* Современное право имеет тенденцию отождествлять наследование имущества с переходом права собственности на имущество от умершего индивидуума к его наследнику. Напротив, традиционное право преследует цель организовать передачу имущества таким образом, чтобы обеспечить как монолитность групп, так и наследование в большей мере поколениями, нежели отдельными индивидуумами.

[1] В несколько смягченном виде это явление существует и в наших обществах и состоит в том, что родители оказывают помощь молодым супружеским парам.

С одной стороны, ценность имущества зависит в меньшей мере от его экономической природы, чем от его связи с группой, владеющей этим имуществом (так, например, у народности серере при одинаковой экономической ценности делается различие между коровой, унаследованной от единоутробного дяди, и коровой, унаследованной от отца). Таким образом, нет единства наследства: поскольку экономическая ценность не является определяющей, она не может служить общим эквивалентом, применяемым к имуществу, имеющему различную природу. Равным образом, не существует и единства наследования ни на уровне имущества, ни на уровне функций, ни на уровне личностей. Имущество является родовым понятием: каждый человек через посредство своих родственниковвповосходящейлинииисвязанспредком—основателем рода; равным образом имущество связывается прежде всего с лицом, которое первым его создало, получило или приобрело, а это лицо вовсе не обязательно является последним обладателем имущества. Отсюда вытекает возможность наследования прежде всего по боковой линии (от брата к брату) и затем возможность наследования младшим поколением. Когда право передачи имущества осуществляется по вертикали, оно основывается на принципах родства по материнской или отцовской линиям или на принципах двухлинейного родства. Это распределение между линиями родства зачастую усложняется различиями, учитывающими не только генеалогическое происхождение имущества, но также и его природу: некоторые виды имущества (обычно земля) передаются только мужчинам (как в случае родства по отцовской, так и в случае родства по материнской линии); другие же виды имущества (украшения, драгоценности) передаются только от матери к дочери. (Легко заметить, что наш институт предпочтительной передачи сельскохозяйственного или промышленного предприятия также использует этот принцип дифференцированного наследования имущества в соответствии с его природой.)

С другой стороны, некоторые типы имущества рассматриваются группами как имущество, необходимое для функционирования этих групп: в этом случае имущество наследуется всей группой и отдельные индивидуумы не могут по своей воле изменить этот порядок. Существуют также типы имущества, рассматриваемые как второстепенные и квалифицируемые как индивидуальное имущество: владельцы такого имущества имеют полную свободу распоряжаться им по своему усмотрению.

Несмотря на краткость этих пояснений, можно констатировать, что в отличие от современного права традиционное право делает гораздо меньшее различие между имуществом и человеком. Следует ли рассматривать этот факт как признак «инфантилизма»? Речь идет, скорее, о совершенно другой логике. В современных обществах государство отдает предпочтение индивиду-

умам, а не группам. В традиционном же обществе родственный характер имущества является одним из основных юридических выражений самого его существования. Поэтому вполне логичен тот факт, что государство коренным образом меняет эту тенденцию и в большей мере отделяет имущество от человека, отдавая предпочтение индивидуальной собственности: французское республиканское государство, провозгласившее свободу личности, всегда гордилось тем, что освободило индивидуума от принуждений, навязываемых ему группой. Мы имеем, однако, все основания для того, чтобы считать, что в этом случае человек лишь сменил хозяина и что свобода личности есть прежде всего могущество государства.

Существует, однако, еще один вопрос, на который нас обязательно наталкивает разнообразие структур, управляющих родственными отношениями: какие же причины вызывают такое разнообразие?

Гипотезы об основах дифференциации систем родства. Мы уже видели, что родственные структуры соответствуют обществам, в которых государство утверждает свое превосходство над родственными образованиями и что, по мнению К. Леви-Строса, дифференциация политической власти ведет к преобладанию отношений родства по отцовской линии. Однако, кроме этих нескольких замечаний, основанных преимущественно на факторах политического порядка, мы можем выдвигать лишь гипотезы.

Сравнительный анализ различных культур, проводившийся до настоящего времени, свидетельствует о важности экономических факторов. Д. Ф. Аберль подчеркивает также, что некоторые явления ведут к преобладанию родства по отцовской линии или усиливают его в ущерб родству по материнской линии: увеличение производительности труда и демографических размеров групп; увеличение доли мужского труда и собственности, принадлежащей мужчинам; повышение контроля мужчин над средствами производства; развитие неродственного контроля над политической организацией[1]. С другой стороны, системы родства по материнской линии более многочисленны в тропических и субтропических зонах, где дикие растения, собираемые женщинами, встречаются в большем изобилии, чем дичь, на которую охотятся мужчины. Кроме того, наблюдения, проведенные А. Одрикуром и Р. Крессуэллом, дают основание считать, что различные общества проводят параллели между методами, используемыми ими для выращивания различных растений и одомашнивания животных, и их понятиями родственных отношений[2]. Выращивание злаков осуществ-

[1] *Cu.:Aberle D. F.* Matrilineal descent in cross-cultural perspective // Matrilineal Kinchip Berkeley. 1961. P. 655—727.

[2] *Cresswell R.* La parente // Elements d'Ethnologie. Paris, 1975. P. 170—172.

ляется при помощи растения, имеющего половые признаки и порождающего очень различные и очень многочисленные виды. Климат и почва способствуют развитию одних культур в ущерб другим, в связи с чем сельскохозяйственный производитель должен проводить тщательный отбор семян. И, наоборот, выращивание корнеплодов подчиняется совершенно другим законам: каждый год сажают те же семена, в результате чего образуется набор клонов или набор корнеплодов, получаемых путем последовательной посадки.

Сельскохозяйственные производители, выращивающие злаковые культуры, часто занимаются интенсивным одомашниванием животных. В социальном плане они чаще всего являются ксенофобами и эндогамами. В политическом плане, в соответствии с западным опытом, они имеют тенденцию подчинять индивидуума государству и возвышать роль права. Наоборот, в странах Юго-Восточной Азии, где самой распространенной сельскохозяйственной культурой является ямс, т. е. растение, требующее минимума обработки (тогда как злаки необходимо сначала обмолотить и провеять), одомашнивание животных развито довольно слабо и в обществе преобладает мнение (это относится, в частности, к Китаю эпохи конфуцианства), что государство и право должны как можно меньше вмешиваться в повседневную жизнь.

В плане подтверждения того факта, что родственные структуры определяются экономическими факторами, можно сослаться на результаты исследований, предпринятых Драйвером и Массеем (1966), которые установили взаимозависимость между экономикой и родственными связями во всех индейских обществах Северной Америки. В обществах, в которых выживание обеспечивается главным образом за счет женского труда, преобладает выбор места жительства по месту жительства матери, родство по материнской линии и номенклатура родства по типу кроу. В обществах, в которых мужской и женский труд более или менее сбалансирован, преобладает свободный выбор места жительства, родство по обеим линиям и номенклатура родства гавайского типа. В обществах, в которых выживание обеспечивается главным образом за счет мужского труда, преобладает выбор места жительства по месту жительства отца, родство по отцовской линии и номенклатура родства типа омаха. Однако, если констатация этой взаимозависимости доказывает влияние экономических факторов (а кто может обоснованно заявить, что такого влияния не существует?), то это еще не доказывает, что экономические факторы играют определяющую роль: действительно, очень важно не упустить из виду, что эта взаимозависимость проявляется довольно слабо. Можно лишь согласиться с мнением М. Годелье, который утверждает, что другие факторы (политические, социальные, религиозные и т. д.) также оказывают ощутимое влияние.

По нашему мнению, все вышеизложенное позволяет сделать два основных вывода.

С одной стороны, материальные условия оказывают влияние на формирование структур родства, но одних их недостаточно для того, чтобы играть определяющую роль. Степень дифференциации политической власти также играет весьма важную роль. С другой стороны, преобладание мужского труда над женским способствует развитию родства в основном по отцовской линии: эта линия преобладает у всех кочевников-скотоводов (за исключением туарегов). Мужчины играют здесь основную роль, поскольку именно на них ложится основное бремя одомашнивания животных. Однако здесь можно говорить лишь о тенденции, так как во всех других обществах, материальная жизнь которых обеспечивается за счет других видов деятельности (охота, рыбная ловля, собирательство, сельское хозяйство, кустарные промыслы), в любую эпоху и независимо от способа производства можно наблюдать однолинейные, двухлинейные и недифференцированные отношения родства. Как пишет М. Годелье, мы с сожалением должны прийти к выводу, что «пока еще общественные науки оказались неспособны установить прямую связь между способом производства и общественным способом воспроизводства»[1]. Эта констатация не означает, что механизмы формирования родственных структур образуются по воле случая: туман, которым они закрыты от нашего изучения, объясняется лишь слабым светом прожекторов, находящихся в нашем распоряжении. К счастью, мы располагаем и более мощными «прожекторами», позволяющими более отчетливо видеть типы супружеских союзов.

B. *Системы супружеских союзов*

В наших современных обществах группы имеют тенденцию «растворяться» среди индивидуумов. Что же касается традиционных обществ, то в них действует обратная тенденция: супружество рассматривается прежде всего как союз между группами[2].

Преимущество, предоставляемое группам, является одной из причин, объясняющих запрет на кровосмешение. Этот запрет является всеобщим, но, поскольку существует множество систем об-

[1] *Godelier M.* Inceste: l'interdit originel // Le Monde. 26 aout 1987. P. 12.

[2] Нужно также проводить различие между подгруппами внутри современных обществ: крестьяне издавна практиковали браки, в которых соглашение между семейными группами играло определяющую роль; в XIX в. социальная группа крупных промышленников обеспечивала свою монолитность не только за счет финансовых и промышленных обменов, но также и за счет обменов супругами: это можно четко проследить на примере генеалогии семей ведущих промышленников.

мена, необходимо рассмотреть, как этот запрет реализуется в каждой из этих систем.

а) *Запрет на кровосмешение.* Во всех обществах существует запрет на кровосмесительные отношения, и многие теории пытались истолковать это явление.

Кровосмесительный инстинкт. Множество древних запретов были отменены в наших современных обществах за последние несколько десятилетий. Однако это никоим образом не коснулось запрета на кровосмешение, который основывается на «природных» и биологических законах: связи между близкими родственниками рассматриваются как противоречащие природе, и дети, рождающиеся в результате таких союзов, очень часто страдают генетическими пороками. Однако некоторые свидетельства показывают, что, напротив, кровосмесительный союз соответствует природному желанию. Поговорка племени азанде утверждает, что «влечение к женщине начинается с сестры». Известен также знаменитый текст, в котором М. Мид цитирует свидетельство одного представителя племени арапеш (Океания): «Ты хотел бы взять в жены свою сестру? Но что это тебе даст? Разве ты не хочешь иметь свояков? Разве ты не понимаешь, что если ты возьмешь в жены сестру другого человека, а другой человек женится на твоей сестре, то у тебя будет по меньшей мере два шурина? Если же ты возьмешь в жены свою сестру, то у тебя не будет ни одного шурина. С кем же пойдешь ты на охоту? С кем будешь ты обрабатывать поле? К кому ты сможешь пойти в гости?» Урок ясен: нужно отказаться от женитьбы на своей сестре по причинам социального и экономического порядка. Плутарх уже предчувствовал это, когда писал о браках у римлян, хотя и выражал определенные сомнения и не исключал других гипотез: «Почему не вступают в брак с женщинами, являющимися близкими родственницами? Да потому что посредством брачного союза стремятся расширить свои родственные связи и иметь много родственников. Этого достигают, отдавая женщин своего рода другим мужчинам и беря у других мужчин женщин их рода»[1].

Психоанализ в теории Эдипова комплекса, кажется, подтверждает, что природе более соответствует кровосмесительный инстинкт, а не его запрещение. Тот факт, что запрет на кровосмешение не является «природным», ничуть не свидетельствует о его вредности. Чтобы открыться миру и обществу, ребенок должен освободиться от семейного окружения, как об этом говорится в Священном Писании: «Ты покинешь отца своего и мать свою». Можно ли автоматически перенести это объяснение на уровень социальных групп? Именно это предлагает сделать теория, разработанная К. Леви-Стросом.

[1] *Plutarque.* Quaestiones Romanae, 108, Mor, 289 d.e.

Толкования запрета на кровосмешение. Основные теории по этому вопросу колеблются между двумя полюсами: либо они объясняют этот запрет материальными причинами, либо они видят в нем (как это делает, в частности, теория К. Леви-Строса) осуществление общественных императивов, основанных на необходимости обмена. Сравнительно недавно М. Годелье выдвинул идею, что запрет на кровосмешение может иметь как первое, так и второе из этих объяснений одновременно.

По мнению Р. Фокса[1], запрет на кровосмешение является продуктом эволюции и естественного отбора[2]. Браки между родственниками биологически пагубны. Чтобы избежать этого, животные, близкие к человеку, живут стаями или прибегают к соревнованию между поколениями, в результате чего молодые особи изгоняются из группы. Однако, когда первые человеческие общества научились образовывать более или менее устойчивые родственные группы, эти методы оказались непригодными, поскольку группы должны быть монолитны. Поэтому пришлось изобрести запрет на кровосмешение, который препятствовал заключению браков между кровными родственниками и регулировал соревнование между индивидуумами. Человеческие общества, которые не приняли такое решение, исчезли с лица земли в результате естественного отбора.

Общепринятая в настоящее время теория К. Леви-Строса делает упор на факторы другого порядка. По мнению этого ученого, ничто не свидетельствует о том, что браки между кровными родственниками являются биологически вредными, по меньшей мере в долгосрочном плане. Прежде всего К. Леви-Строс отмечает, что, начиная с конца палеолита, во многих случаях окультивирования растений и одомашнивания животных человек использовал эндогамные способы размножения, которые доказали свою эффективность. Почему же он делает совершенно противоположные в чисто биологическом плане заключения, когда речь заходит о его собственном размножении? С другой стороны, К. Леви-Строс отмечает, что узаконение биологией запрета на кровосмешение происходит практически повсеместно только в XVI в., что опровергает утверждение о том, что уже первые человеческие общества ввели этот запрет. Кроме того, если в краткосрочном плане браки между кровными родственниками действительно увеличивают опасность появления рецессивных пороков, то со временем эта опасность проходит: через несколько поколений эти явления полностью исчезают. Более того, в небольших по численности обществах запрещение браков между близкими родственниками имеет лишь очень ограниченный эффект на уровне передачи генетиче-

[1] См. *Fox R.* Antropologie de la parente. Paris, 1972. P. 66—68.

[2] CM. Levi-Strauss C. Antropologie de la parente. Paris, 1972. P. 5—29.

ских пороков: в общине, насчитывающей 80 человек, запрещение браков между близкими родственниками, например между двоюродными братом и сестрой, уменьшает всего на 10—15% количество носителей наследственных пороков.

К. Леви-Строс критикует также объяснения запрета на кровосмешение, основанные на сексуальных мотивах. Согласно этим объяснениям, совместное проживание якобы снижает порог эротической возбуждаемости. Это замечание может быть и верно, но здесь имеет место смешение между привыканием, отмечаемым в отношениях между постоянными половыми партнерами (мужем и женой), и половым влечением между родственниками. Между родственниками как раз и не может быть сексуального привыкания, поскольку половые отношения между ними в принципе запрещены. С другой стороны, некоторые народности (например чукчи, живущие в Сибири) практикуют формы брака, при которых будущие супруги живут вместе с самого раннего детства, вместе воспитываются, что не препятствует тому, что по достижении совершеннолетия они могут вступать в половые отношения и рожать детей. Наконец, К. Леви-Строс отмечает, что если бы «ужас перед кровосмешением» основывался на физиологических или психологических мотивах, глубоко укоренившихся в человеческой натуре, было бы трудно понять причины, по которым все известные человеческие общества, находясь на том или ином этапе своего развития, сочли необходимым ввести запрет на кровосмешение: ведь бояться можно лишь явления, о котором тебе точно известно.

Именно поэтому К. Леви-Строс объясняет запрет на кровосмешение главным образом социальными причинами. Мужчины отказываются жениться на своих близких родственницах и соглашаются отдать их в жены представителям других семейных групп, в которых они сами могут выбрать себе жен[1]. Этот брачный обмен имеет индивидуальную цену: каждый должен согласиться «потерять» потенциальную супругу в лице своих близких родственниц. Однако этот обмен имеет также и коллективное преимущество: без такого обмена социальные группы жили бы в полной изоляции, что является отрицанием жизни в обществе. Общество формируется благодаря брачным обменам. Кроме того, жизнь в полной изоляции усугубила бы вражду между группами: когда в одной из них стало бы не хватать женщин, эта группа была бы вынуждена идти войной на другую группу, чтобы захватить силой ее женщин. И, наоборот, очень часто брачные обмены служат для того, чтобы покончить с конфликтом или ознаменовать его прекращение. Меланезийцы говорят: «Жену следует брать у тех, с

[1] Еще совсем недавно в наших обществах молодой человек шел «просить руки» своей невесты у своего будущего тестя, который «отдавал ему свою дочь в жены». Как видите, термины весьма красноречивы.

кем ты воевал». И наши европейские монархи неоднократно следовали этому совету.

Таким образом, по мнению К. Леви-Строса, запрет на кровосмешение является одним из самых очевидных проявлений трансформации природы через культуру: «Запрет на кровосмешение не может быть объяснен ни чисто культурными причинами, ни чисто природными причинами; его также нельзя представить как результат смешения различных элементов, заимствованных частично у природы и частично у культуры. Он представляет собой фундаментальный шаг, благодаря которому, через который осуществлялся переход от природы к культуре. С одной стороны, этот запрет принадлежит природе, так как он является общим условием культуры и, следовательно, не нужно удивляться тому, что он позаимствовал у природы свой формальный характер, т. е. свою универсальность. Но, с другой стороны, он принадлежит культуре, поскольку действует и устанавливает свои правила внутри явлений, которые на первый взгляд совершенно не зависят от нее»[1].

Что касается теории, разработанной М. Годелье, то она стоит где-то посредине между двумя вышеизложенными теориями: она не отвергает толкование К. Леви-Строса, но привносит в него биологические факторы. Автор напоминает, что семья и общество отнюдь не являются понятиями, свойственными исключительно человеку: некоторые виды животных также практикуют эти формы существования (шимпанзе живут стаями, состоящими из семей). С другой стороны, именно человеку принадлежит честь изобретения отношений родства, которые отличаются большой сложностью, так как человеческое родство является как социальным явлением (можно быть родственником человека, с которым вы не имеете никаких биологических связей), так и биологическим явлением и может простираться достаточно далеко как в пространстве, так и во времени. Возможно, что эти отношения возникли одновременно с появлением понятия отцовства, гораздо менее очевидного, чем понятие материнства (некоторые человеческие общества не проводят никакой связи между половыми отношениями и зачатием и считают, что женщин оплодотворяют духи). Во всяком случае, запрет на кровосмешение в значительной мере способствовал этому, но, по мнению М. Годелье, он основан прежде всего на биологических императивах.

С одной стороны, человеческая самка является сексуально привлекательной практически постоянно в отличие от самок животных. С другой стороны, хотя человек достигает половой зрелости довольно поздно, он живет в семье бок о бок с представителями различных поколений, способных вступать в половые отношения. Сочетание этих двух факторов являлось потенциально губи-

[1] *Lcvi-Strauss C.* Les structures elementaires de la parente. P. 29.

тельным для общества, поскольку усугубляло соперничество между его членами: запрет на кровосмешение был, следовательно, изобретен для спасения общества. С этого времени появились и начали усложняться родственные и брачные отношения, поскольку запрещение вступать в брак с близким родственником повлекло за собой необходимость четко определить принципы, которыми следовало руководствоваться, запрещая или разрешая брак в каждом конкретном случае. В этом смысле запрет на кровосмешение является ответом на биологическую модификацию, ответом, который вводит обмен как способ социально-семейного регулирования.

Наконец, М. Годелье совершенно справедливо уточняет, что, несмотря на тот факт, что в большинстве человеческих обществ мужчина ставится выше женщины, это превосходство не является свойственным человеческому родству, основной задачей которого является организация структуры обмена. Источник превосходства мужчин следует искать в другом месте, в причинах экономических, политических и умственных, которые находят свое непосредственное выражение в родственных отношениях.

Теперь настала очередь изучения различных систем брачных обменов, не подпадающих под действие запрета на кровосмешение.

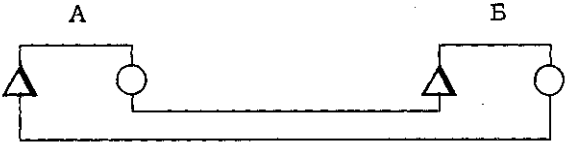
б) Системы брачных обменов. Можно выделить три типа таких систем. Это *элементарные системы,* определяющие родственников, с которыми вступать в брак запрещено, и родственников, с которыми браки являются предпочтительными. Затем идут *полусложные системы,* в которых запрещение на вступление в брак распространяется на целые категории родственников, а не на генеалогически четко определенных индивидуумов. И, наконец, *сложные системы,* в которых запрещаются браки внутри определенного круга близких родственников, но не содержится никаких предписаний относительно предпочтительного выбора супруга или супруги.

Сложные системы характерны для наших современных обществ, в которых законодательство о браке и семье запрещает браки, которые определяются как кровосмесительные, но не содержит никаких указаний относительно предпочтительных браков, т. е. внешне предоставляет индивидуумам полную свободу выбора. Следует, однако, воздержаться от любой эволюционистской интерпретации: наши общества переносят в социально-экономическую плоскость запреты и предписания, характерные для элементарных систем, и, на первый взгляд, освобождают таким образом индивидуума от любого принуждения, хотя в действительности они лишь заменяют генеалогические требования социологическими императивами[1]. В традиционных обществах также

[1] Мы увидим ниже, что эта свобода в действительности довольно сильно ограничена: данные статистики и социологические исследования показывают, что супруг или супруга выбираются обычно в определенных социальных категориях.

могут существовать сложные системы: для этого достаточно, чтобы одно из этих обществ ставило бы непременным условием брак вне клана, не предписывая при этом обязательный выбор супруга или супруги. Тем не менее элементарные системы наиболее часто встречаются в традиционных обществах, и поэтому мы должны сосредоточить наше внимание именно на них. В этих системах практикуются два типа обмена: ограниченный и неограниченный.

Элементарные системы с ограниченным обменом. Ограниченный обмен имеет место в случае, когда две группы практикуют взаимный обмен, который в действительности является обменом сестрами: одна группа мужчин уступает своих сестер другой группе мужчин, которая, в свою очередь, отдает ей взамен своих сестер другой группе мужчин, которая, в свою очередь отдает ей взамен своих сестер.



Ограниченный обмен

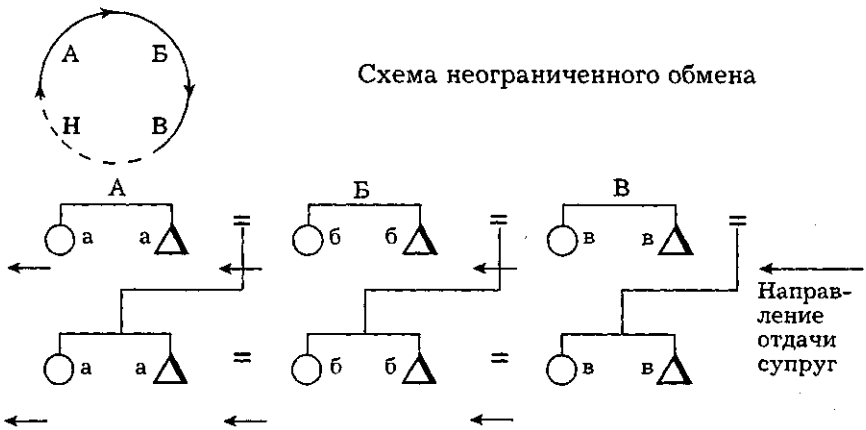
Этот тип обмена, именуемый также «кариера» (по названию одной австралийской народности, у которой он был впервые отмечен и четко описан), практикуется в так называемых дуалистических обществах, которые разделяют своих членов на две однолинейные экзогамные половины. В поколении, появляющемся в результате такого обмена, эта система поощряет браки между перекрестными двоюродными братьями и сестрами, поскольку они являются детьми мужчин, обменявшихся своими сестрами, и запрещает браки между параллельными двоюродными братьями и сестрами, появившимися на свет в результате браков, в которых супруги не отказались от родственника противоположного пола.

Элементарные системы с неограниченным обменом. В отличие от прямого ограниченного обмена, неограниченный обмен не предписывает прямой взаимности в цепи обмена супругами и теоретически позволяет объединить неограниченное число партнеров, как это показывают нижеприведенные схемы[1].

В этой системе группа лиц, отдающих своих женщин, никогда не является той же, что и группа лиц, берущих в жены этих женщин, поскольку каждый индивидуум одновременно и отдает, и берет женщин. Дающая группа никогда не получает женщин непосредственно от берущей их группы, а получает их от группы, находящейся на другом конце цепочки обменов.

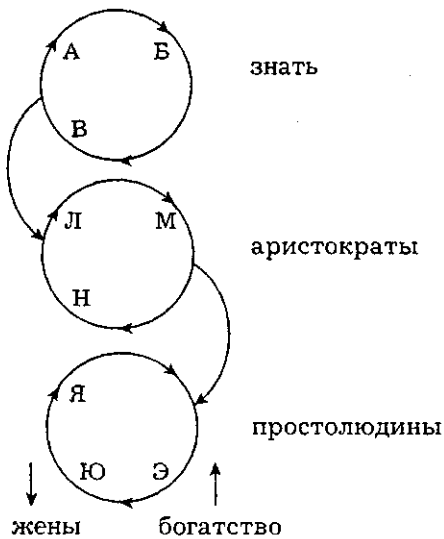
Zonabend F. Op. cit. P. 39—40.

8. Заказ № 1837.



Неограниченный обмен

Будучи менее скованной определенными рамками, чем система с ограниченным обменом, эта система является более открытой и делает возможной дифференциацию по социальному, политическому и экономическому признакам, как это показано на примере народности качин (Бирма)[1].



Неограниченный обмен у народности качин (Бирма)

[1] *Zonabend F.* Op. cit. P. 40.

В таком обществе каждый из родов трех основных общественных групп имеет тенденцию заключать браки исключительно внутри своего рода. Тем не менее в каждой группе несколько родов связываются брачными узами с другими родами, входящими в группу, стоящую ниже по своему социальному положению. Взаимный интерес очевиден: в обмен на женщин, которых они уступают родам, стоящим ниже по социальному положению и желающим иметь жен более высокого происхождения, высокопоставленные роды получают брачную компенсацию, размер которой тем больше, чем более высоко социальное положение отдаваемых ими женщин. Таким образом, часть женщин перемещается вниз по иерархической лестнице, тогда как наверх поступают богатства, которые скапливаются в руках господствующих групп, распределяющих эти богатства среди своего окружения в форме даров или пищи.

Следовательно, неограниченный обмен способен организовать и усилить дифференциацию, уже существующую в обществах, стремящихся к социально-экономическому и политическому разделению. В сложных системах более часто встречаются законодательства, которые (подобно французскому позитивному праву) запрещают браки между определенными категориями супругов, но не содержат никаких обязательных предписаний относительно выбора супруга или супруги.

Этот краткий анализ брачных систем подтверждает, что традиционные системы достигли достаточно высоких результатов в этой области: действительно, если мы сравним с ними нашу собственную организацию родственных отношений, то мы будем буквально поражены ее концептуальным обеднением[1].

Из приведенных описаний не вытекает, однако, что практика автоматически совпадает с нормой: например, у австралийцев идеальная родственная организация которых отличается очень большой сложностью, нередки случаи, когда браки заключаются вопреки установленным правилам; у народности пурум (Индия) лишь 62% браков полностью соответствуют принятым нормам; у арабов предпочтительные браки между параллельными двоюродными братьями и сестрами по отцовской линии составляют лишь около 30% всех заключаемых браков. Наличие таких относительно больших отклонений доказывает, что, как и материальные факторы, фактор родства не является единственным фактором,

[1] Можно, однако, предположить, что в прошлом наши западные общества были более изобретательны. Например, один из текстов Святого Августина, касающийся брачных обычаев древних римлян, дает основания полагать, что древние римляне практиковали предпочтительные браки между перекрестными двоюродными братьями и сестрами (Августин/ О граде Божием. 478, 66—75)

определяющим состояние общества. Этот фактор должен вступать в конфронтацию с другими силами (экономическими, политическими, религиозными и т. д.), которые ему не всегда удается склонить на свою сторону. Равным образом можно утверждать, что любая, даже самая могучая семейная группа всегда оставляет за супружеской семьей возможность играть определенную роль внутри группы.

§ 3. Супружеская семья

Супружеская семья в той или иной форме существует во всех без исключения обществах. В этой связи мы полностью посвятим ей следующий раздел, а также подчеркнем значение, которое имеет в ней рождение детей, и изучим их социальное положение.

Всеобщий характер супружеской семьи. Супружеская семья имеет всеобщий характер, но роль ее в различных обществах различна. У народности найяр (Индия) мужчины являются прежде всего воинами, супружество не создает постоянных уз, а власть и права на землю принадлежат единоутробным дядьям. В нацистской Германии половое гиперразделение труда (война и политика — для мужчин, домашние заботы — для женщин) с течением времени могло бы привести к формированию общества, аналогичного обществу, существующему у народности найяр. Более близкий к нам пример: в Китае при режиме Мао были предприняты безуспешные попытки упразднить супружескую семью.

Кроме того, следует отметить, что полигамия не исключает образование супружеской семьи. Полигинические семьи (союз одного мужчины с несколькими женщинами) обычно состоят из живущих в одном месте моногамных семей: очень часто в Африке мужчина имеет несколько жен, но каждая из них живет со своими детьми в отдельном жилище. Как правило, полигиния имеет определенные пределы. С одной стороны, потому, что демографическое расстояние между двумя полами является довольно небольшим (примерно 10%), хотя возможно его увеличить за счет довольно часто встречающейся практики убийства новорожденных одного пола. Полиандрия (союз одной женщины с несколькими мужчинами) встречается реже (племя тода в Индии, некоторые народности, живущие в Тибете и Непале).

Более того, супружеская семья может состоять из супругов одного пола. Например, в племени нуэр (Судан) женщина, неспособная к деторождению, может уплатить брачную компенсацию родителям другой женщины, жениться на ней с тем, чтобы она родила детей от мужчин. В этом случае она рассматривается как мужчина, может наследовать скот и получать брачные компенса-

ции в случае замужества девушек ее рода. Даже в наших собственных обществах есть примеры браков между индивидуумами одного пола, заключенных иногда с соблюдением юридических и религиозных формальностей.

Можно также упомянуть случаи браков между умершими и живыми, которые смешиваются с вышеупомянутыми случаями. Опять же в племени нуэр вдова может вступить в «призрачный брак», выйдя замуж за мужчину, который будет носить имя покойного мужа, но не будет иметь права на наследство. Племя кукуйю идет еще дальше: вдова, возраст которой не позволяет ей родить от любовника ребенка, который унаследовал бы имущество ее покойного мужа, может купить женщину с тем, чтобы она родила такого наследника; эта женщина рассматривается как супруга умершего, а ее дети являются прямыми наследниками умершего, поскольку сама эта женщина была куплена за счет имущества умершего. Такая практика лишь на первый взгляд кажется нам «экзотической». Наши собственные общества начинают ее применять, используя, правда, для этого другие методы, такие как замораживание спермы или «предоставление матки».

Какова бы ни была его форма, супружеский союз высоко ценится во всех обществах. С одной стороны, потому, что все общества проводят различие между супружеским союзом и внебрачным сожительством. В наших собственных обществах юридические последствия брака намного превосходят юридические последствия внебрачной связи. Даже если в результате внебрачной связи рождаются дети, эта связь рассматривается как своего рода «прелюдия к браку» или же как следствие брака, распавшегося в результате смерти одного из супругов или развода. В любом случае целью брачного союза является продолжение рода. Во многих традиционных обществах брак считается действительным лишь после рождения первого ребенка. Ниже мы увидим, что и в наших обществах семья мужа и семья жены считают себя действительно породненными также после рождения у их потомков первого ребенка. И, наоборот, холостяки невысоко ценятся в обществе. В связи с ярко выраженным половым разделением труда холостяки встречаются очень редко в традиционных обществах, где брак является условием выживания; там, где они все-таки существуют, их общественное положение очень невысоко (очень часто слово «холостяк» является синонимом слова «калека»). В наших собственных обществах начиная с определенного возраста холостячество воспринимается как «ненормальное» положение, поскольку общественное мнение поощряет создание семьи.

Разнообразие форм, которые может принимать супружеская семья, является в конечном счете одним из самых очевидных доказательств значения, придаваемого ее существованию всеми обществами. В связи с этим нам следует более детально изучить про-

цесс образования семьи и содержание обязательств, возникающих у каждого из супругов.

Образование семьи и отношения между супругами. Вступление в брак часто сопровождается уплатой брачной компенсации. Эта компенсация именуется выкупом, но этот термин имеет другое значение, чем в нашем юридическом языке, поскольку он обозначает определенную сумму, уплачиваемую женихом или его семьей родителям будущей супруги. Выкуп нельзя рассматривать как «покупную цену» невесты: он предназначен для компенсации потери, которую несет семья невесты. Кроме того, его значение не является только экономическим: поскольку выкуп выплачивается зачастую долями в течение нескольких лет, он является залогом хороших отношений между семьями мужа и жены. Во многих обществах выплата выкупа устанавливает презумпцию отцовства: муж является отцом всех детей своей жены, даже если они рождены и не от него; до тех пор пока выкуп не возвращен, жена, даже если она не живет более со своим мужем, не может вновь выйти замуж, а дети, которых она рожает в этот период, считаются детьми ее мужа.

Значение, придаваемое выкупу, свидетельствует о том, что брак объединяет как группы, так и индивидуумов, которые имеют тем не менее некоторую свободу выбора, но выгоду из этого извлекают в основном мужчины. Редко случается так, что родители могут принудить мужчину вступить в брак, которого он не желает. Однако зачастую брак подготавливается заранее: будущие супруги воспитываются вместе и настолько привыкают друг к другу, что их будущий брак представляется им совершенно «естественным». Более того, даже в случае, когда предписан предпочтительный брак, потенциальный жених имеет определенную свободу выбора между несколькими невестами, занимающими аналогичное положение с генеалогической точки зрения. В крайнем случаев жених может навязать своим родителям невесту, которой они не желают, прибегнув к похищению невесты, после чего семейным группам не остается ничего другого, как урегулировать ситуацию посредством брака. Напротив, женщины поставлены в гораздо более жесткие рамки: с их мнением считаются намного меньше.

Само вступление в брак всегда обставляется различными обрядами. Как правило, эти обряды символизируют расставание: женщина удаляется из своей семьи посредством обряда инициации, за которым следует обряд соединения супругов. В наших собственных обществах принят обратный порядок. После свадьбы молодожены отправляются в свадебное путешествие, которое как бы подчеркивает их теперешнюю независимость по отношению к их прежним семьям, достигнутую благодаря браку. Напротив, в традиционном обществе брак преследует прежде всего цель объединить две семейные группы: доказательством тому является

тот факт, что в некоторых обществах молодожены не начинают жить под одной крышей сразу же после свадьбы (в племени ашанти, живущем в Гане, супруги живут отдельно друг от друга на протяжении нескольких лет; в племени ньяро (Судан) супруги живут вместе только во время беременности жены; в племени цвана супруги начинают жить под одной крышей только после рождения первого ребенка, а у догонов — после рождения нескольких детей).

Обязанности супругов существенно отличаются в различных обществах и при различных режимах наследования. Супружеская измена может рассматриваться и как «невинная шалость» (у тонга в Замбии), и как очень тяжкий грех (у племен свази и ньякьюза). Очень часто женская измена карается намного суровее, чем мужская. Кроме того, муж зачастую может предоставить свою жену третьему лицу в различных ситуациях (закон гостеприимства, установление родственных связей, порождающих отношения, при которых это третье лицо является защитником мужа), тогда как обратное не предусмотрено ни в одном обществе. Эти наблюдения наталкивают нас на вопрос о социальном положении женщины по сравнению с социальным положением мужчины.

В нескольких обществах социальное положение мужчины и женщины одинаково (пигмеи, андаманцы, гаро и хази в Ассаме, туареги). Однако, как правило, женщина стоит ниже мужчины в социальной иерархии. Существует тем не менее несколько степеней подчиненности женщины, которые, по нашему мнению, обусловлены факторами экономического порядка. Наиболее незавидно положение женщины в племенах, занимающихся скотоводством, поскольку там она не имеет права заниматься «благородной» работой (например, ухаживать за скотом). У племен, живущих охотой, социальное положение женщины несколько выше. У племен, занимающихся сельским хозяйством, социальное положение женщины является средним между ее социальным положением у скотоводов и у охотников, поскольку ее плодовитость ассоциируется с плодовитостью земли и поскольку она играет довольно значительную роль в сельскохозяйственных циклах. В обществах, занимающихся выращиванием непищевых растений, женщина также занимает довольно скромное социальное положение. Мы упомянули, однако, достаточно обобщенные тенденции, которые могут иметь многочисленные исключения.

Расторжение брака. Брак не может быть заключен на определенный срок, но продолжительность его может зачастую зависеть от определенных условий: бесплодность женщины является причиной скорее для аннуляции брака, нежели для развода. Смерть одного из супругов не обязательно автоматически влечет за собой распад семьи, как мы это уже видели на примере «призрачных браков». Брак может оставаться действительным, несмотря на

смерть одного из супругов, и продолжаться в форме левирата: вдова по-прежнему считается женой своего умершего мужа, но живет с его младшим братом, а дети, рождающиеся в результате этого сожительства, считаются детьми ее умершего мужа (так поступают племена гузи, нуэр, свази, цвана, зулусы и т. д.)[1]. Вдова может также выбрать себе нового партнера, который будет считаться ее мужем, среди братьев или сыновей своего мужа (в обществах с родством по отцовской линии) или среди сыновей его сестер (в обществах с родством по материнской линии). Наконец, существует и сорорат — форма, противоположная левирату: в случае смерти супруги, ее родители отдают вдовцу одну из ее сестер. Все вышеизложенное свидетельствует о том, что семейные группы стремятся сохранить союз, прерванный смертью одного из супругов.

Брак может также распасться в результате развода. Разводы более часты в начале семейной жизни и в обществах с родством по материнской линии, где женщина сохраняет более тесные связи со своей прежней семьей. Как и смерть одного из супругов, развод не прерывает автоматически связь между семейными группами. С одной стороны, один из супругов может вступить в новый брак с родственником или родственницей бывшего мужа или бывшей жены. С другой стороны, возвращение выкупа может иметь различное значение: если уплата выкупа была непременным условием брака и выкуп полностью возвращен после развода, брак считается расторгнутым; в противном случаев брак остается действительным.

Можно задаться вопросом о причинах, которые побуждают во множестве случаев семейные группы пытаться сохранить семейный союз. Без сомнения, одной из основных причин является стремление этих групп обеспечить свое продолжение в лице потомков.

Социальное положение ребенка. «От смерти есть только одно лекарство — ребенок», гласит пословица племени бамбара. Говоря о смерти человека, имеющего детей, те же бамбара скажут, что он «ушел», а говоря о смерти холостяка, они скажут, что он «кончился». В племени пель, живущем в Западной Африке, женщины, которые не могут забеременеть, делают себе «детей» из початков кукурузы, а их мужья иногда публично дают этим «детям» имена (зерна кукурузы символизируют изобилие и плодовитость). Это стремление к продолжению рода свойственно не только отдаленным от нас обществам. В германской Европе существовал обычай: при рождении ребенка в его честь сажали дерево, связывая таким образом их рост тотемическим родством. В на-

[1] Африканский левират отличается от еврейского левирата, в котором брат мужа должен жениться на его вдове, если у нее нет ребенка.

стоящее время дебаты по поводу новых методов деторождения свидетельствуют о тревоге, охватившей в этой связи наше общество. Нет никакого сомнения в том, что эта тревога объясняется очень характерной для нашего общества неспособностью придавать какое-либо значение смерти. Пословица племени бамбара хорошо показывает, что все общества сталкиваются с этой проблемой. Однако традиционные общества лучше вооружены для того, чтобы решить эту проблему, поскольку они верят в существование невидимого мира, тесно связанного с нашим миром живых.

Будучи хуже вооруженными, нежели мы, в медицинском плане, они компенсируют это отставание за счет небиологических форм родства, когда возникает проблема бесплодия (или даже смерти одного из двух супругов), и широко практикуют усыновление и удочерение. Это также не свидетельствует о какой-то примитивности: разве оплодотворение женщины путем введения в ее матку спермы донора, которого она, может быть, даже никогда не видела, или извлечение из ее матки зародышевой клетки, которая будет оплодотворена в пробирке, являются менее «дикими» методами, чем «призрачный» брак, практикуемый в племени нуэр? Ничто не дает нам оснований это утверждать.

Как бы то ни было, в традиционных обществах ребенок окружен не меньшей заботой и вниманием, чем в наших. Его социальное положение очень различно в различных обществах, равно как и отношения, которые существуют между ним и его родителями и которые обусловлены системой родства, принятой в его семейной группе. В общем и целом отцовство является как социальной, так и биологической связью, а законнорожденность ребенка менее зависит от точной идентификации его отца, чем от его действительной принадлежности или непринадлежности к данной семейной группе.

В плане соотношения социальных и биологических факторов следует отметить, что в зависимости от типа брачного союза отцом должно быть лицо, являющееся одновременно и мужем матери и родителем ребенка или же только родителем ребенка, или же, наконец, только мужем матери.

Что касается ребенка, рожденного вне брака от неизвестного отца, то его социальное положение сильно меняется в зависимости от общества. Во многих африканских и полинезийских обществах в таком случае либо мать делает аборт, либо ребенка убивают сразу же после рождения. В племени бауле отцом считается мужчина, на которого указывает мать ребенка: он обязан жениться на ней и жить с ней до тех пор пока ребенок не научится ходить; избежать этого он может, лишь убежав из племени. В других обществах ребенок усыновляется семейной группой матери, а отцом его считается ее брат: это касается не только обществ с родством по материнской линии (ашанти), но также и обществ с родством по отцов-

ской линии (у племени ловиили отец может по своей воле отдать свою дочь какому-либо мужчине для ее оплодотворения с тем, чтобы обеспечить таким образом рождение потомка).

В заключение можно присоединиться к мнению К. Леви-Строса, который утверждает, что существуют две точки зрения на семью и общество. Одна точка зрения является вертикальной и отдает предпочтение семье как ячейке, из множества которых образуется общество: в этом случаев преемственность является основным фактором, а превыше всего ставится связь между ребенком и родителями, сама же семья вписывается прежде всего во время благодаря последовательности поколений. Другая точка зрения является горизонтальной и представляет общество в виде подвижного сообщества, в котором непрерывно образуются и распадаются семьи, которые, находясь под действием запрета на кровосмешение, должны постоянно обмениваться брачными партнерами: брак является тогда основным вектором, неполная семья имеет лишь эфемерное существование, а течение времени больше перестраивает, нежели укрепляет семейные образования. Мы охотно присоединяемся к мнению К. Леви-Строса, согласно которому вертикальная точка зрения должна подправляться горизонтальной. Зачатие и, следовательно, толчок к спуску по вертикали может иметь место лишь в случае соединения мужчины и женщины. Эти мужчина и женщина могли бы быть близкими родственниками, но этому препятствует запрет на кровосмешение, без которого общество не могло бы продолжаться непрерывно. Нужно, следовательно, чтобы на горизонтальном уровне две семьи могли обмениваться родственниками, брачный союз между которыми сделает возможным продолжение обоих родов: «... Если каждая малая биологическая особь не желает вести хрупкое существование, жить под постоянным страхом, сталкиваться с ненавистью и враждой своих соседей, она должна отказаться жить для самой себя; ей следует пожертвовать своей идентичностью и своей непрерывностью, открыться для большой игры в брачные союзы. Вставая на пути сепаратистских тенденций кровного родства, запрет на кровосмешение позволяет соткать ткань родственных отношений, составляющих арматуру любого общества, без которой такое общество просто не может существовать»[1].

В наших обществах еще преобладает вертикальный концепт семьи (хотя конжугализм — увеличение прав пережившего супруга, увеличение доли наследства последнего оставшегося в живых — ослабляет права потомков по сравнению с правами супругов). Как можно объяснить этот парадокс? По нашему мнению, это

[1] См. *Levi-Strauss C.* Introduction// Histoire de la famille. Paris, 1986. T.I. P. 9—13.

объясняется тем, что вертикальная точка зрения отдает предпочтение семье в ее конкретном «сегодняшнем» состоянии. Действительно, для преемственности более важны природные, нежели социальные связи, так как она основывается на рождении; она подчеркивает также чувственные связи между потомками и предками, которые объединяют их в звенья цепочки, открытые в будущее. Здесь брачный союз и обмены, которых он требует, несколько стираются. Именно эту картину нам нравится наблюдать, поскольку отношения биологического родства мы предпочитаем отношениям родства социального (в большинстве случаев усыновление является крайним шагом, на который мы решаемся лишь тогда, когда исчерпаны все возможности, предоставляемые медициной). Наконец, в наших «ядерных» семьях остаются в тени побочные родственники, которые с течением времени отдаляются от нас все дальше и дальше. Возможность выбора ведет к союзу, который сначала ломает то, что было раньше, с тем, чтобы затем вновь соединить, но по-другому. Этой ломке мы предпочитаем преемственность поколений, которая несколько уменьшает наш страх перед смертью.

Раздел 2. Земельные отношения

В нашем позитивном праве земля рассматривается как недвижимое имущество, которое может находиться в личной или общественной собственности. Согласно традиционному мышлению, статус земли в традиционных обществах определяется совершенно другими понятиями.

§ 1. Расхождение между современным и традиционным правовым мышлением

Специфичность африканского мышления в отношении земли. Согласно догонским преданиям, единый бог Амма создал Землю в виде женского тела, половые органы которого были муравейником, а клитор — термитником. Затем, когда Амма пожелал совокупиться со своим созданием, ему пришлось отрезать муравейник (мужское препятствие), сделав таким образом обрезание Земле. Этот инцидент имел пагубные последствия: вместо того чтобы породить близнецов — залог счастья, Земля родила одно существо — шакала — символ исходной ошибки Бога. Позднее шакал вступил в кровосмесительную связь со своей матерью. Таким образом, Земля является источником жизни, непосредственно связанным с Сотворением и с его вероятным несовершенством. Эта сакрализация Земли объясняет, что она не может присваи-

ваться как простое недвижимое имущество. Чтобы ее использовать, необходимо сначала заключить союз с ее невидимыми хранителями, поскольку, будучи порожденными Землей, предки и уходят в Землю, тогда как обработка Земли вносит в нее их слова, превращая целину — простое физическое пространство — в очеловеченную и обобществленную среду. Предок, основавший деревенскую общину, как бы заключил такой союз с могущественными силами, опекающими Землю; он передает по наследству эту свою функцию «земельным старшинам», которые обладают определенной властью над людьми в силу их власти над землей. Связь между землей, порядком и плодородием очень часто выражается в вере в то, что смерть «старшины Земли» сопровождается засухой и бесплодностью женщин.

Земля не только является чем-то священным, она ассоциируется с человеком и обществом. Будучи плодородной, земля очень часто ассоциируется с женщиной. Догоны говорят: «Один человек дает тебе и землю и жену». Этим они подчеркивают связь между землей, которую дает отец, и женой, которую дает дядя по материнской линии. Равным образом переход на новый участок земли требует обязательного заключения союза с Землей: приход группы иммигрантов на это пространство, занятое потомками тех, кто заключил союз с Землей, сопровождается отдачей женщины: «старшина Земли» отдает свою дочь в жены предводителю вновь пришедших, закрепляя супружеским союзом священный союз с Землей. В более общем плане имущество образует отдельную юридическую категорию только в современных обществах. В прочих же обществах оно ассоциируется с правовым статусом групп, которые его производят, обменивают или потребляют. В этой связи оно подчиняется совершенно другим законам.

Существование связи между землей и невидимым миром, а в видимом мире — между землей, человеком и общественными группами препятствует появлению столь привычной нам концепции реального права, вытекающей из различия между вещью в себе и вещью, принадлежащей человеку: право не может прямо относиться к какой-либо вещи, тем более что земля не может ассоциироваться с вещью (именно по этой причине мы предпочитаем говорить здесь о земельных отношениях, а не о земельных правах). Эти концепции объясняют также и почти полное отсутствие понятия приобретательной давности. Сам факт обладания землей в течение определенного промежутка времени не влечет за собой приобретения земельных прав. Поскольку обладание землей и пользование ее плодами органично связаны с иерархизацией общественных групп и обусловленными этим статусами каждой группы, индивидуумы могут претендовать лишь на земельные права, обусловленные уровнем их компетенции, и при условии, что предыдущий обладатель полностью прекратил пользование землей.

Хотя в наших собственных крестьянских обществах земля очень часто отделяется от прочего имущества, а иногда и считается священной, западные юристы были плохо подготовлены к тому, чтобы понять специфику африканского мышления. По этой причине очень часто они понимали земельные отношения в этих обществах лишь как двойное отрицание западной модели, изобретая таким образом предколониальную предпосылку.

Предколониальная предпосылка в исследовании земельных отношений. Как отмечает Э. Ле Руа, атрибуты предколониальной предпосылки, выдуманной западными юристами, могут быть резюмированы в следующей парадигме: в *то время как, согласно оригинальной цивилистской концепции,право собственности является индивидуальным, незыблемым, абсолютным, исключительным и вечным, в обычном земельном праве земля рассматривается как недвижимое имущество, на которое распространяется коллективное право собственности, согласно которому земля является неотчуждаемой, а земельные права — временными, ограниченными и относительными.* Анализ, проведенный Э. Ле Руа и Р. Вердье, с очевидностью показывает ошибочность этих предложений.

Коллективная собственность. Обычно эта концепция сочетается с эволюционистским подходом, который стремится показать, каким образом человечество постепенно перешло от дикости к цивилизации путем расширения сферы индивидуальной собственности. Известные специалисты в области гражданского права (такие, как М. Мазо) приводят без тени сомнения следующую устаревшую схему: «Создается впечатление, что у всех народов собственность была изначально коллективной: имущество принадлежало клану, племени. Индивидуальное право собственности появилось первоначально в связи с движимым имуществом: одеждой, затем инструментами труда. Сооружения, предназначенные для жилья, очень быстро стали объектом присвоения, по меньшей мере семейного. Однако земля очень долго оставалась собственностью клана. Изначально она обрабатывалась совместно и в интересах всех. Затем обработка и пользование землей стали предметом временного разделения между семьями; каждая семья получила надел, который она должна была обрабатывать для получения средств к существованию; поскольку земля оставалась общей собственностью, наделы перераспределялись ежегодно; постепенно установился обычай не перераспределять наделы в течение определенного промежутка времени... Наконец, предоставление земли в пользование стало бессрочным. Таким образом, сама собственность на землю оказалась поделенной между семьями, а затем и между индивидуумами; иногда семейная собственность превращалась в действительности в индивидуальную собственность: когда глава семьи один обладал правом собственности на имущество

группы. Коллективная собственность клана — семейная собственность — индивидуальная собственность. Таковы были этапы[1]. Кроме того, что такое толкование является абсолютно произвольным, оно применяет термины хронологической последовательности к юридическим уровням, являющимся в действительности синхронными: в эпоху, к которой восходят наши первые наблюдения, имела место не замена прав группы правами индивидуума, а сосуществование между этими правами.

В этом смысле в традиционном праве нет «коллективной» собственности. В Африке земля находится во владении и под контролем групп (родов, деревень и т. д.) в лице их старейшин или их советов, но индивидуумы имеют к ней доступ и могут ее использовать в различном порядке (напоминающем порядок, существовавший в средневековье), обусловленном их социальным положением внутри групп или же в некоторых случаях — их приближенностью к лицу, облеченному политической властью. В этой связи прилагательному «коллективный» мы предпочтем прилагательное *«общественный»,* которое отнюдь не исключает индивидуальные права: эти права существуют, но они обусловлены положением индивидуума внутри соответствующей группы.

Неотчуждаемая собственность. Священный характер земли и необходимость передать ее в целости от мертвых живым, а также грядущим поколениям часто упоминаются как подтверждение идеи, согласно которой земля является неотчуждаемой, что еще более подкрепляет ее «коллективный» характер. Однако это понятие неотчуждаемости может быть принято с серьезными оговорками, которые хорошо сформулировал Р. Вердье. Действительно, следует проводить различие между операциями передачи или отдачи в залог земли, когда эти операции имеют место внутри или вне данной группы. Вне группы применяется принцип непередаваемости: можно одолжить или отдать в аренду землю лицам, не являющимся членами данного рода, но нельзя уступить ее окончательно, если, конечно, лица, облеченные властью в роду, не примут другого решения. Однако в этом случае передача обычно предусматривает условие переуступки. Напротив, внутри группы передача земли возможна.

Ограничительный характер земельных прав. Коллективный характер права собственности влечет за собой ограничительное определение земельных прав, рассматриваемых как временные, ограниченные и относительные. Если эти характеристики точны, то происхождение их другое, поскольку коллективной собственности на землю не существует. Она основывается на том факте, что

[1] См.: *Mazeaud H. L. J.* Lecons de droit civil. Paris, 1966. T. 2. P. 1060.

право на землю признается только тогда, когда земля приносит плоды, и не существует в течение периода освоения земли. Таким образом, если право на эксплуатацию земли не осуществляется в течение определенного промежутка времени, это право теряет силу. Более того, эти права относительны, поскольку плюральная структура сообщества, которому принадлежит земля, приводит к ситуации, в которой земля является объектом прав, принадлежащих разным людям.

Земля как недвижимость. Представляется логичным отнести землю к недвижимому имуществу. Однако материальный критерий (движимое — недвижимое) не является единственным в этой типологии. В истории нашего права противопоставление между движимым и недвижимым соотносится с индивидуализацией права собственности: число обладателей прав на один и тот же участок земли уменьшается, в связи с чем появляется гражданско-правовой аспект собственности — ее исключительность. При феодальном строе земля является объектом множества накладывающихся друг на друга прав, характеристики которых зависят от социально-политического положения их обладателей (в этом смысле имеется сходство с земельным правом традиционных обществ). В соответствии с Декларацией прав человека и гражданина 1789 г., собственность становится атрибутом личности независимо от ее социального положения. Земельная собственность является предметом особой заботы: расторжение договора в случае нанесения ущерба; недостаточность простого обладания как вещью, за исключением очень длительной приобретательной давности.

Таким образом, в соответствии с нашей собственной традицией, классификация земли как недвижимого имущества сопровождается предпочтением, отдаваемым индивидууму по сравнению с группой. Мы знаем, однако, что совсем не так обстоит дело в общинной модели общества. Поэтому в случае традиционных обществ считать землю недвижимым имуществом не имеет никакого смысла: земля не является ни движимым, ни недвижимым имуществом, поскольку она играет совершенно другую роль.

Земля как имущество[1]. Пользуясь особой охраной в силу статьи 518 Гражданского кодекса Франции, которая квалифицирует землю как «недвижимость по самой своей природе», земля есть нечто большее, чем материальный объект: это имущество, т. е. предмет, обладающий денежной стоимостью и могущий быть присвоенным. Значение, придаваемое наличию продажной стоимости, соотносится с индивидуализацией и исключительностью права собственности в гражданско-правовой традиции. Различия между этими

[1] См.: Rouland N. Pour une lecture anthropologique et interculturelle des systemes fonciers. // Droits. 1985, №1. P. 73—90.

концепциями и концепциями традиционного земельного права очевидны. Традиционная система не игнорирует экономическую ценность земли, но эта ценность не носит определяющий характер, как это имеет место в гражданско-правовой системе, основанной на капиталистическом способе производства, при котором меновая (обменная) стоимость земли высчитывается и вводится в общий рынок, на котором доминирует индивидуалистическая организация обменов. Напротив, утверждая принцип непередаваемости земли, традиционная система ставит на первое место ее внекоммерческий характер: права на землю могут передаваться лишь между членами одной и той же группы.

Таким образом, традиционная система абстрагируется от экономической ценности земли, тогда как гражданско-правовая система ставит ее на первое место. Традиционная система ставит во главу угла общественно-политический статус субъектов права, тогда как гражданско-правовая система не обращает на него большого внимания. (Более точно будет сказать, что в традиционных обществах земельный правовой режим обходит своим вниманием экономическую ценность, ставя на первое место социально-политический статус субъектов права, когда речь идет об отношениях внутри одной и той же группы. Ситуация становится противоположной, когда речь идет о межобщинных отношениях.). В наших современных обществах право стремится обозначить разницу между социальными персонажами, применяя в отношении их уравнительные категории «юридического лица» и «собственника». Однако наш старейший специалист в этой области Ж. Карбонье справедливо замечает: «То, что позволяет удерживать ее (современную доктрину) на еще большем удалении от реальности, это нечто вроде лицемерия, в силу которого все всегда сводится к вопросу: что же такое собственность?, не осмеливаясь при этом задать другой вопрос: а кто же такой собственник? Будучи ослеплены блеском статьи 544 ГК Франции, мы сочли, что лишь атрибуты собственности достойны нашей философии, и обошли вниманием способы приобретения, отягощенные своей кажущейся техничностью и находящиеся в другом разделе Кодекса (ст. 711 и следующие), не заметив присущей им ужасной социальной реальности... Однако для того, кто хочет узнать всю истину, важно понять не только структуру собственности, но и ее распределение[1]. Другими словами, нельзя изучать собственность в отрыве от статуса ее обладателей.

Социальное положение и земельные отношения в традиционных и современных обществах. Как отмечает Э. Ле Руа, предметом нашего внимания является, скорее, не земельное право в его классическом толковании западными юристами, а земля как средство и место актуализации общественных отношений. В этой

Carbonnier J. Flexible droit. Paris, 1971. P. 177.

связи нам представляется более справедливым говорить о земельных отношениях. К. Леви-Строс очень хорошо заметил, что собственность нельзя рассматривать как объективное отношение между субъектом и объектом права: объект приобретает или теряет свою ценность и, следовательно, подчинен юридическим процедурам квалификации, использования или передачи, которые обусловлены отношениями индивидуумов между собой. Другими словами, собственность в большой мере обусловлена отношениями и общественной структурой[1]. Это верно для любого общества.

Традиционное африканское право основывается на двойном определении социального статуса индивидуума по отношению к группе и возможности использовать пространство. Рабочая сила ценится в нем меньше, чем явно социальные ценности, такие, как преемственность внутри группы, взаимность прав и обязательств, взаимодополняемость социальных категорий и т. д. Эти концепции не присущи исключительно экзотическим обществам: мы легко их находим в старинных крестьянских обществах в Европе. Переход к современности произошел в наших странах лишь в конце XVIII в. Действительно, именно тогда начался процесс униформизации статусов индивидуумов с тем, чтобы сделать их взаимозаменяемыми и отделить рабочую силу (которую можно оценить в деньгах и обменять на рынке) от других характеристик индивидуума, не поддающихся денежной оценке. Существует разница между качествами, признаваемыми за обладателем пространства, и качествами самого пространства. Право собственности практически не зависит от его использования: в Гражданском кодексе 1804 г. оно ограничивается лишь сервитутами и экспроприацией для общественной пользы. Как мы увидим ниже, в настоящее время приобщение к культуре дает аналогичный эффект в многочисленных обществах третьего мира. Это означает, что имеют место переходные процессы между традиционной системой и современной системой. Проведение различия между юридическим присвоением и реальным присвоением позволяет лучше их понять.

Юридическое присвоение и реальное присвоение. Как подчеркивает М. Годелье, производственные отношения юридически

[1] «...Желание обладать чем-либо не является инстинктом и никогда не основывается (или же очень редко) на объективном отношении между субъектом и объектом. То, что придает объекту ценность, это его отношение к другому лицу. Только пища имеет непреходящую ценность для голодного человека. Очень мало объектов вызывают постоянный интерес в любое время и в любых обстоятельствах. Если мы очень сильно желаем какую-либо вещь, то это происходит лишь потому, что кто-то эту вещь уже имеет. Любой предмет становится желанным только в связи с интересом, который он вызывает у других лиц; таким образом, желание обладать является прежде всего социальным ответом». (*Levi-Strauss C.* Les structures elementaires de la parente. Paris, 1967. P. 100.)

выражаются через формы собственности и обладания, которые определяют взаимные права и обязанности индивидуумов и групп в сфере производства и распределения ресурсов. Однако механизмы реального присвоения могут существенно отличаться от их юридического образа, способствуя таким образом изменению общественных отношений и общественного равновесия. В этом случае традиционное право становится фикцией, скрывающей реальное содержание производственных отношений. Примеры этого процесса можно найти в самых различных обществах. В Африке довольно часто случается так, что глава клана под предлогом осуществления своего традиционного права защиты земель, принадлежащих клану, в действительности присваивает себе эти земли и использует их исключительно в своих частных интересах. Например, в Гане в начале нашего века некоторые главы кланов племени ашанти договорились извлечь максимальную выгоду из развития производства какао на экспорт. Они присвоили себе право использовать неиспользуемые общинные земли для выращивания на них какао силами лиц, зависящих от них или обязанных им. Примерно такой же механизм использовался древними кельтскими сообществами в Ирландии[1].

Таковы основные черты, характеризующие различия между традиционной и современной земельными системами. Первая может сближаться со второй под воздействием исторических изменений. Однако до сих пор мы оставались на очень общем уровне. Теперь нам предстоит более детально изучить функционирование земельных систем в некоторых обществах Черной Африки.

§ 2. Функционирование земельных систем и земельных отношений в некоторых обществах Черной Африки

Общественное усложнение и увеличение числа земельных систем. Исследования, предпринятые начиная с 1969 г. Э. Ле Руа и различными членами Парижской лаборатории юридической антропологии, позволили идентифицировать три уровня земельных отношений, соотношение между которыми зависит от степени усложнения самого рассматриваемого общества: чем более сложно общество, тем более сложны уровни, на которых оно строит свои земельные отношения. Свидетельством тому нижеприведенная таблица[2]:

[1] См.: *Godelier M.* Economie // Elements d'ethnologie II. P. 98—99.
[2] См.: *Le Roy E.* Demarche systemique et analise matricielle des rapports de l'homme a la terre en Afrique Noire // B.L.A.J.P. 1981. № 3. P. 84.

Тип структуры	Установленные отношения	Идентифицированные системы	Логика общества	Источник права
Элементарная	внутренние	эксплуатация	общинная	миф
Полуэлементарная	внутренние, внутренне-внешние	эксплуатация и распределение	то же	миф и обычай
Полусложная	внутренние, внутренне-внешние, внешние	эксплуатация, распределение, раздача	то же	миф, обычай, судебное решение
Сложная	частные/ общественные	земельные/ аграрные/ торговые	индивидуалистическая	государственный закон

Согласно этой типологии, имеет место связь между усложнением общественной структуры и постепенной организацией специализированной политической власти, появлением государства, характеризующего сложные общества, в которых преобладает индивидуалистическая логика. Другими словами, здесь мы видим в действии принцип накопления: в зависимости от типа общества (причем без обязательной хронологической последовательности, на которой настаивает эволюционистская однолинейная интерпретация), типы отношений внутри этого общества более или менее многочисленны. Источникам права известен также плюрализм, увеличивающийся в соответствии с типом рассматриваемого общества. Тот же принцип применяется и к земельным системам. У любого общества имеется своя система эксплуатации земли, но не у каждого общества обязательно имеется также и система распределения или раздела. Следовательно, нам предстоит теперь более четко определить эти три типа земельных систем.

Система эксплуатации земель. Система эксплуатации земель включает в себя совокупность правил, призванных обеспечить использование пространств, а также обработку земли самими членами группы, которой эта земля принадлежит. Это определение влечет за собой множество последствий.

Эксплуатация ограничивается использованием земли в определенных целях, каковое использование предопределено общественным статусом лица, эксплуатирующего эту землю. Если индивидуум занимает одно из низших мест в общественной иерархии, он эксплуатирует землю исключительно в целях выживания. Если он эксплуатирует землю в качестве зависимого родственника или вместе с другими индивидуумами, имеющими такое же социальное

положение, то речь идет уже о совместной эксплуатации. Он может также эксплуатировать землю через посредство ее предыдущего владельца или даже опосредованно, через право на владение, которое ему предоставляет непосредственно глава группы.

Эксплуатация определяется методом обработки. В этой связи можно выделить несколько типов производства:

1) производство как повинность, когда обработка земли обязательна или должным образом предписана (политической властью);

2) производство как проявление солидарной ответственности, когда обработка земли обязательна, а санкции за отказ незначительны (семейное производство или обработка надела по месту жительства);

3) производство по договоренности, когда обработка земли осуществляется по добровольной договоренности, а отказ от обработки влечет за собой довольно существенные санкции (такое производство обычно имеет место в рамках контракта, предусматривающего обязанности сторон и санкции, применимые в случае незаконного разрыва договорных отношений);

4) кооперативное производство, когда обработка земли осуществляется на добровольных началах, а санкции за отказ незначительны (оно особенно распространено среди жителей одной местности, например, как кооперация жителей одной деревни).

Производственная деятельность находится под защитой так называемых плодоносных союзов, в которых значительную роль играет отношение человек—бог. Такой союз может быть изначальным, когда предполагается, что предок—основатель рода заключил договор с невидимыми могущественными божествами. Он может также выражаться в виде периодических жертвоприношений. При такой системе права на землю легко переходят от одного индивидуума к другому, поскольку земля все-таки остается собственностью родовой группы, из которой эти индивидуумы не могут выйти.

Некоторые группы, например охотники и собиратели, понимают совокупность своих отношений как дело исключительно внутреннее и применяют лишь одну-единственную систему эксплуатации земли. Однако многие другие общества связывают группы между собой посредством более сложных отношений, в результате чего появляется система распределения продуктов обработки земли, которая может быть дополнена системой распределения самой земли.

Системы распределение продуктов обработки земли и распределения самой земли. Система распределения продуктов обработки земли устанавливает отношения между группами и между индивидуумами путем распределения этих продуктов. Она предусматривает совокупность операций, в результате которых происходит распределение продуктов обработки земли, рассматриваемых в этом случае как достояние группы, либо внутри одной группы, либо между группами. Критерии такого распределения

обусловлены социальной межгрупповой иерархией, уровнем включения индивидуума в соответствующую социальную группу (группы) и ролью, которую данный индивидуум играет в экономической деятельности, в результате которой образуется это достояние.

Система распределения земель касается внешних отношений групп, т. е. отношений, которые группы поддерживают между собой. Обычно такие отношения имеют место в оседлых обществах, обладающих специализированным политико-юридическим аппаратом (в виде племенного территориального образования или королевства). Она выражается совокупностью решений в области распределения земель между группами и приводит к иерархизации или присвоению прав на землю. В отличие от системы эксплуатации земли в системе распределения земли земля остается неотчуждаемой: будучи однажды распределена, она не выходит более за пределы владеющей ею группы. С другой стороны, земля может передаваться внутри данной группы: в связи со смертью владельца или между живыми индивидуумами в зависимости от их потребностей и их общественного положения.

Многие облеченные властью лица имеют право вмешиваться в операции по распределению земли и распределению ее даров. Среди этих лиц наиболее важную роль играют управляющий землей и глава рода.

§ 3. Земельное управление

Управляющий Землей. Функции управляющего Землей были хорошо изучены Р. Вердье[1]. Управляющий Землей является представителем наиболее древнего рода, который унаследовал от Предка—основателя рода права и обязанности, полученные этим Предком в результате союза, заключенного им с Землей. Его функции не являются политическими: управляющий Землей имеет власть над людьми, поскольку он имеет власть над землей, тогда как политический вождь имеет власть над землей, поскольку он имеет власть над людьми. Управляющий Землей обязан своей властью самой земле, а политический вождь обязан своей властью людям, поскольку он получает ее по наследству или в результате выборов.

Власть управляющего Землей обычно более священна, чем власть политического вождя, о чем свидетельствует, например, пословица племени луунда: «Избранный вождь — это пепел, который уносит ветер; управляющий Землей — это уголь, который остается». Это различие функций может сопровождаться различием между лицами, их отправляющими: либо одно и то же лицо являет-

[1] См.: *Verdier R.* Chef de Terre et Terre du lignage // Etudes de droit africain... Paris, 1965. P. 333—359.

ся одновременно и управляющим Землей, и политическим вождем; либо власть над землей четко отделена от политической власти; либо, наконец, нет другой власти кроме власти управляющего Землей. Двойственность власти возникает обычно либо в результате наследственной иммиграции, либо в результате наслоения друг на друга двух этнических групп. Вновь прибывшие стремятся обычно не присвоить себе права, принадлежащие коренным жителям (что может навлечь на них гнев духов Земли), а заключить с этими коренными жителями союз. В этом случае к управляющему Землей присоединяется политический вождь, выбираемый из иммигрантов, который берет на себя функцию защиты нового сообщества.

В отличие от власти политического вождя власть управляющего Землей является прежде всего культовой. Она может дополняться властью на уровне земельных отношений. Когда лицо, облеченное этой властью, отправляет культовые обряды, его именуют «Жрецом Земли»: оно следит за соблюдением литургического календаря при осуществлении сельскохозяйственных работ, должно не допустить или исправить последствия какого-либо действия, угрожающего жизни сообщества и т. п. Любой управляющий Землей отправляет культовые функции: в этом смысле управляющий Землей всегда является жрецом Земли. Однако жрец Земли не всегда является управляющим Землей, поскольку его функции могут оставаться чисто культовыми.

Глава рода. Любой род обладает правами на социально-юридическое образование, которое мы будем именовать «родовым поместьем». Это пространство не является чисто территориальным понятием: площадь родового поместья не обязательно четко определена, поскольку эти земли образуют обычно довольно разнородный и даже подвижный комплекс, который может изменяться в результате отторжения какой-либо его части или в результате ухода какого-либо члена рода на поиски новых земель. Глава рода должен следить за тем, чтобы земля распределялась между членами рода так, чтобы обеспечить существование каждого из них. Но главным образом он является гарантом преемственности рода. В этом смысле он должен обеспечить сохранение земли в собственности рода (принцип передаваемости родовых земель только внутри рода; исключение женщин из числа лиц, могущих наследовать землю: женщины не могут наследовать землю, но могут в системе родства по материнской линии передавать права, принадлежащие их братьям, их собственным сыновьям). В случае разделения рода, он должен обеспечить целостность земельного достояния: если размеры родовых земель остаются неизменными, а численность рода возрастает, глава рода пересматривает соответствующим образом земельные права и перераспределяет земли; если члены рода осваивают новые земли, он применяет правила, в соответствии с которыми эти новые земли присоединяются к ро-

довому поместью (главным образом в случае, когда лица, освоившие эти земли, не вступили во владение ими при их жизни или передали права на них одному из членов рода).

Из вышеизложенного видно, что земельные отношения основываются на принципе множественности власти, столь любимом африканскими обществами: политический вождь, жрец Земли, управляющий Землей, глава рода (а внутри рода индивидуумы, классифицируемые в соответствии с их социальным положением) участвуют в той или иной степени в управлении земельным достоянием на принципах, обусловленных способами легитимации, свойственными каждой из этих властей: священная связь с Землей для управляющего Землей; наследственная связь для главы рода; функция защиты для политического вождя.

Раздел 3. Договорные отношения

Изучение договорных отношений в традиционных обществах было на протяжении долгого времени затруднено в связи с грубыми ошибками, допущенными авторами-эволюционистами конца XIX в. По их мнению, обязанности индивидуума вытекали главным образом из его социального положения, а не были обусловлены его личной волей. Развитие теории позволило, однако, доказать наличие договорных отношений в этих обществах, а исследования Э. Ле Руа показали, каким образом завязываются и санкционируются договорные обязательства, исполнение которых может быть гарантировано различными путями.

§ 1. Общественное положение и договор: теоретическая эволюция

Теория Мэна, дающая предпочтение общественному положению перед договором, имела широкое хождение вплоть до середины XX в. Затем критика этой теории вызвала необходимость пересмотра роли, которую играют договорные отношения в традиционных обществах.

Теория Мэна о превосходстве общественного положения. По мнению Мэна, договорные отношения характерны лишь для современных обществ. В традиционных же обществах обязательства, привилегии и ответственность возникают не в связи с согласованием индивидуальных волеизъявлений, а в связи с общественным положением индивидуума внутри общества и групп, его составляющих. В свое время эта эволюционистская схема была новаторской, поскольку опровергала теории Локка, Руссо и Гоббса, в соответствии с которыми общество сформировалось в результате соглашения между его членами (теории «общественного договора»). С приходом Дюркгейма теория становится более нюансированной.

Дюркгейм накладывает друг на друга три различия: общественное положение и договор; механическая (уставная) и органическая (договорная) солидарность; репрессивное право (уставные общества и общества с механической солидарностью) и реститутивное право (договорные общества и общества с ограниченной ответственностью). Однако основной интерес его подхода объясняется тем, что он релятивизирует эти противопоставления, выражая их преимущественно в виде тенденций: любому обществу присущи как уставные, так и договорные отношения, но традиционные общества делают упор на первые, а современные общества — на вторые. В этом с ним соглашаются такие авторы, как М. Маусе и П. Ювелин. В XX в. несовпадение теорий Мэна с этнографическими данными привело к более радикальному пересмотру этой теории.

Критика теории Мэна. Начало ей было положено в 1950 г. антропологом Р. Редфилдом, который высказал серьезные сомнения в ее правильности. Он упрекнул Мэна в том, что тот опирался в основном на греко-римские и индийские источники и считал, что в соответствии с логикой эволюционизма эти данные могут быть экстраполированы на традиционные общества, еще наблюдаемые в современную эпоху. Критика была продолжена Е. А. Хебелем в 1964 г. Как и Дюркгейм, Е. А. Хебель считает, что уставные и договорные отношения не являются взаимоисключающими: любое общество является одновременно и уставным, и договорным, но в различной степени.

В 1981 г. Л. Поспишил пошел еще дальше, утверждая, что, вопреки традиционной эволюционистской схеме, договорные отношения могут предшествовать отношениям уставным. Этот автор опирается на пример народности усе и*уку* (Новая Гвинея). В предколониальную эпоху общество *капауку* характеризовалось очень высокой степенью личной инициативы и свободы его членов. Колонизация трансформировала это общество в уставном направлении, утвердив более централизованную власть и ограничив индивидуальную свободу.

В конце концов, что же заслуживает внимания в теории Мэна и в утверждениях ее критиков? По нашему мнению, следует выделить три момента. С одной стороны, исторические и этнографические наблюдения показывают, что невозможно найти чисто уставные и чисто договорные общества: Дюркгейм и Хебель были правы, подчеркивая, что оба эти типа отношений сосуществуют в любом обществе. Однако можно также утверждать, что каждое общество характеризуется преобладанием одного типа отношений над другим. Вопреки мнению авторов-эволюционистов, это преобладание не определяется главным образом диахронической последовательностью. Действительно, как подчеркивает Л. Поспишил, статут может следовать за договором. Наше общество дает многочисленные примеры именно такой эволюции: во многих случаях тоталитарные или авторитарные режимы пришли на смену демократическим ре-

жимам, поставив права и обязанности индивидуумов в прямую зависимость от их классового статута. Пусть в меньшей степени, чем «закон истории», но выбор проекта общества все-таки определяет преобладание договорных отношений над уставными, или наоборот. Договорные отношения более характерны для либеральных обществ, в которых на первом месте стоит индивидуум, а не группа. Уставные отношения доминируют в двух типах обществ: прежде всего в обществах общинного типа (многочисленные традиционные общества, в том числе общества Черной Африки) и в обществах коллективистского типа (многочисленные современные диктатуры).

Тем не менее есть все основания утверждать, что даже в традиционных обществах договорные отношения всегда существуют в той или иной степени. Именно на них мы обратим теперь наше внимание.

§ 2. Договорные отношения в традиционных обществах

Мы будем здесь основываться главным образом на исследованиях Э. Ле Руа обществ Черной Африки. После изложения нескольких общих положений мы последовательно рассмотрим процедуры заключения договоров, характеры договорных обязательств, исполнение договоров.

А. Общие положения

Локализация договорных отношений. По мнению Э. Ле Руа[1], договорные отношения появляются лишь на определенном уровне усложнения социальной структуры:

Тип структуры	Установленные отношения	Общественная логика	Тип договора
Элементарная	Внутренние	Общинная	Дарение
Полуэлементарная	Внутренние, внутренне-внешние, внешние	Тоже	Дарение, уступка
Полусложная	Внутренние, внутренне-внешние, внешние	То же	Дарение, уступка, договор
Сложная	Частные-общественные	Индивидуалистическая	Преобладание договора

[1] См.: *Le Roy E.* Cours d'Anthropoloque historique et juridique des contrats. Paris—Brazzaville, 1972—1973. P. 90.

В элементарных обществах, где внутри группы не существует никакого механизма социально-правового контроля, индивидуум, желающий завязать какие-либо отношения с другим индивидуумом, может сделать это, лишь передав второму индивидууму какую-либо вещь или оказав ему какую-либо услугу, причем нет никакой гарантии, что первый индивидуум получит что-либо в обмен на свою вещь или услугу. Поскольку не существует внешнего механизма примирения или арбитража, в случае отсутствия ответного действия со стороны второго индивидуума отношения не завяжутся и может даже иметь место конфликт.

В полуэлементарных обществах к отношениям внутри групп, основанным на дарении, добавляются другие отношения, основанные на общении между группами, выражающемся в союзах, материализованных посредством приданого. Режим приданого обязывает стороны больше, нежели режим дарения: стороны идентифицированы более четко, их взаимные обязательства хорошо определены (например, при передаче имущества в связи с заключением брачного союза будут очень четко указаны стоимость, место и время этой передачи). Однако приданое не может являться объектом судебной санкции, поскольку не существует еще власти, способной эту санкцию применить: если одна из сторон считает себя обиженной, конфликт будет по возможности урегулирован путем примирения.

В обществе с полусложной структурой политическая власть выражена четко и нормализация отношений между индивидуумами осуществляется не только через посредство союзов и приданого, но и путем подчинения юридическим правилам, существующим вне групп и санкционированным юридическими органами, способными навязать свое решение конфликтных ситуаций между группами, если примирительные процедуры не дают результата. По мнению Э. Ле Руа, в этом случае имеются минимальные условия, позволяющие констатировать наличие договорных отношений: как и при дарении и приданом, имеются субъекты (стороны) и объект (услуга или вещь), но имеется еще и юридическая санкция, являющаяся отличительным критерием любого договора.

В обществах со сложной структурой (в частности, в наших собственных обществах) подарки и уступки продолжают иметь свое место в общественной жизни, но юридические отношения между индивидуумами регулируются главным образом посредством договоров.

Как мы можем заметить, теория Э. Ле Руа определенным образом связана с теорией Мэна — в той мере, в какой она выделяет договорные отношения лишь на определенном уровне усложнения общественно-политических структур. Однако эта теория не является эволюционистской, поскольку не связывает эти уровни усложнения со ступенями исторического развития.

По мнению некоторых авторов (М. Аллио, А. Эпштейн, М. Глюкман, М. Д. Салинс), договорные отношения могут иметь место лишь между индивидуумами, отношения между которыми ограничиваются предметом договора. В этой связи следует присоединиться к Э. Ле Руа, который утверждает, что индивидуумы могут быть объединены и другими отношениями (кровными, брачными и т. д.), но, несмотря на это, использовать договор в качестве средства регулирования некоторых из своих отношений. Так обстоит дело и в нашем позитивном праве: брачный договор влечет за собой взаимные права и обязанности супругов и регулирует одновременно их имущественные отношения. По этому поводу следует заметить, что на договоры между супругами смотрят всегда с некоторым подозрением: запрет на торговлю между супругами был отменен лишь в 1985 г. Этнографическое исследование традиционных обществ предоставляет нам данные, идущие в том же направлении. Так, у племени бирва (Ботсвана), которое изучал Н. Магоней[1], близкие родственники или соседи могут поддерживать между собой отношения «позитивной солидарности» в том, что касается определенных предметов или услуг, что не мешает им устанавливать договорные отношения по особым сделкам. По мнению Н. Магонея, договорные отношения могут иметь место вне зависимости от социальной дистанции, разделяющей стороны этих отношений: это могут быть как совершенно посторонние друг другу лица, так и близкие родственники. Однако цели этих отношений отличаются друг от друга. В первом случае (договорные отношения между посторонними друг другу лицами) отношения эти преследуют цель ограниченно связать двух индивидуумов в рамках конкретной сделки. Во втором случае (договорные отношения между близкими родственниками) договор позволяет сторонам выделить особо чувствительную сферу их взаимных отношений, которая может таить в себе опасность возможного конфликта. Устанавливая в этой сфере особый договорный режим, стороны предпринимают превентивные меры, позволяющие им лучшим образом гарантировать в будущем согласие.

Другими словами, посредством заключения договора стороны соглашаются обеспечить юридическое регулирование тех сфер общественной жизни, которые они считают особо важными для поддержания социальной гармонии и обеспечения экономического воспроизводства[2].

[1] См.: Journal of African Law. 1977. № 21. P. 40—65.

[2] Для большей точности следует сказать, что в приведенном выше примере представители двух семей племени бирва, раздельно владеющих средствами производства, договариваются о совместном использовании их, но заключают при этом договор, не позволяющий рассматривать эти средства как дар или приданое и включить их в собственность другой семьи или всей общины.

Со своей стороны, мы считаем, что, будучи всеобщими, договорные отношения являются тем не менее более частыми между лицами, поддерживающими между собой минимум связей, или даже совершенно посторонними друг другу и в случаях, когда предмет сделки четко определен по причине значения, которое ему придают договаривающиеся стороны. При этом не следует забывать об одном аспекте, являющемся, на наш взгляд, фундаментальным. Речь идет об актуализации договорных отношений в зависимости от общего контекста, в котором они осуществляются. Действительно, договорные отношения весьма зависят от социальной или родственной близости, существующей между сторонами. Когда стороны являются относительно посторонними друг другу, договорный аспект отношений доминирует: например, в случае покупки автомобиля в автомобильном магазине. Напротив, чем больше стороны связаны между собой общностью жизни, тем менее выражен договорный аспект их отношений: этот аспект существует, но он проявляется лишь тогда, когда отношения вступают в критическую фазу или разрываются вовсе. Так обстоит, например, дело в случае брачных контрактов: супруги начинают думать о своей супружеской жизни, используя для этого юридические термины, лишь тогда, когда брак находится на грани развала. В этой связи представляется, что, хотя общинные и договорные отношения имеют разную природу, они могут сосуществовать и даже взаимопроникать. Поэтому можно сказать, что договорные отношения, которые являются фундаментальными в обществах индивидуалистического типа, могут существовать также и в рамках общинной модели общества, подтверждением чему являются многие общества Черной Африки.

Общинная модель общества и договорные отношения. Как мы уже видели, общинная модель преследует цель обеспечить определенное равновесие между группой и индивидуумом, тогда как индивидуалистическая модель отдает предпочтение индивидууму перед группой. В этой связи приходится констатировать, что в традиционных обществах понятие обязанности, индивидуальная свобода сторон и сфера договорных отношений менее ярко выражены, нежели в наших современных обществах.

Понятие обязанности ограничивается двумя основными принципами традиционного права, которые мы уже рассматривали выше[1]: функциональное присвоение статутов и взаимность прав и

[1] Отметим, что обязательство является правовой категорией, в силу которой одна сторона может быть принуждена передать какую-либо вещь или оказать какую-либо услугу другой стороне. Когда обязательство вытекает из взаимной договоренности сторон (что не является непременным условием: деликтное обязательство), оно именуется договорным обязательством.

обязанностей. Другими словами, обязательство касается индивидуума не как такового, а как представителя одной или нескольких групп. Равным образом могут возникнуть обязательства, способные нарушить преемственность группы, в связи с чем принцип непередаваемости родовых земель запрещает уступку земли лицу, не являющемуся членом данного рода. Отметим также, что реальные договоры (предполагающие реальную передачу вещи) более многочисленны, чем консенсуальные договоры (содержащие простое волеизъявление сторон), поскольку материальный характер реальных договоров позволяет группе лучше контролировать действия индивидуума.

В этой связи мы присоединимся к мнению Э. Ле Руа, который дает следующее определение договора в Черной Африке: «... договоренность, заключаемая путем передачи вещи и обмена словами». Таким образом, здесь мы вновь встречаем три фундаментальных отношения, которые мы уже рассматривали выше: человек—человек (представители групп связывают себя словом), человек—вещь (имеет место передача вещи), человек—бог (два предыдущих отношения могут быть подкреплены клятвой, обрядом вступления во владение или жертвоприношением, Освящающим договор).

Хотя договор касается какой-то определенной вещи, отношение договора к этой вещи зависит от значения, придаваемого ей группами, к которым принадлежат договаривающиеся стороны. Некоторые вещи не могут стать предметом договора, предполагающего их окончательную уступку: это так называемые «родственные» вещи, т. е. вещи, полностью идентифицирующиеся с какой-либо семейной группой (участки земли, святилища, предметы культа). Другие вещи могут стать предметом договора лишь в определенных обстоятельствах и с согласия всех групп: это общинное имущество (пастбища у скотоводов, рабочий скот у племен, занимающихся сельским хозяйством). Некоторые вещи зависят лишь от волеизъявления своих владельцев, но перемещаются очень мало, поскольку тесно связаны с личностью владельца: это индивидуализированное имущество (драгоценности, украшения, инструменты). Наконец, некоторые вещи очень часто становятся предметом договорных отношений, поскольку они зависят лишь от волеизъявления договаривающихся сторон и могут легко перемещаться: это материализованное имущество (деньги или предметы, выполняющие функцию денег, такие, как меры соли или меда, рулоны ткани и т. п.).

Таким образом, способность какой-либо вещи стать предметом договора зависит от ее социальной природы. Равным образом, любой индивидуум не может автоматически обладать правом вступать в договорные отношения: принцип представительства устанавливает, что правом вступать в договорные отношения обладают только представители групп. Каждое общество определяет

уровень структуры общественных организаций, на котором может появиться такой представитель: отдельная семья, семейная группа, род и т. д. Чем более обширна данная группа, тем меньше число представителей; чем более развита данная группа, тем больше будет возраст ее полномочных представителей. Каковы бы ни были принятые критерии отбора представителей, индивидуум остается субъектом права: он не является доверенным лицом группы и может блюсти свои собственные интересы. Однако его свобода не является абсолютной, поскольку он представляет также группу, к которой сам принадлежит. В идеале он должен сделать так, чтобы удовлетворить как свои личные интересы, так и интересы своей группы, которые не противопоставляются, а взаимно дополняют друг друга.

Таким образом, общинная модель устанавливает взаимозависимость между интересами индивидуума, которые он может ограничить, и интересами группы, которые он обязан гарантировать. Эти императивы никоим образом не ограничивают разнообразие договоров, о котором свидетельствует типология договоров.

Типология договоров. Договоры можно классифицировать в зависимости от их предмета (типология Т. Д. Элиаса) или в зависимости от их функции (типология Э. Ле Руа).

В первом случае различают, в частности: брачные договоры (зачастую для заключения брака необходимо несколько договоров, регулирующих отношения между будущими супругами, их семейными группами и, наконец, всем сообществом); договоры о совместном труде (будучи заключены между родственниками или неродственниками, они представляют собой временное или постоянное соглашение, предусматривающее совместное использование рабочей силы и инструмента для осуществления сельскохозяйственных, строительных и других работ); договоры об уходе за скотом (в некоторых обществах, живущих сельским хозяйством, владелец скота может доверить уход за частью своего стада своему соседу, который будет заниматься этим, получая в качестве вознаграждения продукты животноводства); различные договоры на оказание услуг (приглашение акушерки для принятия родов); договоры купли-продажи, необходимые для нормального функционирования ярмарок и рынков.

Преимуществом типологии, основанной на функции договоров, является ее большая точность. Она позволяет провести различие между договорами, выполняющими различные функции: семейную (брачные договоры, договоры о вскармливании, принятии родов), общественную (договоры о воспитании, церемониальные); экономическую: доступ к распределению земель (покупка, аренда), к эксплуатации средств производства (пользование, обмен), к обработке земли (договоры о совместном труде), обмен имуществом (взаимный обмен) или приобретение имущества (про-

дажа, отдача в залог), договоры об экспедировании товаров (формирование караванов); священную (договоры об использовании услуг шаманов или колдунов); политическую (договоры о поддержании престижа вождей). Возможна также и классификация: договоров по другим критериям. Например, можно принимать во внимание природу богатств, вовлеченных в обмен, и различать реальные контракты; реальные и формальные контракты; реальные, устные и формальные контракты. Можно также классифицировать договоры в зависимости от природы услуг, предоставляемых по ним: символические или дорогостоящие договоры. Формулировка двух последних категорий жестко обусловлена исследованием процедур заключения договоров, чем мы сейчас и займемся.

Б. *Процедуры заключения договоров*

Следует различать две фазы любого договора: его заключение и его вступление в силу.

Заключение договора: вещь и слово. Договор может быть заключен при помощи вещи, слова или обоих вместе. Что касается вещи, то может иметь место ее передача (договоры об обмене имуществом, об охране, о браке, об эксплуатации земель, церемониальные); материализованное предоставление доступа к вещи (доступ к распределению земли символизируется вручением комка земли, окропленного кровью жертвенного животного); начало работы над вещью (кооперативные договоры, договоры о торговых экспедициях, о воспитании). В связи с реальной природой договора в обществах Черной Африки обмен словами носит второстепенный характер по сравнению с операциями, касающимися самой вещи. Этот обмен обычно имеет место в присутствии свидетелей и носит чисто формальный характер. Используемая лексика может быть юридической или обыденной, религиозной или светской. В обмене могут использоваться или не использоваться точные, установленные для этого формулировки.

Вступление договора в силу: формальные и неформальные договоры. В устном праве процедура вступления договора в силу может иметь место на уровне каждого из трех фундаментальных отношений: человек—вещь (действительная передача вещи), человек—человек (обмен соответствующими словами в присутствии свидетелей), человек—бог (различные жертвоприношения, посредством которых в свидетели призываются невидимые могущественные силы). Однако степень эффективности каждого из этих отношений для вступления договора в силу различна. Отношение человек—вещь является достаточным для вступления договора в силу: договор считается в этом случае неформальным и реализуется путем передачи вещи новому владельцу. Отношения человек—человек и человек—бог являются недостаточными для всту-

пления договора в силу, если они не сопровождаются реальной передачей вещи: в связи со смешением различных типов отношений договор считается в этом случае формальным. Как мы увидим ниже, типология этих комбинаций зависит от природы вещей, являющихся предметом договора: чем более природа вещи, являющейся предметом договора, требует контроля со стороны групп контрактантов, тем более многочисленны отношения, необходимые для вступления контракта в силу, и тем более формальным становится сам договор. Таков принцип разделенной ответственности в обществах Черной Африки.

Обобществленное имущество: договоры, касающиеся такого имущества, могут быть реальными, устными и формальными. В этих договорах свою роль играют все три типа отношений: человек—вещь, человек—человек и человек—бог. Значение, придаваемое этому имуществу группой, вызывает необходимость четко определить в договоре порядок его передачи и его использования. Для того, чтобы это имущество было передано во владение другой группе, необходимо, чтобы все нити, связывающие это имущество с группой—первоначальным владельцем, были разорваны окончательно и недвусмысленно. Этим объясняется формализм таких договоров, состоящий в использовании сакраментальных формулировок (часто использовавшихся в древнеримском праве) или церемониальных процедур при передаче вещи.

Индивидуализированное имущество: договоры, касающиеся такого имущества, могут быть реальными, устными и неформальными. В них выступают два типа отношений: человек—вещь и человек—человек. Контроль за передачей вещи во владение не требуется. В этой связи, хотя формальные процедуры и имеют место, они носят второстепенный характер и не являются обязательными для вступления договора в силу. С другой стороны, использование индивидуализированного имущества всегда контролируется. Обмен традиционными словами продолжает сопровождать процедуру передачи вещи или работы над вещью.

Материализованное имущество: договоры, касающиеся такого имущества, являются реальными, неформальными и не требуют обращения к устному праву. Для их вступления в силу достаточно одного отношения: человек—вещь. Как и для предыдущей категории, отсутствие формализма объясняется отсутствием необходимости контроля за передачей вещи во владение. Необращение к устному праву отнюдь не означает, что договаривающиеся стороны не произносят ни слова (хотя процедура так называемого «молчаливого договора» предоставляет такую возможность). Это означает лишь, что нет никакой необходимости устно уточнять количество и качество имущества, порядок его оплаты и т. п. Такая гибкость объясняется тем, что, поскольку материализованное имущество является второстепенным богатством, контроль над ним

весьма ограничен. Договор вступает в силу просто в результате передачи вещи новому владельцу. В заключение отметим следующее: типологии вещей соответствует типология договоров, а общим для всех договоров (в обществах Черной Африки) является их реальный характер. Однако предметом договорного обязательства могут также являться повинности по договору

В. *Повинности по договору*

Мы последовательно рассмотрим природу таких повинностей и их юридический характер.

Общественная значимость, повинности символические и обременительные. В соответствии с общинной логикой общественная значимость повинности играет более важную роль, нежели его экономическая ценность, в связи с чем возникают два обстоятельства: природа повинности зависит от социальной дистанции между сторонами, вступающими в такие договорные отношения; социально-экономические перемены, способные привести к исчезновению общинной модели общества, могут также изменить природу повинностей; определенную роль играет и гибкость общественных потребностей. Рассмотрим эти изменяющиеся элементы более детально.

Социальная дистанция: под ней понимается степень близости или удаленности друг от друга индивидуумов или групп на различных уровнях общественной жизни (семейной, религиозной, политической и т. д.). Общим правилом является следующее: чем больше социальная дистанция, тем в большей степени повинности будут обременительными и обезличенными; чем меньше социальная дистанция, тем в большей степени повинности будут символическими и персонифицированными. Другими словами, чем ярче выражена общинная модель общества, тем большая роль отводится социальной значимости повинности по сравнению с экономической ценностью, и наоборот.

Социально-экономические перемены: они способны увеличить социальную дистанцию и способствовать таким образом преобладанию обременительных повинностей над символическими: это явление особенно ярко проявилось в процессе аккультурации, явившемся следствием европейской колонизации. Именно по этой причине брак с приданым постепенно превратился в брак путем купли невесты, в котором союзу между группами придается гораздо меньшее значение, чем сумме приданого.

Гибкость общественных потребностей является третьим изменяющимся элементом, который следует рассматривать вкупе с двумя предшествующими, поскольку он оказывает влияние на социальную дистанцию и может изменяться сам по воле исторических обстоятельств. Основным правилом является следующее: чем

10. Заказ № 1837.

более гибка социальная потребность, тем меньше социальная дистанция и тем более символичны будут повинности. Так обстоит, в частности, дело в ситуациях, когда различные общественные потребности могут быть удовлетворены без проявления значительных социальных неравенств, благодаря изобилию социальных благ, способных удовлетворить эти потребности. Это также относится и к брачным обменам, когда определенные явления (убийство младенцев женского пола, полигамия) не нарушают демографическое равновесие между полами; и к земельным операциям, когда земля плодородна и обильна (и, наоборот, экономический аспект таких операций выходит на первое место, когда земли становится недостаточно в связи, например, с быстрым ростом населения). Другими словами, чем более явно экономическая ценность вещей начинает преобладать над их общественной значимостью, тем в большей степени обременительные повинности преобладают над символическими.

Юридические характеры договорных отношений. Общий характер договорных отношений обусловлен, как мы уже это видели, природой вещи, являющейся предметом договора, идентификацией договаривающихся сторон и их статуса, порядком исполнения контрактных условий. Специальный характер обусловлен природой повинности (это может быть действие или воздержание от действия, выполнение определенного количества работы или натуральный взнос); тарифами и распределением, на которые обращается особое внимание в случае обременяющих договоров; моментом исполнения; защитой этого исполнения: если в договоре содержатся условия исполнения, в них должны быть упомянуты инстанции, к которым можно апеллировать, или указаны меры наказания за недобросовестное исполнение договора; если таких условий в договоре нет, применению подлежат общие принципы правовых санкций в традиционных обществах. Упоминание об условиях исполнения выводит нас на более общую проблему: исполнение договора.

Г. Исполнение договора

В случае неисполнения договорных обязательств, которые могут быть обеспечены наличием соответствующих гарантий, применяются различные типы санкций. Перед тем как перейти к их изучению, нам следует уточнить значение понятия юридической ответственности в традиционном праве.

Юридическая ответственность в традиционном праве. В позитивном праве юридическая ответственность имеет несколько подразрядов. Первый подразряд отделяет гражданскую ответственность, которая преследует цель возместить ущерб, причиненный другому лицу, путем объективной оценки размера ущерба, от

уголовной ответственности, которая преследует цель наказать лицо, причинившее ущерб не какому-то конкретному лицу, а всему обществу, причем наказание определяется с учетом действительных намерений лица, причинившего этот ущерб. Эти два типа ответственности могут совмещаться. В свою очередь, гражданская ответственность подразделяется на договорную ответственность, возникающую в случае неисполнения обязательства, вытекающего из договора; внедоговорную гражданскую ответственность (при умышленном или неумышленном причинении ущерба). Было много споров по вопросу о возможности применения этих категорий в традиционном праве. Что касается нас, то мы присоединяемся к мнению Э. Ле Руа, который считает, что в большинстве случаев вопрос ставился некорректно, в терминах, свойственных эволюционистской теории. Совершенно ясно, что в традиционном праве не проводится, как это имеет место в современном праве, различие между натуральными, гражданскими, уголовными, договорными и внедоговорными обязательствами. Однако было бы ошибкой приписывать это некоей ущербности традиционной юридической мысли. Отсутствие такого деления ответственности объясняется общинным характером традиционных обществ, а вовсе не их неспособностью провести столь тонкие юридические различия. Даже в нашем современном праве эти различия основываются главным образом на необходимости разграничить области действия индивидуума и общества, представителем которого выступает государство. Такая цезура не существует в общинной модели общества, где предпочтение отдается единственному типу обязательства — обязательству перед общиной. В зависимости от ситуации группа может быть вовлечена в обязательство прямо, а индивидуум косвенно или наоборот. Однако во всех случаях интересы групп и индивидуумов, их представляющих, являются взаимосвязанными: в различной степени интересы групп существуют всегда и это препятствует проведению в традиционном праве различия между гражданской и уголовной ответственностью, как это имеет место в современном праве. Любое неисполнение обязательства представляет собой в той или иной степени причинение ущерба обществу и в этой связи требует определенного наказания. Наказание может принимать самые различные формы.

Типология юридических санкций. В отличие от индивидуалистических современных обществ в традиционных обществах наказание за неисполнение договорных обязательств носит скорее общественный, нежели экономический характер. Общественный характер наказания выражен тем ярче, чем более общество считает себя затронутым ущербом: в этом случае оно чаще всего принимает форму телесного или морального наказания. И, наоборот, если в первую очередь затронуты личные интересы, наказание носит более материальный характер.

Телесные наказания: будучи очень разнообразными (от публичного избиения палками и отрубания конечностей до продажи в рабство или физического устранения), эти наказания применяются в двух сериях случаев. Они являются самым распространенным видом наказания в договорах, имеющих политический характер, неисполнение которых наносит ущерб престижу вождя и, следовательно, общественному порядку. Они также применяются в случае неоднократного или систематического злостного уклонения от исполнения чисто материальных обязанностей.

Моральные наказания: они заключаются в общественном порицании и часто используются в случае неисполнения обязательств по договорам об обмене имуществом или услугами, в частности по договорам о совместном труде или по брачным контрактам. Порицание может доходить до объявления бойкота виновному, что является весьма чувствительным психологическим наказанием в небольшом по размеру обществе, где взаимосвязь между индивидуумами развита очень сильно.

Материальные наказания: они могут применяться в самых различных ситуациях. Прежде всего речь идет о принудительном исполнении, применяемом особенно в начале исполнения договоров об оказании услуг, требующих быстрого исполнения. Затем идет возврат в первоначальное состояние: даже после начала исполнения договор может быть расторгнут (если договор об аренде земли не сопровождается предоставлением оговоренных услуг, земля возвращается ее прежнему владельцу; если колдун не добивается результата, которого желает его клиент, он возвращает клиенту полученную плату). Наконец, существует возмещение убытков и ущерба, которое применяется, например, в договорах о выпасе скота, посреднических договорах, когда имеет место обман, караванных договорах, когда предводитель каравана действует в нарушение приказов нанимателей.

В случае неисполнения договорных обязательств одной из сторон договора принудительное исполнение обеспечивается путем использования гарантий.

Гарантии. Цель гарантий состоит в том, чтобы соблюсти интересы кредитора в случае неисполнения должником своих договорных обязательств. Они могут состоять в присоединении к основному должнику какого-либо третьего лица, гарантирующего платеж (личная гарантия), или в передаче какого-либо имущества в качестве обеспечения платежа (реальная гарантия).

Мы уже видели, что договорные отношения чаще всего касаются связей между индивидуумами, принадлежащими к различным группам. Так же обстоит дело и с гарантиями, о чем свидетельствует классификация, предложенная Р. Вердье. Этот специалист проводит четкое различие между общественной взаимопомощью, имеющей место между индивидуумами, принадлежа-

щими к одной общине (родственной и/или по месту жительства), и юридической солидарностью. Отношения взаимопомощи являются следствием родственных или соседских связей. Юридическая солидарность возникает в случае гарантии, предоставляемой специально, в качестве обеспечения исполнения договорного обязательства. С другой стороны, поскольку гарантия касается главным образом отношений, возникающих между членами различных групп[1], сами группы не оказываются автоматически вовлеченными в исполнение этой гарантии: для этого необходимо, чтобы размер долга оправдывал взятие всей группой ответственности за этот долг. Представители группы проводят такую оценку в момент заключения договора и предоставляют или не предоставляют групповую гарантию. Если группа отказывается предоставить такую гарантию, кредитор должен получить необходимые гарантии непосредственно от должника.

Как было сказано выше, гарантии могут быть реальными или личными. Столь дорогая классическим юристам теория (основанная на изучении исключительно римского права) объясняет это различие опять же эволюционистским подходом: «Примитивные общества очень широко практикуют личные гарантии, игнорируя выгоду, которую можно извлечь из реальных гарантий... *Реальные гарантии появляются позже личных гарантий*. Они предполагают наличие права, достаточно развитого для того, чтобы установить различие между вещью и вещным правом, распространяющимся на эту вещь, а также между различными вещными правами»[2]. Данные этнографических исследований позволяют усомниться в правоте такого мнения: если традиционное право содержит понятие личных гарантий, то оно не исключает и понятия реальных гарантий.

Личные гарантии можно выделить в целом ряде ситуаций, соответствующих главным образом ссудным операциям, когда ссудодатель желает гарантировать себя от возможной неплатежеспособности заемщика. Так, например, в племени щагга (Танзания) используются три вида личных гарантий: какое-либо третье лицо обязуется употребить свое влияние на заемщика с тем, чтобы он исполнил свои обязательства; в этом случае заемщик берет палочку, разламывает ее на две части и вручает одну часть кредитору, а другую — этому третьему лицу. Или же какое-то третье лицо выступает поручителем: в случае бегства заемщика или его смерти без наследников, это лицо обязуется погасить долг. Нако-

[1] Мы не исключаем, однако, что такие отношения могут возникнуть между членами одной и той же группы, если предположить, как это делает К. Магоней, что договорные отношения могут возникнуть как внутри одной большой группы, так и между двумя малыми группами.

[2] *Mazeaud H.L.* et J. Lemons de droit civil. T. 3. Paris, 1963. P. 9.

нец, это третье лицо обязуется погасить долг в любом случае, если заемщик окажется неспособен сделать это сам: тогда он плюет на свои ладони и протягивает их кредитору, который берет их в свои руки.

Реальные гарантии выделить более сложно, но их существование представляется нам неоспоримым фактом. Например, приданое, передаваемое семьей жениха семье его будущей супруги, может толковаться как гарантия прочности супружеского союза. С другой стороны, во множестве ситуаций, когда долг берется с целью обеспечения выживания (в случае голода или неурожая) или существования (долг, взятый для жертвоприношений Земле и Предкам или для оплаты выкупа за невесту), должник предоставляет в залог до полного погашения долга либо самого себя, либо лиц, зависящих от него (у племени ашанти должник отдавал в залог девочку из числа своих родственниц и, если он не погашал свой долг в срок, эта девочка становилась супругой кредитора, т. е. имело место смешение между долгом и выкупом, который кредитор должен был бы выплатить в нормальных условиях; равным образом вступление в брак могло служить прикрытием отдачи в залог; в любом случае вступление кредитора в половую связь с заложницей означало погашение долга). Лицо, отданное в залог, обязано работать на кредитора, располагая при этом определенным временем (в зависимости от размера долга) для выполнения и своей личной работы. Работа на кредитора рассматривается обычно как проценты на сумму долга.

Заключение: совпадения и расхождения между традиционным правом и современным правом. Проведенный нами сжатый анализ родственных, земельных и договорных отношений позволяет нам сформулировать мнение, имеющее, на наш взгляд, большое значение для изучаемого предмета. Вопреки эволюционистским предрассудкам, нельзя говорить о каком-то коренном или «природном» различии между правом нашего современного общества и правом традиционных обществ. В каждой из трех сфер, которых мы коснулись, мы констатировали наличие элементов, характерных одновременно и для традиционного права, и для современного права. Семья, основанная на брачном союзе, существует в любом обществе; запрет на кровосмешение является практически всеобщим; сложные системы брачных обменов существуют как в современных, так и в традиционных обществах. Что касается земельных отношений, то мы видели, что земля не всегда является неотчуждаемой и может быть предметом многочисленных договоренностей. Изучение договорных отношений показывает, что эти отношения не являются ни привилегией, ни изобретением современных обществ. Поэтому традиционное право никак не может считаться «примитивным», и мы можем смело присоединиться к мнению К. Леви-Строса, который сказал: «Я стремился показать

(в книге «Первобытное мышление»), что не существует никакого разрыва между мышлением так называемых примитивных народов и нашим мышлением. Эти формы мышления существуют, живут среди нас. Мы часто пускаем их на самотек. Но они сосуществуют с формами мышления, претендующими на научность, и являются их современницами[1].

Нельзя тем не менее отрицать совершенно очевидные вещи и утверждать, что традиционное право и современное право идентичны: хотя они оперируют одинаковыми элементами, они группируют эти элементы различными способами, образуя различные системы, обусловленные значением, которое они придают этим элементам. Истинным критерием является не диахрония, а проект, лежащий в основе каждого общества. В зависимости от избранной модели (выбор диктуется исторической эволюцией) общество может быть общинным, индивидуалистическим или коллективистским. Равным образом, право, соответствующее каждой модели, будет ближе либо к традиционному праву, либо к современному праву. Теперь нам следует обратиться к анализу порядка урегулирования конфликтов в традиционных обществах и посмотреть, не придем ли мы к аналогичному заключению и в этой области.

[1] *Lzvi-Strauss* C. De pres et de loin. Paris, 1988. P. 154.

Глава III
Урегулирование конфликтов

Кровь не старится.
Абхазская пословица
(Кавказ)

Важность процессуального анализа и англоязычной литературы для юридической антропологии состоит в том, что в настоящее время тема разрешения конфликтов стала одним из важнейших направлений в данной дисциплине.

Конфликт может иметь различные степени развития. Первичная классификация состоит в том, чтобы различать конфликты, возникающие между различными обществами (война), и конфликты между различными группами и лицами, принадлежащими к одному обществу (внутренний конфликт), причем надо учитывать, что первые могут привести ко вторым, и наоборот. Здесь мы рассмотрим внутренние конфликты. И если уж последние присутствуют во всех обществах, то, естественно, кто-то им уделяет больше внимания, а кто-то — меньше; в данном случае кажется возможным установление типологии методов урегулирования конфликтов, которая соответствует некоторым видам политической и социально-экономической организации общества. Но эти соответствия не воспроизводят, однако, в противовес стойко эволюционирующим предрассудкам классического различия, противопоставляющего традиционные общества, где господствует месть, обществам современным, где царствует наказание.

Перечислим эти проблемы и, для удобства изучения, разделим их на четыре части: войны, естественная предрасположенность к насилию при урегулировании конфликтов, формы разрешения конфликтов, синхронность работы системы мести и уголовно-правовой системы.

Раздел 1. Войны в традиционных обществах

Мы можем вместе с П. Кластром сгруппировать теории войн в несколько тем.

Основные теории войн: от природы к культуре.

Натуралистическое определение дано А. Леруа-Гураном. По его мнению, насилие вписывается в саму природу человека, в его

биологическую суть и проявляется прежде всего в его охотничьих действиях до того, как перерасти в войну, т. е. это насилие, осуществляемое одними людьми против других. Однако это определение не вполне удовлетворительно. Охота прежде всего имеет целью удовлетворение потребностей в добывании пищи, и если охота требует агрессивности против дичи, то это не значит, что она предполагает наличие агрессивности у самого охотника: он убивает без ненависти, чтобы добыть пропитание (во многих обществах, в частности у инуитов Гренландии, охотники совершают обряды благодарения останкам убитого животного). Война же, напротив, требует агрессивности, и если в ней редко отсутствуют экономические притязания, то это не говорит о том, что они являются основной ее причиной (примером могут служить крестовые походы, религиозные войны). Таким образом, война не может рассматриваться как простой придаток к охотничьей деятельности.

Экономическое определение появилось в XIX в., когда на смену мифу о старом добром дикаре пришел уничижительный образ «первобытного» дикаря. Предполагалось, что первобытная экономика не была способна технологически производить большое количество богатств, а небольшое количество материальных благ приводило к войне между теми, кто желал их присвоить. Однако исходный постулат оказался неверным: недавние исследования в области экономической антропологии[1] показывают, что в большинстве случаев традиционная хозяйственная деятельность с лихвой удовлетворяет все нужды. Таким образом, утверждать, что причиной войны является недостаток материальных благ, совершенно неверно.

Определение, включающее понятие *обмена,* относится к типу структуралистских. По мнению К. Леви-Строса, вероятность войны вписывается не в природу человека, а в культуру, так как она является одним из способов социальных отношений между людьми. Война возникает тогда, когда терпят провал все мирные соглашения по взаимным уступкам: «... различного рода обмены представляют собой не что иное, как войны, имеющие мирное разрешение, а сами войны как таковые являются ничем иным, как результатом неудачных сделок»[2] Таким образом, война является несчастным случаем, патологической формой социальных отношений.

П. Кластр упрекает К. Леви-Строса в том, что у того имеет место мысль о превалировании мирных отношений над воинственными: для него война, так же как и мирные отношения, имеет одно и то же происхождение, а именно нормализацию функционирования обществ, без чего было бы невозможно объяснить квази-

[1] См. фундаментальное исследование М. Салинза: *Sahlins M.* Age de pierre; Age d'abondance. L'economie des societes primitives. Paris, 1976.
[2] *Lévi-Strauss C.* Les structures elementaires de la parente. Paris, P. 78.

универсальность войны (либо она является патологией и соответственно должна была бы быть редким явлением, либо это нормальная форма отношений, что и объясняет ее всеобщий характер). П. Кластр идет даже дальше, переворачивая схему К. Леви-Строса: традиционные общества являются в своей основе воинственными и это их отличает от обществ с государственным образованием.

Теория П. Кластра: общество для войны. П. Кластр[1] считает, что война в традиционных обществах происходит из их конечной политической сути, которая состоит в том, чтобы обеспечить любой ценой свою автономию, в частности по отношению к соседним образованиям, существование которых воспринимается чаще всего как фактическая или возможная угроза. Суть традиционного общества заключается в том, чтобы быть неделимым, исключить эксплуатацию одной группы другой, господство хозяев над подчиненными, быть прежде всего *единым целым*. Это образование, цельное в самом себе, должно оставаться таковым по отношению к другим обществам, с которыми оно может иметь контакты: для того, чтобы сохранить свою индивидуальность, сообщество должно сохранять свое отличие. Отсюда вытекают два вывода. С одной стороны, межобщинные отношения не могут быть чисто мирными, основанными на обмене, так как это приведет в конечном счете к размыванию самобытности, индивидуальности контактирующих общин. Но, с другой стороны, межобщинные отношения не могут быть чисто воинственными, основанными на ненависти, так как это так же может привести к потере индивидуальной самобытности по мере того, как война, заканчивающаяся, как правило, победой одного лагеря над другим, установит фактически отношения господства одного общества над другим, а именно это входит в противоречие с самой сутью традиционного общества: военный успех победившего сообщества ведет его самого к искажению его социальной природы путем введения в это общество принципа разделения между хозяевами и подчиненными.

Другими словами, ни всеобщий мир, ни всеобщая война неприемлемы. Поэтому традиционные общества разделяют, как правило, своих соседей на две категории: враги, с которыми воюют, и друзья, с которыми заключаются дружественные договоры, предусматривающие различные обмены. Побудительным мотивом этих альянсов является скорее забота об эффективности ведения борьбы с врагами, нежели желание сближения с партнерами по договорам (так как сближение таит в себе угрозу потери независимости). Таким образом, военный фактор превалирует над договорным, когда договор заключается только для того, чтобы вести вой-

[1] *Clastre P.* Recherches d'anthropologie politique. Paris, 1980. P. 188—207.

ну с третьим сообществом. Согласно П. Кластру, «... перманентное состояние войны и действительная война возникают как основное средство, к которому периодически прибегает первобытное общество, чтобы помешать возможным социальным переменам..., таким образом, *первобытное общество есть общество для войны...»*[1]. Это призвание к войне и явится одной из отличительных черт негосударственного образования от государственного.

Появление государства — это признак разделения общества, но если война является средством от социального деления, то отношения между государством и войной могут быть только противоречивыми. Кстати, одной из первых задач государства является запрещение внутренних войн. Война мешает государству потому, что она поддерживает состояние разделения, а государство мешает войне потому, что ему нужно для сохранения социального разделения, выразителем которого оно является, помешать тому, чтобы группы, объединенные эксплуатационными отношениями и отношениями господства, искали своей независимости через посредство военного столкновения, которое разрушит одним ударом это разделенное общество. И, наконец, если война является выражением того, что традиционное общество «существует для войны», то тогда война является также признаком, присущим человеку, а именно мужчине. Военная деятельность, говорит Кластр, в основном характерна для мужчин; мужчина — «существо для смерти», в то время как женщина благодаря своей способности рожать является хозяйкой жизни, гарантом биологического и социального воспроизведения общества.

В таком случае как можно объяснить то, что в большинстве обществ признано превосходство мужчины над женщиной? Да очень просто, это есть ответ мужчин на существование невыносимого для них факта, который они всеми силами выбивают из своего сознания: речь идет о фактическом превосходстве женщины над мужчиной. Мифы, являющиеся отображением этой мысли, которая присутствует в подсознании мужчин, очень хорошо отражают эту перевернутую ситуацию: «Мифы все излагают, перевернув порядок существующих вещей и представляют судьбу общества как судьбу мужскую, а в действительности все наоборот: судьба общества — это судьба женская, вот в чем очевидная истина. Итак, что же получается, мужчины более слабы, покинуты и неполноценны? Именно это и признают мифы почти во всем мире. Ведь они представляют потерянный золотой век или рай, которого нужно достигнуть, как бесполый мир, *как мир без женщин»*[2].

Критика теории П. Кластра. Идеи П. Кластра очень соблазнительны, более того, они еще и усиливаются необыкновенным шар-

[1] Ibid. P. 203.
[2] Ibid. P. 242.

мом чистоты авторского стиля. Однако не нужно поддаваться этому соблазну, ибо если мы согласимся с рассуждениями П. Кластра об отношениях между мужчинами и женщинами (о чем говорилось выше), то тут потребуется целый ряд оговорок.

Первая оговорка эвристического порядка. Идеи П. Кластра основаны на этнографических материалах об индейцах Амазонки. Так можно ли так экстраполировать их пример на любое традиционное общество, как это делает постоянно П. Кластр? Недавние исследования, проведенные в Африке[1], склоняют нас к мысли, что в большинстве случаев идеи Кластра подтверждаются. Однако, как мы увидим дальше, не все традиционные общества демонстрируют подобную склонность к насилию и к войне: чтобы представить классификацию этих различий, мы нуждаемся в более нюансированной теории.

Другие возражения касаются центральной проблемы, а именно государства. И прежде всего мы можем задать себе вопрос, а существует ли между государством и войной такое радикальное противоречие. Как это показывают недавние исследования[2], война — явление всеобщее, характерное для всех исторических обществ, будь то государственное образование или нет. Нельзя судить о войне исходя из постулата о неизменности причин происхождения государства: в некоторых случаях государство предстает вне любого воинственного контекста (например, доколумбовская Мексика, образование римского античного города), в других случаях война является определяющим фактором роста государства (например, роль Столетней войны в образовании французского государства хорошо известна). Государство по своей природе нам не кажется ни более, ни менее воинственным, нежели традиционное общество.

В действительности необходимо различать два вида конфликтов: внутренний (сохранение социального порядка) и внешний (война). На внутреннем уровне, если государство отказывается от права на войну, то традиционное общество также стремится ее избежать и, в худшем случае, старается ее ограничить путем использования мирных инициатив по урегулированию конфликтов или установки «обручей» для мести. Как показывают многочисленные примеры, государства (на внутреннем уровне) могут быть такими же воинственными, как и традиционные общества: история образования европейских государств тому яркое свидетельство.

Итак, если для традиционных обществ война является следствием реализации их планов по социальному единству, то подоб-

[1] См.: Guerres de lignage et guerres d'Etats en Afrique. Paris, 1982; *Adler A!* La guerre et l'Etat primitif // L'esprit des lois sauvages. Paris, 1987.

[2] *Pestieau J.* Guerre et Paix sans Etat. Montreal, 1985.

ную аналогию легко показать и на примере государств: во многих случаях государства прибегают к войне для сохранения существующего общественного порядка, которому угрожают внутренние факторы. В данном случае могут возразить, что, мол, социальный порядок в традиционном обществе монолитен и неразделен в отличие от социального порядка государственного общества. Но это замечание ничего не меняет в той роли, которую может играть война: в обоих случаях она может служить для поддержания данного социального порядка, каким бы ни был его тип.

Наконец, война, возможно, не является фатальностью. Во-первых, если она появилась в эпоху неолита, то она охватывает очень короткий период человеческой истории. Во-вторых, если уж человек смог добиться большого прогресса в области контроля над его материальной окружающей средой, разве не разумно надеяться, что он сможет однажды если уж не совсем уничтожить войну, то по крайней мере ограничить ее или направлять ее, например, в сферу ритуальных конфликтов? Тот факт, что не все общества, а это мы увидим далее, имеют одинаковое отношение к насилию, склоняет нас к этой мысли.

Раздел 2. Общество и насилие

Какое бы значение войне ни придавали и какое бы будущее ей ни предсказывали, она в определенные исторические эпохи является распространенной формой отношений между обществами. Она также представляет собой одну из форм насилия, которая применяется как средство разрешения конфликтов. А ведь насилие очень часто возникает при разрешении внутренних конфликтов в различных обществах, причем настолько часто, что мы вправе себя спросить, а не является ли оно неотъемлемой частью социальной жизни. Между прочим, насилие характерно не только для человеческого общества: сообщества животных также прибегают к насилию, и мы должны внести некоторые уточнения по этому поводу, прежде чем попытаться ответить на этот вопрос.

§ 1. Уроки из жизни сообществ животных

Внутри- и межгрупповая агрессивность в сообществах животных. Не всякое проявление насилия является свидетельством наличия агрессивности. Например, при ограблении агрессивности наблюдается не больше, чем когда охотник убивает дичь. Когда животное убивает другое животное для того, чтобы добыть себе пропитание, оно не испытывает никакой ненависти. Таким образом, в сообществах животных агрессивность может приобретать различные формы в рамках враждебности.

Так, например, она может иметь место между представителями различных видов *(межгрупповая агрессивность):* такие случаи довольно редки, и их последствия губительны в силу того, что данные конфликты имеют не адаптационный характер, а, главным образом, разрушительный. Гораздо более часто агрессивность проявляется между представителями одного и того же вида (внутригрупповая межиндивидуумная агрессивность). В своем большинстве этнологи полагают, что эта форма агрессивности не вредна для общественной жизни, за исключением отдельных случаев. Как правило, эта агрессивность оказывает благодатное влияние на вид и обеспечивает его сохранение. Прежде всего она обеспечивает равномерное распределение животных на какой-то территории: то, что различные виды животных могут сосуществовать на одной и той же территории, объясняется тем, что они по-разному ее эксплуатируют, этого нельзя сказать об индивидуумах, для которых данная территория представляет лишь определенное количество своих богатств.

Агрессивность может также служить для поддержания социальной иерархии в обществе: в случае соперничества более сильный или тот, кто занимает высшую ступеньку в общественной иерархии, заставляет более слабого или стоящего на более низкой ступеньке признать себя. Но во всех случаях агрессивность не имеет целью уничтожение одного из участников общественной жизни, а лишь стремится его отодвинуть или добиться его подчинения. Этот результат достигается тем меньшими затратами для общества, чем больше возможных конфликтов будут им сведены к ритуальным обрядам, действие которых ограничивается различными способами, например, угрожающими позами (одна рыба бьет хвостом в направлении другой рыбы), поединком чести (две рыбы хватают друг друга за челюсти и каждая тянет в свою сторону, причем такой бой может длиться часами без нанесения друг другу каких-либо серьезных повреждений; К. Лоренц сравнивает этот поединок с обычаем — Hosenwrangeln — швейцарских крестьян, когда оба соперника тянут друг друга за штаны в течение нескольких часов).

Наконец, агрессивность может противопоставлять различные сообщества (или членов сообществ), принадлежащие к одному виду *{внутривидовая межобщинная агрессивность).* Так, например, крыса, принадлежащая к какой-либо семье, при ее помещении в другую семью будет тут же убита, так как между этими сообществами существует постоянное состояние войны. В отличие от внутривидовой формы агрессивности, о которой говорилось выше, данная агрессивность не выполняет никаких функций в интересах самого вида. В данном случае значение агрессивности сводится к тому, что она способствует, в результате уничтожения более слабого сообщества, выживанию и распространению более сильного и аг-

рессивного сообщества. По К. Лоренцу, именно здесь мы и сталкиваемся с «эволюционным тупиком»: внутривидовая межобщинная агрессивность просто бесполезна. Как внутривидовой вид агрессивности она вредна в своей основе, к тому же она очень широко распространена, а это делает ее еще более опасной.

Напротив, внутривидовая агрессивность между индивидуумами не может рассматриваться как патологическая форма общественных отношений. Это наблюдение тем более подтверждается, чем больше степень зависимости этой агрессивности, свойственной данному сообществу, от степени персонализации отношений между индивидуумами одного и того же вида. Животные, которые живут компактными стаями (сельдь, зяблики, лемминги и т. д.), мало агрессивны, но их солидарность анонимна: отношения между ними не индивидуализированы. В то время как то, что мы называем дружбой, преданностью между двумя или несколькими четко различимыми индивидуумами, наблюдается у животных с повышенной агрессивностью (например, у волков). Чувства любви и ненависти близки друг к другу, это давно утверждает народная мудрость. Однако так было далеко не всегда: несколько миллионов лет тому назад чувству привязанности и любви предшествовала агрессивность (так, например, рептилии, животные чрезвычайно древние, агрессивны и лишены чувства привязанности и любви); связь между индивидуумами появляется лишь у костистых рыб, птиц и у млекопитающих, которые появились в начале третичного периода (где-то миллион лет тому назад), а вместе с этим появляется возможность отношений, основанных на привязанности и любви. Другими словами, если агрессивность может существовать без любви, то любовь существовать без агрессивности не может. Агрессивность, персонализация межиндивидуумных отношений, привязанность и любовь — вот накопительная схема эволюции.

Сообщества людей и сообщества животных. Сравнительные характеристики. Как правило, этнологи склонны подвергать сомнению подлинность сравнений, проводимых между человеческими обществами и сообществами животных. Безусловно, различия здесь существенны. В частности, оценка человеческой личности является делом непростым — тем более что в каждом обществе она различна, и, более того, она не должна ни в коем случае быть результатом каких-либо расистских теорий, — и она не позволяет нам положительно квалифицировать селекционные результаты внутривидовой агрессивности: то, что один из индивидуумов более слаб или менее одарен, чем другой, вовсе не означает, что он обречен на исчезновение.

И все же, несмотря на эти различия, некоторые сравнения допустимы. Человек как существо, способное мыслить, не является, однако, абсолютно разумным; он еще — изначально, а мо-

жет быть, навсегда — подчинен своим эмоциям. Таким образом, агрессивность играет всегда определенную роль во взаимоотношениях, которые он поддерживает с другими человеческими существами. Так же как и в мире животных, эта агрессивность не влечет за собой в обязательном порядке насилие. Во многих случаях мы имеем дело с сублимацией насилия, когда конфликт преобразуется в ритуальный обряд. Когда же конфликт, несмотря ни на что, разрешается с помощью насилия, то применение его подчиняется обычно определенным правилам: при изучении системы возмездия мы увидим, что мстят не вслепую, а следуя определенным правилам игры. С другой стороны, люди предстают более или менее агрессивными или неистовыми в зависимости от социологических рамок, в которые вписываются их отношения, а здесь как раз и имеется некоторый параллелизм с сообществами животных. Вообще-то человек не проявляет межвидовой агрессивности: общества охотников убивают из необходимости, точно так же, как мы выращиваем скот, чтобы его есть, а современные общества уделяют много забот защите и сохранению некоторых редких видов или видов, которым угрожает исчезновение.

Межобщинная внутривидовая агрессивность выливается часто в применение насилия. Она имеет широкое распространение, несмотря на многочисленные свидетельства ее вредности. Как мы уже говорили, война — это всеобщее явление, характерное для исторических эпох. Внутривидовая агрессивность между индивидуумами встречается тоже нередко, но она значительно менее опасна, так как она не влечет за собой обязательное применение насилия. Здесь все зависит еще от степени социальной разницы, существующей между индивидуумами: чем больше разница, тем более вероятно применение насилия и наоборот. В самом деле, мы увидим, что, если в каком-нибудь обществе зарождается какой-то конфликт между индивидуумами, принадлежащими к одной и той же группе, то преимущественным образом этот конфликт будет регулироваться мирными путями; напротив, когда этот конфликт противопоставляет индивидуумов, принадлежащих к разным группам, то месть будет наблюдаться часто и даже обязательно. Приведенные соображения, как нам кажется, позволяют лучше ответить на вопрос о неизбежности насилия в человеческом обществе.

§ 2. Насилие в человеческом обществе

Здесь возникает два вопроса. Первый: так ли уж неизбежно насилие? И второй: как объяснить тот факт, что оно имеет неодинаковое распространение в различных человеческих обществах?

А. Неизбежно ли насилие?

Даже если предположить, что насилие вписано в человеческую природу, то, вероятно, одним из самых лучших достижений культуры было бы его устранение. В период между 1946 г. и 1950 г. некоторыми американскими авторами (Тафтом, Алинским, Галтунгом) были предложены модели обществ, в которых преступление и насилие были бы исключены: в общем предлагаемые способы предусматривают гомогенизацию (т. е. однородность) культурных ценностей и значительные изменения, даже ликвидацию политического и социально-экономического неравенства. Теория Д. Сабо по своей природе более описательна[1]. По мнению этого автора, насилие в своей основе опирается на психологические и социологические факторы (оно в наших генах, оно вписывается в эволюцию человеческого мозга). А эти факторы зависят в основном от степени сплоченности различных подгрупп данного общества: чем выше эта сплоченность, тем слабее проявления насилия. Наблюдение, между прочим, правильное: далее мы увидим, что сообщества охотников и сборщиков различных плодов, которые, как правило, более сильно выражают общинный характерен, нежели сообщества оседлых земледельцев, предпочитают разрешать конфликты мирными способами. Но анализ причин должен быть глубже: степень монолитности какого-либо общества зависит от сочетания многих факторов, которые мы должны идентифицировать.

На наш взляд, любое общество, даже интегрированное, должно быть знакомо с различными формами насилия. Мы с господином Ф. Буланом[2] полагаем, что теперь и нет смысла рассматривать общество, где нет насилия, а вот рассмотреть возможности ограничения его проявлений — это другое дело. Мы считаем, что если уж агрессивность неизбежна, то насилие может быть ограничено. Агрессивность неизбежна потому, что, как мы это уже видели, человек до настоящего времени не доказал, что он может управлять собой, руководствуясь только своим собственным разумом, но, с другой стороны, преобразованная агрессивность может оказывать созидательное и благодатное воздействие на общество. Итак, агрессивность предстает перед нами в образе двуликого Януса: с одной стороны, мы не можем отказаться от преимуществ агрессивности, а с другой — избежать ее недостатков.

Однако не все общества агрессивны и жестоки в одинаковой степени. В этом смысле антропологический опыт не подтверждает

[1] См.: *Szabo D.* Agression, violence et systemes socio-culturels: essai de typologie // Revue de sciences criminelles. 1976. P. 383.

[2] *Boulan F.* Violence et societe //Revue de recherche juridique. 1981. № 3. P. 342—352.

11. Заказ №1837.

теорию, которая считает, что социальный плюрализм является фактором, определяющим степень насилия. С одной стороны (и это более важно, чем уровень развитости плюрализма), учитывается то, как к нему относятся господствующие группы в обществе: если он рассматривается как благодатный фактор, то он не будет служить генератором насилия, и наоборот. А с другой стороны, этнографические наблюдения склоняют нас обратить внимание на другие факторы, которые мы теперь и рассмотрим.

Б. Предрасположенность к насилию: подход с позиций различных культур

Этнографические данные позволяют сделать заключение, что хотя всякое общество прибегает как к мирным, так и к насильственным способам урегулирования конфликтов, использование этих способов далеко не одинаково. Вместе с тем, когда выбор в пользу возмездия уже сделан, оно, в зависимости от общества, осуществляется поразному. Применение насилия и значение солидарности при возмездии — вот две проблемы, которые нам теперь надо рассмотреть.

Применение насилия. Некоторые общества отдают предпочтение мирным способам урегулирования конфликтов: индейцы зуни (Северная Америка) или же мбути (охотники и сборщики плодов Конго) считают истинным человеком того, кто умеет избегать ссор. У других же (замбийские ндембу), наоборот, конфликт занимает важное место в политической и социальной жизни, и они прибегают к возмездию очень часто. Установить какую-либо значительную связь между этим разным отношением к насилию и биологическими данными не представилось возможным (хотя некоторые народы более воинственны, чем другие, причину этого нужно искать не в их физиологии, а в истории и в системе ценностей, которую они себе создали)[1]. Таким образом, нужно ориентироваться на исследование факторов, которые имеют отношение к культуре.

Существование некоторых факторов институционального характера, казалось бы, должно способствовать мирному урегулированию конфликтов, а их отсутствие, наоборот, предполагает более частое применение насилия. Таким образом, присутствие третьей стороны, способной привести ухотя ринять это мирное решение (судья, политическая власть), было бы положительным фактором.

Вмешательство третьей стороны и *тем более* государственных учреждений могло бы ограничить примнение насилия: здесь

[1] См.: *Roberts S.* Order and Dispute. An Introduction to Legal Anthropology. N.Y. 1979. P. 54.

просматривается классический тезис эволюционизма, к которому часто прибегают историки права. Но этот тезис по меньшей мере неполный и может быть в силу этого даже неточным.

С одной стороны, этнографические данные показывают, что многие общества, отдающие предпочтение мирным способам урегулирования конфликтов, совсем не знают или знают очень мало способов урегулирования конфликтов путем вмешательства третьей стороны.

С другой стороны, в одной из своих крупных статей К. Ф. и С. С. Оттербейны[1] доказывают, что нет связи между усилением централизации власти и возможным количественным снижением актов возмездия, как это показано в нижеследующей таблице.

Степень централизации политической власти	Количество обществ, отдающих предпочтение мирным способам урегулирования конфликтов	Количество обществ, отдающих предпочтение насильственным способам урегулирования конфликтов
Высокая	7	11
Низкая	13	20
Итого	51 общество	

Есть и другая широко известная гипотеза, согласно которой предполагается, что так как война усиливает внутреннюю сплоченность общества, то в самых воинственных обществах должны бы иметь место насильственные способы урегулирования конфликтов между их группами. Итак, данное исследование тоже устанавливает лишь относительную связь между этими характеристиками. Эта связь просматривается только в воинственных обществах, где имеется внутренняя политическая власть с сильной централизацией. Общества же со слабой политической властью могут проявлять ярко выраженную склонность как к мести, так и к войне.

Также легко просматривается связь между некоторыми факторами экологического характера и применением насилия. Так, например, Раппапорт настаивает на том факте, что если население считает, что территория, имеющаяся в его распоряжении, не увеличивается, то это может вылиться в различные конфликты, приводящие к тому, что одна группа будет лишена владения землей насильственным способом в пользу другой. Итак, с одной стороны, надо бы объяснить, почему такой тип конфликта решается с

[1] *Otterbein K.* F., *C.S.* An eye for an eye, a tooth for a tooth // American Anthropologist. 1968. № 2. P. 277—289.

большей охотой насильственным способом, а не другими методами, но, с другой стороны, существует большое количество ацефальных («безглавых») обществ, где споры, связанные с использованием земли, решаются мирными методами.

Эти различные теории, как мы видим, совсем недостаточны для объяснения рассматриваемых явлений. Есть и другие, где данные вопросы рассматриваются глубже.

Вначале заметим, что, согласно С. Робертсу[1], степень насилия зависит от характера культурных ценностей, свойственных данному обществу: когда там отдается предпочтение индивидуализму, конкуренции, агрессивности, то межиндивидуумное насилие играет важную роль (как это показывает пример американского общества). С другое стороны, если межиндивидуумное насилие имеет повышенный характер, то в отношениях между подгруппами этого общества оно будет проявляться тоже более интенсивно (как это показывает пример многочисленных обществ Новой Гвинеи). Однако здесь мы только констатируем факты. Зададимся вопросом: существуют ли факторы, определяющие культурный выбор обществ в пользу или в ущерб насилию? Можно привести два примера.

Первый относится к типу *организации семьи:* исследования К.Ф. и Сример амтербейнов устанавливают четкую связь между частотой мщений и типом общества, где господствует принцип организации мужских домов, будь то патрилокальный дом (по месту отца, мужа), авункулолокальный (по месту дяди или тети) или вирилокальный (зрелых юношей). Связь просматривается четче, если к этому фактору (а он остается главным) добавить фактор полигинии. Здесь, наоборот, степень вероятности мщения падает в зависимости от организации семьи, а именно: в моногамном обществе, уксорилокальном (где главенство принадлежит женщине), матрилокальном (по месту жительства жены) или неолокальном[2].

	наличие мщения	отсутствие мщения
Патрилокальные и полигиничные общества	11	4
Полигиничные или патрилокальные общества	6	10
Ни полигиничные, ни патрилокальные общества	5	14
Итого	50 обществ	

В действительности мы знаем, что большая часть человече-

[1] *Roberts S.* Op. cit. P. 157.
[2] См.: *Otterbein K. F., C. S.* Op. cit. P. 1475.

ских обществ управляется в соответствии с принципом мужского господства и что военная деятельность чаще всего — удел мужчин. Когда организация домов способствует объединению в группы индивидуумов *мужского пола* по поколениям, то появляются братские общины и они более сплоченно и быстро могут реагировать, из чувства солидарной мести, на проявления каких-либо посягательств против одного из их членов, если после своей женитьбы братья живут рядом друг с другом и связаны между собой общностью жизненных интересов. Эта солидарность проявляется более сильно, если мужчины происходят от полигинических браков. В полигинических обществах сыновей женят обычно позднее, нежели в моногамных обществах: таким образом будущие братья воспитываются вместе в течение более длительного периода, что предполагает укрепление в них духа солидарности[1]. Можно добавить также, что при сравнении различных культур создается ощущение, что патрилокальность ассоциируется с внутренней войной, а матрилокальность — с войной внешней.

Второй пример относится к *социально-экономическому типу организации общества*. Обычно полукочевые или кочевые общества охотников и собирателей отдают предпочтение мирным способам урегулирования конфликтов; этого не скажешь об обществах оседлых земледельцев.

Сами кочевые общества охотников и собирателей содержат в себе много того, что способствует мирному урегулированию конфликтов. С одной стороны, эти конфликты в данном случае уже касаются только проблем семейного порядка или вопросов доступа к материальным благам, в то время как в обществах оседлых земледельцев существует более сильная идентификация индивидуума или группы людей на какой-то территории; более ярко выраженный характер имеет и тенденция к индивидуализации собственности, что создает предпосылки для дополнительных конфликтов и способствует развитию агрессивности.

Кстати, кочевой образ жизни позволяет индивидуумам, находящимся в конфликте, разрешать их спор путем взаимного удаления друг от друга, а не путем столкновения: как показывают этнографические наблюдения, разбегание в разные стороны — это наиболее приемлемый способ урегулирования конфликтов (бедуинская пословица гласит: «Чтобы сблизить наши сердца, раскинем

[1] Однако мы, вместе с С. Робертсом, можем отметить, что эта теория оставляет вопрос без ответа. В обществах, где господствуют мужские дома, имеют место очень сильные проявления насилия между индивидуумами одной и той же группы, в то время как, исходя из того, что предрасположенность к мщению между группами объясняется высокой степенью солидарности **каждого** из этой группы, было бы нормально ожидать того, чтобы каждая группа предпочитала мирные способы урегулирования своих внутренних конфликтов.

подальше друг от друга наши шатры») при условии, что окружающая естественная среда не очень враждебна (обходные пути используются племенами хазда в Танзании, а вот крестьяне племени кунг в пустыне Калахари стремятся прежде всего избежать раскола группы и быстро гасят ссоры во избежание того, чтобы они достигали наивысшего накала). Но во всех случаях мирный способ урегулирования конфликтов одерживает верх: если экологические условия позволяют, то можно разбежаться в разные стороны, а если нет, то конфликт решается без применения насилия, чтобы избежать раскола группы. Причем конфликты разрешаются самими участниками без вмешательства третьей стороны. И наоборот, в обществах оседлых землевладельцев это вмешательство (в более или менее принудительной форме — в зависимости от выбранной формулировки) встречается гораздо более часто; изгнание или разбегание в разные стороны встречаются гораздо реже, так как они часто влекут за собой более тяжелые последствия, чем в обществах охотников и собирателей.

С другой стороны, образ жизни кочевников накладывает на их общества отпечаток динамичной и совершенной общинной организации: поиск дичи, календарь и пути миграций — все это зависит от решений, которые принимаются сообща, в то время как оседлый образ жизни, если он тоже регламентируется какими-то коллективными обязательствами, далек от этого совершенства. Большая часть времени в кочевых обществах уделяется коллективной добыче дичи и разделу пищи, что само по себе является профилактикой против возникновения конфликтов: лучше разделить какое-то благо, нежели завладеть им. Жизненная важность фактора интеграции в группу говорит о том, что социально-психологические санкции (порицание, выговор, насмешка, временное изгнание; так, у инуитов, например, существует обычай нарекать вора именем, исходя из названия похищенной вещи, или же больше не обращаться к нему со словами, которые указывают на его родственные связи, что напоминает наше отречение), зиждящиеся на чувстве стыда и на высмеивании, должны быть многочисленными и эффективными. Например, в племени мбути поведение виновного изображают жестами в карикатурном виде, у инуитов, например, для урегулирования некоторых конфликтов проводятся песенные соревнования: победителем является не обязательно тот, кто прав, а, скорее, тот, кто сможет добиться того, чтобы его противник потерял свое лицо. Мы уже знаем, что подобные песенные соревнования существовали главным образом в арктических зонах, где окружающая среда очень сурова и где наблюдалась самая большая демографическая ограниченность[1], а это, в свою очередь, подчеркивает важность

[1] См.: *Rouland N.* Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit // Etudes Inuit. 1979. № 3. P. 96—101.

экологических факторов в выборе способов урегулирования конфликтов. И наоборот, в обществах оседлых земледельцев охотнее прибегают к санкциям, которые затрагивают физическое лицо или материальные блага какого-либо индивидуума.

Мы здесь воздержимся от упрощенной схематизации дуализма, существующего между кочевыми и оседлыми обществами: насилие существует и у кочевников (убийства часто встречаются у бедуинов и инуитов), а земледельцы далеко не всегда прибегают к силе при разрешении своих конфликтов. Однако можно отметить, что предрасположенность к насилию больше отмечается у вторых, нежели у первых.

Существует и другая разновидность насилия: это насилие, которое зависит от степени солидарности людей при возмездии.

Степень солидарности людей при возмездии. В некоторых случаях, а это бывает крайне редко, месть не существует. И это касается больше групп людей, нежели отдельных индивидуумов. Итак, иногда группы людей просто являются неосведомленными в данной области, и тогда, собственно говоря, «группа мести» как таковая не существует (конечно, какая-то семейная группа существует, но она ведь не может мстить кому-то из своих членов). Так, например, эфиопские гамо могут считаться «обществом, где нет мести», а действия, которые могли бы спровоцировать ее, должны санкционироваться всей общиной.

Но в большинстве случаев эти группы мести существуют и размеры этих групп одновременно определяют границы мести. Существует общее правило для всех обществ, которые знакомы с местью, какой бы ни была степень их предрасположенности к насилию: месть может иметь место только между разными группами, а не внутри одной и той же группы[1], так как в противном случае существует огромная опасность распада последней. Вот почему, например, племена масса (Камерун, Чад) разрешают членам одного клана только поединки с палкой, что может повлечь за собой только легкие ранения, и не допускают мести, в то время как между кланами возможно применение дротиков, а здесь уже проливается кровь и соответственно рождается месть. Имеются и другие ограничения, имеющие особый характер. Некоторые из них касаются непосредственно поведения самих участников конфликта. Может случиться так, что группа посчитает одного из своих членов чрезмерно воинственным и отмежуется от него, будь то обиженный или обидчик. У инуитов, например, если какое-то лицо систематически совершает рецидив или становится виновным в особо тяжких преступлениях (колдовство, например), оно рассмат-

[1] См.: *Verdier R.* Le systeme vindicatoire. Esquisse theorique // Vengeance. T. 1. Paris, 1980. P. 20—22. Ужас перед гражданской войной, всегда воспринимаемой в наших собственных обществах как нечто худшее, чем война с иностранной державой, разве имеет не то же самое происхождение?

ривается как опасный элемент, и соответственно его группа и все общество в целом решают от него избавиться. В данном случае виновный либо подвергается изгнанию (у них это называется *кивитук,* что означает уход, и является синонимом самоубийства), либо община назначает экзекуторов, которые, как правило, являются близкими родственниками виновного, а эта предосторожность разумна и направлена на то, чтобы на этом основании избежать в будущем возможной мести.

Впрочем, размеры групп, затронутых местью, в различных обществах неодинаковы. В одних случаях исходная группа всегда одна и та же, будь то целый клан или подклан, род или ветвь рода. В других случаях эти размеры колеблются в зависимости от социальной дистанции между обидчиком и обиженным: у бедуинов, когда убийца принадлежит вражескому или чужому племени, племя жертвы полностью рассматривается как объект мести; если речь идет о даннике или о союзнике, то отношения мести распространяются только на ближайших единокровных участников конфликта.

Раздел 3. Способы разрешения конфликтов

Как правило, после того как возникает какой-либо конфликт, для того, чтобы его разрешить[1], надо пройти через два этапа: первый — это когда участники конфликта пытаются найти процедуру, с помощью которой они могли бы прийти к обоюдному согласию в разрешении конфликтной ситуации, и в поддержку своих претензий выдвигают ряд доказательств; второй — когда решение или санкция по спорному вопросу принимается в конце этой процедуры. Далее, нам предстоит составить типологию этих процедур и доказательств и рассмотреть вопрос о том, как завершаются конфликты.

§ 1. Типологии процедур урегулирования конфликтов

Рассмотрим несколько типичных ситуаций. Самая простая состоит в том, что применяется насилие, подчиненное определенным правилам (система возмездия); в других ситуациях насилие запрещено; наконец, нередки случаи, когда насилие трансформировано в ритуальные обряды. К третьей категории относятся, например, песенные соревнования инуитов (восточные берег Гренландии) и тивов (северо-восточная Нигерия); боксерские поединки или обмен взаимными ударами (тагба боз у местных жителей Новой Гвинеи); бюритила-юло у аборигенов островов Тробриан (когда конфликт между группами грозит вот-вот перейти в стадию мести,

[1] В противоположность распространенному предрассудку, урегулирование конфликта — это совсем не обязательно выход из него: конфликт может продолжаться или изменить форму даже после принятия решения, предполагающего его прекращение.

по совету одного из вождей одна из противоборствующих групп предлагает другой определенное количество пищи, а та, в свою очередь, отвечает тем же; если оба дара равны, то конфликт считается исчерпанным; если же одна из групп отказывается от этого мирного урегулирования конфликта, то ей достаточно предложить другой группе **больше,** чем та предложила ей, но это воспринимается как унижение, которое требует применения возмездия).

Можно также различать судебные и несудебные способы урегулирования конфликтов, которые отдают предпочтение применению слова, но вписывают его в разные структурные рамки.

А. Судебные и несудебные способы урегулирования конфликтов

Рассмотрим последовательно каждый из этих способов.

Несудебные способы. К ним относятся все способы , которые основываются на спорах между определенным количеством участников и с помощью которых конфликт регулируется без вмешательства судьи. Эти способы подразделяются на две категории.

Первая категория включает в себя такие ситуации, где стороны сами решают свой спор: здесь речь идет о двустороннем соглашении. Этот вид переговоров довольно часто встречается в общинах, отличающихся высокой монолитностью, где развиты межиндивидуумные отношения. Переговоры, как средство разрешения конфликтов, существуют в той или иной степени во всех обществах как в глобальном масштабе, так и на уровне подгрупп.

Вторая категория включает в себя такие ситуации, где необходимо вмешательство третьей стороны, дабы конфликт был разрешен именно путем переговоров. Это вмешательство встречается более часто в тех обществах, где численность вовлеченного в конфликт населения играет определенную роль и когда стороны почти не поддерживают отношений или же находятся в таком состоянии, когда конфликт зашел очень далеко и двусторонние переговоры уже просто невозможны. Вмешательство третьей стороны может приобретать различные формы, что зависит от того, насколько высоко обе стороны ценят авторитет посредника и насколько директивны могут быть его советы. Самая простая форма — это посредничество: посредник помогает сторонам найти решение, и, более того, он не навязывает им ни одного решения. Напротив, при арбитраже именно сам арбитр формулирует решение, которое он предлагает противоборствующим сторонам, пытаясь их убедить в обоснованности своего решения, поскольку нельзя заставить стороны проводить в жизнь решение арбитра.

Судебные способы. Это такие способы, где третья сторона выступает в качестве судьи спора: ее решение — судебное постановление — является обязательным для сторон, тем более что

апелляция в традиционном обществе редко возможна. Ссылка на нормы становится основой. Было бы ошибкой увязывать существование норм с процедурой судопроизводства, а их отсутствие — с несудебными способами: право не ограничивается судебным постановлением, в то время как переговоры, посредничество и арбитраж являются как бы юридическим фактом. Подлинное различие заключается скорее всего в том, каким способом стороны используют эти нормы: при судебном постановлении они обязательны для исполнения, чего нет при несудебных способах, когда стороны располагают большей свободой выбора при их применении, когда от них можно отойти или же изменить их.

Судебные способы имеют особое распространение в современных обществах, но они также имеют место в некоторых традиционных обществах, прежде всего в тех, где наличествует дифференциация политической власти, которая вмешивается в область правосудия, руководствуясь судебными способами разрешения конфликтов.

Б. *Социально-политические структуры и способы урегулирования конфликтов*

Здесь мы сталкиваемся с тем же механизмом, который зиждется на принципе накопления и применяется, как мы это уже видели выше, в других областях: социально-политическая структура любого общества играет основную роль в выборе, который это общество делает среди множества возможных вариантов урегулирования конфликтов, или определяет, почему данное общество отдает предпочтение тем, а не иным способам. Исходя из этого принципа, Э. Ле Руа составил типологию[1], которая представлена в нижеследующей таблице:

Тип социальной структуры	Правовой источник	Способ урегулирования конфликтов
Элементарные общества	Мифы	Месть; двусторонние переговоры, посредничество
Полуэлементарные общества	Мифы; обычаи	Месть; двусторонние переговоры; посредничество; арбитраж
Полусложные общества	Мифы; обычаи; закон	Месть; двусторонние переговоры; посредничество, арбитраж; суд

[1] *Le Roy E.* Introductions aux institutions politiques africains. Paris, 1975. P. 148—167.

Элементарные общества. Власть в них обеспечивается в рамках единой родственной организации. В качестве примера мы можем взять племя нюер (Судан), это общество существует без законодательной и судебной власти. Когда возникает какое-то разногласие между двумя индивидуумами, принадлежащими к разным группам, то способ, с помощью которого будет урегулирован конфликт, во многом зависит от того, какое положение они занимают в системе возрастных и родственных отношений, и от того, какая социальная дистанция разделяет их группы. Возможны многие варианты: либо соблюдаются тарифы условных выплат, которые предусмотрены как штраф за определенные виды нанесенного ущерба, но все зависит только от двустороннего соглашения, так как никакая внешняя власть не может заставить производить эти выплаты; либо та сторона, которая себя считает правой, с помощью своих сородичей захватывает скот у противоборствующей стороны. Последняя может оставаться пассивной: ее сопротивление служит побудительной причиной для развязывания мщения. Когда разногласие разделяет двух индивидуумов, являющихся близкими родственниками и живущих в одной и той же деревне, то конфликт, как правило, регулируется с помощью предводителя, облаченного в шкуру леопарда, который выступает в качестве посредника.

Полуэлементарные общества. Здесь не существует центральной власти, а дуализму правовых источников (мифы плюс обычаи) отвечает дополнительный уровень способов урегулирования конфликтов: к двусторонним переговорам и примирению добавляется арбитраж. В качестве примера можно взять племена каривондо (Танзания).

Арбитраж как средство урегулирования отношений применяется на уровне племен, племенных групп и отдельных членов этих групп после неудавшихся двусторонних переговоров. Если арбитраж проходит удачно, он заканчивается натуральным внесением компенсации. В случае же неудачи племя потерпевшей стороны начинает вести переговоры с племенем того, кто нанес ущерб. Если к согласию прийти не могут, никакие центральные власти навязать это соглашение не могут, но в этом случае в каждом племени, чтобы не допустить враждебных действий, в дело урегулирования конфликта вступают старейшины, они выступают косвенно в качестве арбитров и стараются найти приемлемое решение для обеих сторон, но вменить его в обязанность они не могут.

Что касается посредничества, оно применяется для урегулирования отношений между членами одной большой семьи. Жизненная общность здесь выражена сильнее, чем в племенных группах или племенах, а выплата компенсаций может привести к еще более глубокому расколу семьи. Глава такой большой семьи обязывает пойти в этом случае на жертвы и совершить обряды очи-

щения виновного от его проступка. Если же имеют место рецидивы, то виновный подвергается изгнанию.

Полусложные общества. В этих обществах политическая власть отделена от родственной власти, при этом либо первая главенствует над второй, либо наоборот. Тройственному характеру правовых источников (миф, обычай, закон) соответствует дополнительный уровень в области применения способов урегулирования конфликтов: к двусторонним переговорам, посредничеству и арбитражу добавляется суд.

Двусторонние переговоры и посредничество — это те средства урегулирования конфликтов, которые применяются в обширных семьях. Что же касается арбитража, то этот способ урегулирования конфликтов применяется на уровне индивидуумов, принадлежащих к разным большим семьям, но живущим в одной деревне (племена догонов), а также для разрешения конфликтов жителей разных деревень (племена нкуми).

Суд как институт принадлежит политической власти: когда совершаются акты, расцениваемые как наносящие ущерб обществу в целом, представители этой власти принимают решения, обязательные для сторон. Исключительно важную роль для суда играют представленные сторонами доказательства.

§ 2. Типологии доказательств

Как заметил А. Леви-Брюль, если доказательство является «...механизмом, с помощью которого достигается установление истинности довода, права или факта»[1], то судебное доказательство не совсем подпадает под это определение: предоставляя свои доказательства, каждая сторона стремится прежде всего не к установлению объективной истины, а к тому, чтобы оказать свое влияние на третью сторону, которая призвана разрешить спор, и это касается как традиционных обществ, так и современных. Однако эта черта еще более ярко выражена в элементарных и полуэлементарных обществах: при отсутствии центральной власти давление общественного мнения может быть определяющим, и такое положение вещей очень устраивает каждую сторону в силу существующей возможности привлечь его на свою сторону. Кроме того, традиционные общества придают особое значение доказательствам трансцендентного свойства, чего нет в наших современных обществах. Чтобы составить типологию доказательств, можно воспользоваться, слегка ее изменив, классификацией Ж. Пуарье. Этот

[1] *L6vi-Bruhl H.* La preuve judiciaire chez les «primitifs»// Receuils de la Societe J. Bodin. T. XVIII «La preuve». Bruxelles, 1963. P. 5.

автор делает различие между трансцендентными и вещественными доказательствами. Первые делают ставку на потусторонние силы, т. е. силы невидимого нами мира, а вторые — на добычу материальных свидетельств техническими средствами. Мы, со своей стороны, добавим к этим двум типам доказательств еще один тип, промежуточный или смешанный, когда могут прибегать, в зависимости от обстоятельств, как к трансцендентным элементам, так и к вещественным[1].

Трансцендентные доказательства. Этот вид доказательств опирается на невидимые силы потустороннего мира, к ним относятся божий суд, пророчество и присяга. Божий суд и пророчества опираются все на те же силы невидимого нами мира, которые, как предполагается, выражаются определенными знаками или определяют то или иное поведение. При божьем суде субъект располагает определенной свободой инициативы. Иногда здесь имеет место двусторонний фактор, который состоит в проведении поединков (часто проводимых в феодальную эпоху как форма божьего суда; в Черной Африке они встречаются гораздо реже). В других же случаях здесь имеет место эксперимент: прямого столкновения между состязающимися нет, но один индивидуум подвергается экспертом (колдуном, священником, вождем или самим обвиняемым) определенной процедуре, например, наложению раскаленного железа на слизистую оболочку или принятию яда, а реакция подвергаемого испытанию будет определяющим фактором в установлении его виновности или невиновности (как правило, доза яда, которую должен принять испытуемый, не смертельна: если испытуемого сразу же начинает рвать и яд выбрасывается из организма, то с обвиняемого снимается обвинение, тяготевшее над ним).

Далее, отметим, что эти методы опираются на определенную психологическую рациональность: как правило, тот, кто не виновен, идет на испытание добровольно, потому что он уверен в своей правоте; но если испытание оборачивается против него, то очень часто бывает так, что в этом случае он сам себя убеждает в своей виновности.

При пророчествах же подозреваемый или обвиняемый не имеют никакой инициативы, они остаются полностью пассивными субъектами: используемые способы к ним не применяются. В данном случае часто применяется допрос трупа. Производится наблюдение за тем, какая походка у тех, кто переносит покойника к месту погребения: исходя из направления, по которому продвигаются переносящие тело, делается вывод, была ли смерть естественной или нет, произошла ли она в результате конфликта с родственником или чужаком. В других местах прибегают к помощи живот-

[1] *Poirier J.* La preuve judiciaire dans les droits coutumiers de Г Afrique Noire // «La preuve Bruxelles». 1963. P. 37—57.

ных. Перед норкой паука развешивают нити, которые символизируют каждого из братьев покойного. Виновным считается тот, чью ниточку паук передвинет; он должен тогда отдать взамен им убитого мужчину или женщину из своего рода. Совершенно естественно, что для разрешения подобного рода проблем довольно часто прибегают к услугам колдунов, которые либо помогают урегулировать эти конфликты, либо являются их первопричиной. Вмешательство колдунов может носить и более прямой характер. Так как считается, что колдуны могут превращаться в различных животных (людей-пантер, людей-леопардов, что эквивалентно нашим оборотням), то и предполагается, что они могут нападать на свои жертвы и убивать их.

Устное обязательство, присяга или клятва, кроме судебной сферы, могут применяться и в других областях: клятва в братской дружбе, клятва преданности вассала своему сюзерену, политическая клятва, клятва в любви, клятва в союзе бога со своим наро* дом и т. д.

Однако когда применение клятвы касается судебной сферы, то она должна быть освящена: факты, к которым она относится, так же, как и свидетельства, которые представляет дающий клятву и его поручители, отдаются во власть невидимых сил, которые берут на себя выяснение истины и в случае необходимости покарают клятвопреступника и его гарантов. Подобное освящение данной процедуры является доминирующим фактором при даче судебных клятв, и это характерно для традиционных общества, хотя последние отнюдь не являются здесь исключением. Еще совсем недавно в наших обществах свидетели на уголовных процессах давали клятву перед богом и при этом использовались предметы, его символизирующие (например, распятие). В древнем римском праве sacramentum in rem[1] — самое главное из действ Законов XII таблиц — происходит из того же самого механизма: процедура не касается прямо предмета спора, она стоит перед необходимостью разобраться в двух противоречащих друг другу клятвах, которые были даны каждой из сторон. Возвращение вещи ее истинному хозяину является лишь следствием расследования, ведущегося с целью определения, какая из двух сторон является клятвопреступницей, что может навлечь на общину гнев богов, гнев, которого можно избежать лишь благодаря осуждению виновного. И здесь главная роль отводится невидимому миру. Что же касается вещественных доказательств, то тут уже логика другая, она уже ближе к нашей.

Вещественные доказательства. В качестве таковых могут рассматриваться явное преступление и результаты дознания. Очевидность преступления часто ведет к тому, что жертва сама себе

[1] См. изложения на эту тему: *Gaudemet J.* Institutions de 1'Antiquite. Paris, 1967. P. 407—412.

обеспечивает защиту. Однако если спор регулируется с помощью процедуры, требующей вмешательства третьей стороны и участия свидетеля, то свидетельство будет принято во внимание только в том случае, если свидетель явно показал виновному факт своего присутствия на месте преступления.

Если нет очевидного преступления, а свидетельские показания и допросы оказываются недостаточными для установления истины, то тогда прибегают к дознанию (расследованию), в ходе которого эксперты будут добывать вещественные доказательства.

Смешанные доказательства. Это доказательства, опирающиеся на материальные элементы, которые содержат также символические и священные аспекты. К ним относятся свидетельства, признание, вещное действие, письмена. Доказательства, представляемые свидетелями, имеют тем большую силу, чем выше социальная ступенька, которую занимает дающий показания. Общественное положение свидетеля определяется рядом критериев: возраст (ребенок, например, может давать показания, но их значение невелико; взрослым он становится при достижении половой зрелости или при посвящении, которые по времени могут совпадать или не совпадать); пол (как правило, показание женщины ценится меньше, чем показание мужчины); социальный статус и правовое положение (слово гриотов[1], кузнецов, пленников, вольноотпущенников имеет меньше веса, нежели слово свободных людей). Свидетельства касаются конкретных элементов, но, строго говоря, эти свидетельства не являются вещественными доказательствами, поскольку очень часто их гарантия обеспечивается клятвой.

Признание состоит в том, что какой-то индивидуум заявляет о своей виновности, признает факты и поступки, которые ему вменяются в вину или автора которых пытаются найти. Здесь еще часто обращаются к невидимому миру; это делается в той мере, в какой признание часто является следствием того, что прибегают к испытаниям невиновности (божьим судом) и к пророческим методам. Фактически признание является еще в меньшей степени «королевой доказательств» в традиционных обществах, чем в наших, потому что невиновный может совершенно свободно объявить себя виновным, если он верит в то, что невидимые силы могут указать на него, или если он думает, что мог совершить поступки, которые ему вменяют в вину и которые он мог совершить, будучи в бессознательном состоянии (во время сна или если он был невменяем).

Вещное действие (инструментальное доказательство) состоит в предъявлении какого-либо предмета. В данном случае это лишь видимость вещественного доказательства. С одной стороны, уделя-

[1] Гриот — в Черной Африке — человек, принадлежащий к особой касте и являющийся одновременно поэтом, музыкантом и колдуном *(прим. переводчика)*.

ется больше внимания не самой конкретной вещи, а личности представляющего вещественное доказательство. С другой стороны, гораздо больше придается значения отношениям между преподносящим и принимающим, которые символизируют данный предмет, а не самому предмету как таковому. Данное явление хорошо просматривается в традиционном праве, например, при подношении выкупа: приданое удостоверяет бракосочетание; оно не просто состоит из каких-то компенсационных преподношений семье супруги, а символизирует союз между семейными группами супругов.

И, наконец, что касается письменных доказательств, то к ним иногда относились как к чему-то святому. Большинство традиционных обществ знало лишь устные доказательства. Но письменность постепенно входила в быт с приходом мусульманских и европейских колонизаторов. Впрочем, африканцы, когда они знали письменные знаки, очень часто придавали им магический характер. Очень многие талисманы представляют собой маленькие кожаные мешочки, внутри которых хранятся стихи из Корана; мешочки носятся на шее. (С нашей стороны было бы неосторожно квалифицировать такое поведение инфантильным или «первобытным»: давайте-ка вспомним, какое большое значение мы придаем письменным отношениям, которые мы поддерживаем с административными органами).

Какой бы ни была природа используемых доказательств, они должны обычно приводить к тому, что именуется истиной, которая должна быть утверждена принятым решением, что является одним из средств положить конец конфликту.

§ 3. Выход из конфликтов

Мы понимаем под выходом из конфликта целый комплекс мер и решений, способных либо временно, либо окончательно погасить конфликт. В зависимости от степени автономности каждой из сторон выход из конфликта можно схематически представить в виде двух вариантов:

Обе стороны берут на себя ответственность за конфликт. В данном случае для разрешения конфликта может быть принят целый ряд решений. Стороны могут избежать столкновения путем примирения или прибегнув к двусторонним переговорам. И, наоборот, они могут пойти на прямое столкновение либо принять решение о применении системы мщения.

В разрешение конфликта вмешивается третья сторона, причем характер вмешательства может быть более или менее директивен. По спору выносится решение, форма и природа которого могут быть различны.

Выше мы уже рассматривали случаи двусторонних переговоров, а теперь изучим применение системы возмездия (мщения).

Здесь речь пойдет о санкциях по спору и об уклонении от конфликтов.

Санкции по спору. Они делятся на три категории: очищения, компенсации, наказания.

Очищения, сопровождаемые жертвоприношениями, как правило, применяются для разрешения споров, возникающих между индивидуумами одной и той же группы. Этот вид санкций может также в некоторых случаях сопровождаться провозглашением другого вида санкции.

Возмещения и компенсации, которые могут принимать различные формы, должны вручаться их получателям под страхом предписания, которое усилит тяжесть нанесенного ущерба.

Что касается наказаний, то их применение зависит от тяжести совершенного преступления. Среди них различают: психологические, телесные (членоотсечение), телесные с лишением свободы, лишение свободы и, как крайняя мера, окончательное изгнание или смертная казнь. В традиционных обществах широкое применение имеют психологические санкции и изгнание. Именно их мы рассмотрим несколько подробнее.

Психологические санкции имеют целью заставить виновного испытать чувство стыда за свои действия путем вынесения ему порицания и высмеивания. Виновный может стать предметом нескончаемых публичных обсуждений (Новая Гвинея) или объектом косвенного давления. У инуитов-нунамиутов (Аляска) община, живущая в одном доме, может принять решение, согласно которому никто в доме в течение какого-то времени не будет разговаривать с виновником происшествия. У жителей Аммассалика (восточный берег Гренландии) того, кто отказывается подчиниться правилам коллективного раздела дичи, начинают звать «скупым», и это быстро становится ему нестерпимым; более мелкие проступки предусматривают и более слабые санкции, например сатирические песнопения. В некоторых обществах инуитов (карибу, иглуликов, инуитов западного побережья Гренландии) охотно прибегают к публичной исповеди: под давлением шамана и всей общины, собравшейся вокруг виновного, он одну за одной признает свои ошибки и говорит, какие запреты он нарушил.

Изгнание является гораздо более суровым наказанием, но оно тоже имеет свою градацию и предусматривает различные формы. Могут разбегаться целые группы, а могут из них временно изгоняться отдельные индивидуумы; стороны, находящиеся в споре, могут продолжать жить в той же общине, но прекратить между собой какие бы ни было отношения; к одним видам деятельности группы нарушители могут допускаться, а от других — отстраняться. И, наконец, полное изгнание может стать эквивалентом не только социальной смерти, но и физической: в некоторых экологических средах покинутый группой индивид выжить не может (инуиты).

12. Заказ №1837.

Уклонение от конфликтов и примирение. Месть, переговоры и вмешательство третьей стороны являются теми процедурами, которые предполагают обозначившееся в той или иной степени прямое столкновение между сторонами.

Но в этом случае могут быть использованы и другие средства, а именно уклонение от конфликта и примирение. Вместо того чтобы входить в конфликт и затем погашать его, стороны предпочитают просто разорвать отношения; затем, если разрыв отношений остро сказывается на их общих интересах и никаких других обходных путей не существует, стороны вновь завязывают отношения, приступая к ритуальному перемирию. Результаты исследований, проведенных между различными народностями и среди разных групп населения (садоводы из племени яале Новой Гвинеи; принявшие христианство земледельцы с островов Фиджи на юге Тихого океана; мусульманки города Джидда в Саудовской Аравии), позволяют со всей очевидностью свести данные в типовую матрицу, которая создается сама собой, казалось бы, вопреки несхожести контекстов.

В трех приведенных выше случаям отношения, которые поддерживают стороны, имеют слишком большое значение для них самих и для общины, к которой они принадлежат, в силу чего общины стремятся, чтобы конфликту был положен конец. Поэтому группа в целом оказывает давление на противоборствующие стороны, подталкивая их к примирению. Обряд примирения имеет различные формы. Но в каждом случае он выражает и символизирует ценность отношений, которые надо вновь завязать: арабские женщины из Джидды, отношения которых состоят из взаимных визитов и обмена презентами, мирятся во время встречи, где они друг другу дарят подарки; у племени яале, где конфликт противопоставляет родственников по мужской линии, происходит обмен поросятами и едой, как это и должно быть между родственниками. У жителей Фиджи, где организация обществ очень неравная, в данном случае имеет место церемония «i soro» (я виноват), во время которой обидчик доказывает свое крайнее унижение перед обиженным. С опущенной головой он молча сидит в углу дома жертвы. Во имя примирения посредник просит принять китовый зуб. Принятие этого презента обиженным символизирует примирение. Но не все конфликты кончаются мирно.

Раздел 4. Система возмездия и уголовная система

Большинство авторов осуждают месть. Уже в XVII в. Гроций делает различие между миром природы и естественным правом, т. е. правом, основанным на естественных законах природы, кото-

рые диктуются здравым смыслом. Природе принадлежат животные, неразумная часть человека, неподвластная ему, и месть — «это естественный и общий для человека и животного принцип, откуда рождается гнев». Таким образом, государство, которое запрещает месть, является выражением победы разума над животным инстинктом. В это же самое время Спиноза пишет, что месть является рудиментарным средством разрешения конфликтов: с появлением же государства, человек достигает того, что он регулирует конфликты с меньшими потерями, а это уже само по себе означает более разумное поведение. В обоих случаях мы являемся свидетелями эволюционного подхода, осуждающего месть и соответственно выступающего в пользу вмешательства государства. Все юристы в целом разделяют эту позицию[1].

Совсем недавно этот подход был снова взят на вооружение философом Р. Жираром. Согласно этому автору, кровная месть в первобытных обществах представляет собой разгул насилия, которое передается из поколения в поколение и постепенно охватывает обитаемое пространство[2]. И только лишь с появлением подлинно судебных институтов, зависящих от государства, выпол-

[1] Интересно сравнить два похожих, если уж не по содержанию, так по хронологии, текста. Первый был написан в 1892 г. А. Эсмейном, крупным историком права; второй текст датируется 1979 г. и принадлежит двум специалистам по гражданскому праву — А. Вейлу и Ф. Терре. «Уголовное право [у римлян поздней римской империи], — писал Эсмейн, — было неполным во многих отношениях. Во-первых, внутри высоко развитой цивилизации это право сохраняло — и это касается многих аспектов — первобытные взгляды человечества в репрессивной области. Широко известно, что наказание преступлений в обществах отдается на откуп личной мести, и очень часто нужные эффективные репрессии не предпринимаются ввиду выплаты компенсаций денежных или имущественных, которые производит автор преступления жертве или ее представителям; затем, в соответствии с обычаем или законом, это соглашение между сторонами оценивается должным образом и накладывается иск. Жертва преступления, таким образом, обладает лишь правом потребовать за причиненный ей ущерб компенсационную выплату, и она ее получает путем предъявления иска черед суд». — *Esmein A,* Cours elernentaire d'Histoire du droit fran^ais. Paris, 1912. P. 36. А. Вейл и Ф. Терре писали: «Одной из основных функций государства является обеспечение порядка в обществе: государство обязано вмешиваться в споры индивидов, для этого оно образует общественное правосудие. Впрочем, эта государственная функция не сразу была признана. В первобытных цивилизациях обиженное лицо осуществляло право мести, и ему в этом помогало его племя. Мести, как правило, предшествовала стадия частного правосудия, когда противники договаривались о том, чтобы привлечь к разрешению их конфликта арбитра... Замена частного арбитража государственными судами предполагала усиление государственной власти». — *Weil A., Terre F.* Droit civil. Paris, 1979. P. 205—206.

[2] *Girard* G. Des choses cachees depuis la fondation du monde. Paris, 1978. P. 20.

няющего третейскую роль по отношению к противоборствующим сторонам, и применением процедур взаимных уступок, удалось отводить и гасить месть, благодаря чему стало возможным сдерживать насилие. В сущности мы вместе с господином Р. Вердье можем задать себе один вопрос, — при этом воздерживаясь от какой-либо характеристики первых человеческих обществ и обществ первобытных, которые, как предполагается, равноценны, — а не является ли это вечное насилие придуманным позже, при рождении государства, воображаемым представлением, чтобы узаконить монополию правосудия и применение силы, которое оно предусматривает? Исследования Б. Сонна об инуитах Гренландии заставляют задуматься над этим. Автор делает строгий анализ разрыва, который существует между практикой мести (той, какой она была до колонизации и прихода христианства) и представлениями, которые имеют на этот счет миссионеры и представители датского государства[1]. В традиционных обществах месть могла существовать только между индивидуумами, принадлежащими к разным группам и заканчивалась она, как правило, после первого убийства, означавшего, что отмщение произведено. Впрочем, как показывают этнографические исследования, к мести прибегали редко, а сами традиционные общества стремились к строгому ограничению проявлений насилия. Однако поскольку это далеко не соответствовало идеологии миссионеров и представителей государства, то они в принципе резко осуждали месть. Им удалось внушить инуитам мысль о мести, которая сильно отличается от исторической реальности и эксплуатируется в теории Р. Жирара. Согласно этой теории, инуиты до колонизации якобы жили в постоянном страхе совершения актов мести, которые переходили от поколения к поколению, тем самым противопоставляя даже членов одной и той же семьи. Совершенно естественно, что инуиты, которым в таком извращенном виде преподнесли их собственную историю, радовались тому обстоятельству, что дикие времена прошли.

Вышеприведенный пример является лишь одним из показателей, подвергающих сомнению теоретические положения по данному вопросу. В самом деле, недавние работы по юридической антропологии, в частности Р. Вердье, позволяют показать ошибочный характер эволюционистских теорий. С одной стороны, месть не является полуживотным и диким импульсом, а, наоборот, ее осуществление проистекает из целого комплекса четко отработанных механизмов — системы возмездия.

С другой стороны, мера наказания не является завершением процесса развития, начинающегося с мести: наказание и месть

[1] См.: *Sonne B.* The Ideology and Practice of Blood Feuds in East and West Greenland // Etudes Inuit. 1982, 6. P. 21—50.

сосуществуют в любом обществе, будь то общество традиционное или современное.

Итак, именно эти два аспекта нам теперь и предстоит рассмотреть.

§ 1. Система возмездия

Этнографические данные приводят нас к заключению, что во многих обществах системы возмездия имеют определенное количество общих черт. И, кстати, не все общества в одинаковой степени прибегают к мести. С другой стороны, месть, будучи связана с принципом обмена, должна находить свое завершение, которое обычно выражается в примирении между антагонистическими группами.

Теория обмена Р. Вердье. Логика обмена находится в центре внимания многих антропологических анализов.

Р. Вердье применяет в отношении мести те же рамки анализа[1]: он считаете что она не смешивается с анархической агрессивностью и представляет собой «двусторонний обмен, вытекающий из возврата оскорбления и перемены ролей оскорбителя и оскорбленного. Обида вызывает контробиду и начальное отношение переворачивается, и теперь оскорбленный становится оскорбителем, и наоборот... Так же как запрещение кровосмешения зиждется на законе экзогамии, которая определяет структуру брачных обменов,точно так же месть основывается на законе обмена, который определяет структуру системы возмездия (мщения); таким образом, месть перестает быть желанием, которое подавляет и обуздывает закон, а становится нормой, которую закрепило общество»[2]. Как мы это уже видели, месть не имеет места внутри одной и той же группы: как оскорбитель, так и оскорбленный могут прибегать к мести только в том случае, если они принадлежат к разным социальным формированиям. Р. Вердье считает, что месть является одновременно и этикой, и кодексом.

Этика возмездия. Применение системы возмездия основывается на комплексе общих ценностей, характерных для групп—участниц конфликта. Они сводятся к двум основным идеям: нанесенное оскорбление ставит группы в положение возврата соответствующего долга; долг обиды есть долг жизни.

Обида, направленная против одного индивида, касается в целом и его группы, ставя его в положение некоего обмена с обидчи-

[1] Познакомиться с работами Р. Вердье и его команды просто необходимо. В основном это касается работы «Месть» под ред. Р. Вердье, в 4 томах. *Verdier R.* La Vengeance. Paris, 1980—1984.

[2] *Verdier R,* Le systeme vindicatoire // La Vengeance. Т 1. Р. 14—16.

ком и его группой: эти последние уже приняли на себя долг в отношении оскорбленного и его группы, неизбежным следствием которого является обязательство тяжко отомстить оскорбителю и его группе.

Таким образом, долг является завязкой обмена. Язык мести это подтверждает. У племен бети оскорбленные должны «вернуть зло» (vudan), а обидчики должны им возместить «убытки» (кип). У кабилов убийство обозначается термином ertal — «отдача трупа»: убийство создает кровный долг, а месть его выплачивает, возвращая труп. Отсюда вытекает два вывода. С одной стороны, нанесенный ущерб оценивается реально: учитывается ответственность автора нанесенного ущерба, умысел, предумышление, смягчающие обстоятельства учитываются меньше, чем требование возврата обиды. Но, с другой стороны, учитываются социальные статусы участников конфликта с позиции различных критериев, таких, как социальная дистанция между обидчиком и обиженным, возраст, пол и чин жертвы. Кроме того, месть меньше направлена против того, чтобы разрушить жизнь, а больше на то, чтобы заставить уважать ее: месть имеет императивный характер потому, что она является ответом на акт, который поставил под угрозу само существование группы обиженного. Она имеет такое же важное значение для воспроизводства группы, как и брачный обмен. Свидетельством этому являются понятия, которыми она оперирует и которые часто неразрывны — это кровь и честь (в Калабрии говорят, что честь замешана на крови). Кровь олицетворяет непрерывность в смене поколений, а честь — собственное лицо группы, ее самобытный характер, то, что ее отличает от других групп. Связь между жизнью и местью уходит даже в невидимый мир: в очень многих обществах считается, что душа неотомщенного усопшего обречена на скитания, он не может получить статус предка, что мешает ему играть искупительную роль в интересах живых (у бедуинов считается, что он превращается в сову и все время требует крови обидчика, чтобы ею напиться).

Кодексы и ритуалы мести. Р. Вердье считает, что отношения мести находятся между осознанием личности и враждебностью: когда социальная дистанция между конфликтующими мала, месть не имеет места, а когда она слишком велика, прибегают к военным действиям. Связь, основанная на мести, может быть квалифицирована как *состояние враждебности.* Так как временный мир невозможен, а месть обычно не должна перерастать во всеобщую войну в силу того, что она направлена не на уничтожение, а на сохранение групп, то, следовательно, она подчиняется какому-то кодексу, который выражается в форме различных предписаний и ритуалов. С одной стороны, не каждая обида обязательно должна вести к мести. С другой стороны, время и пространство для мести может быть ограничено, и обиженная сторона не сможет осущест-

вить свой замысел, и месть, таким образом, будет окончена (например, у мундангов Чада племя, к которому принадлежал убитый, имеет в своем распоряжении всего два дня для того, чтобы покончить с убийцей или с одним из его братьев; после того как этот срок истек, прибегают к пророчеству, чтобы определить, кто из племени убийцы должен будет искупить преступление, по истечении еще двух дней наступает примирение и, таким образом, с местью покончено). Однако хотя при осуществлении мести исполнители никогда не могут пользоваться полной свободой, рамки, в которые вписывается месть, для каждого общества различны.

Предрасположенность к мести: примеры. В некоторых обществах не знают, что такое месть. Однако этнографические данные склоняют нас к выводу о том, что это явление встречается довольно часто и большую часть времени оно находится под контролем. Но иногда месть принимает чрезмерные размеры. Далее мы проиллюстрируем на примерах три возможных случая: когда она отсутствует, когда она контролируется и когда она разрастается чрезмерно.

Отсутствие мести. Эфиопские гамо считают, что месть крайне опасна для общества, и поэтому они не допускают этого риска. Если между двумя индивидами возникает конфликт, они поочередно обращаются к арбитрам и в органы правосудия районных ассамблей, которые могут узнать виновника. Если же между различными родами возникает конфликт, доходящий до убийства, то члены этих родов должны избегать встреч друг с другом до тех пор, пока убийца, который с этих пор может быть убит любым (здесь как раз приходит мысль о homo sacer из римского права), не обратится в бегство. Однако возможность возврата у него сохраняется, если родственники убитого согласны примириться (а к этому их и побуждают ассамблеи). В данном случае в жертву приносится животное, которое забивают, а убийца и самый близкий родственник погибшего должны вместе пройти через отверстие, проделанное в шкуре животного, символизируя тем самым возрождение их отношений при новом порядке вещей.

Контролируемая месть. Это наиболее частый случай. Так, например, у иорданских бедуинов месть имеет место только в случае изнасилования или серьезного и умышленного посягательства на физическую неприкосновенность личности. Но даже и при этих возможных случаях стороны всегда могут сделать выбор в пользу того, чтобы положиться на арбитраж *кади*. Однако к нему обращаются не всегда, либо его вмешательство не приводит к окончательному решению вопроса. Тогда по истечении некоторого времени стороны могут прийти к заключению соглашения. Довольно часто в дополнение к компенсации стоимости крови группа обидчика должна передать в группу обиженного девушку, ближайшую родственницу убийцы. Она должна выйти замуж за сына,

брата или отца покойного, чтобы принести им в семью нового мужчину, рождение которого обеспечивает замену ушедшего. Свободу эта девушка может обрести лишь тогда, когда рожденный ею ребенок достигнет определенного возраста, т. е. когда он будет способен носить оружие. В том случае, если мести не удается избежать ни с помощью арбитража, ни с помощью выплат соответствующих компенсаций, она протекает в соответствии с точно определенными правилами. С одной стороны, необходимо соблюдение определенного паритета между мстящим и лицом, которое является объектом мести: кровь свободного человека не может быть отмщена кровью раба, совершившего убийство, а только лишь кровью хозяина этого раба. С другой стороны, чем ближе степень родства между противоборствующими сторонами, тем меньше коллективная ответственность, и наоборот: представитель жертвы по крови не может казнить своего близкого родственника по мужской линии, виновного в убийстве другого родственника по мужской линии (в одной из доисламских поэм говорится: «Это мои родственники убили моего брата Омайана, и если я пущу свою стрелу, она попадет в меня»). Более того, сила мести должна определяться степенью родства близких убийцы[1].

Месть, принимающая чрезмерные формы. Как гласит абхазская пословица, «кровь не старится», и у абхазцев месть передается из поколения в поколение. Это общество с крайними проявлениями насилия, причем до такой степени, что месть перерастает в вендетту, а система мщения перерастает в бесконечные конфликты. Даже незначительные преступления могут вести к убийствам, которые, в свою очередь, порождают целую серию ответных убийств. Соглашение между враждующими группами бывает редко, ибо оно рассматривается как недостойный способ решения конфликта. Ведь абхазцы говорят: «Мы не торгуем кровью наших братьев».

Есть и другие общества, которые также предпочитают насильственное решение конфликтов. Так, в племенах муссей (Чад и Камерун) могильный холм окружается стволами деревьев, а их число равно числу убитых покойным людей и животных; если мужчина не совершил никаких подвигов, то его хоронят там же, где хоронят женщин и детей. У осетин на Кавказе убийство могло быть условием женитьбы. Обычно тесть задает своему будущему

[1] См. описание Ж. Шелхода «Равновесие и паритетность в кровной мести у иорданских бедуинов» в работе La Vengeance. T. 1. P. 130—131. Казбекские и эльбрусские кавказцы стараются ограничивать месть: первое убийство всегда считается невольным; род убийцы, применяя целый ряд обрядов, старается погасить гнев рода жертвы, и по истечении года обязательно должна иметь место процедура примирения (см.: *Charachidze G.* Types de vendetta au Caucase // La Vengeance. T. 1. P. 83—105).

зятю ритуальный вопрос: «Кого ты убил, чтобы претендовать на руку моей дочери?»

Приведенные примеры показывают, что месть таит в себе много опасности: если ей отдается явное предпочтение, то она может привести к чрезмерным последствиям, что таит уже угрозу для всего общества в целом. Однако при нормальном течении дел месть должна заканчиваться мирным исходом.

Последствия мести. Обмен, на котором строится месть, может потерпеть неудачу. В этом случае месть ведет к совсем другим последствиям: она заканчивается разгулом насилия, что вместо защиты противоборствующих групп ставит их в опасное положение. И этому могут способствовать многие обстоятельства. Некоторые при обмене актами возмездия придают большое значение разногласиям, существующим между сторонами, другим же кажется, что примененные против них меры выходят за рамки допустимого, отсюда и более сильная ответная реакция. Первоначальный агрессор может отказаться признать в акте насилия, которому он подвергался, следствие его собственного ранее совершенного акта. В других же случаях, которые довольно часто имеют место в средиземноморском бассейне (например на Корсике), азарт берет верх над обменом и выливается в чрезмерное разжигание чувства чести, и месть из простой перерастает в кровную (или в вендетту). Она передается от поколения к поколению даже тогда, когда участники уже забыли начальную причину возникшего спора; становится уже невозможно отличить месть от войны.

Есть и другие факторы, которые могут нарушить равновесие системы. Первый фактор зависит от относительного паритета, который должен существовать между противоборствующими группами. Механизм обмена, на котором строится месть, предполагает, что обе стороны должны иметь взаимный интерес. Когда же одна из групп значительно крупнее другой, то месть быстро перерастает в уничтожение меньшей группы ее более крупным соперником: отсутствие взаимности подчеркивает разделение обществ на тех, кто господствует, и тех, над кем господствуют. Второй фактор может быть результатом влияния другой культуры. Когда разрушаются структуры общества из-за имеющих место очень быстрых изменений, происходящих в нем, или из-за территориальных перемещений, навязанных извне какой-либо государственной властью, то часто мы имеем дело с разгулом насилия (в качестве примера можно привести племена индейцев кайнганг из Бразилии, племена иксов из Центральной Африки, недавно изученные Турнбуллом), которое усугубляет социальное разложение.

Однако все эти примеры относятся больше к патологическим проявлениям системы возмездия и не дают четкого представления о нормальном функционировании этой системы. В принципе месть

не должна порождать избыток насилия и тем более превращаться в вечный конфликт. Существует масса способов, чтобы положить этому конец.

Отказ от мести состоит в том, что группа обидчика передает его в группу обиженного. Впрочем, обидчик может сам себя сдать. У осетин убийца мог войти как приемный сын в семью того, кого он убил. Он мог также прийти на могилу покойного и дать обет посвящения своей жизни убитому: в данном случае он прощается сыном последнего и тот как бы символически ему дарит жизнь. У чукчей существует обычай, согласно которому семья убийцы может передать его семье пострадавшего: относиться к нему там будут, как к рабу, и, более того, он становится мужем вдовы и отцом ее детей.

Месть также может окончиться благодаря вмешательству третьих лиц. т. е. посредников: обычно это женщины (у новогвинейских маенгов существует такой обычай: если во время поединка, который происходит после убийства, уважаемая всеми женщина вмешается и выльет воду на горящий факел, произнося при этом сакраментальные заклинания примирения, то поединок должен прекратиться). Посредником может быть и король, если речь идет о монархии (у племен ниамвези каждая из противоборствующих групп может обратиться к королю с просьбой о том, чтобы он остановил конфликт; наше средневековое право обращения к королю с просьбой о защите и остановке конфликта чем-то близко к этой процедуре).

Чтобы покончить с местью, довольно часто прибегают к заключению соглашения. Р. Вердье дает этому следующее определение: «это способ обмена, который присущ ситуации, когда имеются отношения мести между двумя противоборствующими сторонами; заключается этот способ в том, чтобы заменить контробиду на подношение контрдара, эквивалентного нанесенной обиде». Юристы, страдающие эволюционистскими предрассудками, всегда представляют соглашение как некий «этап» между личной ненавистью и государственным наказанием, который связан с развитием частной собственности и денежных отношений либо отношений, близких к денежным.

Однако, как мы увидим дальше, месть не «предшествует» наказанию: и то, и другое существует одновременно. С другой стороны, приравнивать соглашение к покупной цене жизни — это значит обесценить саму систему.

Ведь мы не покупаем жизнь: в обмен на какую-то жизнь даются какие-то материальные блага, символизирующие жизнь. Как справедливо заметил Р. Вердье, данный механизм аналогичен механизму вручения выкупа: там тоже сам выкуп не есть покупная стоимость женщины. Сходство между стоимостью крови и стоимостью невесты просматривается со всей очевидностью: одним и тем

же словом обозначается содержание соглашения и выкупа, и использоваться могут одни и те же предметы (так, например, у маенгов слово «куру» означает «голова», т. е. жизнь, за которую надо отомстить, и одновременно оно означает совокупность ценных предметов, которые вручают семье невесты до свадьбы); договор может осуществляться путем внесения дара с женской стороны. Однако договор не означает только прекращение военных действий, он означает также начало союза, заключение которого сопровождается целым рядом обрядов, предусматривающих различные жертвоприношения. Сами жертвоприношения имеют символический характер[1].

Договор, осуществляемый на основе дара жизни, означает, что жизнь должна восторжествовать над смертью и остановить месть. Жертвоприношение животных, предложенное группой-должником по соглашению, передает символически идею о том, что жизнь возрождается из смерти. Так, например, у мундангов семья совершившего убийство еще до выполнения должностного обязательства по соглашению приводит на берег реки быка, предназначенного для принесения в жертву. Вожди родов погружают руки в его кровь в знак примирения. За исключением случаев, когда разлаживается механизм системы возмездия, месть не имеет ничего общего с безумным разгулом убийств, с которыми она обычно ассоциируется. Она также не является, как мы это увидим дальше, «архаичным» предшественником наказания.

§ 2. Наказание и месть: синхронический подход

Система мщения и уголовная система отличаются друг от друга целым рядом черт, но они также и не следуют хронологически друг за другом.

Отличительные черты мести и наказания. С XVIII в. начинает вызывать сомнение «расплатная» функция наказания, и мысль о том, что наказание должно подвергать виновного такому страданию, которое эквивалентно страданию, перенесенному жертвой, начинает рассматриваться как абсурдная (отмена смертной казни, имевшая место a posteriori, явилась одним из следствий эво-

[1] Мы позволим себе даже подчеркнуть некоторую общность рассматриваемых отношений с договором, делающим упор на невещественных аспектах, о которых упоминает Ж. Дюби, и которые заключаются в разного рода передачах, имевших место при частных войнах и матримониальных союзах в глубоком средневековье. В этом случае также экономическая стоимость не является единственным эталоном обмениваемых богатств. Здесь тоже эти богатства символизируют победу союза, победу мира над конфликтом. {*Duby* G. Guerriers et paysans. Paris, 1973. P. 60—64.)

люции в данном направлении). С тех пор наказание должно было учитывать не только ущерб, понесенный жертвой, но, главным образом, отношение, существующее между преступником и преступлением, оценку его ответственности, которая определяет ответную реакцию общества. Таким образом, жертва преступления несколько отходит в сторону перед обществом, которое представлено государственными агентами, причем это в равной степени относится как к монархическому государству (абсолютизм запрещает дуэль), так и к демократическому государству.

В нашем уголовном процессе гражданская сторона и государство действуют заодно против преступника, но распределение ролей дает явное преимущество государству. Магистраты, представляющие государство, относятся к прокуратуре потому, что теоретически они должны бы находиться на том же уровне, что и гражданская сторона и адвокаты. На деле же прокурор доминирует над ними и находится на возвышении вместе с судьями (обвиняемый тоже находится на возвышенном месте по отношению к месту, где находятся адвокаты и гражданская сторона, но он там находится для того, чтобы его лучше видела публика). Такая эволюция наказания доказывает, что наказание выражает больше идею исправления преступления, нежели идею «расплаты» за него: после того, как будет определена степень ответственности преступника, представители государства изолируют его от общества: если существует смертная казнь, то прибегают к ней, либо его заключают в тюрьму под стражу на более или менее длительный срок, либо ему угрожают лишением свободы (наказание в виде условного осуждения). Во всех этих возможных случаях наказание подчиняется логике, отличной от логики системы мщения, где в основе лежит принцип обмена и взаимности. Эта другая логика, заключающаяся в отмежевании группы от личности, ей принадлежащей, не свойственна современным обществам. Как показывают этнографические данные, в традиционных обществах считают, что когда кто-то преступает основные нормы и его поведение (например, рецидивы) становится опасным для общества, то в данном случае нужно думать не о том, чтобы прийти к нему на помощь, а, напротив, его нужно либо изолировать, либо устранить (уголовная система), причем санкция может исходить как от людей, так и от богов.

Таким образом, как мы видим, наказание и месть существенно различаются, и различие это состоит в том, что в первом случае личность отделяется от общества, а во втором случае мы видим наличие внутренней солидарности в группах, находящихся в состоянии мести. Несмотря на их различия, эти обе системы могут, однако, сосуществовать в одном и том же обществе.

Сосуществование мести и наказания. Трудно отрицать тот факт, что история современных обществ обнаруживает явный про-

гресс государственного наказания по отношению к системе мщения. Однако исторические и этнографические данные ясно показывают, что обязательной хронологической последовательности между местью, договором и наказанием не существует. В демократическом Афинском государстве убийство, в зависимости от обстоятельств, при которых оно было совершено, могло иметь в качестве следствия либо развязывание мести, либо соглашение с различными выплатами, либо процессуальные действия, направленные против виновного. В Древнем Риме, например, до конца II в. до н. э. считалось, что преступление означает посягательство на суверенитет государства. Прелюбодеяние, изнасилование, похищение человека, кровосмешение, убийство — все это частные преступные деяния, которые наказываются с помощью смешанной процедуры, сочетающей в себе элементы наказания и мести: ущемленная сторона обращается в суд, который в самых серьезных случаях выносит решение, в соответствии с которым виновный выдается истцу. В течение всего времени существования Римской республики обращение в суд могло прекрасно сочетаться с элементами системы мщения: стороны являются уполномоченными представителями своих групп, которые стараются отомстить друг другу путем судебных процессуальных действий. Нужно было дождаться образования империи, утверждения и централизации государственной власти, чтобы уголовная система утвердила свое превосходство: как и эволюционисты XIX—XX вв., Сенека сводит роль мести к проявлению почти дикой силы. Он отводит ей место между тем, что свойственно гражданину, и тем, что свойственно животной природе. По его мнению, она хороша только для варваров, женщин и детей в младенчестве[1].

Случаи подобного сосуществования между различными системами имеют место и на других широтах. Так, например, у индейцев, живущих в прериях Северной Америки, некоторые убийства могли вызвать возникновение мести, другие разрешались с помощью заключаемых соглашений, тогда как в компетенцию племенных властей входили преступления, которые касались интересов общества в целом (главным образом, бунты).

Итак, с одной стороны, можно утверждать, что уголовная система тоже существует в традиционных обществах и что наказание не обязательно должно быть связано с наличием государства как такового. С другой стороны, можно сказать, что месть в равной степени присутствует и в современных государствах, где доминирует уголовная система.

Существование наказания находится в прямой зависимости от того, какой характер имеют совершаемые отдельным индивиду-

[1] *Seneca.* De Clementia, 1,5,5; 1,25,1; De Ira 1,11,1 sq., 1,20,3; 2,15; 2,21.

умом или группой преступления и вписываются ли они в рамки простого ущерба, причиняемого какому-нибудь лицу или какой-либо группе, или же степень их серьезности и повторяемости такова, что они несут угрозу всему обществу в целом. В частности, в мифах много рассказывается о подобных нарушениях: герой старается перевернуть порядок, созданный Творцом, который низводит его за это до состояния, унижающего человеческое достоинство (например, в легенде «Ослиная шкура» рассказывается о том, как принцессу, которая едва не уступила своей пагубной страсти кровосмешения со своим отцом, рядят в шкуру животного).

Принято считать, что порядок в видимом мире восстанавливается через очищающие жертвоприношения, восстановление виновного в его правах или его изгнание. Современные уголовные процессы применяют в своей практике похожие способы. Уголовный процесс, как мы это увидим дальше, использует такую судебную процедуру, которая одновременно напоминает и жертвоприношение, и очищение, тогда как наказание направлено на то, чтобы подвергнуть виновного каре, изолировать его от общества, а в будущем — вернуть его снова в общество. Одновременно с этим исчезновение системы мщения не является обязательно неизбежным следствием централизации и специализации политической власти независимо от ее формы: окружной, королевской или имперской. У мундангов учреждение нерушимого королевства не упразднило родового правосудия. В самом начале Римской республики создание институтов *civitas* и правосудия не отменило внутреннего правосудия и мести среди населения.

А что мы имеем, когда степень концентрации власти достигает такого уровня, что образуется государство современного типа? Как нам кажется, если это государство не может сразу положить конец мести, то его укрепление приводит к закату системы мщения точно так же, как его ослабление способствует ее возрождению (упадок монархической власти Каролингов был одной из причин придания всеобщего характера междуусобным войнам в феодальную эпоху). В действительности месть в условиях государства больше не противопоставляет группы, что главным образом характерно для системы мщения, а лишь отдельных индивидуумов: другими словами, она уже не предстает более как структурный процесс в обществе. Она может находить свое выражение как вне, так и внутри права. Вне права: самозащита, за исключением четко определенных правообразующих понятий законной защиты, в принципе запрещена; на практике же судьи относятся очень снисходительно к тем, кто к ней прибегает. Внутри права: как отмечает М. Дельмас-Марти[1], влияние мести очень чувствительно в борьбе,

См.: *Delmas-Marty M.* Les chemins de la repression. Paris, 1980. P. 74.

организованной нашим уголовным кодексом, против нанесения различных ударов и ран. Диапазон наказания очень широк (от месяца тюремного заключения до десяти лет), причем срок в меньшей степени зависит от совершенной ошибки (в какой мере виновный мог предвидеть или хотеть последствий совершенного им акта?)., нежели от результата деяния (характера и тяжести нанесенных ран): здесь ясно просматривается тенденция к *объективной* оценке нанесенного ущерба, что является одной из характеристик мести.

Итак, по поводу урегулирования конфликтов мы должны еще раз констатировать то, что мы уже несколько раз устанавливали, изучая основные разделы правового бытия. Что касается составных элементов, то ни традиционные, ни современные общества не отличаются друг от друга: месть и наказание могут сосуществовать; месть не является характерным свойством только лишь традиционных обществ, как, впрочем, и наказание — только лишь современных обществ. Однако в своих окончательных формах каждый тип общества имеет тенденцию к установлению верховенства одного способа над другим. Четко сознавая свой социологический плюрализм и отдавая ему предпочтение, традиционные общества устанавливают такую систему урегулирования конфликтов, где доминирующая роль отводится отношениям между группами, которые выражаются через систему возмездия (мщения), В противоположность этому, современные общества отвергают группы и изолируют индивидуума от государства; эти же общества устанавливают такую систему урегулирования конфликтов, где превалирует наказание, означающее разрыв связи, соединяющей данного индивидуума со всем обществом, в котором государство претендует на роль исключительного представителя.

Глава IV
Результаты влияния одних культурно-правовых систем на другие

«Право должно быть знаемо в мысли, должно быть системой в себе самом, и только в таком качестве оно может обладать значимостью у образованных наций. Если в новейшее время высказывался взгляд, что народы не обладают призванием к законодательству, то это не только оскорбление, но и нелепое мнение, будто при бесконечном множестве существующих законов не допускается возможность того, что даже отдельные люди способны привести их в последовательную систему, тогда как именно систематизирование,то есть возведение во всеобщееявляется бесконечным стремлением времени».

Гегель. Философия права, §211

«Есть известные понятия единообразия, которые овладевают иногда и великими умами ...,но неизменно поражают мелкие умы. Последние находят в них некоторого рода совершенство, которое они постигают, так как невозможно его не видеть: одинаковый вес в полиции, одинаковая мера в торговле, одинаковые законы в государстве, одинаковая религия во всех его частях. Но всегда ли это, без исключения, бывает уместно? Зло от перемены всегда ли бывает менее зла от терпения существующего порядка? Не состоит ли, скорее, величие гения в том, чтобы распознать, в каком случае нужно единообразие ив каком — различие?.. Если только граждане подчиняются законам, важно ли, чтобы они подчинялись непременно одинаковому закону?».

Монтескье. О духе законов, XXIX, XVIII

Судьба правовых систем отчасти зависит от их пересечений, от вносимых добавлений, упразднений и вытекающих отсюда дроблений и распада. Эти связи между системами не являются исключительно достоянием нашей эпохи, мы обнаруживаем их и в далеком прошлом: кодекс Хаммурапи находил применение и за пре-

делами Вавилона; греческое и римское право в ходе своего распространения включало в себя с определенными ограничениями, впрочем, достаточно широкими, многочисленные местные права. Современная эпоха характеризуется тем, что проникновение западных культурно-правовых моделей происходит гораздо быстрее и на более дальние расстояния, что значительно увеличило возможности передачи права — и это уже после колониальной эпохи. Влияние одних юридических систем на другие, вытекающее из этих растущих связей, как кажется, могло бы привести повсюду к установлению единообразного права, которое отвечает интересам колониальных и постколониальных государств. По крайней мере, в Черной Африке замечено, что традиционное право очень часто оказывает сопротивление новшествам современности. Мы посвятим изучению этой проблемы два раздела, и последовательно рассмотрим общую теорию движения права, механизмы юридической колонизации и формы сопротивления проникновению других правовых культур.

Раздел 1. Общая теория движения права

Передача права — это операция, с помощью которой — принудительно или без принуждения — какое-то право одним обществом передается другому, его принимающему. Принятие местной правовой системой иностранной правовой системы может свестись к простому сосуществованию этих двух систем: очень часто местные общины продолжают жить в соответствии с их старым правом, а новое право применяется только лишь государственными учреждениями общества—преемника нового права. Однако может иметь место и более глубокий процесс проникновения одной правовой культуры в другую. Причем он может быть односторонним (только одно право подлежит изменению иди упразднению) либо взаимным (при контакте друг с другом каждое право претерпевает изменения).

Проблема рецепции права всегда привлекала внимание юристов. Гораздо меньше мы встречаем юристов, которые задают себе вопрос об эффективности подобных рецепций там, где имеет место и включение традиционного права. На самом деле, если передача права требует всегда, чтобы для этого были созданы определенные условия, то вместе с М. Аллио[1] мы вправе задать себе вопрос, а не является ли эта передача чисто иллюзорной в силу специфичности традиционных культур. Эта специфичность может рассматриваться с двух позиций: с точки зрения призна-

[1] См.: *Alliof* M. L' acculturation juridique. // Ethnologie generate. Paris, 1968. P. 1180—1236.

13. Заказ №1837.

ния права как общественного регулятора и с точки зрения правовых ценностей.

Ограничение права в традиционных обществах. М. Аллио отметил такую особенность: многие убеждены, что господство права считается идеалом только в западном мире, что большое количество обществ равнодушно к праву и что, в частности, те общества, которые мы называем первобытными, рассматривают рождение и развитие права как несчастье. В этих обществах, которые защищаются от права, оно якобы рождается с трудом, развивается слабо, и если имеется стремление перенести туда какое-либо право, появившееся и развившееся где-то в другом месте, то здесь, как правило, мы сталкиваемся с неудачей[1].

Безусловно, необходимо разобраться в нюансах этого утверждения. Не все традиционные общества имеют одинаковую структуру; как правило, чем сложнее структура, тем значительнее роль права в обществе. Однако надо отметить, что в целом в наших обществах праву придают гораздо больше значения, чем в вышеупомянутых обществах. Мы считаем оправданным распространение права, так как оно обладает защитным характером. Однако в некоторых случаях (дружественные или семейные отношения, сожительство, кровесмесительная связь, эфтаназия, предохранение против СПИДа, «матери-носители» зародышей и т. д.) мы считаем, что вмешательство права должно быть минимальным или же оно должно совсем отсутствовать: здесь пусть работают неправовые формы социального урегулирования; в работах Ж. Карбонье указывается также, что и в наших обществах бывают времена и места, где право отсутствует. Наличие права или его отсутствие являются общим явлением для всех обществ, однако традиционные общества отдают предпочтение неправовым формам в ущерб правовым (термины «право» и «правовой» просто не существуют в языке большинства этих обществ), тогда как современные общества делают совершенно противоположный выбор.

М. Аллио считает, что традиционные общества применяют в отношении права различные средства контроля, чтобы оно не захватило все сферы социальной жизни, в то время как П. Кластр и М. Салинс убеждены, что традиционные общества делают все, чтобы

[1] Этот выбор касается не только обществ с государственным образованием. Известно, что в Древнем Китае управление с помощью законов считалось хорошим только для варваров. Конфуций утверждал: «Если народом управляют с помощью законов, а единообразная норма поддерживается с помощью кары, то народ будет стараться ее избежать и у него не будет чувства стыда. Если же народом управлять с помощью добродетели, а единообразная норма будет поддерживаться с помощью обрядов, то народ приобретает чувство стыда и тем самым становится лучше».

не попасть в зависимость от принудительной политической власти и уберечься от отрицательных последствий развития производительных сил. Право действует прежде всего в прерывном пространстве через посредство различных групп, которые и составляют общество (власть главы не распространяется прямо на отдельные личности, а касается домов, родов, ячеек родов, представленных их главами). Кстати, право отмечено печатью тайны: обычаи соседей, как правило, неизвестны, — и это неведение стараются сохранить как можно дольше, — что облегчает применение устного права. И наоборот, история наших государств показывает, что оглашение права является знаком крупного социального потрясения (создание Законов XII Таблиц и борьба между патрициями и плебеями в Риме). Более того, каждая группа стремится создать свою правовую сферу: изучение мести и систем земельных отношений нам это продемонстрировали с очевидностью. И наконец, право довольно часто бывает неопределенным и неимперативным (по двум идентичным спорам не обязательно могут быть вынесены одинаковые решения, положения обычного права могут не применяться, если стороны решат по-иному); право очень часто переплетается с мистическими и религиозными верованиями, которые иногда очень трудно различимы.

Все эти черты не прошли незамеченными для западных наблюдателей. Но они их интерпретировали с этноцентрических позиций как несовершенство первобытного права. Впрочем, речь не идет об атрофии, а о процессах, направленных главным образом на освоение, учреждение и увековечивание плюральной структуры общества. Право должно выражать социологический плюрализм, отсюда и все эти предосторожности, цель которых помешать порождению единообразия, причем таким образом, чтобы в то же время право служило укреплению единства общества, так как в соответствии с традиционной мыслью это единство основано на взаимодополняемости функций и размеров различных групп.

Нетрудно понять, что при таких условиях операция, которую мы охарактеризовали как «передача права», не имеет практически никакого смысла в этих обществах: зачем и как передавать право, которое должно по возможности держаться в тайне и выражать в своем партикуляризме суть группы, где оно родилось? Отсутствие ответов на этот вопрос выносит приговор самому принципу передачи права. К тому же, реализация задачи передачи права традиционными и современными обществами очень затруднена в силу того, что культурно-правовые ценности в этих обществах сильно отличаются.

Современные и традиционные правовые ценности и их различия. В общих чертах их рассмотрение сводится к четырем основным моментам: роль времени, место личности, отношения между правом и человеком, абсолюты закона.

Роль времени. Нам уже известно, что если обычаи неоднократно доказывают свою способность эволюционировать, то в этом случае традиционные общества отдают предпочтение управлению в соответствии с прошлыми традициями и избегают учреждения процедур изменения права из опасения, что они могут стать достоянием какой-либо одной группы в ущерб обществу в целом (любая авторитарная власть стремится монополизировать обязанность провозглашать право: разве абсолютист Ж. Боден не подчеркивал, что именно на законодательном уровне в полной мере проявляется королевский суверенитет?). Таким образом, можно сделать вывод, что время не является творцом права (приобретательная давность отсутствует); группы — неизменные в своем составе — ценятся больше, нежели эфемерный индивид. Подобная верность традициям прошлого нам небезызвестна: праздники и годовщины, нечто вроде семейных литургий — все это то, к чему мы, кажется, сильно привязаны, а периодическая повторяемость этих «обрядов» как раз и свидетельствует о нашей верности традициям прошлого. И все-таки мы ценим больше перемены: подражанию мы, кажется, предпочитаем нововведение. Как пишет М. Аллио, «в традиционном обществе человек использует прошлое, на Западе он становится творцом будущего».

Место личности. Традиционные общества не отвергают личность, но рассматривают ее главным образом в контексте групп, в которые она входит. В современных обществах все наоборот. Определяющая роль больше не принадлежит группе, наоборот, индивид своим вступлением куда-либо дает начало группе. Так, по мнению школы естественного права, только индивидуум происходит от Природы, а общество — это в той или иной мере искусственное создание. Нам известно, что затушевывание роли традиционных групп в пользу индивидуума выгодно государству. Однако современные общества не обязательно являются индивидуалистскими. Довольно часто государство объединяет отдельных индивидов в группы, иногда оно даже обязывает создавать или вступать в кооперативы, профсоюзы и т. д.

Однако эти современные групповые формирование сильно отличаются от групп в традиционных обществах: как правило, они функционируют на принципах эгалитаризма (голос одного индивида равен голосу другого) и мажоритарности (решения принимаются при абсолютном или относительном большинстве), в то время как традиционные общества характеризируются иерархичностью и единодушием.

Овладение человеком права. Если традиционные общества имеют тенденцию к ограничению права, то современные общества полагают, что они могут пользоваться им, чтобы господствовать над временем. Для этого они прибегают к различным инструментам, таким, как кодификация и планирование. Но закон остается

самым простым инструментом для организации правового будущего.

Абсолюты закона. В традиционных обществах считается, что приобщенность к миропорядку сохранилась благодаря мифам и их ритуальным повторениям. Современные общества изобрели другие абсолюты, на которые ссылается закон. Первый абсолют — это абсолют самого права как такового: египтяне и месопотамцы считали, что астрологический закон и королевский закон предписывались всем и вся как вечный принцип. Со времен Древней Греции абсолют уже перемещается в сферу природы: закон оправдывается не потому, что он закон, а потому, что он соответствует естественному порядку вещей. Чтобы открыть этот порядок вещей, западному опыту понадобилось пройти два пути. В первом случае опирались на Разум: авторы, которые с середины средневековья участвовали в возрождении римского права, прославляли его соответствие Разуму и Природе (в конце XVII в. юрист Феррьер пишет: «Римские законы были установлены на естественной основе и на принципах справедливости; это божественный луч, который Господь послал людям»). Во втором случае — на традицию: с XIII в. английские королевские судьи ссылаются главным образом на прецедент, положивший начало системе Common Law.

Но в современную эпоху (с XIX по XX век) мы испытывали все больше и больше трудностей в том, чтобы согласовать многообразие правовых систем с многообразием естественного порядка вещей. Поэтому абсолют закона претерпел еще одно смещение: в наши дни законодательный инструмент более не служит для того, чтобы прежде всего установить какой-то естественный или рациональный порядок, а используется для установления того порядка, которого общество хочет достигнуть, который оно определяет в своих идеологиях, программах и проектах. Совершенно точно подметил М. Аллио, что эти различные абсолюты закона являются тоже ничем иным, как мифами. Но ценности, которые они учреждают, имеют глубокое отличие от ценностей традиционных обществ. Однако если мы будем рассматривать различные способы правовой аккультурации в зависимости от данной типологии абсолютов закона, то мы заметим, что в некоторых случаях традиционные общества смогли перейти от их собственной системы мифов к системе мифов закона.

Формы правовой аккультурации. Теория М. Аллио проводит соответствие между абсолютами закона и степенями правовой аккультурации, каждая из которых определяется каким-то принципом и согласуется с изменением политической структуры.

Степени правовой аккультурации. При отождествлении закона с абсолютом мы имеем дело с той степенью аккультурации, которая относится к обществам, переходящим от мифа к закону с

принятием чужого закона, божественный характер которого делает его бесспорным (например, распространение исламского права). В данном случае аккультурация имеет принудительный характер. В том случае если абсолют закона присутствует в природе, то соответствующая данному случаю степень аккультурации касается тех обществ, где их собственное право изменяется в пользу того права, которое они считают более естественным или более разумным (например, принятие римского права на Западе с XII в.; введение французского Гражданского кодекса в различные европейские законодательства). В данном случае аккультурация имеет ассимиляционный характер. Когда же абсолют закона находится в рамках идеологического выбора, то соответствующая ему степень аккультурации затрагивает те общества, которые изменяют свою правовую систему в зависимости от внешней модели (например, независимые государства стран третьего мира, которые поступили таким образом, когда им надо было выбирать между либеральной и социалистической системами). Здесь уже аккультурация осуществляется путем введения нового толкования понятия.

Степени политической структуризации. Существуют определенные параллели между правовой аккультурацией и изменениями политических структур. Когда какое-то общество переходит от традиционных мифов к мифам закона, оно претерпевает также переход к более концентрированным формам политической власти (например, традиционные общества, объединенные в огромные религиозные империи). Когда какое-то общество принимает право, которое считается соответствующим естественному порядку и разумной организации, то это общество часто переходит также к государственной форме власти (например, традиционные общества в колониальную эпоху, где рациональность государственного права противопоставляется архаизму обычаев). Когда общество поручает праву реализацию какой-либо идеологии, то государство старается доминировать здесь, что ему удается в той или иной мере (в качестве примера можно привести руководителей стран третьего мира, которые при достижении независимости положились на государство, чтобы создать будущее своим обществам).

Диапазон форм и степеней аккультурации достаточно широк и выходит за рамки форм передачи права, которые нас интересуют, это касается именно тех форм, которые в ходе аккультурации возникают между традиционными и современными обществами. Тот факт, что эта передача вообще возможна, может показаться парадоксальным: если уж правовые ценности настолько различаются в традиционных и современных обществах, то каким образом могут совмещаться? Как мы это увидим — большой ценой.

Стоимость правовых передач в традиционных обществах. Вообще-то правовые передачи проходят удовлетворительно, т. е. без

особых потрясений в обществе-рецепторе, только тогда, когда это общество побуждается к изменениям, которые делают необходимым принятие нового права, и когда передаваемое право исходит от общества, основные черты которого больше не отличаются от черт общества-рецептора (заимствование законодательств между древнегреческими государствами), или рассматривается им как независимое от общества, в котором оно родилось, и возможное для принятия любым другим обществом (например, принятие исламского права во многих мусульманских странах или принятие европейского права многими государствами третьего мира). Итак, если колонизация вызвала глубокие изменения в традиционных обществах, то два других условия не могли быть выполнены. Так что в большинстве случаев, как считает М. Аллио, либо передача права не что иное, как иллюзия, либо цена этой передачи очень высока: это может быть распад структуры общества-рецептора либо искажение сути передаваемого права. Рассмотрим каждую из этих гипотез.

Пусть передача права не состоялась либо состоялась частично. Именно к такому результату приходят чаще всего в странах Черной Африки. Так, например, в XIX в. Франция распространила свое право в Африке. Но сопротивление, оказанное местным населением, вынудило суды сохранить ему личный статус, который в конце концов был закреплен законом. Образовалась некоторая двойственность: традиционное право продолжало существовать в семейной и земельной областях, особенно это касалось сельской местности, а новое право управляло государственными институтами, администрацией, новой экономической жизнью. Во время образования молодых независимых государств наступление против традиционных прав усилилось и закон, во имя требований развития, очень часто прибегал к упразднению обычаев. Но на практике, как мы это увидим дальше, местные общины продолжали оказывать сопротивление государственному праву.

Однако бывает и так, что общество-рецептор не обладает способностью к подобному сопротивлению. В этом случае местное право исчезает постепенно, уступая место новому импортируемому праву: собственно говоря, в данном случае это уже не аккультурация, а правовая декультурация. На наш взгляд, именно эта печальная судьба постигла общества инуитов после окончания второй мировой войны.

Но самое худшее — это далеко не всегда неоспоримое: в некоторых случаях передача осуществляется ценой искажения передаваемого права. Поэтому принятие в Риме в конце II в. до н. э. ius gentium (право народов) означало меньше всего принятие правовых институтов других народов; это означало то, что римляне прибегали к использованию общих принципов (справедливость, правдивость), которые в них усматривали магистраты и которые

в действительности были принципами стоицизма. Так же действовали и юристы средневековья, которые, провозглашая превосходство римского права, во многом изменяли его, чтобы приспособить к нуждам эпохи.

Хотя мы и не располагаем достаточно глубокими историческими данными для того, чтобы иметь возможность правильно оценить эволюционные процессы, имеющие место в Черной Африке, можно, однако, предположить, что сопротивление, которое оказывается европейскому и государственному праву, объясняется не только тем, что от него отказываются, но и тем, что это право претерпевает искажения: некоторые страны применяют европейские правовые методы для защиты такого общинного института, как приданое, а также практики общинного распределения земель.

Таким образом, передача современными обществами права традиционным обществам в большинстве случаев не может быть осуществлена в полном объеме либо влечет за собой тяжелые последствия. Когда же, несмотря ни на что, эта передача навязана колонизацией и принята новыми независимыми государствами, то цена этого очень высока: в результате такой аккультурации закрепление победы государственного права может и не состояться.

Раздел 2. Правовая колонизация в Черной Африке

Под понятием «правовой колонизации» мы здесь главным образом будем понимать явления правовой аккультурации, вызванные европейской колониальной экспансией, причем предпочтение будет отдаваться изучению этих явлений в Черной Африке (в основном франкоговорящей)[1]. Явления эти начались в колониальную эпоху, но они значительно пережили это время: во время национально-освободительных движений большинство африканских государств подчеркнуто подтвердили свой выбор в пользу государственной модели. Хотя европейская колонизация и сыграла большую роль, она была не единственной, которую пережила Африка: ислам там также имел распространение и существует до сих пор. С другой стороны, колонизация является лишь одним из способов правовой аккультурации.

Ситуации, которые мы рассмотрим, представляют собой лишь ограниченную и локализованную серию конкретных случаев пра-

[1] О путях проникновения французского частного и публичного права в Черную Африку в пользу колонизации и о заимствовании этого права африканскими законодателями по достижении независимости см.: *Hilaire J.* Nos ancetres les Gaulois // Annales africaines. 1964. P. 7—77.

вовой аккультурации. Место, которое мы им определяем, нам кажется вполне оправданным ввиду большого количества материала, которым мы располагаем в отношении затронутых здесь обществ.

В колониальную эпоху, вследствие введения европейского права, создалась ситуация, когда сосуществовали правовые и судебные системы традиционных и современных обществ. К этому времени можно отнести и начало применения основных механизмов аккультурации. Аккультурация получит свое дальнейшее развитие и после достижения независимости, когда руководители новых молодых независимых государств будут в основном осуждать традиционное право во имя императивов развития.

§ 1. Сосуществование между различными правовыми системами в колониальную эпоху

Многообразие правовых систем в Черной Африке отмечалось еще задолго до колониальной эпохи. С одной стороны, каждое общество имело свои мифы и обычаи. С другой стороны, в некоторых странах с местными обычаями соседствовало исламское право. И только лишь в XIX в. к этому правовому массиву добавилось европейское право. Однако, как мы это увидим далее, правовая аккультурация в результате принятия ислама имеет другую природу, нежели аккультурация, принесенная европейской колонизацией.

Правовая аккультурация в результате исламизации. Ислам пришел в Черную Африку в VII в. и в настоящее время мусульмане составляют большинство в целом ряде стран, в частности, в Мавритании, Нигере, Сенегале, Гвинее, Мали и т. д. , меньшинство мусульмане составляют в таких странах, как Габон, Заир, Народная Республика Конго и т. д. В таких странах, как Камерун и Чад, количество мусульман примерно такое же, как и представителей других религий. Таким образом, мусульманское право может доминировать, пребывать в меньшинстве или же применяться совместно с местным правом. Но важно отметить, что в большинстве случаев передача исламского права осуществляется путем приспособления его к местным правам: так образовалось обычное исламизированное право. И это по многим причинам.

Сперва заметим, что школа маликитов — доминирующая школа в Западной Африке — является из всех исламских течений школой, оставшейся ближе всех к доисламскому арабскому традиционному праву, которое присуще бедуинам центральной Аравии: последние, как и африканцы, обладали социальной системой общинного типа и устным правом. С другой стороны, образ мышления и рассуждения мусульманского юриста придают больше значения фактам, нежели это имеет место в романо-германских сие-

темах, и это его больше сближает с африканскими традициями. И, наконец, существует большое количество совпадений в содержании исламских норм и норм африканского права. Эти совпадения и объясняют тот факт, что характер решений, принимаемых исламизированным обычным правом, поддерживает иногда таким образом определенное равновесие между этими двумя типами норм.

В настоящее время ислам переживает в Африке обновление, впрочем, это касается и других частей света. Само по себе это явление только лишь подчеркивает противоречия, которые существуют между двумя школами, причем эти противоречия стали особо чувствительны в африканских государствах со времени обретения независимости. Сторонники западных моделей нацелены на замену местного и мусульманского права государственным правом западного типа. Поборникам ислама нужно покончить с искажением исламского права, проистекающим из компромиссов, возникших из-за столкновения с традиционным правом: исламизированному обычному праву и западному праву должно прийти на смену исламское право, восстановленное в своей чистоте и целостности. Если это второе течение победит, то исламское право станет правом государства; если же победа будет на стороне первых, то исламское право превратится в народное право (folk law), право неофициальное. В обоих случаях мы сталкиваемся с концом многовекового опыта правовой аккультурации, которую можно считать удавшейся. К сожалению, этого нельзя сказать об аккультурации, которую вызвала европейская колонизация.

Правовая аккультурация в результате европейской колонизации: общая проблема. Недавно канадский автор Брэдфорд В. Морс предложил общую модель, которая позволяет рассмотреть все возможные вариации соотношения местного права с правом страны-колонизатора[1].

Разрыв может быть почти полным: контакты имеют место только при эмиграции или конфликте законов (в качестве примера можно привести отношение некоторых колоний Великобритании в Северной Америке в XVII в. к некоторым индейским народностям, с которыми они заключили договоры).

Может иметь место *сотрудничество.* Некоторые критерии (территориальные, субъектные или объектные) определяют компетенцию различных судебных систем. Таким образом, можно сделать вывод, что суды и колониальное право будут применяться одновременно и к колонистам, и к местному населению во всех

[1] *Morse B. W.* Indigenous Law and State Legal Systems: Conflict and Compatibility. Dordrecht, 1988. P. 101—120.

сферах и в последовательно колонизуемых зонах, в то время как местное право будет применяться только там, где территория обжита только местными жителями и во всех сферах.

Интеграция свидетельствует о более высокой ступени подчинения местного права: местное право включается в право колонизатора во всех сферах, где не существует явных противоречий (семейное право, как правило, сюда обычно не включается). Данное включение может вылиться в искажение традиционного права в той мере, в какой в некоторых случаях (например, в английских колониях в Азии и в Африке) колониальные власти заставят ими же созданные судебные органы применять местное право.

Более грубое решение — это когда местное право просто-напросто *отбрасывается,* так как колонизатор или последующее государство находят его слишком «примитивным». Так, например, австралийские суды отбросили право коренных жителей; точно так же поступили многие африканские государства в период достижения независимости, отказавшись признать правовую ценность традиционного права.

Сотрудничество и интеграция являются очень тонкими методами. Их применение может сопровождаться неуловимыми ухищрениями, которые имеют целью замаскировать то, что в действительности они осуществляют правовую декультурацию в ущерб традиционному праву. Можно использовать договорную форму, законодательство или судебную практику, чтобы придать законную силу традиционному праву, которое становится по существу частью государственного права. (В качестве примера можно привести Конвенцию бухты Джеймса, которая применяется в квебекской Арктике у инуитов и у индейцев кри.) Очень часто исполнение судебных и полицейских функций поручается местным жителям или метисам (например, мировые суды индейцев и метисов в Северной Америке).

Создание раздельной судебной системы является еще более тонким делом и позволяет с большим успехом вводить изменения: государственные и региональные власти разрешают учреждение «местных судов» (например, некоторые племенные суды в США), которые функционируют в действительности точно так же, как и суды общего права. В некоторых случаях власти идут дальше, давая полную свободу племенным властям при выборе способа разрешения спора (в качестве примера можно упомянуть некоторые индейские резервации в США).

Однако было бы ошибочно думать, что из этой автономии вытекает обязательно систематическое применение традиционного права. В действительности этнические меньшинства испытывают давление со стороны образа жизни общества в целом (и нужно признать, что, в частности, в Арктике нет нужды навязывать в принудительном порядке местному населению, чтобы оно приняло

этот образ жизни как свой, так как *подражание* колонизатору встречается довольно часто), и мы вынуждены констатировать, что в Северной Америке многие племенные суды воспроизводят западную правовую модель.

Какими бы ни были нюансы в применявшихся различных способах аккультурации, мы приходим к выводу, что в своем большинстве они применялись в ущерб традиционному праву. И если в некоторых странах мы еще и сегодня наблюдаем сопротивление, которое традиционное право оказывает давлению колонизаторов и постколониальных государств, так это вовсе не из-за их более или менее гибких методов, которые, как мы уже видели, были всегда направлены на то, чтобы обеспечить превосходство государственных прав, а благодаря воле местных общин, желающих сохранить свое право и свой исконный образ жизни. Как мы увидим дальше, именно в Африке это сопротивление имело больше всего успеха.

Правовая аккультурация в результате европейской колонизации: пример Черной Африки. В Черной Африке почти все колониальные государства, предписывая обязательное применение европейского права в определенных случаях, гарантировали соблюдение традиций и обычаев колонизованных народов. Эта тактика проистекает из методов, описанных выше, и касается, в частности, *сотрудничества*. Но как мы уже отметили, это сотрудничество на практике осуществляется в ущерб местному праву. Для этого использовались различные способы, и все они применялись с единственной целью — сместить существующую между местным и современным правом границу в пользу последнего и сделать так, чтобы местное право рассматривалось как противоречащее цивилизации или как мешающее колониальному господству. Законодатель и судья выступали заодно при разделе правовых сфер, вдохновляемые этими принципами[1].

Законодатель определяет современному праву его сферы действия. Здесь затрагиваются и некоторые блага: земли, подвергшиеся процедуре регистрации, которая, как полагается, лучше гарантирует их статус и которая в действительности закрепляет полную или частичную отмену традиционного земельного права. К используемым критериям относятся в особенности субъектный и объектный критерии. Субъектный критерий: современное право применяет к некоторым лицам либо полностью, либо частично, если указанные лица сделали выбор в его пользу при определении законодательства для рассмотрения какого-то конкретного правового отношения. Эти способы не совпадают с личным характером законов в том смысле, что африканец, а не только

[1] См.: Revue Senegalaise de droit. 21 (1977). P. 21—44.

европеец, мог быть подчинен современному праву. С другой стороны, эти различия дают преимущество современному праву: когда в большинстве случаев заинтересованные лица могут делать выбор в пользу современного права для совершения особого правового акта и когда (после окончательного отказа от личного статуса) обратный выбор в пользу традиционного права запрещается. Объектный критерий: в некоторых областях современного права применяется вместо традиционного права. Это может объясняться, например, моральными принципами, входящими в понятие *колониального общественного порядка:* так были запрещены членовредительство и телесные наказания под страхом уголовной ответственности. В действительности этот колониальный общественный порядок проистекал из отбора, который осуществлял колонизатор в сфере традиционного права, опираясь меньше на требования морали и руководствуясь больше нуждами колониального предприятия. Так как в целом семейное право было мало затронуто современным правом, то в некоторых случаях оно представляло такие черты (левират, сорорат, полигамия, фиктивный брак, легкая процедура развода и т. д.), которые, как считалось в то время, могли противоречить общественной морали. Итак, их оставили нетронутыми. Хотелось бы верить, что это сделали из уважения к населению. На самом деле эта сдержанность объясняется опасениями того, что, если тронут местные обычаи, то вызовут тем самым открытое непослушание населения.

Современное право может также применять объектный критерий в тех областях, где традиционное право рассматривается как недостаточное или неадекватное (административное право, право на работу, коммерческое право, обязательства и т. д.). Впрочем, во всех европейских колониальных законодательствах современное право было задумано как общее право, к которому нужно было прибегать в случае, когда традиционное право молчало. Мы еще увидим, что во всех этих случаях современное право, применявшееся в колониях, было совсем не обязательно идентичным тому, которое действовало в метрополиях.

В своих действиях судья всегда руководствуется одними и теми же принципами. Почти во всей Африке существовало два вида судебных органов: правосудие «традиционное» и правосудие государственное: дуализм, который, казалось бы, должен был гарантировать соблюдение традиционного права. Однако характер этого дуализма был таков, что он стал одним из преимущественных путей аккультурации. На самом деле, если традиционные судебные органы применяли только традиционное право, то государственные суды высказывали свое мнение, пользуясь как современным правом, так и традиционным (когда одна из сторон имела современный статус, а другая — традиционный либо когда обе

стороны, имевшие традиционный статус, старались осуществить свой выбор в пользу государственного суда). А ведь в этом последнем случае государственные судьи испытывали часто влияние их западного юридического образования и искажали традиционное право, приспосабливая его к современному праву и принуждая его с должным уважением относиться к письменным документам, отдавать предпочтение индивидуальным отношениям, соблюдать право выхода из общей собственности, выполнять предписания и т.д.

Кроме того, современное право имело и другое преимущество: любой судья, традиционный или государственный, мог поставить его выше традиционного права, если последнее противоречило колониальному общественному порядку или не могло предложить решение, которое было бы разумным или достаточным. Нужно отметить, что если эти явления и были общими для всех колоний, то интенсивность их проявления везде была различна. Британский колонизатор, находясь под влиянием Common Law, старался ограничить давление, оказываемое на местные традиции государственными судами, и способствовать по возможности развитию традиционного правосудия. Во франкоговорящей Африке мы наблюдаем обратную картину: решения традиционных судебных органов признавались только тогда, когда их можно было применять к арбитражу; здесь старались разрешать споры традиционного права с помощью государственных судов. К тому же, и это очень важно подчеркнуть, эти традиционные судебные органы уже испытали влияние аккультурации. **В действительности речь уже шла не об инстанциях по разрешению конфликтов, существовавших до колонизации, а об организованных государством судебных органах, предназначенных для рассмотрения дел в сферах действия традиционного права.** Государственное право, сильно отмеченное европейским правовым опытом, развивалось, как мы видим, и во время, и после колонизации в соответствии с определенными механизмами, которые нам предстоит теперь рассмотреть.

§ 2. Механизмы внедрения европейского права

Как мы уже знаем, европейское право было частично изменено при передаче другим государствам: установление колониального общественного порядка не привело к полному изменению права, применяемого в метрополии. Однако традиционное право вообще никогда не внедрялось в колониальное право. Напротив, механизм реинтеграции местных обычаев свидетельствует о постепенном искажении этого традиционного права в результате влияния экзогенных правовых ценностей.

Новая интерпретация обычаев. Она не так бросается в глаза, как законодательные реформы, но имеет более глубокий характер: внешне обычай как будто бы остается нетронутым, потому что новое толкование сначала ограничивается приданием новых правовых значений старым традициям. Но вскоре, в силу изменения экспликативных принципов, начинает меняться и содержание обычаев, которое подчиняется теперь новым ценностям, пришедшим извне, от чужой культуры.

Новая интерпретация является самым тонким инструментом для того, чтобы объединить различные логики, в данном случае — традиционного права и современного. Нужно сказать, что в одном и том же мысленном (и правовом) пространстве могут встречаться различные логики. Они либо сталкиваются, и тогда это конфликт, либо, что тоже довольно часто, они сосуществуют. Это сосуществование проходит через новую интерпретацию, но разрешается оно окончательно исчезновением старых ценностей. Это сосуществование может также выразиться в разделении сфер: принимается подчинение различным нормам в своей личной жизни или в общественной (например, известно, что в Японии материальная жизнь имеет ярко выраженный прозападный характер, в то время как семейные отношения остались традиционными).

Во всех описанных случаях «притирки» между старым правом и новым осуществляются более или менее спонтанно. А в других случаях правовая аккультурация явилась результатом применения более жестких механизмов и большего масштаба: запись обычаев и кодификация.

Запись обычаев. Запись обычаев — очень старый способ, который часто применялся при приходе новой власти. При централизации новой власти наблюдается тенденция навязывания ею обществу более единообразного права, которое она делает общественным и более абстрактным; эти два последние фактора были достигнуты благодаря переходу к письменным документам (запись римско-варварских законов после падения Западной Римской империи, проводившаяся в уже прошедших аккультурацию варварских королевствах в результате их контактов с греко-римскими ценностями).

В конце средневековья через этот процесс прошла Франция. Король отдал приказ об официальном записывании обычаев под предлогом того, что все труднее становилось определять содержание обычаев из-за противоречивых претензий сторон; за этот предлог ухватились королевские судьи, взяв тут же идею Разума, упоминаемую канонистами: долг судьи в том, чтобы контролировать обычай для того, чтобы четко выделить правило и сделать так, чтобы это правило разумно применялось. Система обычаев была далека от упадка, когда королевское право начало свои «захватнические» действия путем их записи. Население прекрасно

знало свои обычаи, чего нельзя сказать о судьях, получавших образование в духе римского права и бывших выходцами из географических районов, сильно отличавшихся от тех, которые входили в их юрисдикцию. В реальной жизни обычай стал оружием местного населения против судей, навязанных им извне, т. е. центральной властью. С тех пор для королевской власти стало настоятельной необходимостью держать обычаи под своим контролем. Позаботились и об официальной записи, которая одновременно часто вносила искажения в обычное право, которое изменили так, чтобы лучше его «модернизировать» к моменту его закрепления на бумаге. После такой записи ученые мужи, сравнивая различные редакции, постарались выделить сходные места с тем, чтобы потом выработать общее обычное право.

Все эти процессы имеют потрясающие параллели с тем, что имело место во французских колониях с начала XX в. Об этом свидетельствует доктрина Рума, по которой моделировались официальные принципы. В 1905 г. губернатор Рум предписывает судьям собрать сведения, которые явятся основой для составления общего свода постановлений обычного права. Судьи должны были им пользоваться, чтобы давать четкое определение обычаям, чего им часто недоставало, и обобщать различные случаи, с которыми они вынуждены были сталкиваться. Рум при этом утверждал: «Наше твердое намерение соблюдать обычаи не может нас заставить избавить их от воздействия прогресса, помешать их регулированию или улучшению. С помощью самих туземных судов постепенно станет возможным создание рациональной классификации, обобщение обычаев в соответствии с социальным положением жителей, все большее их соответствие не правовым доктринам метрополии, которые могут им противопоставляться, а основным принципам естественного права — первичного источника всех законодательств». Другой губернатор, Р. Делавинетт, в 1931 г. предпринял попытку опровергнуть доктрину Рума, выступая с критикой попыток редактирования обычаев Берега Слоновой Кости: «Что это за африканский обычай, где наказание европеизировано? ... Питающие его корни больше не получают духовной пищи. Отменив божьи суды как одну из форм представления доказательств, ограничив дачу клятв на фетишах или Коране, не принимая во внимание сверхъестественные элементы, которые связывали с личностью судей, лишая вождей их судебной власти и призывая заседать в судах в качестве асессоров людей, которые больше не являются ни посвященными, ни вдохновенными представителями Африки, разве с помощью всего этого мы не выпотрошили обычай и не лишили его собственной сути?... *Когда мы говорим, что судим в соответствии с обычаем, мы подразумеваем, что начинаем судить сам обычай в соответствии с Кодексом...* Если вы ставите обычай в зависимость от вашего Кодекса, если вы его подразде-

ляете на категории, вы социально убиваете коренное население. Вы воздвигаете красивые абстракции, в которых ваши подсудные обезличиваются. Вы поощряете тем самым уничтожение корней»[1].

Восхитительная ясность! Однако совсем не эти аргументы объясняют малочисленность откликов на доктрину Рума: приоритет был отдан экономическим преобразованиям, диктовавшимся необходимостью «освоения» земель, которые должны были быть реализованы «современными» методами ведения хозяйства. Но в 1931 г., когда Р. Делавинетт осудил идеи Рума, доктрина генерал-губернатора Бревье оказала ей честь: теперь нужно было приступить к официальной записи обычаев, а их редакция вошла бы в свод обычного права Французской Западной Африки (ФЗА). В действительности же, доктрина Бревье увенчалась в 1937 г. лишь публикацией текстов обычаев, значение которой оказалось ниже ожидаемого результата: ярко выраженный этноцентристский характер опросных анкет и отсутствие у опрашивающих этнологических знаний явились причиной этой неудачи. Другие попытки подобного рода с более серьезным научным подходом предпринимались в 1940 г. и 1960 г. во Французской Экваториальной Африке (ФЭА), на территориях, находившихся под опекой Франции, и в бельгийском Конго. С одной стороны, однако, это мероприятие было выполнено фактически неофициально, а с другой стороны, пробил час народно-освободительных движений: новые африканские руководители, ориентируясь на национальное единство и экономическое развитие, полагали, что достижение этих целей будет надежней, если создать различные кодексы на основе европейских моделей, чем пользоваться традиционным правом, хотя последнее уже и создано. Разрыв здесь лишь только кажущийся, ведь редактирование обычаев и кодификация тоже диктовались одним желанием, а именно — уменьшить влияние традиционного права. Однако прошло более ста лет, а результат не достигнут, несмотря на то, что на континент обрушился целый каскад кодексов.

§ 3. Сомнения и повороты в постколониальный период: от кодификаций до «возврата к истокам»

Процесс кодификации принял в Черной Африке широкий размах с самого начала существования независимых государств: это увлечение объясняется совпадением различных факторов. Однако не все новые государства полагались на кодексы для обеспечения своего развития и иногда предпочитали им подлинную правовую

Delavignette R. Les vrais Chefs de l'Empire. Paris, 1931. P. 151.

14. Заказ №1837.

политику, которая проявляла гораздо больше уважения к духу традиционного права. В настоящее время обилие правовых категорий на континенте отражает богатую и сложную историю африканского права. Мы посвятим два параграфа изучению этих проблем и рассмотрим сначала круг вопросов, связанных с кодификациями, а затем познакомимся с новой иерархической системой источников права.

А. Кодификации

Технику кодификаций применяли во многих случаях: она соответствует определенной фазе эволюции общества и политической власти, и здесь история нам дает много примеров. В Африке процесс кодификаций обусловливался целым рядом факторов, и не везде этот процесс проходил одинаково.

Дух кодексов. По мнению социолога П. Бурдье, значение, придаваемое форме, является характерной чертой всех кодификаций[1]. Кодификация — это операция символического упорядочивания, которая выпадает чаще всего на долю высшей государственной бюрократии. Совершенно верно, что немалая доля авторитета кодекса держится не только на содержании его положений, но и на том простом факте, что он именуется кодексом. С идеей кодекса ассоциируются и следующие представления: кодифицированное право ясно, коммуникабельно, упорядочено, рационально. Эти представления, однако, часто бывают далеки от действительности: даже в настоящее время так ли уж легки кодексы в чтении для африканца, да и для европейца? В действительности эти оправдания частично ограничиваются следующим фактором: кодекс получает свой реальный авторитет от государственной политической власти, которая его учреждает, более того, она его усиливает, придавая ему различные формы[2]. Сравнительный анализ стилей правовых кодексов и предписаний монотеистических религий, без сомнения, позволит обнаружить много общего между этими двумя способами изложения мысли.

Что такое кодификация? Не инструмент ли волеизлияния государства, претендующего на господство? Анализ, проведенный историком права Ж. Годме[3], склоняют нас к этой мысли. Изучение

[1] *Bourdieu P.* Habitus, code et codification // Actes de recherche en sciences sociales. 1986. № 64. P. 40—44.

[2] Придавать формы — это значит облечь какое-либо действие или какое-либо высказывание в такую форму, которая признана подходящей, законной, одобренной, т. е. такая форма, которой можно воспользоваться публично, при всех, это практическое волеизлияние, которое, представленное в другом виде, было бы недопустимо». — *Bourdieu P.* Op. cit. P. 43.

[3] *Gaudemet J.* La codification, ses formes et ses fins // Independance et Cooperation. 1986. № 3—4. P. 238—260.

различных кодификационных движений, имевших место до наших дней во всем мире, показывает, что они связаны с установлением нового социального порядка, с введением нового единообразного права, чаще всего государственного, с увеличением мощи государства, которое намерено открыто демонстрировать свой суверенитет в законодательном плане и ставит целью соединить воедино все народы или различные социальные группы, находящиеся под его властью. Таким образом, кодификация есть явление в основном политическое и ни в коем случае не свидетельствует о прогрессе в человеческом сознании, как это утверждают ее сторонники. Правда, надо признать, что в большинстве случаев она более «рациональна», чем те обычаи, на смену которым она пришла. Фактически же это не столько прогресс рациональности, сколько утверждение новой логики, новых форм подчинения. Впрочем, несколько примеров, взятых из истории, свидетельствуют о том, что кодификация не обязательно должна согласовываться с цивилизацией.

В Древнем Китае относительно кодификаций было много недомолвок[1]. Школа легистов (законников), благосклонно относившаяся к разработке авторитарного государственного закона, получила признание только к тому моменту (III в. до н. э.), когда начался процесс централизации феодальных государств, составлявших Китай, и когда праву начали придавать единообразие: на смену *ли,* своду правил приличия, которые различались в зависимости от их применения в рамках семьи, рода или общественной жизни, пришел *фа,* т. е. господство закона, которое должно было быть закодифицированным. До установления республиканского режима в 1912 г. *ли* всегда одерживал верх над *фа.* Но новый режим, сильно подверженный влиянию Запада, начал кодификацию гражданского права, которое население не применяло. С приходом коммунистического режима имела место новая интерпретация старого различия между *ли* и *фа:* в основу нового *ли* легли мысли Мао и решения КПК, и ему следовали все искренние коммунисты; новый

[1] Об этом свидетельствует одно из писем осуждающего характера, датированное 536 г. до н. э. и адресованное высшим чином одному из своих подчиненных, который приказал расплавить котлы для получения металла, необходимого для составления и публикации уголовного кодекса: «Когда народ знает, что существуют кодексы, тогда он не пребывает в почтенном страхе перед своими начальниками. Люди приобретают сутяжнический дух и обращаются к букве закона в надежде, что вдруг они преуспеют в своей аргументации. Ими больше невозможно управлять ... Как только людям станут известны причины для жалоб, они отбросят все обряды и обратятся к вашим текстам. Они будут проводить время в жалобах по самым ничтожным поводам. Число процессов будет беспорядочно расти, увеличится взяточничество... Я как-то слышал, что «когда государство находится на грани падения, то в нем растет число регламентационных мер». Так что же, ваше поведение означает именно это?»

же *фа,* представляющий собой строгие уголовные предписания, должен был применяться к контрреволюционерам и иностранцам. В период пребывания Мао у власти ни о каких кодификациях не было и речи. Новые китайские кодексы созданы всего лишь несколько лет назад, а происхождение свое они ведут от контрреформ, которые последовали после смерти Мао.

Некоторые исламские страны тоже прибегли к кодификации, но их кодексы соблюдают должное уважение к традиционным правилам фикха, который заключает в себе основные принципы ислама. Несмотря на крайне сдержанный характер новшеств, привнесенных этими кодексами, известно, что в настоящее время против них выступают радикальные приверженцы ислама.

Со времен Юстиниана[1] больше всего доверия к кодификациям и компиляциям продемонстрировал Запад. Один из разработчиков французского Гражданского кодекса 1804 г., Порталис, говорил с пафосом: «Само по себе существование единообразного гражданского кодекса подтверждает и гарантирует постоянный возврат к миру внутри государства. Пусть наши враги трепещут, видя более тридцати миллионов французов, некогда разобщенных различными предрассудками и разными обычаями, пошедших на)жертвы, чтобы объединиться под одними и теми же законами» .

В настоящее время, как считают П. Дешекс и ряд других авторов, в Европе отмечаются признаки падения доверия к кодификациям: в некоторых делах имеет место управление традиционными отраслями права (урбанизм зависит одновременно от административного, гражданского, уголовного и налогового права; разви-

[1] Юстиниан (527—565 гг.) император Восточной Римской империи, поставил себе целью реставрировать империю во всех областях. С помощью комиссии юристов он собрал в несколько компиляций старое римское право и дал ему законную силу. Стиль некоторых отрывков из предисловия к его Дигестам очень напоминает язык самих кодексов: «Пусть старое и запутанное право, которое соблюдалось в течение примерно тысячи четырехсот лет и которое мы сделали более ясным, будет собрано в этих пятидесяти томах, как под защитой крепостной стены, за которой уже ничего нет... И пусть во всех частях этого кодекса не будет никаких противоречий, и пусть в нем господствует гармония и логика, которые исключали бы любое порицание... И чтобы никто среди юристов, как сегодня так и завтра, не добавлял бы никаких коментариев к этим законам. Мы запрещаем давать другие интерпретации этих законов, которые не могут быть ничем иным, как извращением... Тот, кто это сделает, будет повинен во лжи, а их произведения будут преданы огню. И если, как уже было сказано, появится какая-то двусмысленность, об этом должно быть доложено судьями на высшем совете Империи, и августейший Властитель, который только один имеет право издавать законы и давать толкования им, прояснит этот вопрос». (Praefatio. 1, § 5, 8; 2, § 21).

[2] *Portalis.* Discours, rapports et travaux inedits sur le Code civil. Paris, 1844. P. 302.

тие экономической жизни и появление предпринимательского права внесли кое-что и в положения торгового кодекса). Мы еще увидим, что Черная Африка от энтузиазма перешла к более осторожному отношению к кодификациям[1].

Приход кодификаций в эпоху государственного строительства в Африке. С победой национально-освободительных движений новые африканские государства стали отдавать предпочтение решению двух проблем — экономическому развитию и национальному единству. В надежде решить эти проблемы государства довольно часто прибегали к кодификациям.

Для сторонников «права *развития»* традиционное право казалось мало приспособленным для обеспечения экономического развития западного типа. Ему вменялись в вину дух магии и религиозности, незнание элементарных понятий, необходимых для развития рыночной экономики (договорные формы, столь необходимые для нее, в этих странах отсутствовали). Что касается семейных отношений, то слишком обширные семьи, практика выкупов, полигамия — все эти социальные институты мешали экономической концентрации и социальной подвижности.

Особой критике подвергалось земельное право: ему, в частности, вменялось в вину то, что оно способствует недостаточной интенсивности эксплуатации земельных угодий. Африканские законодатели начали проводить в жизнь земельные реформы[2], направленные на то, чтобы изъять у землевладельцев как можно больше площадей и передать их под контроль государства. Однако очень часто эти реформы наталкивались на враждебное отношение крестьян, сильно привязанных к их старым традициям владения и пользования землей. Иностранные эксперты часто поддерживали эти традиции, хотя известный компаративист Р. Давид, приглашенный составить проект гражданского кодекса Эфиопской империи, был другого мнения. Он считал, что от традиционного права надо отказаться в пользу современного права и что необходимо построить новую систему, основой которой будут больше соображения экономического порядка, нежели социологические данные: кодекс должен быть задуман как политический инструмент, предназначенный для обозначения некоторых направлений в развитии

[1] *Decheix P.* Le Congres de Louisiane // Independance et Cooperation. 1986. № 3—4. P. 211.

[2] Необходимо различать *аграрные реформы,* предусматривающие осуществление социальной справедливости путем перераспределения земель, изъятых из крупных поместий (современная Северная Америка), от *реформ агропоместных,* цель которых — обеспечить развитие путем перестройки правовых систем владения и использования земель (в качестве примера может служить Черная Африка, где земли очень редко присваивались).

страны, а не как фольклорный сборник обычаев, которые часто будут тормозить это развитие. Эти обычаи не заслуживают никакого уважения, поскольку являются причиной очень низкого уровня, на котором застряло африканское общество; они всегда были причиной слаборазвитости, какие бы формы она ни принимала»[1]. В действительности, как справедливо замечает Э. Ле Руа[2], кодекс очень часто оказывался инструментом правовой недоразвитости, так как он то усиливал экономическое неравенство, то исключал из правовой жизни тех, кто не говорил по-французски и не имел школьного образования, что в конечном счете ставило под сомнение цели развития и национального единства.

Эти отрицательные явления так быстро проявились, что в течение десятилетия 70—80-х годов появилась новая концепция — социологический позитивизм: отныне необходимо было учитывать мнение местного населения и, в частности, его приверженность традиционному праву. Впрочем, нужно заметить, что традиционное право тем больше хулили в начале национально-освободительного движения, чем меньше его знали: попытки редактирования предпринимались в плохих условиях, у этнологов не хватало правовых знаний, а у юристов — этнологических. Теперь стало вполне естественным полагать, что новые руководители и их европейские советники ошибаются, когда судят о традиционном праве, исходя из этноцентристских предрассудков бывшего колонизатора.

Среди всех этих заблуждений есть и главная ошибка, и состоит она в том, что *путаются содержание традиционного права и его логика.* В некоторых случаях суждение о том, что традиционное право не может быть приспособлено к требованиям современности, верно. Но совершенно неверно полагать, что традиционное право не способно к производству новых правовых норм; ведь всегда признавалось, что обычаи обладают гибкостью и сравнительно легкой приспособляемостью. И если многочисленные земельные реформы и кодификации давали часто неудовлетворительные результаты, то происходило это потому, что их предписания воспринимались населением как какое-то право, навязанное извне. Вместо того чтобы изменять традиционное право, лучше было бы создать такие условия, чтобы оно постепенно преобразовывалось, а не поступать с ним авторитарно, вплоть до его упразднения.

Однако удивляться тому, что реформаторы не действовали так, как надо, — это значит забывать, что кодификации означали

[1] *David R.* La refonte du Code civil dans les Etats africains // Ann ales africaines. 1962. № 1. P. 161.

[2] *Le Roy E.* L'experience juridique autochtone de Г Afrique Noire // Domination ou partage? Paris, 1980. P. 114.

не только правовые реформы: они служили также и некоторым социально-экономическим интересам. Мы уже видели, что кодификация вообще способствует усилению мощи государства и социальным изменениям.

Итак, в ходе создания новых независимых государства государственное право как в сфере своего производства, так и применения находилось под контролем новых элит и испытывало сильное влияние заинтересованных групп, игравших важную роль в развитии современных секторов стран третьего мира. Большая часть населения, в особенности сельского, была чужда логике рассуждений и содержанию этого государственного права, которое испытывало сильное влияние европейских моделей. И совершенно естественно, что местные жители уклонялись от этого права и продолжали применять свое традиционное право и создавали при этом новые правовые формы, опираясь на его логику.

Отмеченные факты говорят о том, что в своей массе кодификации совсем не служили делу национального единства в том смысле, что они не выходили на унификацию права. Как отмечает один юрист из Кот д'Ивуар, Р. Дени-Сеги, конституции и тексты по судебной организации в большей части новых государств ссылались одновременно на кодификацию и на придание единообразия национальному праву[1]. Но кодификации либо делали выбор в пользу иностранного права, тем самым фактически подчеркивая разрыв между традиционным и современным правом, либо они официально закрепляли этот разрыв, делая выбор в пользу законодательства и колониальных способов разрешения внутренних конфликтов законов. Во многих случаях довольно часто и традиционное право являлось объектом недоверия.

Недоверие по отношению к традиционному праву. Новые африканские государства очень быстро утвердили принцип наследования права бывшего колонизатора[2] из опасения оказаться перед правовой пустотой, вытекающей из незнания или неприспособленности традиционного права. Однако здесь речь шла лишь о мерах консервации: в будущем новые государства должны были решить судьбу традиционного права, приобщая его к современному праву, либо исключая из официального права.

Некоторые государства, благожелательно настроенные к традиционному праву или опасавшиеся, что его упразднение повлечет за собой большие волнения, отказались от кодификации и

[1] См.: *Degni-Segui R.* Codification et uniformisation du droit // Encyclopedie juridique de l'Afrique. T. 1. Dakar, 1982. P. 458.

[2] О кодификации постколониального периода и о разном отношении законодателей к традиционным правам см.: *Degni-Segui R.* Op. cit; *Conac G.* La vie du droit en Afroque // Dinamique et finalites des droits africains. Paris, 1980.

признали традиционное право, которое пережило эпоху колонизации. Однако же это право стояло ниже закона в иерархии источников права и находилось под контролем судей в случае вероятных конфликтов с государственным правом. В других случаях применялась политика, которая исходила из уважения к традиционному праву: отказ от старых обычаев был совсем не обязателен, а правовые новшества могли опираться на их логику. Но чаще всего традиционное право осуждалось, будь то в прозападных государствах (здесь его считали неприспособленным к рыночной экономике) или в социалистических (в этих государствах традиционное право считалось архаичным в смысле организации производства; считалось также, что оно увековечивает социальное неравенство).

Использование кодификаций против традиционного права было довольно частым явлением. Положения новых кодексов (преимущества, предоставляемые брачным союзам, стоимостная оценка земель) приводили к крупным разногласиям между старым и новым правом. Однако во многих случаях кодификационное творчество не шло дальше заявлений о намерениях. С одной стороны, редко встречались государства, которые, как Алжир и Эфиопия, осуществляли глобальные кодификации гражданского права или торгового права: в большинстве случаев (по образцу кодификации времен французской абсолютной монархии) африканские кодификации ограничивались определенным количеством положений, относящихся к какой-нибудь определенной отрасли права, а не всего права в целом, оставляя таким образом влияние традиционного права на области, не охваченные кодификацией. С другой стороны, традиционное право оказало такое сопротивление, которого не ожидали ни учредители, ни законодатели: либо *фактически* (большая часть населения отвернулась от современного права и продолжала жить в соответствии со своими обычаями, в частности, в том, что касается области семейного права и процедур урегулирования споров), либо *юридически* (законодатель, наталкиваясь на реакцию местного населения, вводил вновь традиционное право в законодательство и в кодексы, закрепляя тем самым правовой дуализм, что противоречило как первичным намерениям, так и намерениям учредителя).

Различные пласты африканского права свидетельствуют о его беспокойной истории.

Б. Пласты африканского права

Мы не собираемся описывать здесь иерархию источников права, наша цель состоит в том, чтобы указать, в какой степени различные типы права (официальное и неофициальное), существующие ныне в Африке, выполняют роль соответствующих инструментов в руках различных групп, интересы которых расходятся. Прибегая

к обобщению, разделим эти группы на тех, кто господствует, и на тех, над кем господствуют.

Право тех, над кем господствуют: от традиционного права к праву народному. К данной категории относится такое право, которым пользуется большая часть населения, чтобы бороться против ситуации господства (а иногда и эксплуатации), в которой они находятся. Это право можно разделить на четыре категории.

Традиционное право — это такое право, которое применялось местным населением в доколониальный период, включая сюда и исламское право. В послеколониальный период роль этого права постоянно оспоривается и снижается. На первой стадии, называемой стадией нейтрализации, колонизатор довольствуется взиманием налогов, организацией принудительных работ, введением системы отработок без прямого вмешательства в местные дела. Традиционное право продолжает существовать, но миграция населения, налоги, принудительные работы, обращение в другую веру, отказ от личного статуса — все это затрудняет применение традиционного права.

Обычное право появляется только лишь в колониальный период правления. Это право возникает в результате редактирования обычаев, которое, как мы это уже знаем, приводило к искажению традиционного права. Происхождение обычного права приходится — в экономическом плане — на так называемую абсорбционную фазу: зародившись вне традиционных обществ, торговые отношения поначалу развивались так, что они прямо не затрагивали социальные отношения. Появляются деньги, а вслед за ними правовой индивидуализм, требующий своего оформления в виде решений судебных органов первой или второй инстанции, где заседает местный управляющий. Он наделен исключительной компетенций в области уголовных дел и осуществляет суд в соответствии с западной типологией доказательств. Появляются новые причины споров, непредусмотренные предыдущими способами социального урегулирования или вовлекающие в процесс в результате миграций населения людей разных обычаев. Эти новшества делают необходимым изменение традиционного права, такое преобразование осуществляется путем редактирования.

Местное и народное право соответствуют третьей фазе экономического развития, называемой фазой разложения традиционного экономического уклада, которая началась перед самым концом колониального периода и продолжается до наших дней. Экономика государств становится полностью зависимой от мирового рынка, становятся все более четко выраженными денежные отношения и индивидуализм. В социальном плане мы видим распад структур, который должен привести общество к новым формам экономической жизни.

Старые господствующие группы растворяются в новых или передают дела приходящим им на смену новым группам.

Местное право представляет собой одну из правовых форм данного перехода. Так же, как и обычное право, оно представляет собой разновидность перевоплощения традиционного права в более активный период аккультурации. Вместе с Э. Ле Руа можем дать ему следующее определение: это правовая система, возникающая при росте влияния государства и его административного аппарата, способы образования и узаконивания которой главным образом определяются государством, в то время как методы ее функционирования предоставлены в большей или меньшей степени на усмотрение местных властей, имея в виду перспективу настоящей административной децентрализации. Оригинальность местного права состоит в том, что это право по своему духу государственное и вполне соответствует воле государства — осуществлять контроль за местным населением. Но в отличие от процессов, ведущих к этой же цели путем искажения традиционного права, местное право зиждется на восстановлении экзогенных правовых категорий в свете местных правовых категорий.

Таким образом, местное право не лишено некой двусмысленности: оно предстает одновременно как право тех, над кем господствуют — в той мере, в какой оно связано с их прямым вмешательством в него для его приспособления для их нужд, — и как право господствующих, влияние которых оно либо усиливает, либо поддерживает в старых пределах. Например, Бенин и Сенегал хорошо знакомы с этими явлениями местного права; как правило, в качестве подготовительной инстанции здесь выступает юридическое лицо публичного права, вводимое в иерархическую систему государственных учреждений и наделенное специальной судебной компетенцией. Так, например, в Сенегале в 1972 г. сельская община была признана юридическим лицом публичного права, имеющим финансовую независимость и управляющимся советом, выносящим, в основном, решения по правам пользования с условием обязательного последующего контроля со стороны органов надзора. Земельное споры, как правило, решаются очень гибко, здесь часто прибегают к примирению, порицанию, свидетельским доказательствам; такие решения очень близки к традиционному мышлению. Но в то же время сельские советы — это органы продвижения новой сельской буржуазии, являвшейся составной частью капиталистического экономического порядка.

Народное право образует довольно широкую категорию прав, содержание которой еще мало известно ввиду неофициального характера этих прав. Трудно различимое, это право представляет собой, однако, реально действующее подобие права в большей мере, нежели право государственное (подобное право существует в наших западных обществах). Итак, можно сказать, что народное право формируется вне государственных органов, причем как в

городе, так и в деревне. Это право отличается от традиционного права и в этом смысле является новшеством.

Право тех, кто господствует: государственное право. Тот, кто господствует, применяет государственное право, которое можно разделить на две категории: право гражданское и право неогосударственное (неоэтатистское).

Гражданское право вписывается в логику гражданского кодекса, будь то натурализация законодательства старого колонизатора либо изменение законодательства по некоторым позициям.

Неоэтатистское право. Э. Ле Руа считает, что это право в буквальном смысле слова обращается к правовой модели, на которой основана теория континентального европейского права: *унитаризм,* как сведение многообразия к единообразию, будь то на уровне института, концепции или личности. Итак, глава государства является одновременно главной исполнительной власти, партия часто одна, повсеместно исключен федерализм, право кодифицировано и ему придано единообразие. Главным результатом этой неоэтатистской концепции права — в государствах, избравших путь либерального (Кот д'Ивуар, Габон) или социалистического (Буркина Фасо) развития, — стало учреждение монополии государства над профсоюзами, партиями, школой, земельным хозяйством и т. д.

Цивилистские и неоэтатистские формы права главным образом принадлежат тем, кто господствует, но в известных случаях они могут обратиться и против них в зависимости от того, насколько они могут быть освоены местным или народным правом. Ибо вообще-то как в наших обществах, так и в обществах третьего мира каждый правовой слой используется действующими общественными лицами попеременно, а выбор осуществляется в пользу того способа, который дает больше выгоды при меньших затратах — с учетом знаний, которыми обладают действующие лица. Крестьянин, не важно откуда — из Кот д'Ивуара или Пикардии, мог бы тоже похвалиться некоторыми правами, которые дает ему государственное право, но ведь оно пытается при этом обойти его в чем-нибудь другом. Такое отношение есть одна из многочисленных форм, которую может принимать сопротивление, оказываемое правовой аккультурации.

Раздел 3. Сопротивление правовой аккультурации в Черной Африке

Изучая материал, который изложен далее, мы с вами придем к констатации того факта, что традиционное право обладает силой, в частности, в тех основных областях, где его новое появление проявляется с очень большой мощью; это касается политической организации и особенно отношений в сфере частного права.

§ 1. Политическая организация

Конституционные тексты, принятые во времена образования молодых независимых государств и предназначенные для организации публичной власти, были скалькированы с европейских моделей, зиждящихся на ссылке на абстрактную целостность — Государство, а в странах, имитирующих западные демократии, — на разделение властей и на правило большинства. Между тем, как замечает М. Аллио[1], эти принципы не соответствуют опыту традиционных обществ, где власть связана с личным авторитетом того, кто управляет, и где консенсус по решениям проявляет себя больше как выражение единодушного волеизъявления, а не просто как выражение мнения большинства. Известно также, что государства, представляющие собой крупные федерации (в основном это англоязычная Африка), пережили тяжелые кризисы (например, Нигерия). Некоторые федерации и вовсе не состоялись (проект Федерации Восточной Африки). Зато более мелкие государства (в основном франкоязычная Африка), которые более приспособлены благодаря своим размерам к персонализации власти, оказались более жизнеспособными. Стоит также отметить, что разделение властей было довольно часто оптическим обманом: во многих случаях глава государства концентрирует в своих руках гражданскую и военную власть, он навязывает свою волю парламенту и изымает у судебных учреждений общей юрисдикции дела государственной важности, которые он перепоручает судебным учреждениям особой юрисдикции, он в большинстве случаев является генеральным секретарем единственной партии. Сам по себе феномен однопартийности может быть интерпретирован как одна из метаморфоз традиционного единодушия. В доколониальных африканских обществах решения должны были приниматься чаще всего при всеобщем единодушии, а плюрализм, унаследованный нами от афинской демократии, дает возможность каждому высказать свое мнение и подвести итог путем подсчета голосов и тем самым таит в себе серьезную опасность обострения различного рода антагонизмов[2]. Конечно, стремление к единогласию как на Западе, так и в других

[1] *Alliot M. U* Afrique et le Droit // La Table Ronde. 1967. № 231. P. 5—18; *Kamto M.* Pouvoir et droit en Afrique Noire. Paris, 1987.

[2] Противоречия требуют применения различных «вымыслов», чтобы не допустить распада политической целостности: так, например, во Франции, когда какой-нибудь политический лидер избирается президентом республики, то он становится президентом для всех французов, и это после того, как это ни парадоксально, что он только что был вожаком партии, участвовавшей в избирательной кампании. В некоторых океанических обществах предпочитают действовать по-другому. Накануне дня принятия важных решений организовывались ритуальные поединки, где кончали со старыми ссорами. Так общества очищались от распрей, чтобы затем было легче прийти к единодушному решению и избежать политического столкновения.

местах может тоже служить различным манипуляциям и покрывать множество несправедливостей: это как бы оборотная сторона медали. Но воля к спаянности, которую выражает единодушие, имеет в африканских традициях солидную основу.

§ 2. Отношения в сфере частного права

Именно им мы посвятим больше всего внимания, изучая последовательно сначала семейные отношения, затем земельные и затем урегулирование конфликтов. При изучении этих вопросов мы также коснемся того, как влияли на эти процессы аккультурация и сопротивление, оказываемое переменам.

А. Семейные отношения

Аккультурация. Государство попыталось учредить новое право для семьи, вмешиваясь в четыре сферы: родственные связи, порядок наследования, брак, присвоение фамилии.

Родственные связи. Традиционные общества понимаются как совокупность отдельных, но дополняющих друг друга групп, отсюда их приверженность к родовой организации: при каждом поколении из рода выходят потомки как по мужской, так и по женской линиям, а единолинейность (т. е. ведение родства исключительно по мужской или женской линии) обеспечивает преобладание одной родовой ветви над другой. И вот когда общество делает выбор (или вынуждено это сделать) в пользу того, чтобы открыться истории, то эти принципы меняются. К. Леви-Строс пишет: «Переход от одной формы к другой часто очень слабо ощутим, он обнаруживается только лишь в незначительной перемене правил поведения и управления. Но из этого вытекают капитальные последствия. Язык родства вместо того, чтобы служить увековечиванию социальной структуры, теперь ее разрушает и перемоделирует. Воспроизводство семей происходит в соответствии с правилами, которые касаются всех: каждая семья свободна в своих действиях, направленных на ее благо. В результате этого обе линии родственной связи, материнская и отцовская, приобретают если уж не всегда одинаковый вес, то, по меньшей мере, сравнимую значимость, которая запрещает видеть в одной из них основу социальной структуры, которая как раз и зиждется на их взаимоотношениях[1]. Это уравнивание родовых линий заметно в реорганизации уз, связывающих ребенка и его родителей. Вместо того чтобы быть в первую очередь связанным с родственниками матери и отца по восходящей линии, ребенок связан в одинаковой

Lcvi-Strauss C. Histoire et ethnologie // Annales ESC. 1983. № 6.P. 1220.

степени с отцом и матерью. Не является ли эта равноценность родов и их концентрация в нуклеарной (т. е. малочисленной, состоящей только из родителей и детей) семье лишь предварительной фазой их распада? Ведь на смену роду придут потомки. В то время как роды остаются строго различимыми одни от других, потомки смешиваются по истечении нескольких поколений (у двух индивидов всегда можно найти одного общего предка, если поискать поглубже): в этой системе разделение между старыми группами исчезает.

Порядок наследования. В противоположность западному праву традиционное право наследования[1] распространяется больше на людей, чем на вещи: это право предусматривает скорее определение места каждому существу в генеалогической цепочке, которая его соединяет с Творцом, чем уточнение прав, признанных государством за индивидами, на те или иные вещи. Множество следствий вытекают из этого общего принципа. С одной стороны, право наследования во многом превосходит сферу индивидуального имущества: оно меньше уделяет внимания передаче имущества от одного индивида другому, а больше — самой организации процесса его распределения между членами группы. Во всех случаях завещание не может сделать так, чтобы имущество, происходящее из рода, ушло из него (что, впрочем, напоминает правило старого французского права paterna paternis, materna maternis, устраненное Гражданским кодексом). С другой стороны, право наследования меньше уделяет внимания передаче имущества, будь то имущество индивидуальное или коллективное, а больше — передаче самих функций: когда кто-то умирает, то главный вопрос состоит в том, кто будет исполнять его права и обязанности по отношению к тем, кто от него зависел. И при этом не существует единицы наследования: существуют различные порядки наследования, что определяется наличием категорий функций, лиц и материальных благ. Так, например, земли, права и имущество отцовского рода передаются кровным братьям или сыновьям; земли, права и имущество материнского рода передаются кровным и единоутробным братьям или единоутробным племянникам; в двулинейных системах каждый род будет наследовать определенные, четко оговоренные виды имущества и права.

Современное право основано на самых различных принципах. Государство стремится придать единообразие различным формам порядка наследования, ослабить группы и расширить завещательную правоспособность индивидов. Пытаясь определить права индивида на вещи, оно будет делать четкое различие между правом лиц и вещей и ограничит наследственное право передачей иму-

[1] *Alliot M.* Le droit des successions dans les Etats africains francophones // Revue juridique et politique. 1972. № 4. P. 846—885.

щества. Будучи связано с рыночной экономикой, современное государство ослабит критерий различия между видами собственности, обусловленного их природой и сутью, причем это ослабление будет осуществлено таким образом, чтобы повысить подвижность этой собственности и дать преимущество такому понятию, как экономическая ценность: имущества одной и той же материальной стоимости в правовом отношении считаются эквивалентными и взаимозаменяемыми. Чтобы лучше понять глубину и размах различий, разделяющих традиционные и современные системы, нужно изучить способ, с помощью которого африканские законодатели решали четыре проблемы: предмет наследования, момент правопреемства, наследование по закону, завещательная свобода.

Предмет наследования. В своем большинстве новые законодательства сделали выбор в пользу западной концепции. Право наследования касается только передачи вещей из одного наследства в другое. Впрочем, в некоторых государствах дело наследования, которое является самым незначительным для традиционного права (наследование права собственности здесь менее развито, чем наследование права пользования), стало самым значительным для современного права. В других странах, наоборот, публичная власть, придя на смену родовым связям, присваивает себе права на землю и берет на себя их распределение: и снова наследование прав пользования становится самым важным, а собственность удерживается государством. Либеральные государства начали осуществлять свою концепцию еще во времена колониального периода.

Ни одно новое законодательство не признает родового имущества. Коллективное присвоение родового имущества, которое заключается в монопольном пользовании им его членами, смешивается с принципом неделимости, где каждый индивид располагает своей долей в общем имуществе, которая будет выделена при дележе: никто не обязан оставаться в общей неделимой собственности, к этому неизбежно приходят при дележе того, что не должно было бы делиться.

Момент правопреемства: в качестве этого момента законодателями выбрана дата смерти прежнего владельца, а не момент передачи имущества большинству наследников.

Наследование по закону — это такое наследование, когда осуществляется передача имущества при отсутствии документа о четко выраженной воле покойного путем применения правил общего права наследования. Некоторые африканские законодатели (например, из Кот д'Ивуар и Сенегала) организовали наследование по закону исходя из ограничительной концепции родства, выраженной в гражданском кодексе и свойственной западному праву, которое оказывает покровительство нуклеарным семьям и потомкам: родственниками считаются сначала потомки общего предшественника, свойственники (индивид и родственники супру-

га), усыновленные и усыновители. Как правило, два этапа следуют один за другим: потомки — мужчины и женщины — наследуют на равных условиях, затем признается, что имущество может быть унаследовано вне рода (так, например, в обществе собственно по отцовской линии не будут препятствовать тому, что имущество, унаследованное матерью, переходит к ее детям, в то время как оно, казалось бы, должно уйти в отцовский род, т. е. сначала братьям отца, затем их детям). Здесь мы прослеживаем переход от наследования по родовому признаку к наследованию по потомственному признаку.

В других государствах, а именно в исламизированных государствах Северной и Черной Африки, выбрали принцип наследования в соответствии с Кораном: имущество наследуется мужчинами по отцовской линии покойного. Однако женщины рода тоже могут наследовать, но только половину от того, что получает мужчина; вдовец, вдова или вдовы всегда имеют право на долю так же, как и мать умершего; наследство женщины полностью не передается в род по отцовской линии, так как правила наследования в этом случае такие же, как если бы усопшая была мужчиной. Таким образом, закон Корана, отдавая преимущество отцовскому роду (а это влияние еще доисламских правил), оставляет место супружеским узам и потомкам[1]. Наследование в соответствии с правилами Корана — фактически единственное африканское традиционное право, работающее официально в области права преемственности: в других местах законодателями были закреплены западные системы, а родовое наследование было отменено.

Завещательная свобода. Она очень ограничена при традиционном праве. Выход имущества из рода невозможен, более того, завещатель в некоторых случаях мог либо указать наследника, который примет на себя его функции управителя имуществом и распределит права пользования, либо распределить сам эти права. Существовала также возможность лишения права наследства. Современное право во многом смягчило эти принципы, однако аккультурация проявила себя здесь менее интенсивно, чем в других направлениях права наследования. Формальные условия здесь менее строги, нежели в европейском праве. Кроме того, в то время как в европейских системах права лишение права наследства является монополией государства, в Африке оно доступно и индивидам и случаи его применения более многочисленны. Свобода распоряжения в Африке меньше, чем во Франции: наследственное имущество , которым вправе распоряжаться сам завещатель, невелико и, следовательно, более сильна защита потомства и супружеской семьи от завещания покойного (Сенегал, Кот д'Ивуар).

[1] Подробнее см.: Heritier en pays musulman. Paris, 1987.

Брак. Колонизатор вмешался в эту сферу уже тем, что установил минимальный возраст и сделал из согласия супругов основание для брака (декрет Жаккино от 14 сентября 1951 г.). Эти положения использовались мало. Африканские законодатели пошли намного дальше в направлении аккультурации, повышая роль, которую играет гражданское состояние, и особенно вмешиваясь в область выкупов и многобрачия. Под влиянием того, что обмены стали носить денежный характер, особенно в городской среде, а семья стала менее многочисленной, выкуп становился скорее чрезмерной податью, нежели символом союза между двумя семьями. Некоторые африканские государства отказались от этого (Кот д'Ивуар, Габон, Центральноафриканская Республика), в других странах эти поборы ограничили (Гвинея, Мали, Сенегал). Однако в жизни эти выплаты продолжали существовать.

В поле зрения законодателей попала также полигамия. Хотя она во многих случаях и соответствует очень старым традициям (чисто африканские и исламские системы права), ей вменялось в вину то, что она ставит женщину в зависимое положение и препятствует развитию, а разделение родительской власти считалось вредным для воспитания детей[1]. Некоторые государства отменили многобрачие (Кот д'Ивуар, Тунис, Мадагаскар, Центральноафриканская Республика), другие ограничили (Мали, Гвинея, Сенегал)[2], третьи не стали вмешиваться в этот вопрос ввиду сильной исламизации населения (Нигер, Чад). Сейчас законная полигамия практически составляет 30% браков (против средней цифры,

[1] По правовой аккультурации семейных отношений см. Р. Вердье. *Verdier R.* Custumary famili law // International Encyclopedia of comparative law. The Hague. 1983. T. IV. P. 121—127.

[2] В Сенегале декрет от 1947 г., дополненный декретом Жаккино от 1951 г., предусматривал выбор в пользу отказа от полигамии. Каждый гражданин, сохранив свой личный статус, мог при заключении брака внести с помощью государственного чиновника в брачное свидетельство свою решительную декларацию о том, что он обязуется не брать себе в жены больше никого, пока брак не будет расторгнут. Эти положения были у истоков того, что М. Аллио назвал «Мифом печати (штампа)». В Фатике (область Серер) в 1955 г. у христиан вошло в привычку ставить на обороте справки, выданной чиновником отдела гражданского состояния, свое клеймо, где указывалось об их приверженности к моногамии. Они почему-то полагали, что заключение брака без этого штампа не является в действительности христианским. Зато после такого штампования браки становились не только моногамными, но и нерасторжимыми, как при каноническом праве. Супруги, которые хотели бы покинуть своих мужей, полагали, что сделать это им мешает клеймо, дело доходило до того, что некоторые были готовы пойти на самоубийство. Служащие (мусульмане) отдела гражданского состояния решили отменить клеймо, и декреты 1947 г. и 1951 г. в Фатике больше не применялись. — См.: *Alliot M.* Christianisme et droit traditionnel au Senegal // Etudes d'histoire du droit canonique. Paris, 1965.

15. Заказ № 1837.

которая несколько выше 4% в остальном мире), и это процентное соотношение можно будет увеличить в связи с распространением ислама.

Фамилия. Введение гражданского состояния с удостоверением личности в сочетании с ограничением численности некогда больших семей имело многообразные последствия для тех, кто жил при традиционном праве: имя больше не является составляющей права (ношение одного имени больше не создает родственных уз); имя больше не есть выражение личности и личной истории того, кто его носит; однажды данное, оно становится окончательным. Все эти реформы могут создать впечатление, что официальное право распылило традиционное право. Однако на практике аккультурация была лишь частичной, что мы дальше и увидим.

Сопротивление со стороны традиционных прав. Лавина законодательных и регламентационных положений постоянно наталкивается на упрямое сопротивление традиционного права. Это особенно чувствуется в сельской местности, но бывает и в городах (в частности, в кварталах, удаленных от центра, и на окраинах, где устраиваются люди, недавно приехавшие из сельской местности), так как новые горожане редко теряют контакты с родными местами.

Многие исследования подтверждают стойкость этого положения и свидетельствуют о том, что это явление является общим. В Сенегале мужчина, который не вносит выкуп, в правовом отношении, несмотря ни на что, признается отцом своих детей (а это противоречит традиционному праву). Выкуп же остается основным условием заключения брака: союз без выкупа считается «непрочным», и этого особенно опасаются девушки, которые считают, что отсутствие выкупа говорит о том, что их будущий муж не принимает всерьез обязанности супруга; кроме того, Коран придает калыму роль условия действительности мусульманского брака.

В Габоне элементы традиционного права, касающиеся имени, признаются, несмотря на положения кодекса (фамилии, фигурирующие в документах гражданского состояния, не применяются в повседневной жизни в деревне, люди добавляют к своим фамилиям другие имена, носимые членами их семьи и т. д.). Отмечается также рождение новых брачных обрядов, например, в Сьерра Леоне и Того. В этой последней стране официальное право, как живой пример правового плюрализма, взаимодействует с традиционным: новые общинные обряды, навеянные традициями и основанные на устном праве, признаются нотариальными и административными органами (протоколы семейных советов удостоверяются в мэрии).

Этот пример — одна из первых форм аккультурации официального права правом традиционного духа (а не наоборот!). Эта аккультурация может также осуществляться по линии юриспруденции: местные суды часто трактуют официальное право в сто-

рону решения вопросов более традиционным способом. На высшем уровне кодифицированное право может делать ссылки на традиционное. Так, например, в Того Кодекс законов о личности и семье от 1980 г., сохранивший сильное влияние западного права, отсылает к обычаю, в случае если покойный не смог распорядиться наследством, так как это предусмотрено положениями Кодекса.

Б. *Земельные отношения*

Мы уже видели, что колонизатор очень сдержанно вмешивался в семейное право в отличие от новых африканских законодателей. Что касается земельных отношений, то тут так не могло быть, поскольку земля является особым объектом политиков, которые стремятся повысить продуктивность земельных угодий. Здесь просматривается четкая связь между освоением в эпоху колониализма и земельными реформами, предпринятыми во время образования молодых независимых государств. Развитие — это дело государства, будь оно колониальное или независимое. Неудачи или относительный успех этих реформ обусловливался степенью сопротивления крестьян тем мерам, которые им навязывали извне. Кстати, внимательное изучение городских земельных обычаев свидетельствует о живучести негосударственного права.

Аккультурация во время колониального периода. «Какао разрушает родство и разделяет кровь», — говорили в племенах ашанти, констатируя результаты влияния на семейные отношения процесса возделывания культур, нужных колонизатору. Мы еще увидим, что в действительности изменение земельных отношений часто влечет за собой и изменение семейных связей.

Как заметил Э. Ле Руа, понятие пространства традиционным и современным правом определяется по-разному: есть некоторые изменения в пространственно-временной матрице. В первом случае пространство мыслится как открытое поле (собственно говоря, здесь нет внутренней/внешней дихотомии, любая траектория есть возврат к центру-истоку), однородное и непрерывное, и его свойства соответствуют фактически свойствам времени, а последнее тоже мыслится как однородное и повторяющееся. В современном государстве все наоборот, оно реализует свою компетенцию на географически определенной территории, где установлены границы; эта территория измерима и делима; время тоже приобретает в основном прерывистый характер: прошлое, настоящее и будущее не должны больше совпадать.

Таким образом, изменение пространственно-временных представлений отражает глубокие изменения, происходящие в системе культуры. Эти изменения происходят, в частности, через правовые преобразования земельных отношений, которые не без колебаний были проведены в эпоху колониализма. В действительно-

сти, как это подчеркивает Б. Молер, колониальные власти не намеревались вводить повсеместно и сразу гражданский режим собственности[1]: это, вероятно, предполагало, что за местным населением признавались права, которые могли противостоять праву колониальной державы. Однако преимущества, данные гражданской системе для освоения земель, и предполагаемые недостатки традиционного режима склонили чашу весов в пользу первых. О том, как это происходило, свидетельствуют изменения в понятии государственного имущества и в земельной политике. Что касается государственного имущества, администрация начала применять в XIX в. теорию верховного владения, позаимствованную из старого французского права: французское государство пошло по стопам своих традиционных правителей, став обладателем верховного права владения землей, а местным жителям предлагалось преобразовать их право владения в право собственности с учетом права верховного владения государства (постановление Фэдерба от 1865 г.). В начале XX в. завоевания окончились и пробил час освоения, государство пожелало располагать правовыми инструментами для устройства земель в соответствии с «современными» экономическими требованиями. Для этого оно ввело понятие «вакантных и бесхозных земель», оставив право владения ими за собой. А это, с точки зрения интенсивных европейских сельскохозяйственных технологий, охватывало большую часть африканских земель, вопреки местным правам населения. Последовали нескончаемые споры между администрацией и обладателями обычного земельного права, которых принуждали — под страхом передачи собственности государству — доказывать свое право в случае, если они не эксплуатировали свою землю более 10 лет.

Таким образом совершался переход от системы, которая делала из колониального государства хозяина земли через право завоевания, к другой системе, которая мотивировала это господство низким правовым качеством права местного населения и возложением на него обязанности доказывать, что оно существует (отменено это обязательство было лишь в 1955 г.). Эта политика проводилась с начала XX в. (земельный декрет от 24 июля 1906 г.). посредством введения режима регистрации земель: местные жители могли на определенных условиях зарегистрировать свои земли путем внесения их в земельный регистр, и они тем самым попадали под действие закона о праве собственности в соответствии с гражданским кодексом. Но регистрация ставила еще одно условие: обычные держатели должны были доказывать перед администацией, что их земли эксплуатируются правильно, т. е. в соответст-

[1] *Moleur B.* La loi coloniale: son ideologie, ses contradictions // Systemes fonciers a la ville et au village. Paris, 1986. P. 79—100.

вии с правилами землепользования, иначе говоря, такими правилами, которые были нужны колонизатору. Именно только за эту цену, которая отвечала целям освоения земель, государство отказывалось от своих прав на землю и укрепляло права местного населения, открывая ему дверь к гражданско-правовой форме собственности. Немногие из местного населения пытались пользоваться этой системой, которая не отвечала их традициям и требовала довольно тяжелой процедуры.

Не зарегистрированные же земли в соответствии с официальным правом продолжали составлять часть владений государства, а местное население имело на них лишь обычные права, рассматриваемые как какое-то смутное право на проживание без гарантии не быть лишенными этого права. Само собою разумеется, что это положение не могло, если того желал колонизатор, препятствовать последнему согнать с земли тех, кто не обеспечивал ей надлежащее освоение. Таким образом, гражданско-правовой режим собственности был предоставлен в отношении тех земель, которые эксплуатировались в соответствии с требованиями «современной», т. е. «самой лучшей», экономики. Можно подумать, что из-за того, что правовая система колонизатора не оценила традиционное право, считавшееся второсортным, оно перестало действовать, как и раньше. Но другие опасности поджидали традиционное право.

Первая заключалась в рассеивании земель по причине поселения колонистов и того, что одновременно имели место такие явления, как демографическое давление, истощение земель, переселение и эмиграция рабочей силы. Земля как недвижимость стала редкостью, а ее собственники стали стремиться ее капитализировать и сделать рентабельной. Земля больше не является святыней и тем более не является, как раньше, выражением общинного образа жизни. Изменение сельскохозяйственных технологий, требовавших выращивания колониальных культур, явилось одной из причин индивидуализации прав на землю.

В традиционном сельском хозяйстве четко определяется разница между правами на землю, принадлежащую группе, и правами на выращивание сельскохозяйственных культур, принадлежащими индивиду, обрабатывающему эту землю. Отсутствие оседлости, частое явление при этом типе сельского хозяйства, помогает поддерживать это отличие, препятствуя тем самым индивидам идентифицироваться с землей, которую они обрабатывают. Но такое положение вещей прекращается с введением производства колониальных экспортных культур, и право узуфрукта на сельскохозяйственные культуры превращается постепенно в право земельной собственности. Фактор непрерывности проживания превращает землю в недвижимость, переходящую по наследству. Впрочем, индивидуализация земельных прав и ослабление больших

семей — это явления взаимозависимые, и первое усиливает второе. Это особенно чувствуется в изменениях, которые имели место в области права наследования[1].

Итак, мы приходим к мысли, что индивидуальная работа играет более значительную роль в формировании прав на землю, нежели фактор принадлежности к той или иной группе. Так, например, в племенах ани, изначально ведущих свой род по материнской линии, право наследования эволюционирует в сторону отцовской линии: считается нормальным, если сын наследует у отца плантации, которые он создавал вместе с ним, вместо того чтобы их передавать единоутробным племянникам, не принимавшим участия в этой работе. То же самое мы наблюдаем и с наследованием по горизонтали, оно тяготеет к тому, чтобы стать вертикальным: передача по боковой линии оправдывалась в обширной семье, но она теряет свой смысл, когда эта семья имеет тенденцию к дроблению на много нуклеарных семей. Поэтому она упразднена законом либо ее обходят в практике завещаний. Взлет индивидуализма влечет за собой также утверждение принципа наследственного равенства в ущерб первородству. С этим связана и тенденция к дроблению земель.

Молодые независимые государства совсем не стремились прерывать этот процесс. Призыв к соблюдению традиционных прав, который был одним из требований африканских политиков перед деколонизацией, после провозглашения независимости, перестал быть оружием борьбы. Пришел конец колониальным государствам, начали появляться молодые независимые государства, но их отношение к обычному праву было, пожалуй, не более благоприятным, чем у их предшественников.

Земельные реформы в молодых независимых государствах. Для того чтобы ускорить экономическое развитие, новые африканские законодатели предприняли целый ряд земельных реформ. Эти реформы опирались на три основных принципа: утверждение коллективного права на землю, узаконивающего господство государства над землей; заимствование у колониального законодательства системы регистрации, способствующей земельному кредиту и проникновению государственного права; признание существования родовых земель, управляемых по-прежнему традиционным правом в ожидании того, когда вмешаются новые органы, цель которых обеспечить улучшение их освоения. Надо заметить, что все эти опыты отличались очень большим разнообразием.

[1] См.: *Verdier R.* Les modalites du pussage de la propriete communautaire a l'appropriation privee en Afrique Noire. // Etudes de droit contemporain. Paris, 1962. P. 140—143.

Некоторые государства сделали выбор в пользу возобновления колониальной системы регистрации и устройства территорий: закон Кот д'Ивуар от 1963 г. упраздняет обычаи и использует оценку земель как условие к вступлению в частную собственность, при этом государство остается владельцем незарегистрированных земель. Этот закон не был, однако, утвержден, так как многие крестьяне бросились распахивать земли, преследуя лишь единственную цель — стать собственником.

Другие государства подвергли сомнению колониальную земельную политику. Социалистическое государство Бенин захотело в 1977 г. национализировать землю и поручить управление ею местным народным советам, признавая при этом право индивидуальной собственности на землю (как видим, положения довольно противоречивые). Земельная реформа 1974 г. в Того учреждает государственное земельное владение, а государство не собирается осуществлять систематический захват невозделываемых земель, а стремится лишь заменять уклоняющихся держателей обычного права для того, чтобы перераспределять незанятые земли между теми, кто их осваивает по-настоящему.

В стране либерального направления, Сенегале, земельная реформа 1964 г. позаимствовала целую серию черт из социалистического опыта. Различие идет по трем категориям: земли зарегистрированные, земли государственные, где действует право собственности, и национальные государственные владения, эта последняя категория — самая крупная (включает 98% территории) — исключает право собственности. В государственном владении само государство является держателем земель и обеспечивает их освоение, но оно может также разрешить их использование крестьянам — членам сельских общин (учрежденных реформой); такое разрешение выдается советами этих общин.

В целом видно, что эти земельные различия разных уровней не отдают больше предпочтения традиционным сельским общинам. В чем заключается причина часто обманчивых результатов земельных реформ?

Конечно, увеличение роли демографического фактора, опустынивание земель в государствах Сахеля, разрастание городов делают сегодня проблему самообеспечения продовольствием в Африке еще более острой, чем вчера. Ошибки, часто совершаемые государствами в области земельных реформ, — это самые серьезные ошибки. Первая ошибка состоит в том, что большая часть населения страны еще больше отсечена от производственной руководящей элиты, находящейся под защитой официального права. Это крестьяне, подчиненные планам развития, жители бидонвилей и мелкие чиновники, т. е. от 80 до 95% всего населения. Вторая ошибка состоит в том, что упрямо путают традиционное право с содержанием старых норм; а ведь оно способно прекрасно

эволюционировать: с обычаями так всегда и происходило. Если крестьяне сопротивляются современной форме, которую им предлагают, то причину стоит искать не в так называемой слабости их экономических и правовых систем, а в чем-то другом. И в первую очередь их, вероятно, стоит искать в экзогенности государственного права, которое им навязывают, и в скромности успехов, которых они конкретно смогут добиться при переходе к современности (а успехи эти представляют собой лишь небольшое увеличение доходов, что позволит крестьянам приобретать промышленные товары, которые они хотели бы иметь в разумных пределах). Не традиция препятствует современности, а слишком незначительные выгоды, которые эта современность может дать. В этих условиях и пока не будет найдено решение этой дилеммы, можно с уверенностью сказать, что традиционное право будет продолжать существовать еще долго в сельской местности, несмотря на усилия сторонников «развития». Оно еще не исчезло из городских зон.

Негосударственные городские земельные права. Население Африки в своем большинстве сельское, но через несколько десятилетий положение изменится: города удваивают численность своего населения за каждые 6—10 лет. Быстрота этого роста есть одна из причин, которая объясняет тот факт, что негосударственное право там применяется среди разных слоев населения кварталов и окраин. Особо распространены два типа завладения городской землей. Первый, это «дикий» способ: семьи, пришедшие из сельской местности, незаконно занимают землю, которая считается не входящей в черту города (болота, овраги), и живут там в соответствии со своими обычаями. Разрастание городской зоны может также затрагивать земли, занятые деревенскими общинами, которые там проживают уже с давних времен. В своей основе это сельские люди, и земельные сделки совершаются с помощью признанных обычаем шефов; эти шефы (предводители) являются чаще всего главными распределителями земель городских окраин. Администрация мирится с подобной практикой, тут же пытаясь ее окупить: она подводит владения на основе обычного права под действие закона путем выдачи соответствующих земельных документов, а затем их отменяет под предлогом аннулирования обычного права и выплачивает после долгих проволочек установленные компенсации.

Надо, кстати, сказать, что очень многие горожане не являются постоянными жителями городов: немало их возвращается периодически в деревню, а это помогает избежать разрыва с традиционным окружением, с его миром. И, наконец, следует отметить, что это городское неофициальное право не следует смешивать со старым традиционным правом; оно образует, скорее, категорию sui generis (особого рода) народного права: «По мере того, как урбанизация идет вперед и захватывает деревню за деревней,

обычное земельное наследство теряет постепенно свою чистоту. Поэтому, чем сильнее дает себя чувствовать городское наступление, тем большее влияние оказывает на земельных владельцев обычного права мысль о том, что урбанизация для них может быть источником выгоды. Отсюда и соблазн, которому мало кто сопротивляется: речь идет о ведении переговоров с государственными органами о выгодных компенсациях в обмен на отказ от обычных или прародительских прав. В результате данной эволюции получается так, что то, что называют обычным земельным правом, в городских расширяющихся зонах есть не что иное, как смесь, и часто очень запутанная (по меньшей мере для непосвященного в антропологию), обычаев и новых популярных приемов, направленных на поиск барыша»[1].

B. *Урегулирование конфликтов*

Колонизатор учредил двойственную судебную систему, с которой чаще всего стремились покончить молодые независимые государства: в обоих случаях эти реформы были направлены на то, чтобы вместо традиционных процедур и органов урегулирования конфликтов учредить государственные судебные учреждения и процедуры.

Судебный дуализм в колониальный период. Дуализму между обычным правом и современным должен был соответствовать дуализм судебный. Вначале в колониях население делилось на две крупные категории: французские подданные, подчинявшиеся обычному праву, и французские граждане, подчинявшиеся гражданскому праву. В 1946 г. статус гражданина был присвоен всем, однако бывшие подданные сохраняли за собой их особый гражданский статус, так как они от него не отказывались, за исключением области уголовного права и права на труд. Местные институты правосудия были наделены компетенцией в области обычного права, а судебные органы общего права применяли современное право. В действительности этот дуализм оказывал старому праву гораздо меньше почтения, чем это казалось. С одной стороны, местные судебные органы были созданы колонизаторами, либо были результатом предоставления новых полномочий традиционным вождям. Кроме того, выбор юрисдикции мог быть сделан лишь в пользу судебных органов современного права. Более того, при возможной апелляции, когда конфликт разбирался вначале на обычном уровне, он мог быть урегулирован инстанциями современного права, где действие апелляции заканчивалось. Как считает Ф. фон Бенда-Беккманн, существует закон общей тенденции (основанный на

[1] *Prouzet M., Klaver-Kobo P.* Le probleme foncier en milieu peri-urbain // Systemes fonciers a la ville et au village. P. 287—288.

наблюдениях, проведенных в Африке и Индонезии), в соответствии с которым степень применения местными жителями государственных судебных органов зависит от уровня, на котором они находятся по отношению к судебным органам обычного права: если государственные судебные органы мыслятся как продолжение органов обычного права, тогда они используются часто, а их роль в разрешении конфликтов — позитивна; и наоборот, если судебный дуализм состоит в наслоении двух очень различных между собой судебных иерархий, то в этом случае государственные судебные органы редко вызывают у местных жителей желание туда обращаться, а их вмешательство, когда таковое имеет место, заканчивается обманчивыми результатами[1].

Молодые независимые государства и сопротивление со стороны традиционного права. Большинство африканских законодателей положили конец судебному дуализму, дабы учредить единое право (Кот д'Ивуар, Сенегал, Габон) или чтобы еще существовал правовой дуализм между обычным правом и правом писаным (Бурунди, Руанда, Центральноафриканская Республика).

Тут тоже возможно выделить несколько закономерных тенденций. Р. Л. Абел считает, что придание всеобщего характера судам современного права, кажется, влечет за собой увеличение числа уголовных процессов и уменьшение гражданских споров[2]; общий уровень споров при этом возрастает в городах и снижается в сельской местности. На наш взгляд, толкование этих данных доказывает наличие сопротивления со стороны традиционного права: общее уменьшение споров в сельской местности говорит не о том, что нет больше конфликтов, а о том, что они преимущественно регулируются неофициальными инстанциями. Кроме того, тщательный анализ гражданских споров показывает, что число споров, касающихся семейных отношений, уменьшается, в то время как число споров, имеющих отношение к земельной собственности и к договорам, наоборот, растет. Мы думаем, что эти различия отражают различия степеней аккультурации в различных областях: эта разница более сильно выражена в земельном праве (демографическое давление и т. д.) и в сфере обязательств (распространение рыночной экономики) и проявляется она в возрастающем числе обращений в судебные органы современного права; механизм, работающий в обратном направлении, касается семейных отношений, которые в целом меньше задеты модернизацией.

Вывод: вклад юридической антропологии в перспективное право. Как бы ни была юридическая антропология привязана к

[1] People's Law and State Law. Dordrecht, 1985. P. 197.

[2] *Abel R. L.* Western Courts in Non-Western Settings // The Imposition of Law. New York, 1979. P. 167—200.

традициям изучаемых ею обществ, она не обращена в прошлое и не воспринимает в штыки любую идею эволюции. Многочисленные случаи сопротивления, оказываемого традиционным правом, описанные в этой главе, не могут быть истолкованы только с положительной стороны: они, безусловно, выражают преданность прошлому (отношение, которое в зависимости от темперамента может рассматриваться и как положительное качество, и как недостаток), но они прежде всего позволяют увидеть то, что народы отказываются принимать те пути подхода к современности, которые предлагает им государство.

Было бы желательно, чтобы оба направления предложенной альтернативы больше не появлялись в карикатурном виде, так как невозможен возврат к полностью возрожденному прошлому, как невозможно и построение будущего, скалькированного с европейских моделей и определенного другими. Несколько десятилетий назад многие опасались, как бы эти последние не одержали верх. Но все пошло совсем по-другому: народы продолжали пользоваться своими традиционными системами права; более того, были введены новые типы права, права неофициального. Мы считаем, что государственное право не является лишь историческим унаследованным и естественным врагом традиционного права, даже если бы его доколониальное и постколониальное вмешательство, как нам кажется, совершенно справедливо было подвергнуто нами определенной критике. Его можно использовать для создания перспективного права, которое юридическая антропология могла бы заставить учесть некоторые уроки. В чем же они состоят?

Во-первых, в утверждении того, что новое право развития возможно, причем такое, которое будет в большей мере принимать во внимание африканское мышление и, соответственно, будет при этом условии более эффективным, чем те планы развития, которые до настоящего времени широко калькировались с западных моделей. Это утверждение проистекает и из более общего подхода, состоящего в определении правовых способов, называемых «подлинными» и заключающихся не в возврате к доколониальному прошлому, а в адаптации старых решений к новым требованиям. Что касается подобных инициатив, то на этот счет существует много примеров. В частности, об этом свидетельствует новое семейное право Заира 1986 г.: фамилия не обязательно должна даваться по отцу, но должна отражать заирское культурное наследие: отец — глава семьи, а его супруга нуждается в его помощи для исполнения юридического действия; сумма выкупа ограничена, но она остается одним из условий заключения брака; в случае нарушения супружеского долга виновник может быть принужден выполнить ритуальные обряды для искупления вины. Кроме того, семейная солидарность усилена некоторыми моментами: домашнее хозяйство включает супругов, детей на их иждивении,

всех тех, кто связаны с супругами продовольственным обязательством, если только они живут в супружеском доме; между родственниками и свойственниками установлены настоящие гражданские обязательства (в то время как старый гражданский кодекс предусматривал только лишь обязательства моральные или естественные). Некоторые земельные реформы (например, в Танзании и на Мадагаскаре) пытаются включить традиционные общины в традиционные способы эксплуатации.

Юридическая антропология учит нас также тому, что традиционные общества были в основном плюралистическими, что должно бы было побуждать новых законодателей подправлять монополистические претензии государства: это последнее должно предоставлять определенную автономию старым и новым общинам и признавать то, что они могут функционировать в соответствии с различными административными системами (мы уже констатировали, что в некоторых случаях дезорганизация государственных служб имела благие последствия, которые содействовали развитию местных общин). Прибегать к плюрализму было бы также необходимо в области организации судоустройства.

И, наконец, мы уже видели, что одна из характерных черт традиционного права заключается не в требовательном, а в гибком характере норм: оно применяет «право-модель», а не «право-санкцию». Такой пересмотр роли закона возмущает юристов, которые говорят в этом случае о «праве-призраке». Мы полагаем, что в данном случае лучше бы было употребить выражение «развивающееся право». Эта новая законодательная политика (принятая, например, в Эфиопии и в Кот д'Ивуаре) основывается на идее, что новые права, пользуясь официальным закреплением со стороны учредителя и законодателя, не могут в настоящий момент применяться полностью: отныне они меньше являются императивным обязательством, а, скорее, моделью того, каким *могло бы быть* будущее общество, принимая, конечно, во внимание тот факт, что они могут измениться под воздействием формирующейся практики.

И не стоит думать, что здесь речь идет о правовых мечтаниях. Существуют способы, которые позволяют применение этого типа процесса: добавление к новым законам целого набора важных переходных мер; правовое планирование, предусматривающее постепенное и контролируемое развитие законодательного права, сопровождаемое воспитательными мерами, применяющимися в школьной системе, а также администрациями профсоюзных организаций или организаций сторонников этого движения; признание за подчиненными возможности выбора правового статуса и судебного органа; предоставление законодателем судье и местной власти широких полномочий в толковании закона для его лучшей адаптации к нуждам и пожеланиям населения.

Эта позиция, безусловно, не лишена опасностей: возможны злоупотребления, которые могут привести к тому, что закон потеряет всякий авторитет. Но именно в такой постановке вопроса, которая уравновешивает государственное право и право общин, должна заключаться, на наш взгляд, роль закона. Впрочем, разве такая концепция является столь шокирующей для западного юриста? В данном случае ему не мешало бы вспомнить, что Порталис, входивший в число составителей Гражданского кодекса Франции, был, возможно, одним из первых теоретиков «права-модели», когда утверждал: «ход правосудия был бы прерван, если бы судье не было разрешено выносить постановление, когда закон уже сказал свое слово. Мало дел поддаются решению с помощью только одного точного текста; по большинству споров постановления всегда выносились только на основании общих принципов, доктрины и правовой науки... Обязанность закона заключается в том, чтобы, исходя из высоких целей, установить общие правила права и в соответствии с этим выработать плодотворные принципы, а не опускаться до мелких деталей вопросов, которые могут появляться в каждой области»[1].

Заметим, что за колониальным и постколониальным государством находятся те, кто его контролируют и кого надо исследовать. Правовая антропология не является жертвой мании пассеиста, требующего упразднения государства, но она ратует за то, чтобы государство и его право были отданы обществу, так как уроки традиционных обществ говорят нам о том, что власть должна служить обществу, а не наоборот.

[1] Робеспьер, как правило не является для юристов тем автором, на которого они ссылаются. Однако, в противоположность Порталису, к которому они питают больше расположения, он был сторонником той концепции права, которая им ближе, и заявлял: «...В государстве, где есть конституция, законодательство, юриспруденция есть не что иное, как закон».

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ
ЮРИДИЧЕСКАЯ АНТРОПОЛОГИЯ СОВРЕМЕННОГО ЗАПАДНОГО ПОЗИТИВНОГО ПРАВА

Целью познания не является поиск единой формулы, определяющей вселенную... Безумная мечта познания — гомогенизировать вселенную... Это — желание увидеть за многообразием и множественностью нечто единое, однородное, но это нечто, в конечном счете, есть ничто, о чем хорошо знает индийская философия... Нельзя относить к видимости разнородное, множественное, изменчивое, временное, а к реальности — только единое, вечное, существенное. Это ложное виденье. Истинно и то, и другое одновременно.

Э. Морен

Приступая к последней части работы, напомним о конечной цели нашего труда: попытаться понять, как функционируют все общества, от традиционных до современных, соотнося юридическую теорию и практику с той логикой и образом мышления, которые их определяют. Предлагая расширить предмет нашего исследования, мы не имеем в виду оставить проблемы юридической антропологии ради более широких аспектов позитивного права, так как общность в полной мере возможно оценить лишь посредством выявления особенностей. В будущем юридическая антропология будет в то же время юридической антропологией позитивного права. Наше исследование — только первая попытка на этом пути. И нам она кажется достаточно важной по причинам, которые будут изложены ниже.

Поскольку оригинальность антропологического метода заключается в изучении правового опыта во всем его многообразии, в первой главе мы сделали попытку сравнения исторических и современных разновидностей права, выявляя как их специфику, так и общие черты. Во второй главе мы пойдем дальше и рассмотрим с помощью антропологического метода некоторые области позитивного права (главным образом на примере Франции).

Глава I
Сравнение традиционных и современных систем права

В настоящее время в юридической науке нет единой общепризнанной теории сравнительного анализа традиционных и современных систем права. Сравнительный метод как таковой не является новейшим изобретением: он занимал важное место в трудах основателей юридической антропологии. Изучение правовых систем, неофициально существующих в Европе, не нуждалось в деколонизации. Однако современные сравнительные теории базируются на другом фундаменте (и соответственно получают другие результаты), чем теории более раннего периода.

Раздел 1. Первые шаги: от эволюционизма к этнологии Европы

Антропология права очень рано задалась целью создать единую теорию. С начала XX в. интересы исследователей неизбежно были прикованы к европейским обществам.

Изменения сравнительного метода. Ученые XIX в. были одержимы идеей изучить все ранее существовавшие правовые системы, прежде чем приступить к созданию всеобъемлющей теории. Но мы знаем, что методы эволюционизма, которыми они руководствовались, обрекали их усилия на неудачу. В то же время сторонники сравнительного метода находились в плену другой иллюзии, значительно более живучей: сравнительное право, согласно их концепции, должно предшествовать унификации права. Так, согласно Р. Сакко[1], история свидетельствует, что сравнительное право фактически играет некоторую роль в феномене юридической униформизации, чьи корни — политического порядка. Более того, сравнение различных культур не приводит непременно к их сближению: по мере обнажения внутренней логики той или иной

[1] См.: *Sacco R.* Les buts et les methodes de la comparaison du droit. Rapport italien au IX Congres international de droit compare Teheran, 1974 (Milano, 1974). P. 113—131.

системы лишь усиливается присущее ей соперничество по отношению к системам с другими ценностями.

В настоящее время достигнуто кажущееся единство исследователей по следующему вопросу: эволюционизм конца XIX в. был не чем иным, как иллюзией, и прямой последовательности между «диким», «дологическим» мышлением и мышлением современным, рационалистическим нет. Переход к современности, вопреки утверждениям просветителей, заключается не в открытии Разума, а в *институционализации* его. Тем не менее, как отмечал С. Фолк Мур, такая точка зрения также не свободна от иллюзии, ибо результаты человеческой деятельности (одна из организационных форм которой и есть право) не суть результаты разумного выбора: человек не есть разумное существо, культурные ценности любого общества самым тесным образом связаны с особенностями его истории, религии и т. д. В этом случае можно усомниться в правильности унификации правовых систем на основе понятия Разума и в том, что это понятие является универсальным сравнительным критерием. Как подчеркивает Э. Морен, ссылка на Разум может быть использована только по отношению к неявным или явным системам убеждений: «Ученые — это люди, имеющие в голове метафизические идеи, которые ими либо скрываются, либо нет. Одни из них, в глубине души, хотели бы проверить существование Бога, а другие желали бы, напротив, удостовериться, что Бога не существует. Одни хотели бы утвердиться в признании детерминизма, другие, наоборот, удовлетворились бы сознанием, что миром правит случай. Каждый сходит с ума по-своему, у каждого есть своя идея-фикс, и согласно этому каждый производит свои собственные теории»[1].

Согласно мысли Э. Морена, в конце XX в. мы являемся свидетелями смены парадигмы: вместо того, чтобы все более удаляться друг от друга, различные дисциплина должны теперь находиться в состоянии постоянного взаимопроникновения, сравнения полученных результатов и обмена ими. Современная юридическая антропология, с нашей точки зрения, как нельзя лучше вписывается в эту схему. Отныне она ставит перед собой цель: шаг за шагом изучить на материале различных правовых систем, каким образом единство и различие уживаются бок о бок в различных человеческих культурах, не исключая друг друга. Все культуры не похожи одна на другую, однако необходимо осмысление их в целом, включая и минувшие, и ныне существующие. При этом мы воспользуемся сведениями, почерпнутыми из юридической этнологии европейских обществ.

[1] *Morin E.* Science avec conscience. Une lecture, un projet // *Morin E.* Science et Conscience de la complexite. Aix-en-Provence, 1984. P. 41.

Юридическая этнология Европы. Интерес к европейским неофициальным правовым системам возник давно[1]. Но до пятидесятых годов XX в. специалисты в этой области были мало озабочены тем, чтобы сравнивать результаты своих исследований с результатами, полученными другими при изучении экзотических обществ. Фольклористы долгое время были заняты исключительно коллекционированием элементов знания и практики различных народов, преимущественно в сельской местности. Фольклор, собранный А. Ван Геннеппом (1873—1957), носит более систематичный и сравнительный характер, чем у его предшественников и современников, но этот ученый придерживался мнения, что этнология должна оставаться наукой «примитивных», то есть бесписьменных, народов. Однако начиная с 60-х годов, процесс деколонизации дал толчок обращению интересов этнологов к европейскому материалу, причем не только к крестьянскому, но и к городскому.

Таким образом, этнологи имели перед фольклористами то преимущество, что благодаря расширению поля своей деятельности получили возможность использования сравнительного метода. Это обогащение материала и методов его изучения, произошедшее сравнительно недавно, и знаменует рождение европейской этнологии, к которому фольклористы причастны лишь в том смысле, что проделали большую работу по сбору материала[2]. Труды по социальной антропологии европейских обществ за последние десятилетия умножились. Что касается собственно юридической этнологии, то исследования в этой области датированы в основном 80-ми годами. Голландские авторы (в частности, Ф. Стрийбош) также проявляют интерес к этому предмету. Во Франции следует отметить труды Э. Ле Руа, который располагает интересными результатами сравнения жизни пикардийских крестьян и некоторых племен Черной Африки[3].

[1] См.: *Cuisinier J., Segalen M.* L'Ethnologie de la France, Paris. PUF, coll. «Que sais-je», 1986. P. 127.

[2] Можно назвать, в частности, первое исследование по европейской этнологии: *Wilie L.* Un Village du Vaucluse. Paris, Gallimard, 1986. Автор, американец, проживал с 1950 по 1951 г. в Руссильоне, маленькой провансальской деревне, которую и изучал с этнологической точки зрения. Обитатели деревни были этим весьма недовольны: по их мнению, он обнародовал факты, которые должны были оставаться доступными лишь им одним. И до сих пор в Руссильоне невозможно обнаружить следы его работы: местные жители отвечают любопытным, что не знают о ней.

[3] См.: *Le Roy E.* Eire Picard en 1982. Reflexion sur une situation post-coloniale, dans la France au pluriel? Paris, L'Harmattan, 1984. P. 61—70; Etre ou ne pas etre proprietaire f oncier, dans la propriete f onciere. Paris, Economica, 1984. P. 121—131; Strategies familiales de transmission des exploitations agricoles dans le canton de Vermand (Aisne), dans la propriete f onciere dans la France rurale. Heritage et politique, Paris, L'Harmattan, 1988.

16. Заказ №1837.

Эти труды свидетельствуют, что, как мы уже констатировали при изучении процесса окультуривания Африки, многие несовместимые с логической точки зрения вещи тем не менее могут сосуществовать. Эта взаимоуживаемость различных по своей природе идеальных моделей в реальных условиях является одним из краеугольных камней современных сравнительных теорий. Среди них особого внимания заслуживает теория М. Аллио.

Раздел 2. Неокультуралистская теория М. Аллио

По мнению некоторых специалистов, традиционные и современные общества разделяет глубокая пропасть. С середины XX в. человечество вступило и особую эру[1], специфические признаки которой оставляют традиционные общества в другом измерении. Некоторую часть из них составляют технологические новшества: ядерная энергетика, кибернетика, генетика. Другие относятся к социальной области: в условиях больших городов исчезают отношения соседства, уменьшается численность семьи, частично отвергается религия, а также многие социальные модели: отменяются сословные привилегии, устанавливается равноправие полов, увеличивается продолжительность свободного времени, сомнение берет верх над верой, равенство — над иерархией.

Эта точка зрения, на наш взгляд, вызывает серьезные возражения. С одной стороны, вышеописанная модель образа жизни касается преимущественно западных наций. С другой стороны, и в конце XX в. на Западе не все так однозначно. Что касается семьи, то мы увидим, что семейные связи продолжают играть значительную роль; привилегии мужчин сильно потеснены, но было бы ошибкой считать, что они полностью исчезли (свидетельство тому — разница в заработной плате), и сомнительно, чтобы в ближайшем будущем воцарилось фактическое равноправие полов. В культурном плане тяготение к некоему духовному идеалу не утрачено, он лишь облачен в другие формы (природа, чувства); процесс упадка католической религии, похоже, приостановился[2] (не говоря уже о распространении ислама). Также приходится усомниться в том, что равенство окончательно восторжествовало над иерархией (эта тенденция стала меняться в конце 70-х годов). Наконец, известно,

[1] См.: *Poirier J.* Des groupes ethniques aux societes hetero-culturelles // Ethnologie region ale 2. Paris, Gallimard, 1978.P. 1918.

[2] Результаты исследований показали, что религия вызывает у молодежи определенный интерес, но ее привлекают не столько традиционные обряды, сколько современные формы выражения религии.

что некоторые исследователи считают государство необходимым институтом, который будет видоизменяться по мере развития общества, но не исчезнет. Со своей стороны, мы полагаем, что, если и существует разрыв между традиционными и современными обществами, то он не так велик, как кажется. В предыдущих главах мы констатировали, что различия в правовых системах носят скорее, количественный, чем качественный характер. Эти системы не идентичны и в то же время не отрицают друг друга.

Теория М. Аллио позволяет нам лучше ориентироваться в этих системах. Согласно этому автору, традиционные и современные общества в целом представляют собой некие механизмы: те и другие пускают в ход мифологию, которая имеет своей целью достижение консенсуса в области права применительно к данному моменту и в соответствии с достигнутой степенью развития; все общества строятся на началах иерархии и не являются однородными, но если в Африке этот плюрализм поддерживается искусственно, современное общество его отрицает. Все общества, находящиеся на различных стадиях развития, являются дифференцированными, что обеспечивает определенную независимость групп людей и индивидов друг от друга. Наконец, каждое общество вырабатывает определенное, только ему присущее, мировоззрение, от которого зависит и правопонимание. В это понятие каждое общество вкладывает то, что оно считает полезным для своего существования и воспроизводства. В этом смысле нам кажется возможным определить эту теорию как неокультурализм (согласно культурализму, поступки людей варьируются главным образом в зависимости от культурных моделей, господствующих в обществе). Его принципы гласят, что изначально общества неидентичны и в них господствует разнообразие. Однако это разнообразие не есть хаос и его возможно осмыслить общим способом, «организовать» его. М. Аллио использует для этого три вида понятий (архетип, логика, модель) и рассматривает, каким образом из их взаимодействия строится реальное общество и его право.

Архетип и его логика: осмысление Бога, осмысление права.

Согласно М. Аллио, необходимость, вытекающая из объективных обстоятельств, не может целиком объяснить принципы, на которых строится общество и его право: «эта необходимость не заявляет о себе прямо и механически, как железо само по себе не создает профессию кузнеца; только та интерпретация, которая ей придается, определяет создание права и его применение».

Материальный мир действует на человека опосредованно, через его разум и чувства. При этом человек ищет смысл всеобщего и своего собственного существования, а этот смысл невозможно постичь сразу, путем одного опыта. Человек должен по крупице собирать этот смысл, обнаруживая его в бесчисленных проявлениях видимого и невидимого мира. Он должен признать, что суще-

ствует неоспоримый параллелизм в процессах осмысления мира, Бога и права[1]. Связь, существующая здесь, не сводится к одному архетипу, который присущ всем обществам. С другой стороны, если правовая и религиозная мысль соотносятся, ни одна из них не имеет приоритета: манера осмысления божественного начала не определяет манеры осмысления мира и его институтов. Мысль религиозная и мысль социальная, правовая и политическая одинаково, но в разных областях, выражают манеру осмысления мироздания (включая человека и божество), в каждом обществе по-своему. Согласно М. Аллио, эти системы мышления могут быть сгруппированы в три большие категории, называемые им «архетипами». Каждому обществу присущ один из следующих архетипов: идентификация, дифференциация, подчинение, которым соответствуют различные логики.

Идентификация. Этот архетип и его логику иллюстрирует пример Древнего Китая. Согласно источникам той эпохи, мир бесконечен в пространстве (множественность миров) и во времени (он возникает и изменяется в процессе больших космических циклов); он состоит из противоположностей, которые, однако, не исключают друг друга (нельзя представить себе добро без зла, дух без материи, разум без чувства, «инь» без «янь»); его движение не ограничено никакими внешними законами; мироздание самоуправляемо. Это относится и к индивиду. Конфуций утверждал, что космический порядок и человеческий порядок идентичны; согласно его логике, люди должны самоусовершенствоваться, подчиняясь ритуалу, и не надеяться на закон. Отсюда то презрение к праву, которое ассоциировалось со спором, тяжбой (любые конфликты должны были регулироваться с помощью посредничества или арбитража). Поскольку не существует божества-демиурга как организующего начала в мире, постольку право не должно господствовать в обществе.

Дифференциация. Этот архетип иллюстрирует пример Древнего Египта и анимистической Африки. Космогонические представления этих обществ во многом перекликаются. Согласно этим представлениям, мир есть временный результат акта мироздания, которому предшествовал хаос. Этот последний не представлял собой небытие, но содержал в потенции как акт создания, так и самого создателя. Первичное божество разделилось на чету вторичных божеств, которая породила мир и человека из хаоса. Этот мир непрочен: поскольку человек рождается из беспорядка, силы порядка не всегда способны одержать над ним верх. Человек игра-

[1] 20 лет назад Дж. Э. Свенсон установил наличие определенных корреляций между типами религиозного сознания и социальными структурами. См.: *Swanson G. E.* The Birth of the Gods: The Origin of Primitive Beliefs. Ann Arbor, 1960.

ет при этом решающую роль: посредством ритуалов и гаданий он сообщается с невидимыми силами, чтобы содействовать установлению порядка. Он создан по образу и подобию мира: поскольку акт мироздания не есть результат мгновенного действия (или нескольких дней), а утверждается в длительном процессе дифференциации, человек не может «сократиться» до индивида, чье существование ограничено определенными рамками. Точнее, человек одновременно является воплощением своих предков и потомков. Это также относится и к группе, к которой принадлежит человек. Социальная структура есть продукт непрерывного процесса мироздания, в котором выделяются отличающиеся друг от друга группы. В этих обществах единое законодательство рассматривается как явление, разрушающее единство. Право же отвергается, но ему отводится определенное место, подобно тому как признается существование первичного божества, пребывающего, однако, где-то слишком далеко от людей, чтобы оказывать на них влияние.

Следовательно, эти общества автоцентричны, т. е. замкнуты на самих себя. Они повинуются логике, которая делает их ответственными перед самими собой. Анализ их идеологии и социальной структуры подтверждает это. На идеологическом уровне иерархия ценностей выдвигает на первое место группу — родственную, территориальную, религиозную, профессиональную и т. д. Каждый индивид при этом может принадлежать одновременно к нескольким разным группам. Наряду с этим функция главенствует над личностью. Подобно тому как Бог «не существует» в западном понимании этого термина, но он соединяет в себе выражающиеся в разных формах творческие силы и энергию, которыми владеют божество, люди или предметы, так же и привычное современному праву «юридическое лицо», обладающее едиными и неизменными правами, незнакомо этим системам; в них мир не есть совокупность существ, а лишь совокупность функций, которые и определяют наличие этих существ. Индивид обладает меняющимся статусом, который зависит от функций, выполняемых этим индивидом в обществе. Деятельность в равной мере определяет и отношения между людьми: брак служит не столько единению индивидов, сколько организации общества путем союза родов и обеспечению преемственности в лице потомков. Таким образом, считается нормальным, если в основе брака не лежит взаимное согласие супругов.

Социальная структура этих обществ базируется на принципе единства противоположностей, занимающем важное место в китайской философии, но отвергаемом Аристотелем. Этот принцип есть также следствие процесса дифференциации, в котором отличие не является синонимом противоречия. Так, миф племени бамбара повествует, что, перед тем как приступить к постройке деревни, два брата, очень похожие друг на друга, занялись разными

ремеслами: один пахал землю, другой освоил профессию кузнеца. Эти различия в дальнейшем объединились в процессе, имевшем целью поддержать и продлить существование общества в целом. Таким образом, общность устанавливается с помощью правил, регулирующих заключение брачных союзов и место жительства: например, один владеющий землей род выбирает в качестве супругов для своих женщин представителей другого рода, способных обрабатывать эту землю, создавая таким путем общность генеалогического и территориального типа.

Тем не менее всегда существует опасность раздела. Чтобы предотвратить ее, имеется много способов. Прежде всего, человек не может одновременно принадлежать к нескольким однородным группам (например, к двум родам), что ограничивает возможность выбора. Часто, когда противоречия все же проявляются, их стараются ослабить или ритуализировать. Накопление богатства должно периодически пресекаться путем перераспределения; предпочтительные браки ослабляют возможное соперничество супругов; при осуществлении власти унанимизму отдается предпочтение перед мажоритарным порядком; при урегулировании конфликтов прибегают к суду, однако стараются избегать тех норм, которые не носят императивный характер.

Таким образом, эти общества не полагаются ни на Бога, ни на государство, ни на право в нашем понимании. Ибо наше собственное мировоззрение основано на другом архетипе: подчинении.

Подчинение. Согласно учению ислама и христианства, Бог предшествует своему творению, которое создается им по собственному подобию[1]. Он существует перед тем, как становится создателем мира; он мог бы не создавать его вовсе или же создать по-другому; сущность, таким образом, первенствует над деятельностью. Вследствие этого человек подчинен власти и закону, находящимся вне его. В религии ислама закон идентифицируется с волей Аллаха, который провозглашает его устами Пророка в Коране; он обязателен для всех, включая носителей власти; исламское государство не стремится преобразовать общество и не располагает для этого средствами; оно лишь призвано обеспечить уважение к божественному закону.

Христианский мир, подобно исламскому, исходил из того, что закон предписан людям извне. Но христианская мысль эволюционировала от этого исходного пункта совсем в другом направлении: тот внешний авторитет, на котором базируются законы, представ-

[1] Можно заметить, что в христианской религии Бог воплощается в своем создании и мирится с его несовершенством, принимая его жертву. Но это воплощение носит временный характер: Иисус возносится к своему божественному отцу. Более того, оно носит возвышенный характер, так как в силу своей жертвы Иисус становится спасителем мира.

ляет уже не Бог, но государство, которое иногда именуется Провидением. Уже не Бог, но государство ставит перед собой цель усовершенствовать мир и изменить к лучшему общество с помощью права, часто смешиваемого с законом, высшей категорией среди источников (выше юриспруденции и доктрины), применяемым администрацией и судами государства, которым должны подчиняться все его граждане. Нормы приобретают такое значение, которого они лишены в обществах с иным архетипом; согласие и справедливость играют подчиненную роль. Общество стремится переложить свою ответственность на государство. Логика этого процесса обратна той, которая присуща другим архетипам. С одной стороны, противоположности исключают друг друга, вместо того чтобы сосуществовать, поскольку всеобщая связь в мире покоится не на взаимном притяжении его элементов, а на законах, привнесенных извне. Различие понимается как конечный результат противостояния. С другой стороны, отрицается существование групп, так как их наличие противоречит государству самостоятельных и равноправных индивидов.

Архетип подчиненности, на первый взгляд, радикально отличает современное общество от традиционных, он порождает логику, согласно которой общество перекладывает свою ответственность на некое иное образование, в то время как по логике, присущей архетипам идентификации и дифференциации, общество ответственно само за себя и перед собой. Однако разница здесь все же не столь велика, как кажется. Ведь на практике в реальном обществе могут сосуществовать различные модели, кроме того, поведение отдельных групп людей в нашем обществе, как мы увидим, сходно с поведением групп людей в традиционных обществах.

Сосуществование различных моделей и логик в реальных обществах. Согласно М. Аллио, различные логики могут уживаться в одном и том же обществе и порождать различные общественные модели.

В целом группы, составляющие современное общество, подразделяются на приемлющие логику ответственности и отвергающие ее. Эта логика играет значительную роль в традиционных обществах; отсюда схожая манера поведения по отношению к обществу у тех групп, которые в нашем обществе подчиняются этой логике. Так, среди политико-административной верхушки во Франции «стремление к разнообразию» весьма велико, и осуществление власти происходит подчас по правилам, отличным от содержащихся в Конституции и учебниках права. То же относится к министерствам, партиям, профсоюзам: каждая из этих групп ссылается на свою частную компетенцию или на образ мышления, которые присущи только им. Это порождает настоящий свод неписаных правил (право здесь присутствует в скрытом виде, так как писаного кодекса высшей французской администрации не су-

ществует), или же правил, зафиксированных в виде распределения должностных функций. Эти группы соперничают, но это соперничество чаще всего завершается молчаливым соглашением: Государственный совет приравнивается к законодателю, формулируя основные принципы права, и заставляет считаться с собой администрацию, контролируя соотношение между пользой и издержками ее деятельности; но, в качестве компенсации, он не вмешивается в деятельность правительства. Легко заметить и другие совпадения. Это касается и важности, которая придается принципу единогласия: его стремятся достичь посредством диалога (собрание комиссий), а также процедур смягчения и ограничения конфликтов: здесь прослеживается скорее стремление совместить интересы разных групп, чем соблюсти точные правила; в крайнем случае прибегают к арбитражу, вмешательство же суда носит исключительно редкий характер. Эти удивительные, казалось бы, совпадения объясняются одним общим обстоятельством — отсутствием высшей власти, способной в полной мере использовать свой авторитет. Это относится и к обществам с другими архетипами — идентификации и дифференциации. Но это также относится и к группам, стоящим на вершине политико-административной иерархии государства: будучи не в силах положиться на высшую власть, они принуждены самоуправляться на основе принципов, давно уже выработанных традиционными обществами.

Здесь речь не идет о большинстве индивидов, которые находятся в подчинении государства и его администрации: внутри общества действует другая логика — логика архетипа подчинения. Официальное право — право кодексов, законов, регламентов, преподаваемое на юридических факультетах, — регулирует отношения между людьми (по крайней мере их часть). Однако на пороге семейного очага его действие останавливается, возобновляясь лишь в кризисных ситуациях (развод), так как члены одной семьи, социальная дистанция между которыми сведена к минимуму, в целом разделяют идею о том, что государство не должно вмешиваться в пределы «частной жизни». Но в очень обширной сфере между семьей и государством граждане побуждаются последним следовать логике подчинения и положиться на официальное право и только на него, иными словами, на то, что юристы называют формальными источниками.

Этот урок не всегда идет впрок: существует много разновидностей неофициального права, которые регулируют процессы, целиком или частично находящиеся вне контроля государства, но о них учебники права умалчивают. Здесь можно говорить о закономерности: когда доминирующий архетип (имеется в виду архетип современного общества, т. е. архетип подчинения) вступает в конфронтацию с существующими многочисленными логиками, он узаконивает ту логику, которая ему соответствует в наибольшей сте-

пени, и отбрасывает все остальные. Разрыв между реальностью и официальным правом в некоторых областях оказался столь очевидным, что следовало бы обратить внимание на это неофициальное право. Так, наряду с конституционным, административным, уголовным правом, существуют различные науки: политология, криминология и т. д. Но юристы очень не любят эти науки, определяя их как «вспомогательные» по отношению к праву, тогда как они раскрывают его сущность. Большинство юристов предпочитает держаться в тени государства и кодексов. Аллио отмечал: «Мифическая система учебников права перестает действовать, когда возникает необходимость определять позиции и принимать решения на более высоком уровне. В то же время она приходит на помощь потом, когда нужно убедить 54 миллиона французов в том, что право сводит конфликты к минимуму и что они должны повиноваться праву потому, что оно выражает их волю. Для общества в целом и для каждого из его членов цельная и рациональная видимость системы учебников права скрывает противоположную реальность, многообразную и противоречивую, которую помогает вскрыть антропология, стоящая на том, что осмысление мира есть осмысление права»[1].

[1] *Alliot M.* L' anthropologie juridique et le droit des manuels. Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie, 24 (1983), 81.

Глава II
Юридическая антропология позитивного права

Дикая мысль подчиняется той же логике, что и паша, но не тогда, когда она обращается к познанию вселенной, в которой она видит одновременно физические и семантические свойства.

К. Леви-Строс.
«Первобытное мышление»

Поскольку миф является словом, все, о чем можно говорить, может стать мифом. Миф определяется не объектом, на который он направлен, но тем способом, которым он провозглашает этот объект: существуют формальные границы мифа; не существует границ содержательных.

Р.Барт. «Мифологии»

Мифический образ мышления не является собственно принадлежностью только традиционных обществ. Наше современное общество пользуется им, в том числе и в области права: некоторые юридические мифы в ходу в нашем позитивном праве (этой проблеме посвящен первый раздел настоящей главы). При этом опыт, накопленный юридической антропологией в области анализа традиционных систем права неевропейских обществ, позволяет нам лучше понять функционирование нашей собственной юридической системы в таких важных областях, какими являются родственные отношения и правосудие, которым мы посвящаем отдельные параграфы.

Раздел 1. Мифы позитивного права

Мифическое и юридическое мышление. В целом мифы не обязательно отражают реальную действительность; работы Леви-Строса показали, что во многих случаях они противоречат действительной социальной организации. Следовательно, возникает во-

прос: чему же, собственно, служат мифы? Для одних они представляют собой лишь плод деятельности человеческого разума, для которого реальность — только опора, от которой он отталкивается. Для других, если миф может быть подвергнут анализу как особый язык, этот язык является носителем смысла, стремящегося к разрешению противоречий реального мира или к его преобразованию. Как мы увидим, мифы нашего позитивного права вовсе не безобидны: государство (а также социальные группы, которые его контролируют) использует их, чтобы дать обществу его собственный портрет, не соответствующий, однако, его реальной структуре.

Кроме того, как подчеркивал Р. Барт[1], миф является своеобразным способом связи и не может определяться объектом, на который направлен: в миф могут быть воплощены как приключения Одиссея, так и Гражданский кодекс 1804 г. или Конституция 1958 г. Более того, чтобы понять, как миф может служить праву, надо отметить, что значение мифа превосходит смысл тех знаков, которые он использует. Без особого труда можно проанализировать с этой точки зрения некоторые из наших законодательных памятников. Авторитет Гражданского кодекса не есть только результат технического совершенства его статей. В действительности Кодекс выполняет другую миссию: организацию общества в совокупность свободных индивидов, добровольно пожелавших подчиниться праву и руководимых Разумом. Что касается Конституции, то она не только определяет компетенцию различных органов: она является отражением общества, где власть справедлива, контролируема, уважаема и является гарантом прав граждан. Сами по себе выборы в нашем демократическом обществе представляют собой нечто большее, чем просто способ назначения на руководящие посты: это — ритуал, в ходе которого общество демонстрирует свою сплоченность, подчинение меньшинства большинству; в ходе их проявляется также соотношение личности и времени, фактор обновления. Подобно тому как в некоторых африканских племенах монарх периодически предается смерти с тем, чтобы общество могло как бы «возродиться», выборы нового президента, в конечном счете, преследуют ту же цель. Это свидетельствует о том, что господство Времени, неизбежность смерти, — понимаемой как конец или же как переходное состояние, в данном случае безразлично, — являются общими проблемами для всех обществ.

Традиционные общества стремятся к постоянству, современные — трансформируются, придавая большое значение фактору перемены, категории, породившей другой миф — миф Прогресса, вскормивший европейский эволюционизм и вдохновивший вновь

[1] См.: *Barthes R.* Mythologies. Paris, 1957. P. 193.

возникшие африканские государства. Прогресс при этом понимается как материальная форма, заключающаяся в необходимости экономического развития; из него сочли возможным исключить иррациональный фактор, отношения человека и божества. Результат в наши дни очевиден: возвращение к таким способам познания мира, как экология, астрология, различные секты, модернизация древних ритуалов или создание новых — словом, то, что может быть названо возвращением к харизматическому началу в традиционных религиях. Этот возврат доказывает, что материалистическое восприятие мира не более «объективно», чем то, которое ему противостоит. В этом смысле и оно не более чем миф.

Миф индивида и либеральный тотемизм. Современные либеральные общества официально придают большое значение индивиду, как неделимому понятию, в отличие от традиционных обществ, и вкладывают в это понятие следующие категории: личность (в физическом, юридическом и моральном смысле), свобода, собственность и ответственность. Личность располагает правами и обязанностями, определяемыми частично законом, частично ею же самой. Чтобы индивид мог использовать свои права и обязанности, он должен располагать свободой, основанной на его воле (теория автономии воли); совокупность воль индивидов узаконивается с помощью принципа консенсуса. Что касается понятия собственности, то оно соответствует действию принципа свободы на вещи: собственность узаконивает власть индивида по отношению к вещам. Воля, свобода и собственность имеют противовес в лице ответственности, которая, согласно нашему праву, носит персональный характер, в то время как в традиционных обществах имеет место другая тенденция.

То значение, которое придается личности, обусловливает, в конечном счете, официальный принцип, согласно которому индивид может идентифицироваться только сам с собой: один голос равноценен другому голосу, то есть каждый из них абсолютно единичен. Но этот миф очень далек от реальности, в чем нас и убеждает существование — недоказуемое, но несомненное — «либерального тотемизма».

В традиционных обществах тотемизм представляет собой систему классификации, с помощью которой каждая группа людей, чтобы отличаться от других, ассоциирует себя с одним из элементов окружающего мира (как правило, с животным или растением, реже с явлением природы — дождем, облаком и т. п. — или же иным неодушевленным объектом). Часто группа, объединенная общим тотемом, выполняет определенную социальную функцию, отличающую ее от других тотемных групп. Современным обществам тоже знакомо понятие тотема. Но в качестве тотемов уже не предстают объекты животного или растительного мира: эту роль играют явления, порожденные этими же обществами:

пища и способ ее потребления, одежда и манера ее ношения, стиль поведения, средства передвижения и управление ими — все это служит классификации индивидов, позволяет им сориентироваться в своих привязанностях (при этом мы видим, что тотемизм первобытных племен не так далек от нас, как это представляется на первый взгляд: индеец племени алгонквин, называющий себя орлом или медведем, не более экзотичен, чем владелец роскошного автомобиля, с которым этот последний ассоциируется. Существует особый стиль «Мерседеса», «Ягуара», «Феррари» и т. д.).

Но эти привязанности исчезают, как только приходят в противоречие с другим мифом: мифом государства, по отношению к которому миф индивида занимает подчиненное положение. Иначе и быть не может, так как государство способно укреплять свою власть не иначе, как ослабляя и отрицая промежуточные категории, к которым относятся и индивиды. Они продолжают существовать в нашем обществе, но право государства накладывает на них печать молчания.

Миф государства. Согласно М. Аллио, «современное государство, тоталитарное или в любом случае находящееся на пути к тоталитаризму, является одним из самых ужасающих мифических порождений»[1]. Во всяком случае очевидно, что государство стремится занять место в нашем сознании, ранее принадлежавшее Богу, вплоть до того, что стало возможным говорить о «государственном провидении», подобно тому как ранее говорили о «Божественном провидении». В этом смысле государство может представать как одна из уз, связывающих человека с божественным началом. В любом случае государство выступает гарантом фундаментальных ценностей общества, охранителем права, защитником граждан. Как считает Э. Ле Руа[2], государство западного типа покоится на следующих началах:

1) *Трех составляющих принципах:* общее представление о человеке, выработанное под влиянием римского права и христианского монотеизма, которое позволило сконструировать понятие личности; идея бухгалтерского учета, ассоциируемая, с одной стороны, с бюрократической писаниной, присущей древневосточным империям, и, с другой стороны, с изобретением римлянами договорного и торгового права, переносимого на собственность; бюрократический принцип, лежащий в основе административного государства, который реализуется в различной степени социали-

[1] *Alliot M.* Appartenance dites, appartenance tues, Le mutant d'Afrique, 2 (1982).

[2] См.: *Le Roy E.* Le modele europeen de Г Etat en Afrique francophone. Logistiques et mythologies du discours juridique, dans «Decolonisation et nouvelles dependances», dir. C. Coquere-Vidrovitch et A. Forest. Lille, 1986. P. 80—110.

стическими и либеральными государствами нашего времени, который также узаконивает и обеспечивает власть технократов.

2) *Трех структурных атрибутах:* господство фактора времени, которое породило эволюционизм XVIII в. и лежит в основе планирования и футурологии; господство фактора пространства, (обеспечивающегося с помощью понятия территории), которое вызвало к жизни (начиная с позднего средневековья) картографию и которое послужило формированию западной пространственно-временной матрицы; господство фактора тела: человеческое тело и социальный корпус идентифицируются; один и тот же термин corpus означает одновременно оболочку человека и книгу, в которой заключены доктрина или право.

3) *Трех способах выражения,* в которых воплощены три многозначных понятия. Прежде всего это Текст: текст — это не просто совокупность написанного, он представляет собой независимый авторитет, который организует право и общество. Далее, концепция иерархии институтов: от союза государства и нации рождаются три вида власти (законодательная, исполнительная, судебная), в свою очередь, порождающие закон (законодательная власть), регламент (исполнительная власть), основные принципы права (судебная власть). Высший фактор, который не дает этому разделению прийти в беспорядок, — это сначала Бог, затем Разум, позднее — всеобщий интерес. Наконец, видимость авторитета и законности: социальный и юридический порядок должен быть разумным, обоснованным и скрывать тот факт, что на самом деле в нем используются ресурсы сакральности. Если государство и его право могут претендовать на могущество, это менее зависит от их рациональности, чем от того превосходства, которое ими выказывается по отношению к индивидам и их общностям. Если государство столь разумно, как мы полагаем, почему в таком случае это понятие так сложно объяснить ребенку? В традиционных обществах хорошо знали, что постижение мифов требует длительной подготовки.

Интересно отметить, что каждой из этих концепций в нашей политической литературе соответствуют действительные мифологические конструкции.

Среди мифов, относящихся к конституционным принципам, можно назвать Левиафана, вымышленного Гоббсом в 1650 г., выражающего общую психосоматическую концепцию: государство-Левиафан предстает в образе очень сильного, высокорослого человека. Многочисленные сказки Вольтера и Свифта иллюстрируют идею хорошего правления с отлаженной системой учета. «Басня о пчелах», опубликованная в 1723 г. Б. де Мандевиллем, показывая превосходно организованную жизнь этих насекомых, утверждает, что бюрократия является основой хорошего управления. Вико в 1725 г. отдал дань эволюционизму, проследив путь от богов к героям, а от

героев — к людям. В 1793 г. Сен-Жюст связал понятия народа и территории: разделение территорий есть следствие разделения на народы. Идентификация человеческого тела и социального корпуса утверждается творцами многочисленных основополагающих мифов, проповедующих идею общественного договора, от Гоббса до Руссо: индивиды, выделившись из царства природы, вступают с государством в общественный договор; государство вначале дает людям определенные блага, а затем принимается угнетать людей; индивиды же противостоят ему с помощью деклараций о правах и свободах.

Эти многочисленные примеры показывают, что современное государство часто прибегает к мифам, чтобы самоутверждаться. Но если мифы пытаются дать соответствующую действительности картину, идет ли речь о природе или о нраве, эта картина зачастую искажает реальность. Ибо государство — одно из явлений, стремящихся возобладать над обществом. Мифы в таком случае призваны дать такое представление о государстве, которое в наибольшей степени отвечало бы его интересам. Как мы увидим, закон и кодексы служат при этом в качестве инструментов.

Мифы кодексов и законов. Кодексы и законы — опорные столбы права, по меньшей мере того, которое преподается на юридических факультетах. Согласно выражению Ж. Карбонье, Гражданский кодекс представляется как «символ остановившегося времени»[1]. В самом деле, это единственный из пяти наполеоновских кодексов, чья структура осталась практически неизменной (многочисленные реформы в области семейного права, проведенные в начальный период правления V Республики, органически в нее вписались). Это кажущееся постоянство заимствовано у традиционных мифов, которые стремятся доказать, что будущее должно строиться по модели настоящего.

Тем не менее в действительности Кодекс претерпел важные изменения. В 1804 г. в нем доминировал принцип изономии (соответствия). В дальнейшем он ослаблялся и были сформулированы права отдельных групп: в 1938 г. земледельцы провозгласили свой партикуляризм в отношении права наследования, в 1980 г. — в семейно-брачных отношениях; то же было сделано в отношении ремесленников и мелких предпринимателей в 1982 г. Социальные классы находятся перед Кодексом не в равном положении: если средние классы, как правило, следуют ему, то высшие порой от этого уклоняются, низшие же игнорируют его, по крайней мере, так утверждают некоторые. Нет уверенности в том, что иммигранты из стран Магриба не предпочитают Кодексу свои законы.

[1] См.: *СагЪоппгег J.* Le code civil, dans «Les lieux de la memoire», dir. P. Nora; «La nation». Т. П. Paris, Gallimard, 1986. P. 308.

Таким образом, для большинства французов Кодекс является всего лишь мифическим знаком, в том смысле, как это понимает Р. Барт: гражданин (неюрист) знает, что Кодекс содержит законы; он знает также, что должен подчиняться государству, и Кодекс есть не что иное, как осязаемый символ этого подчинения. Сами же по себе нормы Кодекса остаются в целом для него неведомыми. Ж. Карбонье пишет: «Гражданский кодекс вместо памяти? Это так, поскольку он явился событием и поскольку он представляет собой книгу... Но индивидуальная память, когда она обращается к законам, быстро исчерпывает свои возможности... Несколько фраз, рассеянно выслушанных во время брачной церемонии, опыт какого-то процесса, — например, бракоразводного (память хранит обычно горькие моменты), — обрывки сведений о судебных процессах, почерпнутые из средств массовой информации, — ничто это не может заменить то привычное гражданское право, которое (еще в начале нашего века) было на слуху во многих семьях как отражение Кодекса. Если мы говорим о том, что французы иногда коллективно вспоминают Гражданский кодекс, то это не значит, что они знают его досконально, постатейно. Они воспринимают его как воображаемую линию горизонта — горизонта, к которому они относят свое незнание или же смутное представление о праве»[1].

Закон также принадлежит к тем явлениям, чьи контуры затушеваны мифом. Лакордер писал: «Закон освобождает, свобода угнетает». Нам продолжают внушать, будто закон выражает волю народа. Но кто, кроме юристов, знает, что законы рождаются в министерских учреждениях: 90% законов, принятых на сегодняшний день парламентом, являются результатом правительственной инициативы[2]. Это всего лишь один из аспектов более широкого явления: в противоположность мифу о иерархии источников права, ставящему закон на первое место, границы действия закона постоянно сужаются. Обычай, значение которого постоянно преуменьшается в учебниках права, играет весьма активную роль в предпринимательской, социальной, международной коммерческой сфере, иными словами, в этих областях соглашение достигается чаще с помощью договора, нежели нормы.

В конце XX в. к праву постепенно возвращается его созидательная роль, т. е. та роль, которая была отнята у него Революцией, передавшей ее закону: в юриспруденции меняются понятия соглашения воль (теории общественного порядка, добрых нравов, причины, пороков соглашения), гражданской ответственности (теория ответственности без вины), собственности (теория беспричинного

[1] *Carbonnier J.* Op. cit. P. 311—312.

[2] См.: *Fabre M. N.* La Republique. Aix-en-Provence, Edisud, 1987. P. 37.

обогащения), субъективного права (теория фальсификации закона, злоупотребления законом); меняется понятие самого закона (теории основных принципов права, исключительных обстоятельств).

Что касается практики, то разрабатываются новые юридические формулы (порядок заключения брака, страхования, право совместной собственности). Не остается в стороне и администрация: ее роль возрастает с начала периода правления V Республики, с того времени, как Ш. Деббаш писал: «В течение двадцати последних лет юридические принципы все более освобождаются от мифов: администрация, кажется, в значительной мере освобождается от уважения к праву».[1] Это, в частности, справедливо для областей налогообложения, урбанизма (наука о благоустройстве городов) и охраны окружающей среды. Это прямо проявляется в происхождении не только законов, но также и декретов, постановлений, циркуляров, директив, министерских ответов. Роль этих, на первый взгляд, второстепенных факторов зачастую не меньше, чем влияние традиционной триады: закон — юриспруденция — обычай.

Наконец, юридическое мышление, сформированное учебниками, на наших глазах рушится, появляются иные конструкции, относящиеся к группам, отрицаемым официальным правом. Взамен традиционных категорий (право публичное, частное, уголовное, гражданское и т. д.) возникают разновидности права, регулирующие деятельность отдельных групп: предпринимательское право, право социального обеспечения, право урбанизма, трудовое право, право найма, страхования, общественной деятельности; право профсоюзное, нотариальное, коммерческое и т. д. Постепенно постмодернистское право возвращается к разделению на традиционные формы права, соответствующие обществу как совокупности групп, в котором функция превалирует над личностью[2]. Старые мифы исчезают, но их место, без сомнения, будет занято новыми мифами; будем же внимательны.

Раздел 2. Мутации семьи и ее устойчивость

К. Леви-Строс писал: «Нельзя больше оставаться в заблуждении, что с древних времен семья эволюционирует в строго определенных формах, мы не можем быть уверенными, что не столк-

[1] *Debbach Ch.* L'Administration et la Loi. Droit + Economie, 18 (1975). P. 26 sq.

[2] Некоторые авторы толкуют эти явления как свидетельства упадка права, его исчезновения (См.: *Lochak D.* Droit, normalite et normalisation, dans: Le Droit en proces, dir. J. Chevallier-D. Lochak. Paris, Puf, 1983. P. 77; *Oppetit B.* L'Hypothese du declin du droit. Droits, 4 (1986). P. 9—10). Не правильнее ли было бы видеть в них, скорее, ослабление концепции права, присущей Западной Европе?

17.Заказ№1837.

немея вновьс архаическими формами, а те, что придут им на смену, вовсе не обязательно будут прогрессивными. Напротив, может быть, в своей изобретательности человеческий разум слишком рано постиг почти все разновидности семейного устройства; то, что мы принимаем за эволюцию, на самом деле не есть ли результат выбора одной из возможностей в уже имеющихся пределах?»[1].

Наиболее крупные исследования истории семейных отношений доказывают, что и в этой области, как, впрочем, и в других, эволюционистские теории не подтверждаются практикой. Наша модель семейных отношений, в которых позитивное право учитывает лишь некоторые элементы, не придавая значения другим, связана с более общим понятием, знакомым антропологам: комплексными системами родственных отношений. Брачные союзы, на заключение которых постоянно оказывает давление запрет кровосмешения, регулируются в этих системах законами, которые в полной мере не отражаются Кодексом. Семья — это всегда компромисс между природой и культурой, и хотя современная эволюция ее форм и проявлений зашла далеко, люди по-прежнему остаются ей привержены: несмотря ни на что, семья остается устойчивой.

§ 1. Критика эволюционизма

Нуклеарная семья: несуществующая модель? Широко известное положение гласит, что на заре нашей цивилизации, равно как и в далеких экзотических странах, имела распространение большая семья, на смену которой затем пришла семья нуклеарная, т. е. малочисленная, такой переход осуществлялся постепенно, в разных местах и в разные сроки. Однако надо заметить, что эта трансформация не носит необратимого характера, и в современном западном обществе родственные связи, окружающие отдельную семью, играют более значительную роль, чем это признается позитивным правом[2]. Это последнее придает значение лишь связям, соответствующим индивидуалистической модели, на которой покоится современное либеральное государство.

В географическом плане на сегодняшний день можно говорить о том, что модель нуклеарной семьи утвердилась в северных странах, а также в странах англосаксонской культуры. В то же время в

[1] *Levi-Strauss.* C. Preface. Histoire de la famille, I. Paris, A. Colin, 1986. P. 13.

[2] См.: *Segalen* M. et *Zondbend F.* Families en France // Histoire de Famille. T. II. (Op. cit.). P. 508—512.

странах Средиземноморья семейные роли в большей степени зависят от пола и возраста, и индивидуальная свобода подчинена контролю родственников (в частности, при выборе супруга). На этом основании можно было бы сделать вывод, что урбанизация и индустриализация способствуют утверждению модели нуклеарной семьи, тем более что повышение социальной мобильности, часто сопровождающее мобильность географическую, разрывает родственные связи, заменяя их связями дружескими.

Однако на деле это далеко не столь однозначно. С одной стороны, социальная мобильность намного слабее, чем это кажется на первый взгляд. Согласно данным опроса, проведенного в 1977 г., во Франции 57% сыновей рабочих последовали в выборе профессии по стопам своих родителей и лишь 9% из них стали представителями высшего класса или свободных профессий; таким образом, если социальная мобильность и существует, то степень ее отнюдь не так высока[1]. Сегодня даже в нашем сверхиндустриализированном и урбанизированном обществе родственные узы, выходящие за рамки нуклеарной семьи, представляют собой немаловажный фактор, хотя право и пренебрегает им. Свидетельств тому немало. Хотя понятие приданого как такового исчезло, и институт завещания как передачи по наследству определенного имущества подвергся значительным изменениям, родители продолжают помогать своим детям материально, хотя и другими способами: ссужают им деньги на ведение самостоятельного хозяйства, открывают счет в банке для оплаты жилья, влияют на выбор профессии (22% молодых людей выбирают свою профессию при активном содействии родителей). Кроме того, уменьшается «пропасть» между поколениями, так как родители выходят на пенсию раньше, чем прежде, и выполняют общие функции со своими детьми, воспитывая внуков; влияние на детей, таким образом, перестает быть привилегией родителей.

Право на службе мифа. Нуклеарные семьи не являются монадами, как бы право не стремилось утвердить этот миф: закон от 31 декабря 1917 г. снизил с 12-й до 6-й степени родства право наследования по боковой линии; закон от 26 марта 1957 г. ставит в порядке наследования пережившего супруга перед дядей и племянником; закон 1964 г. освобождает супруга-наследника от надзора семейного совета; система налога на наследство в настоящее время фактически приравнивает к посторонним всех родственников, за исключением супруга и наследников покойного по прямой линии.

Это преимущество, предоставляемое официальным правом нуклеарной семье (практика часто противоречит этому), небезобидно. Государство при этом получает двойную выгоду. С одной

[1] См.: *Thelot* C. Tel pёre, tel fils. Paris, Dunod, 1982.

стороны, нуклеарная семья облегчает государству его деятельность в области учета, контроля и налогообложения. С другой стороны, на более пристальный взгляд, нуклеарная семья олицетворяет индивидуалистические ценности (консенсуализм, автономию воли), так что в своей деятельности государство не встречает противников в лице тех групп, которые, возможно, могли бы стать препятствием.

Историческая обстановка, в которой наиболее сильно распространилась идеология нуклеарной семьи, т. е. в период после второй мировой войны, весьма способствовала утверждению мифа: Государственное Провидение брало на себя функции, традиционно принадлежащие семье. По меньшей мере, оно заставляло верить, что позитивное право является одним из результатов урока, полученного обществом. Антрополог и историк смотрят на это по-другому. Нуклеарная семья не является прямой наследницей большой семьи, и будущее принадлежит не только ей. «В концепции эволюционизма, долгое время царившей в обществе, почти не осталось места для постулата, гласящего, что переход от традиционной большой семьи к семье нуклеарной носит прогрессивный и универсальный характер. Со времен раннего средневековья и даже более ранних, возможно, античных времен, историки наблюдают возникновение, если не триумф, нуклеарного хозяйства. Что касается статистических источников, то они констатируют наличие в Европе, с начала нового времени, различных форм семейной организации, каждая из которых играет значительную роль в более или менее ограниченных пределах»[1].

§ 2. Комплексные системы родства в современных обществах: брачные союзы и запрет инцеста

Смысл комплексности. Если нуклеарную семью можно рассматривать как ступень на воображаемой шкале семейных отношений, то эти последние представляют собойобширный ансамбль, принадлежащий к антропологическим категориям; комплексные системы родственных отношений, базирующиеся на универсальном обмене, при котором потенциальный супруг не определен заранее и в котором отсутствует строгая схема заключения любого брачного союза. Как мы уже видели, универсальный обмен способствует проявлению в полной мере социальных, политических и экономических различий, так как он в принципе позволяет индивидуумам перемещаться в любом пространстве, в то время как ограниченный обмен распространяется только между определен-

[1] *Burguibre A. et al.* Histoire de la famille // Op. cit. T. II. P. 530.

ными группами по цепи поколений. Вот почему современное позитивное право освящает комплексные системы с их всеобщим обменом: с юридической точки зрения, вне круга родственников, подпадающих под определение близких, индивид пользуется полной свободой выбора супруга. Этот принцип позитивного права полностью соответствует мифу индивидуализма, присущему современному либеральному государству, который гласит, что индивид должен обладать неограниченной свободой. Но это соответствие не надо смешивать с идентификацией, так как в традиционных обществах также встречаются, хотя и значительно реже, комплексные системы с универсальным обменом. Речь идет, таким образом, о типе системы родственных отношений, используемом современным либеральным государством и правом, который, однако, создан не ими.

Однако свобода выбора, освященная правом, лишь кажущаяся: на самом деле, сделав выбор в пользу комплексных систем универсального обмена, общество расплачивается за это социальным разделением, поскольку наши брачные отношения регулируются квазиимперативным принципом социально-экономической гомогамии (однородности).

Социально-экономическая гомогамия. Семья является основным инструментом социального воспроизводства, которое конкретно реализуется с момента заключения брака. Стрелы Купидона, как правило, отлетают недалеко: иными словами, в большинстве случаев супруги происходят из одной и той же среды: этот феномен и получил название социально-экономической гомогамии[1].

Согласно данным опроса 1969 г. (в качестве объекта использовались семьи, сложившиеся после 1960 г.), было установлено, что 65% сыновей земледельцев выбрали в супруги дочерей земледельцев же, и только 2% — дочерей высших служащих, хозяев или представителей свободных профессий; 54% сыновей рабочих женились на дочерях рабочих, и только 1% — на девушках, происходивших из более высоких слоев общества. Более позднее анкетирование (результаты опубликованы в 1987 г.)[2] подтвердило существование феномена: в браке соединяются, как правило, люди, имеющие общее социальное и географическое происхождение. Это хорошо известно брачным агентствам, так как они основываются именно на таких совпадениях, вводя кандидатуры потенциальных супругов в свой банк данных.

[1] Наше позитивное право игнорирует это явление. Но римское право уделяло ему внимание: запрет на браки между патрициями и плебеями до lex Canuleia (445 г. до н. э.) и на браки между свободными и вольноотпущенниками (до 18 г. до н. э.).

[2] См.: *Rudder C.* de. Qui aime qui? // Le Nouvel Observateur. 31 juil. — 6aoutl987. P. 51—53.

18. Заказ № 1837.

Таким образом, наличие феномена налицо, остается лишь объяснить его. Первое наблюдение показывает, что позитивное право игнорирует гомогамию, так как оно ставит индивидуума на первое место по отношению к группе, а республиканский девиз ассоциирует свободу с равенством и братством. Тем самым создается основа для мифа. Второе замечание: обмен является не более чем фикцией, так как, и отдавая, и получая, в большинстве случаев группы не выходят за пределы своего круга. Третье соображение: с антропологической точки зрения, в процессе заключения брачных союзов на смену семейным, родственным группам пришли группы социальные.

Здесь у некоторых антропологов возникают вопросы. Ф. Эритье предполагает, что социальная гомогамия сочетается с такими отношениями в родственных структурах, которые могут быть определены следующим образом: «Не надо исключать того, что анализ процесса выбора, осуществляемого в действительности достаточно обширными группами людей, может выявить существование критериев, находящихся вне подразумеваемой системы родственных отношений и иерархической классификации различных типов родства»[1]. Ф. Зонабенд формулирует положение, созвучное мыслям Ф. Эритье: «Этнологи показали, что в так называемых архаических обществах умели скрывать социальные или политические маневры под маской родственных отношений; отсюда можно задаться вопросом: не стремится ли наше современное общество скрыть под маской политики или экономики генеалогические мотивы?»[2]

Подобные гипотезы интересны, но ждут пока своего подтверждения.

Наконец, следует отметить, что приверженность к гомогамии, демонстрируемая современным обществом, усиливает аргументацию Леви-Строса, направленную против «естественных» оправданий кровосмешения: когда индивиды приобретают право избирать супруга свободно, выбор осуществляется в пользу подобного, а не отличающегося. Этому выбору позитивное право противопоставляет компромисс: разрешается выбирать супруга из своей среды, но не очень близкого родственника.

Постоянство угрозы инцеста и запрета на него. Среди народов мира запрет на браки между более или менее близкими родственниками имеет варианты: частота браков между двоюродными братьями и сестрами колеблется от 0 до 60% от общего числа браков. Принцип кровосмешения осуждается сегодня всеми фран-

[1] *Heritier* F. L' Exercice de la parente. Paris, Callimard-Le Seuil, 1986. P. 166.

[2] См.: *Zon abend F.* Le tres proche et le tres lointain. Reflexion sur ^organisation du champ matrimonial dans les societes a structure de parente complexes // Ethnologie francaise. 11—4 (1981). P. 317.

цузами, хотя отношение к нему у многих зависит от степени родства потенциальных супругов. Чем слабее это родство, тем меньше отрицательное отношение к такого рода бракам.

Анкетирование 1986 г.[1] показало, что интимные связи между родителями и детьми (даже по взаимному согласию) осуждают 80% опрошенных; 68% опрошенных отвергают возможность кровосмешения между братьями и сестрами, и только 28% — между двоюродными братьями и сестрами. Степень отрицательного отношения к инцесту увеличивается в зависимости от возраста опрошенных: люди до 25 лет, как правило, считают его нарушением «нежелательным, но же слишком тяжким», может быть, потому, что молодые люди воспитаны в меньшем уважении к принципу иерархии, чем предшествующие поколения.

Наше общество придает значение главным образом факту «порождения» в биологическом смысле этого слова. Отсюда и неодинаковая оценка кровосмешения между родственниками по нисходящей и по боковой линиям. Более значимыми представляются отношения между родственниками в первом случае, так как они связаны с понятием «порождение», а во втором случае — нет. Нельзя одновременно порождать потомство и вступать с ним в брачные отношения: это означало бы абсолютное отрицание закона обмена, нарушение самым грубым образом запрета на кровосмешение. По мере того как уменьшается степень родства по боковой линии, с этим родством перестает связываться понятие порождения, и табу на инцест перестает действовать.

Трудно оценить реальную частоту фактов инцеста в сегодняшней Франции, принимая во внимание то чувство стыда, которое испытывают, как правило, совершающие кровосмешение. Официальные источники, в 1977 г. отметившие 6 таких фактов, не дают правдоподобной картины. В целом кровосмешение порождает стыд, так как считается «противоречащим природе».

В языческом обществе Древнего Рима биологическому фактору не придавалось такого значения: необходимость запрета на кровосмешение диктовалась законом обмена[2]. В более близкое к нам время необходимость запрета на кровосмешение основывалась на реальности такого соблазна для членов одной семьи. Однако, если «промежуточное» право (имеется в виду совокупность юридических реформ в период от Революции до Гражданского кодекса 1804 г.) смягчило этот запрет, сузив круг ограничений для заключения брака по сравнению с прежними, первые кодексы упомина-

[1] См.: *Bonjean C.* La sexualite des Fran?ais. Paris, Le Point, 749 (26 janv. 1987). P. 81—82.

[2] См.: *Franciosi G.* Clan gentilizio e strutture monogamiche, I. Napoli, 1978. P. 173.

ют о нем лишь в самой лаконичной форме: ни Гражданский кодекс 1804 г., ни Уголовный кодекс 1810 г. не определяют его. Доктрина впервые обращается к определению этого запрета в 1899 г. в «Трактате по гражданскому праву» Планьола. И тем не менее, хотя о самом понятии инцеста ничего не говорится, но, судя по оценке его последствий, отрицательное отношение к нему наполеоновских законодателей не оставляет ни малейшего сомнения. Статья 331 Гражданского кодекса лишала прав детей, рожденных от кровосмесительных браков, а также незаконнорожденных, так как последующий брак их родителей признавался невозможным; ст. 335 запрещала добровольное признание таких детей их родителями; ст. 342 возбраняла любые попытки установления при этом материнства или отцовства. Только ст. 762 признавала за такими детьми право на получение алиментов, в том случае, если их родители умерли. Эта возможность была весьма спорной, так как такие дети не имели права пытаться установить свое происхождение. Во всяком случае, на практике такие факты не встречались[1].

Со времени Гражданского кодекса 1804 г. до наших дней эволюция в этой области отмечена двумя особенностями: ограничение запрета в гражданском праве (он касается, в первую очередь, родителей и детей, так как для законодателя родительский авторитет и половые отношения исключают друг друга) и более сильная репрессия в уголовном праве. Но в целом этот вопрос по-прежнему остается в тени. Уголовный кодекс рассматривает инцест только как отягчающее обстоятельство при изнасиловании (ст. 331), а Гражданский кодекс, не определяя его, перечисляет тех родственников, брак между которыми невозможен (ст. 161—164). В отношении таких родственников запрет носит безоговорочный характер по прямой линии и выборочный (частичный) по боковой. Надо также отметить, что подобный запрет распространяется также на браки между усыновителями и усыновленными, и это наглядно доказывает, что не одни только мотивы евгеники являются основанием запрета на инцест.

Итак, постоянное существование запрета на инцест в нашем обществе ставит два вопроса. Первый касается того лаконизма, который присущ праву в этом отношении, заставляющего думать, что запрет этот был изобретен именно правом. В то же время мы знаем, что корни этого запрета лежат в культуре. Игнорирование этого факта законодателем объясняется, без сомнения, тем, что на своем уровне он может решить проблему простым перечислением степеней родства: так или иначе, но каждый индивид уверен, что знает, почему он не может вступить в брак с близким родственником, а от права требуется только обозначить границы этого

[1] См.: *Pomarbde J.* L'inceste et le droit bourgeois au XIX s., dans: Droit, Histoire et Sexualife, dir. J. Poumarede et. J.-P. Royer. Lille, 1987. P. 255.

родства. С другой стороны, на более глубоком уровне, государство, устами которого гласит кодекс, должно хранить в этом вопросе молчание: ибо законодательствовать в отношении запрета на кровосмешение, значило бы придавать значение закону обмена и как следствие — тем родственным группам, наличие которых связано для государства с потенциальной опасностью.

Но почему этот запрет продолжает существовать в наше время, тогда как в целом в современном обществе эти группы, кажется, играют гораздо менее значительную роль, чем в традиционных обществах? Мы хорошо знаем, что у нас — по крайней мере, мы так считаем — любой брачный союз основывается не только на соображениях генеалогического порядка, а руководствуется и иными критериями, прежде всего экономическими, политическими и социальными. Ответ на поставленный вопрос будет тем более полон, чем менее конкретен, если предположить, что запрет на инцест основан не только на генетической опасности последнего. Согласно Ф. Эритье и Ф. Зонабенду, запрет на инцест остается актуальным, так как даже в нашем современном обществе существуют определенные правила в создании брачных союзов. Леви-Строс не исключает, что в один прекрасный день этот запрет исчезнет, но не ранее чем появятся иные способы обеспечить прочность социальных связей[1]. Наконец, в нашем понимании, устойчивость запрета на инцест может быть истолкована как некий противовес. В самом деле, утвердившаяся тенденция к социальной гомогамии скрыто отрицает правило обмена. Устойчивость запрета на инцест противостоит в данном случае кажущемуся отрицанию социальных групп, служит своего рода призывом к действию закона обмена.

Как бы то ни было, устойчивое наличие запрета на инцест доказывает, что семья всегда балансирует между данными природы и социальными императивами. Традиционные общества придают особое значение последним, тогда как в нашем обществе семью, скорее, относят к первым. По крайней мере, это демонстрируют наши современные концепции, касающиеся понятия преемственности.

§ 3. Природа и отношения родства: антропологический взгляд на нетрадиционные способы зачатия

В каждом обществе связь между поколениями представляет собой культурную конструкцию, выработанную на основе нескольких биологических инвариантов (постоянных величин). В настоящее время во Франции понятие родственной связи прежде всего

[1] См.: Un anarchiste de droite. Entretiens avec C Levi-Strauss // L'Express (17—23 oct. 1986). P. 129—130.

связывается с понятием биологического происхождения, и это является относительно оригинальной позицией по сравнению с другими обществами. Что касается способов зачатия, которые мы считаем новыми, то они являются лишь способом преодоления бесплодия, и в этом их в определенных случаях можно уподобить тем решениям, которые на протяжении долгого времени вырабатывались традиционными обществами.

Данное и созданное в отношениях родства. Всякая система родства, традиционная или современная, включает в себя несколько универсальных биологических инвариантов[1]: воспроизводство привносит в человеческую природу элемент соревнования двух полов; оно имеет следствием отношения родства, порядок которых не может быть нарушен (поколение родителей всегда предшествует поколению детей); порядок последовательности рождений в рамках одного поколения подразделяет индивидов на старших и младших, и параллельные линии потомства образуются индивидами, классифицированными подобным образом. Исходя из этих трех весьма простых принципов, изобретательный человеческий разум выработал все возможные варианты родства, число которых достигает шести. Только четыре из них встречаются достаточно часто. Среди этих шести вариантов наши общества выбрали систему кровного родства (когнат) или недифференцированного родства (с патрилинейным уклоном, который практически исчез после реформы 1986 г., обеспечившей свободу присвоения фамилии любого из родителей). В этой связи следует сделать важное замечание: доля «созданных» родственных отношений сейчас важнее доли «данных» отношений родства, поскольку больше созданных вариантов родства.

Само понятие единокровности может интерпретироваться поразному. В общепринятом смысле (т. е. не обязательно в юридическом) его можно толковать как тип родственных отношений, объединяющий индивидов, имеющих непосредственного общего предка — отца, мать, деда, бабку. Но оно довольно часто удаляется от этого определения, которое не выходит за рамки мира природы.

Презумпция, имеющая место в римском права: pates is est quem nuptiae demonstrant (то есть предполагается, что отец является супругом матери), воспринята нашим позитивным правом, и многие традиционные общества также в свое время восприняли ее. Усыновление также создает узы фиктивного единокровия, столь же обязывающие, как и узы единокровия биологического: в позитивном праве запрет на браки распространяется на детей, усы-

[1] См.: *Heritier-Auge F.* La cuisse de Jupiter. Reflexions sur les nouveaux modes de procreation, L'Homme, 94 (1985). P. 5—22; *Labrusse-Riou C.* La filiation et la medecine moderne // Revue Internationale de droit compare, 2 (1986). P. 424 sq.

новленных одними и теми же приемными родителями, хотя бы они и были рождены от разных людей. Мы знаем, что многочисленные традиционные общества неодинаково относятся к отношениям единокровного родства, причем критерий этих отношений не зависит от степени генеалогической близости индивидов: двоюродные братья и сестры по параллельной линии столь же близки генеалогически, как и таковые по перекрестной линии, но очень часто брак запрещается для первых и приветствуется для вторых.

В большинстве примеров, которыми мы располагаем, искусственная конструкция родства берет верх над естественной. Как говорит пословица народности само, «слово дает родство, слово лишает родства». Надо согласиться со словами Ф. Эритье: «Единокровие в человеческом обществе есть всего лишь социально признаваемое отношение; и в этом состоит свойство систем родственных отношений как совокупности правил, регулирующих родственные связи, совместное проживание и вступление в брак, с помощью которых они отличаются от законов природы. Воспроизводство людей является инструментом воспроизводства общественного порядка. Оно входит в символическое понятие общественного порядка в том случае, если признается, что система родственных отношений существует только в сознании людей и является сугубо произвольной системой представлений»[1].

Понятие родства, таким образом, не всегда рассматривается как продолжение понятия порождения. Однако наше современное общество связывает эти два понятия в большей степени, чем другие.

Родство и порождение в современном обществе. Французское позитивное право в этой области имеет тенденцию отхода от традиции, существовавшей в большинстве человеческих обществ, ставящей социальный фактор перед биологическим. Действительно, если право, исходящее из Гражданского кодекса 1804 г., множило фикции и презумпции, то закон от 3 января 1972 г. основывает понятие законного родства на биологической основе, иными словами, понятие родства идентифицируется с понятием порождения. В этом заключается парадокс для неискушенного наблюдателя: «примитивные» общества принципиально прибегают к абстракции и вымыслу, в то время как наше «цивилизованное» общество привержено к конкретности данных природы.

В то же время, как мы увидим, эту тенденцию подтверждает наблюдение из другой области: новые способы зачатия дают надежду тысячам супружеских пар, в сознании которых порождение является единственным способом обладания потомством, хотя и при содействии третьих лиц, а усыновление многие из них не приемлют. Как объяснить тот факт, что наше общество в этом

[1] *Heritier F.* L'Exercise de la parente. P. 14—15.

случае отступает от общей традиции? Несомненно, под влиянием противоборства нескольких факторов. Первый из них — технологического порядка: прогресс медицины делает возможным ранее немыслимое. Второй касается уменьшения того значения, которое ранее имели брачные узы: растет число союзов свободных, временных или прерывающихся. Третий, более сложный, на наш взгляд, касается неполного принятия понятия преемственности, которое имеет место в нашем обществе.

В традиционных обществах сам факт обладания ребенком не происходит из «права на ребенка» (отношение, ставшее у нас частым), но, кроме того, как отмечает Ф. Эритье, из желания и обязанности дать жизнь потомству: не передать жизнь означало бы порвать цепь, которая уходит далеко в прошлое и должна бесконечно продолжаться в будущем, это означало бы разрушить связи, цементирующие общество, и лишало бы человека возможности и после смерти присутствовать незримо среди живущих (так как умирающий бездетным не имеет никого, кто поклонялся бы ему как предку).

Частично это справедливо и для нашего общества. Так, ребенок всегда считался «лекарством против смерти». Однако собственная смерть всегда значит для человека гораздо больше, чем даже смерть его детей: индивид, таким образом, имеет приоритет перед группой. Кроме того, сама смерть у нас воспринимается как безысходность гораздо чаще, чем в традиционных обществах: там, где существует вера в загробную жизнь, страх смерти меньше. Смерть без возврата — вот что объясняет то, что большинство супружеских пар придает такое значение тому, чтобы ребенок был непременно их собственным порождением, и готовы преодолеть значительные препятствия, чтобы добиться этого результата.

В целом можно сказать, что, порождая потомство, человек приносит благо прежде всего самому себе. Если бы дело обстояло иначе, бесплодие не преодолевалось бы такими сложными способами, и усыновление практиковалось бы гораздо чаще (в традиционных обществах люди также стремятся прежде всего иметь собственных детей, но, если это им не удается, в их распоряжении имеется много разных способов обеспечить себе потомство, коль скоро природа им в этом отказывает).

И, наконец, сказывается наша неосознанная приверженность к природе. Иметь ребенка традиционным способом, значит, соответствовать ей, тем более что наша индустриальная цивилизация все больше этому мешает. И наш выбор в пользу природы здесь так однозначен, что мы сами не осознаем парадокс: столь сильное желание отождествить себя с природой приводит к появлению новейших способов зачатия, которые, по существу, являются насилием над природой.

Вспомогательные способы зачатия. Эти новые способы, как мы увидим, носят не столь уж второстепенный характер, как принято думать. На первый взгляд, они кажутся однозначно вспомогательными, прежде всего потому, что индивиды и супружеские пары прибегают к ним лишь в том случае, если традиционные усилия не дают желаемого результата, а, во-вторых, потому, что они в любом случае никогда не стали бы нормой. Отметим прежде всего, что эти способы зачатия, как и все остальные, подчинены всеобщему императиву воспроизводства человеческого рода, даже если некоторые из них и не предполагают физическую близость. С другой стороны, не обращаясь к милым сердцу этнолога отдаленным цивилизациям, отметим, что наша западная цивилизация весьма давно знакома с понятием «отдачи внаем чрева»: тому есть немало примеров в Древнем Риме, когда мужчины отдавали своих жен «в наем» (ventrem locare) супружеским парам, где жена была бесплодна. При этом можно проследить наличие сходной для всех обществ тенденции отдавать первенство мужчине: так, именно на женщину, как правило, падало подозрение в бесплодии. В нашем обществе до сих пор слышны отголоски этого. В традиционных же обществах эта черта усиливается недооценкой биохимического процесса зачатия: предполагается, что состав крови передается через сперму (еще не так давно в нашем обществе мужчина обычно говорил о своих детях, что они — «его кровь»), а женщина является не более чем вместилищем (средневековые законники называли ее «вазой», в традиционных обществах нередко используются такие термины, как «котелок», «сумка», «котомка», «лодка» и т. д.).

Однако, помимо этих общих черт, одна особенность отличает новые способы зачатия. В их числе, умножившемся благодаря новейшим достижениям биологии, мы сталкиваемся с появлением различных типов матерей: матерями-заместителями, оплодотворяемыми спермой мужа бесплодной женщины, которые вынашивают ребенка по заказу другой супружеской пары и являются матерями в генетическом и фактическом смысле; социальная мать — это бесплодная женщина, прибегающая к практике такого зачатия и усыновляющая затем рожденного ребенка. Но отцовство тоже может оказаться диссоциированным: на деле надо различать социального отца, т. е. мужа женщины, которая оплодотворена спермой анонимного донора, и фактического, известного или неизвестного, который является этим донором. Другие технические новшества дают возможность «перепрыгнуть через поколения»: замороженный эмбрион, сохраняющийся в течение десятилетий, может «родиться» уже после того, как умрут его внучатые племянники (отметим, что этот прыжок может быть совершен только вперед, но не назад: какова бы ни была дата его рождения, ребенок всегда находится в одной и той же генеалоги-

ческой позиции по отношению к своим создателям и поколениям, приходящим ему на смену).

Все эти способы являются новейшими достижениями современности. Это верно в строго материальном смысле. Но, сталкиваясь с теми же проблемами бесплодия, традиционные общества издавна умели их решать, используя фикции, делая ставку на абстрактное за неимением возможности изменить конкретное. Искусственные пути различны, но все они ведут к вечности, потому что открывают нечто такое, что способно победить смерть, — а именно возможность обладания потомством. Приведем пример. В племени само (Буркина-Фасо) девочка выдается замуж в младенческом возрасте. Достигнув половой зрелости, она официально имеет связь с любовником, после чего начинает жить с мужем; ребенок, который рождается при этом, считается первенцем законного союза. При этом женщина не может иметь больше одного законного мужа, даже если после его смерти она будет иметь детей от других мужчин. Наоборот, мужчина может иметь последовательно несколько законных жен, и в случае, если жена переживет мужа, юридически он считается отцом всех тех детей, которые родятся у нее впоследствии от союза с другими. Благодаря этому бесплодный мужчина может в результате оказаться отцом многочисленного потомства. Возможен и такой вариант: в случае отсутствия потомства (по причине «несовместимости крови», подтвержденной гаданием), если, несмотря на это, пара не желает расставаться, то женщина делает вид, будто покидает мужа, вступает в связь с другим мужчиной и затем возвращается к законному супругу, уже будучи матерью одного или нескольких детей, которые считаются его законными детьми. Этот маневр по сути своей идентичен тому, что мы называем оплодотворением с помощью донора.

Что же касается «прыжка через поколения», то этот способ позволяет идти еще дальше и опрокинуть порядок преемственности. Мы видели, что механизмы присвоения имени могут сочетаться с верой в перевоплощение предков, как в том случае, когда отец может считать своим отцом собственного сына.

Надо ли из этого заключать, что современные способы зачатия ни в чем не являются новыми? Это не совсем так. С одной стороны, традиционные общества манипулируют родственными отношениями, современные — биологическими данными. С другой стороны, современные способы суть порождение технократической и потребительской цивилизации, которая, похоже, само человеческое тело делает предметом спроса и предложения. Наконец, современные способы разъединяют понятия сексуальности и зачатия[1].

[1] По этой причине их осуждает католическая церковь.

Некоторые антропологи полагают, что основания для создания законов в этой области нет. Во всяком случае, справедливо то, что на сегодня новейшие способы зачатия используются лишь ничтожным меньшинством супружеских пар и индивидов. На самом деле, семья как институт продолжает существовать, хотя и в измененном виде.

§ 4. Устойчивость семьи

Кризис супружества и новые типы семьи. «Когда общество теряет культуру, семья становится, в социальном смысле, эманацией требований природы, с которыми приходится считаться, в противном случае никакое общество, как и человечество в целом, не могло бы существовать. Как учил Бэкон, природу победить можно не иначе, как подчиняясь ее законам. Поэтому общество должно признать семью», — писал Леви-Строс[1]. Однако, если верить представителям старшего поколения, — молодежь с этим не согласна — семьи более не существует или, по крайней мере, она находится на пути к исчезновению. Государство взяло на себя функции, ранее принадлежавшие семье (школьное образование, социальное обеспечение взамен семейной взаимопомощи). Другие учреждения также во многом подменяют семью: ясли, детские сады, столовые берут на себя часть функций работающей женщины. Эти явления охотно связываются с другими: одну из причин роста числа разводов видят в финансовой независимости, которую получили женщины; законный брак зачастую уступает место сожительству, основанному на желании партнеров не связывать себя строгими правилами; растет также число внебрачных детей.

Короче говоря, с одной стороны, семья теряет свой официальный статус в обществе, который ранее придавал ей законный брак, с другой стороны, ей угрожают качественные изменения (в частности, возникновение неполных семей, чаще всего «матрицентричных», так как в большинстве случаев ребенок живет с матерью). На деле причины разводов бывают самые различные; в том числе к влияющим на их рост факторам следует отнести и увеличение периода совместной жизни супружеских пар, учитывая всеобщее увеличение продолжительности жизни и снижение брачного возраста.

Вопреки распространенному у нас мифическому представлению, супружеские пары раньше были не более устойчивыми, чем теперь: однако их разлучала только физическая смерть, а не юридический разрыв (развод) при законном браке или фактический конец связи (при сожительстве). Если взглянуть на изучаемые этнологами общества с этой точки зрения, придется констатировать,

[1] *Lzvi-Strauss C.* Le regard eloigne. Paris, 1983. P. 92.

что наши представления о каком-то особом влиянии современности на эту область человеческих отношений — не более чем иллюзия: в большинстве этих обществ индивиды вступают в брак неоднократно на протяжении своей жизни, и дети, рожденные от разных союзов, часто оказываются в одинаковом положении. Но верно также и то, что наше современное общество, основывающее институт брака на консенсуализме и наличии эмоциональных уз, ослабило его: так как чувства — вещь непостоянная, основывать на них прочные союзы затруднительно. Без сомнения, в интенсивности такие союзы выигрывают, зато проигрывают в продолжительности[1].

Искусственное повышение значимости институциональных уз по отношению к эмоциям является тем средством, к которому прибегают традиционные общества, придающие большее значение постоянству групп, нежели воле индивидов. Позитивное право избрало противоположный путь. Если Гражданский кодекс и не определяет понятие брака, то его статья 146 прямо гласит, что «там, где нет взаимного согласия, нет брака», ст. 1398 квалифицирует его как контракт, а введение в 1975 г. процедуры развода по совместному ходатайству супругов представляется косвенным подтверждением этих принципов: брак создается взаимным согласием и прекращает свое существование с его утратой. Индивидуализм, стержень наших современных обществ, ослабил институт брака. В этом смысле увеличение числа внебрачных связей по отношению к законным союзам не является признаком дегенерации системы, а всего лишь ее логическим завершением.

В целом этот кризис супружества идентифицируется с гибелью семьи. Эта ошибка вытекает из той параллели, которую мы проводим между семьей и нуклеарным хозяйством, так же, как и понятие родства сокращаем до размеров моногамной нерасторжимой супружеской четы. На самом деле этот кризис супружества укрепляет сеть родственных отношений, на которые может опереться потомство «матрицентричных» семей. Поколение дедушек и бабушек играет при этом огромную роль, тем более что это поколение сегодня значительно моложе, чем раньше, ибо возраст, в котором обычно удаляются от дел, снизился: таким образом, это поколение стало более сильным и более свободным, чем раньше[2]. С другой стороны, семья сейчас менее чревата конфликтами, чем пре-

[1] До 30-х годов XX в. любовь не являлась необходимым условием брака (хотя и не исключалась): «Для того чтобы вступить в брак, мужчина и женщина должны были нравиться друг другу, понимать друг друга, короче, подходить друг другу. Это отнюдь не исключало наличия любви, но и не гарантировало ее появления в будущем... Жениться означало прежде всего составить команду» *(Prost A.* Frontieres et espaces du privee, dans Histoire de la vie privee, dir. G. Duby — P. Aries. Paris, 1987. T.V. P. 89—90).

[2] См.: *Royal S.* Le printemps des grands parents. Paris. 1987.

жде: при долго живущих родителях у детей дольше не возникает оснований спорить из-за наследства; что касается ведения домашнего хозяйства, оно перестает быть единственным источником дохода, новое поколение меньше зависит от родителей, что также ограничивает возможность конфликтов. Источник меньшего числа обязанностей, семья становится в большей степени убежищем, чем раньше, по крайней мере пока в ней живет молодое поколение. Таким образом, очевидно, что семья переживает кризис супружества, однако она претерпевает изменения в смысле «частной жизни». Правда, не следует преувеличивать: эти изменения не носят кардинального характера. На более пристальный взгляд хорошо заметно, что известные антропологам черты присущи семье и ныне.

Антропологический взгляд на современную семью. Работы М. Сегалена и Ф. Зонабенда позволяют нам оценить с антропологической точки зрения современную французскую семью[1]. Особого внимания заслуживают три момента: существование групп наравне с индивидами, новая интерпретация понятия смерти, устойчивость ритуальной функции.

Существование групп. Даже при том, что позитивное право на деле превращает брачный союз в контракт, социальный институт брака служит объединяющим началом для семейных групп. Мы знаем, что во многих традиционных обществах брак считается действительным лишь с момента рождения первого ребенка. Наша семейная практика на свой лад подтверждает это. С другой стороны, если, с юридической точки зрения, брачный союз и родственные отношения имеют общие проявления (обязанность взаимной поддержки, обязанность материальной взаимовыручки между родственниками по прямой линии, тот факт, что в судебном процессе родственники и свойственники иногда не могут выступать свидетелями, и т. д.), на самом деле свойственники и единокровные родичи с самого начала строго различаются. О первых можно сказать, что они играют как бы второстепенную роль (во французском языке они определяются с приставкой «beau» и «belle» к термину, обозначающему степень родства). Благодаря рождению детей свойственники переходят в категорию единокровных родственников (супруги становятся отцом и матерью, тесть с тещей и свекор со свекровью — дедушками и бабушками). Долгое время строго соблюдались также правила духовного родства, и если крестный отец избирался из материнской родни, то крестная мать — из отцовской и т. п.

Кстати, мы знаем, что в традиционных обществах принцип одномерности в преемственности действует чаще, так как он помогает лучше структурировать общество вокруг семьи. Наше по-

[1] См.: *SegalenM. — ZonabendF.* Families en France, dans: Histoire de la famille, t. II. P. 497—527; *Schifres A.* Quels parents etes-vous? // Le Nouvel Observateur (1—7 avril 1988). P. 76—83.

зитивное право, напротив, утверждает, что преемственность носит недифференцированный характер. Но на практике дело обстоит несколько по-другому. Сегодня нет практически ни одной французской семьи, где бы не различались отцовская и материнская линии. Каждый знает свою генеалогию с одной стороны, как правило, лучше, чем с другой. И это могло бы послужить доказательством того положения, что в конечном счете родственные отношения существуют прежде всего в сознании.

Новая интерпретация понятия смерти. Всякая семейная традиция преемственности представляет собой череду рождений и смертей. Но в эти события может вкладываться разный смысл, в зависимости от того, как понимается смерть — как переход в невидимое состояние, однако продолжающее сосуществовать с реальным миром, или же, напротив, как полное и окончательное исчезновение данного индивида. Мы знаем, что традиционные общества отдают предпочтение первой концепции, а современные — второй. И тем не менее нельзя говорить о том, что в современном обществе целиком и полностью господствует вторая концепция. Поэтому семейные отношения приобретают у нас некую двойственность. С одной стороны, частично они сходны с семейными отношениями в традиционных обществах, ибо им не чужда мысль, что смерть может быть преодолена. Мы видели, что в традиционных обществах обряд присвоения имени часто основывается на том, что умерший предок как бы вновь воплощается в новорожденном, получающем его имя. Так же и у нас родня дает имя ребенку, передавая это традиционное для семьи имя из поколения в поколение. Более того, обряд передачи имени часто принимает определенную форму: старшему сыну дают имя деда по отцу, старшей дочери — бабки по матери; соответственно младший сын и младшая дочь получают имена деда по матери и бабки по отцу. Прочие же дети зачастую носят имена родственников по боковой линии, произвольно выбираемых с той или с другой стороны.

Однако имеет место и противоположная тенденция, основанная на часто встречающемся в нашем обществе избегании мыслей о смерти, стремящемся заглушить тот страх, который является порождением понимания смерти как бесповоротного конца. Об этом свидетельствуют многие факты. Во-первых, надо отметить, что семейные церемонии, как бы прославляющие жизнь, явно преобладают над теми, что связаны со смертью. Крещение, первое причастие, свадьба дают повод к многолюдным застольям и многочисленным подаркам. Этот размах отнюдь не присущ, в отличие от совсем недавнего прошлого, современным похоронам.

В практике же выбора имени нередко встречаются примеры, обратные тем, которые мы приводили выше. С одной стороны, выбор имени дает возможность продемонстрировать пристрастие к оригинальности, и это перевешивает обязанность отдать дань

традиции. С другой стороны, вопреки старым обычаям все больше утверждается традиция справлять именно день рождения, а не день именин, то есть праздник того святого, в честь которого дано имя. В данном случае мы имеем дело не с идеей преемственности, а, напротив, с идеей новизны, символизируемой приходом в мир нового человека.

Каждая из этих двух тенденций является отражением двух противоположных идей, и каждая из них имеет достаточно примеров в жизни. Которая же из них возобладает?

Ритуальная функция. Ритуал (обряд) — это воплощение на практике мифологических сюжетов. Как писал Леви-Строс, «ритуал соответствует представлениям человека о мире»[1]. Традиционные общества изобилуют семейными ритуалами. Они сохраняют силу и в современных обществах, подтверждая положение об устойчивости семьи. Одни из них носят памятный характер: служат напоминанием о событии, лежащем в основе образования данной семьи (серебряные, золотые и платиновые свадьбы), прославляют жизнь (дни рождения) или увековечивают память предков (годовщины смерти). Другие имеют целью продемонстрировать наличие вокруг отдельной семьи более широкого родственного союза: ежегодные общесемейные торжества на Пасху и Рождество (религиозный праздник при этом служит лишь поводом) или во время каникул. Праздник Матери, который возрождался в весьма различных условиях (появившись в начале века в США, он отмечался в нацистской Германии и вновь популярен в наши дни), имеет, однако, искусственный характер и свидетельствует об определенной ностальгии: в эпоху, когда вышедшая за пределы домашнего очага женщина в значительной мере утратила прежние функции его хранительницы, ритуал настойчиво стремится напомнить ей, что семья прежде всего покоится на матери. Воистину, мы не обязательно воспринимаем мир таким, каков он на самом деле. В этой связи можно поставить вопрос: действительно ли, как утверждают некоторые авторы, наш мир семейных и социальных отношений в скором времени преодолеет неравное положение полов?

Судьба модели неравного положения полов. Как подчеркивают все социологические исследования, одним из главных событий, отметивших последние десятилетия, явилась эволюция поведения женщины. То, что женщина работает, — не достижение новейшего времени; за исключением представительниц очень узких кругов, она работала всегда. Однако ранее эта работа не выходила за рамки домашнего очага. Сегодня женщина осуществляет свою профессиональную деятельность вне дома и может распоряжаться

[1] *Levi-Strauss* C. L'Homme nu. Paris, 1971. P. 609.

своими заработками по собственному усмотрению. Это обстоятельство во Франции закреплено законом: закон от 13 июля 1907 г. дает право распоряжаться своим заработком замужним женщинам; закон от 18 февраля 1936 г. отменяет гражданскую несостоятельность женщины и ее зависимость от мужа; закон от 13 июля 1965 г. запрещает мужу препятствовать попыткам своей жены наводить справки о его доходах; закон от 4 июня 1970 г. о родительской власти закрепляет право женщины участвовать в руководстве семьей и воспитании детей; закон от 25 декабря 1985 г. устанавливает равноправие супругов во всем, что касается совместного распоряжения имуществом. Таковы основные вехи в области гражданского права (в трудовом праве наблюдается аналогичный процесс), которыми отмечено уравнение в правах мужчины и женщины. Говорит ли этот факт о том, что семейная и социальная роль двух полов становится одинаковой? В этом случае пришлось бы говорить о конце разделения труда по половому признаку, который до сих пор был присущ всем человеческим обществам. В одной из своих работ Э. Бадинтер[1] выдвинула гипотезу о том, что с исчезновением патриархата прекращает свое существование модель неравноправия полов. Этот тезис требует от нашего сознания мобилизации значительных резервов. Прежде всего, мы должны констатировать, что эволюция такого рода коснулась лишь западных наций, и нет никакой гарантии, что она охватит все человечество. Сегодняшняя экспансия ислама, похоже, свидетельствует об обратном. И даже если говорить непосредственно о западном обществе, необходимо учитывать массу обстоятельств.

Некоторые данные говорят о том, что на практике неравноправие продолжает существовать; те профессии, которые принято считать преимущественно женскими, — не самые высокооплачиваемые; при исполнении одинаковой работы мужчиной и женщиной зарплата последней, как правило, ниже; если доля женщины в ведении домашнего хозяйства уменьшилась, то помощь мужчины в этой области по прежнему мизерна. Видимо, на деле равноправие женщин далеко не так прочно утвердилось в нашем сознании, как это представляется на основании официальных деклараций и даже опросов общественного мнения: тот, кто на словах ратует за равноправие, в своем собственном доме нередко исповедует противоположные принципы.

Предсказывать будущее — весьма не простое дело: оно равным образом может принять непредсказуемые формы или пойти заранее вычисленным путем. Однако в свете антропологических данных следует отметить, что модель неравноправия полов является тем решением, к которому прибегают традиционные общест-

[1] См.: *Badinter E.* L'un et l'autre. Paris, 1986. См. также: *Бадинтер Э.* Мужская сущность. М., 1995 *(прим. перев.).*

ва, чтобы обеспечить свою жизнеспособность, ибо всегда имеется риск ее утраты. В действительности следует различать подчиненную роль одного пола по отношению к другому и господство одного пола над другим; и вполне возможно представить себе общество, где один из полов играет подчиненную, но не угнетенную роль. Как подчеркивала Э. Бадинтер, вероятно (если ее гипотеза верна), было бы ошибкой понимать дело так, что наши общества одновременно с утратой патриархальности утрачивают и модель неравноправия полов. При этом антропологический опыт учит, что в целом существование неравноправия полов в большинстве человеческих обществ, как правило, все же выражается в превосходстве мужского пола над женским. Модель «гибкого», подвижного неравноправия полов существует в наше время достаточно устойчиво, вопреки кажущемуся «исчезновению» семьи и изобретению новейших способов воспроизводства рода, и это заставляет предполагать, что каше общество не пойдет дальше по пути отождествления полов, что в конечном счете означало бы тупик.

Раздел 3. Категория договора и категория принуждения в способах урегулирования конфликтов в современном обществе

Бог дает нам иглу, чтобы сшивать связь, и хранит нас от того, кто вооружен ножом и хочет ее разрезать.

Поговорка племени ануфо (Сев.Того)

Плохое соглашение лучше, чем хороший *суд.*

Французская пословица

ЕСЛИ современное государство стремится к тому, чтобы сделать из права *свое* право, его воля к вмешательству в полной мере проявляется в области урегулирования конфликтов. Максимально эта воля выражена в административной юстиции. Как же обстоит дело в «альтернативных» процедурах, которые более не осуществляются согласно классическим моделям, предусмотренным государственными инстанциями судебного порядка? Нам предстоит прежде всего попытаться определить границы вмешательства государства в структуры урегулирования конфликтов. Антропологический характер нашего исследования предписывает нам более подробно остановиться на альтернативных формах правосудия, в той мере, в какой этот материал позволяет провести аналогии со способами урегулирования конфликтов, используемыми в традиционных обществах.

§ 1. Область вмешательства государства в урегулирование конфликтов

В нашем современном обществе, где право на первый взгляд сводится к праву государства, правосудие представляется прерогативой государственных ведомств, обеспечивающих равные для всех условия. Однако на деле это далеко от реальности. Ибо, с одной стороны, государство создало специальное правосудие для того, чтобы рассматривать дела, связанные с деятельностью его администрации; с другой стороны, наряду с судом существуют другие способы урегулирования конфликтов, так называемые альтернативные, которые осуществляются или самими государственными судебными ведомствами, или эта функция передается другим, отличным от государственных, инстанциям.

Административная юстиция — неприкосновенная юстиция? Прежде всего надо заметить, что государство предоставляет административной юстиции, которая имеет для него первостепенное значение, особый статус, который несет с собой многочисленные преимущества[1]. До Великой Французской революции парламентарии неоднократно пытались ограничить произвол монархии, о чем помнили первые творцы Конституции. В 1790 г. они объявили, что «судьи не могут каким-либо образом вмешиваться в функции административных органов. Это является должностным преступлением». Ибо государство стремилось обозначить границы сферы действия собственной ответственности, маскируя эти намерения одним из своих главных мифов: защитой общего интереса, которая якобы превалирует над защитой частных интересов. На самом же деле государство охраняет само себя. Эта охрана становилась для него все более необходимой по мере того, как расширялась сфера его вмешательства (это символизирует смена одной мифологической фигуры — Жандарма — другой — Покровителем) и его ответственности.

В 1987 г. административными судами было рассмотрено 60 000 дел, в среднем же они рассматривают сверх того ежегодно 10% дел. Эти цифры скромны в сравнении с теми, которые характеризуют деятельность других судебных ведомств (в 1985 г. 23 554 дела было рассмотрено кассационным судом, 217 779 — апелляционным, 1 161 960 — судами первой инстанции). Надо ли на основании этого делать вывод, что это свидетельствует о большем уважении закона и порядка со стороны государства и его органов, чем со стороны частных лиц? Необходимо заметить, что отдельное лицо ждет от суда большего, чем от административной

См.: *Coignard S.* La mauvaise foi de l'Etat // Le Point. 805 (22 fevr. 1988). P. 46—49.

юстиции. Вплоть до 1961 г. Государственный совет отказывал в возмещении морального ущерба, мотивируя это тем, что «слезы не имеют денежного выражения»; этот принцип был воспринят другими юрисдикциями, и в наше время согласованные возмещения мало распространены. Более того, возникает проблема, состоящая в том, что в отличие от гражданского или уголовного суда административный суд не может привлекать к ответственности орган государственной власти.

Надо также отметить, что административные судьи действуют в условиях некоторой «интимности»: часто работают в министерских кабинетах; Государственный совет, как указывает его название, служит для советов в управлении государством. Бесспорно, это позволяет им лучше узнать администрацию, но нельзя ли при этом предположить, что они не забывают о защите своих собственных интересов? Эти последние, впрочем, достаточно хорошо защищаются, так что частное лицо нередко бывает обескуражено сроками судебных разбирательств (четыре-пять лет в провинциальных административных судах, при том, что в судах первой инстанции по гражданским делам этот срок в 1985 г. был сокращен до года). Наконец, заметим, что не только государство причастно к тому, что административные суды в равной мере рассматривают дела, в которых частные лица противостоят коллективам: тот факт, что после принятия закона от 2 марта 1982 г. компетенция этих судов расширилась (при том, что их акты находятся под контролем законности), лишь подчеркивает те сложности, с которыми сталкивается частное лицо, как только оно хочет к ним прибегнуть.

Признавая эти обстоятельства, административная юстиция оправдывает их главным образом тем, что ссылается на принцип общей выгоды. Антрополог может принять этот аргумент не иначе как с известной долей скептицизма. Он видит в нем, скорее, демонстрацию феномена судебного плюрализма. Как и социальный корпус, представляемый администрацией, государство располагает правосудием, являющимся его атрибутом и действующим в его режиме; в этом смысле административная юстиция могла бы рассматриваться как независимая, подобно той, которая существовала в средние века. Но государство маскирует режим привилегий, которые им присвоены, прибегая к мифическому облику единого начала, объединяющего социальные группы. Этот облик помогает ему направлять в русло так называемой «государственной» юрисдикции дела, в которых друг другу противостоят частные лица. Не все конфликты, возникающие между этими последними, обязательно разрешаются посредством этой юрисдикции. Наряду с ней существует и альтернативная юстиция.

Альтернативные процедуры: юстиция без государства? Что понимается под альтернативными процедурами урегулирования

конфликтов? Во-первых, их можно определить от обратного: это такие процедуры, которые не оканчиваются решением юрисдикционного типа, когда третья сторона, т. е. судья, представляющий государство, выносит решение на основе юридических норм, обязательное для обеих сторон. Неюрисдикционные методы, применяемые альтернативными процедурами, различны. Урегулирование конфликтов может быть полностью предоставлено инициативе сторон и основываться на решении диадического (двустороннего) типа, например, на мировом соглашении. В то же время не исключена и необходимость вмешательства третьей стороны, в этом случае вступают в силу отношения трехстороннего типа, например, при посредничестве, примирении сторон и арбитраже.

В отличие от суда все альтернативные процедуры, хотя и в разной мере, основаны на принципе компромисса. Некоторые авторы пытались характеризовать их, используя понятие «модель нулевой суммы»[1]. Эта концепция выдвинута в 1963 г. антропологом В. Обером в рамках теории игр. Он утверждал, что если двое игроков связаны только отношениями состязания, делающими из них противников, то в конце игры выигрыш одного неизбежно означает проигрыш другого. В конечном счете результат игры нулевой. Суд соответствует этой модели: судья решает, кто прав, кто виноват. Модель компромисса, лежащая в основе внесудебных способов, подчиняется иной логике. Обе стороны стремятся достичь такого положения, при котором выигрыш одной стороны не оборачивался бы проигрышем для другой. В этом смысле, в случае удачи, игра заканчивается с позитивным «сальдо»: стороны приходят к отличному от первоначальных ставок результату. Схематически это можно показать следующим образом:

Модель с «нулевой суммой» (суд)	Модель с «положительной суммой» (компромисс)
Триада (тяжба предполагает вмешательство третьей стороны)	Диада (тяжба разрешается, как правило, двумя сторонами)
Решение преподносится сторонам в готовом виде и обязательно для них	Решение достигается в ходе переговоров сторон
Суд основывается на прошлых фактах	Компромисс предусматривает будущие отношения
Суд определяет, кто прав и кто виноват	Компромисс стремится снять конфликт в отношениях
Суд строго основывается на юридических нормах	Компромисс стремится к согласованию имеющихся интересов в большей степени, чем к применению норм

[1] См.: *Stan J., Yngvesson B.* Scarcity and Disputing: zeroing on compromise decisions // American Ethnologist. 2 (1975). P. 553—567.

Различие по последней позиции особенно важно. Действительно, Ж. Г. Белле отмечал, что обращение к триадической модели способствует нормативизации отношений[1]. И в самом деле, перед лицом третьей стороны участники процесса должны упорядочить свои претензии, привести их в соответствие с нормами. Перед судьей нормативизация достигает своего апогея.

Альтернативные процедуры, однако, не сводятся только к различным способам урегулирования конфликтов во внесудебном порядке и внесудебными инстанциями. На деле, ведомства этого порядка могут в некоторых случаях (суды по делам несовершеннолетних, мировой суд, суды по вопросам брачных отношений) брать на себя процедуры, не ограничивающиеся урегулированием конфликтов: мы также относим их к числу альтернативных. Концепция, которая позволяет нам осмыслить эти два типа альтернативных процедур, — концепция, основанная на категории договора, содержащаяся в общей концепции нормативных категорий Э. Ле Руа[2].

Этот автор различает четыре типа категорий на основе различных способов урегулирования конфликтов. Первая категория — категория соглашения: противостоящие стороны не доводят дело до конфликта как такового, они стремятся достичь полюбовного соглашения в рамках отношений диадического типа. Ее противоположностью является категория спора: конфликт оканчивается победой более сильного или более ловкого участника, но отношения остаются диадическими. Между этими полюсами находятся две остальные категории. Категория договора, при которой конфликт между сторонами требует вмешательства третьего лица, предусматривает содействие последнего в поиске путей достижения согласия, при этом юридические нормы служат моделями, но не императивами. Переход к категории принуждения знаменуется превращением конфликта в тяжбу, разрешаемую судом на основе существующего права.

Эта классификация, на наш взгляд, весьма удачная, требует тем не менее некоторых уточнений.

Во-первых, весь набор этих категорий не всегда встречается одновременно в разных обществах. Категории соглашения и спора распространены повсюду, но категория принуждения не встречается в примитивных традиционных обществах, в то время как в развитом обществе государство повсеместно прибегает к ней. Наряду с этим суды как воплощение категории принуждения не яв-

[1] См.: *Belley J.* G. Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit. These sociologie juridique. Paris II, 1977, multigr., 569. P. 212—218.

[2] См.: *Le Roy E.* La conciliation et les modes precontentieux de reglement des conflits. BLAJP // 12 (1987). P. 39—50.

19. Заказ №1837.

ляются исключительно принадлежностью развитых обществ: традиционные общества также знакомы с ними.

Далее следует подчеркнуть, что в нашем обществе те процедуры, которые мы охарактеризовали как альтернативные, (все равно, являются ли они принадлежностью ведомств судебного порядка или внесудебных инстанций), строятся на модели договора. А эта модель, как мы знаем, господствует в большинстве традиционных обществ. Отсюда возникает важный вопрос: почему публичная юстиция, приверженная к категории принуждения и к суду, опирающаяся на поддержку государства, не только допускает, что другие инстанции берут на себя ее функции в урегулировании конфликтов, используя при этом альтернативные модели, но и, более того, применяет в своей собственной юрисдикции процедуры, основанные на категории договора? Этот вопрос влечет за собой другой, особенно важный для антрополога: возможно ли в отношении этих процедур говорить об альтернативном правосудии, отличном от публичного правосудия, основанного на традиционных, негосударственных принципах права. Мы не можем ответить на эти вопросы, пока не поймем, что означает даже сам факт их постановки. Действительно, эволюционистская теория долгое время препятствовала постановке этих вопросов.

§ 2. Интерпретативные теории множественности нормативных категорий урегулирования конфликтов

Теория эволюционизма толковала множественность нормативных категорий разрешения конфликтов диахронически. В наши дни ее сменила теория судебного плюрализма, базирующаяся на синхронистическом подходе.

А. Диахронический подход: теория эволюционизма

Прежде чем мы приступим к критике, рассмотрим те принципы, на которых покоится теория эволюционизма.

Экскурс в теорию эволюционизма. Для теории эволюционизма, которой придерживается до сих пор большинство юристов, внесудебные способы, отождествляемые с «частной юстицией», традиционно стояли на заднем плане по отношению к публичной юстиции в условиях возрастающей мощи государства. Основные начала этой теории можно найти в работах Дюркгейма. Этот автор считал, что возрастание социальной напряженности, т. е. числа ситуаций, в которых индивиды могут вступать в контакты друг с другом, влечет за собой усиление разделения труда и необходи-

мость регулирования конфликтов все более специальными ведомствами. Рост социальной сложности, который сопровождает этот процесс, играет ту же роль: чем более гетерогенно (неоднородно) общество (на социально-экономическом, этническом или религиозном уровне), тем больше проявляется тенденция к нормативизации, являющаяся одним из признаков здравого смысла в праве, так как необходимо выработать основные принципы, которые отвечали бы потребностям всех групп общества. Эта тенденция характерна для современных обществ в отличие от традиционных обществ, менее сложных в социальном отношении и менее подверженных напряженности. Первые в данном случае используют договорные процедуры, вторые — принуждение.

Что касается различных факторов, которые действуют в области урегулирования конфликтов в современном и традиционном обществах, кажущееся единодушие авторов в этом вопросе основывается на природе отношений, существующих между частями этих обществ.

В традиционных обществах отношения носят коллективный и многообразный характер, и индивиды связаны ими на различных уровнях (multiplex relations): экономическом, религиозном, семейном и т. д. В современных обществах отношения являются индивидуализированными и однозначными (simplex relations): в большинстве случаев можно быть связанным с другой частью общества лишь в одной сфере отношений. В первом случае разрыв отношений и выбор модели с «нулевой суммой» могут быть весьма болезненными для частей общества, и оно будет стараться разрешить свои разногласия с помощью договорных процедур. Во втором случае тенденция будет прямо противоположной. Теория эволюционизма, достоинством которой является простота, к сожалению, не отличается точностью, так как она наталкивается на многочисленные препятствия.

Критика теории эволюционизма. Прежде всего надо констатировать, что разделение отношений на однозначные и многозначные не может служить критерием эволюции. Как отмечал Я. Ван Велсен, группы и индивиды могут в равной мере быть связаны многозначными отношениями и в современном обществе. Кстати, многие авторы подчеркивают, что если тип связи, господствующий в обществе, является важным фактором при выборе между категорией договора и категорией принуждения, во внимание следует принимать не только структурные параметры. Ж. Г. Белле и Р. Гадац обращают внимание на их природу: чем более отношение эмоционально, интимно и длительно (например, между членами одной семьи), тем менее вероятна возможность обращения к третьей стороне, особенно к суду (не смешивать со случаями, когда отношения уже практически порваны, например, при разводе); чисто деловые или недавно существующие отношения подвержены проти-

воположной тенденции. Важен также и смысл конфликта: когда стороны делают из разрешения своего конфликта «вопрос принципа», принуждение берет верх над договором; кстати, теория эволюционизма не может объяснить, почему при регулировании множества конфликтов современное общество далеко не всегда прибегает к суду, а ограничивается договорными процедурами.

В частности, как прямо замечает Я. Ван Велсен, положение юрисдикции в судебной иерархии влияет на ее выбор между договором и принуждением: чем выше поднимаемся мы в судебной иерархии, тем вернее принуждение одерживает верх над договором, и наоборот (это наглядно показывает само название наших старинных «мировых судов», находящихся у подножия иерархической пирамиды). Другими словами, чем дальше продвигаемся мы по пути правосудия (апелляционные и кассационные суды), чем серьезнее дело (начиная со спора по гражданскому делу и кончая тяжким уголовным преступлением), тем чаще наше общество делает выбор в пользу принуждения, что свидетельствует о доверии, которое испытывает общество к праву и публичной власти.

Другой пример применения категории договора обусловливается возрастающей важностью, которую ныне в нашей судебной системе приобретает понятие добровольного обязательства[1]. Оно основано на принципе, который характеризует право в большинстве традиционных обществ: юридическая норма теряет императивный характер, стороны могут обсуждать ее, в некотором роде договариваться относительно ее применения (контрактуализация). В нашем современном обществе эта *контрактуализация закона* осуществляется под контролем представителя судебной власти, (но от этого не становится менее эффективной) не только в области гражданского права, но и уголовного. Закон от 11 июля 1975 г. гласит, что разводящиеся супруги могут сами оговаривать условия своего развода под контролем должностного лица (магистрата); в воспитательных целях последний обязан проявлять при этом инициативу, направленную на защиту интересов ребенка. Ордонанс 1945 г. о малолетних правонарушителях предусматривает использование судьей в возможно более полной мере воспитательных средств в случае, если несовершеннолетний принимает предлагаемые условия с целью избежать репрессивных действий. Что касается совершеннолетних, уголовное право (названное А. Гарапоном «мягким») в зависимости от тяжести содеянного предусматривает меры воспитательного воздействия без заключения под стражу (отсрочка исполнения приговора с испытательным сроком, «общественно полезный» труд, замена наказания и т. д.). Вместе с А. Гарапоном даже можно задаться вопросом: «Не будет ли ре-

[1] См.: *Garapon A.* La notion d'engagement dans la justice francaise contemporaine, DC, 13, (1987). P. 51—77.

зультатом такой эволюции учреждение органами правосудия процедур восстановления в правах тех, кто соблюдал свои обязательства, подобно тому, как сам процесс все больше будет напоминать церемонию поражения в правах?»[1]. Наконец, можно вспомнить частный арбитраж, который постоянно включается в судебную систему.

Что означают все эти отступления от категории принуждения? На наш взгляд, они показывают, что эволюционистская модель не может объяснить множественность нормативных способов разрешения конфликтов; категория договора не является исключительной принадлежностью традиционных обществ, некоторые из них знакомы и с категорией принуждения; в наших современных обществах уживаются одновременно и категория принуждения, и категория договора. Эволюционистская модель не может считаться абсолютно ложной, но она чрезмерно грешит провозглашением слишком радикальных различий между традиционными и современными обществами.

Мы согласны с Ж. Г. Белле в том, что этой модели следует предпочесть синхронистический подход, основанный на том, что разница между традиционными и современными обществами заключается не в том, что последние отвергают категорию договора, а, скорее, в модификации динамизма, регулирующего множественность способов разрешения конфликтов: в традиционных обществах отдают предпочтение категориям договора, в современных — принуждения. Однако во многих случаях в ходе судебного процесса сторонам предлагаются альтернативные решения. При этом нельзя ограничиваться только этой простой констатацией. Следует найти причину, по которой в наших современных обществах бок о бок существуют категории принуждения и договора в урегулировании конфликтов: убедительные доказательства на этот счет дает нам теория судебного плюрализма.

Б. *Синхронистический подход: теория судебного плюрализма*

Мы уже рассмотрели теории юридического плюрализма. Теория судебного плюрализма является их продолжением. Если различные социальные группы порождают свое собственное право, они располагают при этом инстанциями, способными его санкционировать; если данный процесс осуществляется параллельно с государственной судебной системой, речь идет о внегосударственном судебном плюрализме. Но государство, со своей стороны, в рамках своей судебной системы пользуется плюралистическими

[1] *Garapon A.* Op. cit. P. 56.

методами, которые вовсе не противоречат его стремлению сохранить монополию в правосудии: таким образом, в данном случае приходится говорить о государственном судебном плюрализме. Мы по очереди рассмотрим эти два понятия.

Внегосударственный судебный плюрализм. О нем, в частности, подробно писали два автора: Дж. Гриффите[1] и Ж. Г. Белле. Анализируя роль, которую играет структура отношений между сторонами, Дж. Гриффите настаивает на соответствии их различным социальным слоям и руководствуется теорией полуавтономных социальных полей С. Фолк Мура, особенно подчеркивая тот факт, что чем выше находится сторона по отношению к другой в иерархии экономического положения, тем сильнее в ней тенденция к использованию категории принуждения, и наоборот.

В свою очередь, Ж. Г. Белле подчеркивает, что в большинстве случаев государство не рассматривает внегосударственные судебные инстанции как соперников и не препятствует их деятельности.

Внегосударственные судебные инстанции, отвергаемые государством: государство противостоит им, либо игнорируя их в своей системе позитивного права, либо налагая на них санкции посредством того же позитивного права. К этой первой категории принадлежат: народное правосудие неорганизованных коллективов, возникающее, как правило, в период гражданской войны, внутреннее правосудие маргинальных групп и групп правонарушителей.

Внегосударственные судебные инстанции, допускаемые государством. Государство (по крайней мере либеральное) считает, что не в его интересах постоянно вмешиваться в деятельность этих инстанций, и предоставляет им возможность существовать в автономном режиме, оставляя за собой право вмешательства в случае необходимости. К этой второй категории принадлежат: правосудие первичных групп (нуклеарная семья, в дела которой государство вмешивается лишь в том случае, если она распадается; группы молодежи, не преступающие закон, которые повинуются своим лидерам в рамках собственных правил); дисциплинарная юстиция групп и ассоциаций[2] (политических партий, профсоюзов, благотворительных обществ и т. д.), в полной мере использующая категорию договора (предпочтение моральных санкций, временный и окончательный остракизм, отсутствие способа насильственного осуществления постановлений, гласность процедуры, слабая степень нормативизации); юстиция бюрократических организаций (предприятий, церкви).

[1] См.: *Griffiths J.* The general theory of litigation: a first step // Zeitschrift fur Rechtssoziologie. 4—1 (1983). P. 145—201.

[2] См.: *Goffin P.* Le droit disciplinaire des groupes sociaux dans le Pluralisme juridique, dir. Gilissen J. Bruxelles, Ed. de l'Univ. de Bruxelles, 1972. P. 109—122.

Внегосударственные судебные инстанции, в известных случаях поощряемые государством: речь идет в основном о правосудии некоторых общностей (общин, коллективов), например, городских культурных и этнических общин. Государство может в известных случаях покровительствовать их правосудию, если оно более эффективно, чем его собственное, и разгружает государственные суды; государство предоставляет также довольно широкую автономию обществам коммерсантов, если они поддерживают его.

Таким образом, внегосударственные судебные инстанции весьма разнообразны и регулируют важные стороны социальной жизни, несмотря на то, что в учебниках права им отводится очень скромное место.

Государственный судебный плюрализм. Категория принуждения соответствует государственной юстиции, выражением которой является суд как в области административного, так и гражданского и уголовного права: речь при этом идет о «легализованной» юстиции. Категория договора соответствует тем формам государственной юстиции, в которых договор, обдумывание, соглашение, посредничество, устный характер процедур предпочитаются суду: в этом случае можно говорить о «делегализованной» юстиции. Последняя действует, например, в некоторых случаях при урегулировании конфликтов в отношениях супругов (развод по совместной просьбе супругов), но она часто соответствует факту существования отдельных социальных групп, чье положение в социальной иерархии весьма различно.

Одни из них занимают, как правило, самое низкое положение. Мы видели, что нижестоящие судебные инстанции часто прибегают к категории договора: при этом незначительное количество дел свидетельствует о том, что в них были задействованы наименее защищенные социальные слои. Другие юрисдикции, в частности, по делам несовершеннолетних, также имеют приверженность к категории договора, а известно, что молодые правонарушители в большинстве своем являются именно несовершеннолетними. И, наоборот, легализованная юстиция, более дорогостоящая и, в конечном счете, более труднодоступная, осуществляемая более высокими судебными инстанциями, имеет отношение главным образом к членам социальных групп, находящихся на высших ступенях социальной лестницы. Другими словами, различие между легализованной и делегализованной юстицией состоит в том, что первая занимается по преимуществу делами привилегированных слоев, которым она и предоставляет определенные гарантии. Тем не менее, делегализованная юстиция не может быть в целом названа

«юстицией слабых», так как иногда она регулирует конфликты в среде имущих или иным способом затрагивает их: можно вспомнить о юрисдикции членов примирительных комиссий (экспертов), перед которыми противостоят друг другу предприниматель и профсоюз; о коммерческих судах, регулирующих конфликты в этой области «гибким» способом.

В том и в другом случае категория договора, которой оперирует делегализованная юстиция, соответствует интересам государства (т. е. тех социальных групп, которые его по преимуществу поддерживают) — независимо от того, переносится ли при этом часть менее значительных дел в судебные ведомства второстепенного ранга или посредством учреждения специализированных юрисдикции лицам, играющим ведущую роль в экономике, предоставляется привилегия самостоятельно регулировать свои разногласия. В обоих случаях кодексы переходят из разряда высших охраняющих божеств в ранг простых «охранников».

Заключение: государство и судебный плюрализм. Теперь мы можем ответить на поставленные выше вопросы. Государство допускает или поощряет существование значительного числа альтернативных процедур, так как они снимают с него часть функций, однако при этом государство оставляет за собой право контроля за этими процедурами, в частности, посредством апелляции в свои судебные ведомства. Второстепенный характер рассматриваемых в рамках альтернативной юстиции дел свидетельствует о том, что на первом этапе, как правило, категории договора отдается предпочтение перед категорией принуждения: таким способом можно с большей эффективностью и с меньшими затратами урегулировать значительное число конфликтов. В этом смысле есть основания говорить скорее об альтернативных процедурах, чем об альтернативной юстиции.

С другой стороны, необходимо порвать со старыми концепциями эволюционизма: формы «делегализованной» юстиции не являются «пережитками» или «временными признаками» «частной юстиции», которая, как принято считать, царила в прошлом, в архаических обществах. Действительно, некоторые аналогии существуют: они коренятся в тех механизмах, которые вновь изобретает наше современное общество, когда оно приходит к выводу, что определенное число дел может быть лучше решено в рамках категории договора, нежели категории принуждения. В этом смысле данные, накопленные юридической этнологией на материале традиционных обществ, позволяют нам лучше понять действие этих механизмов. Но сделать на основа-

нии этого сходства вывод об идентичности самих систем означало бы совершить ошибку, так как современные общества более гетерогенны, чем традиционные, что проявляется в их разделении на социальные классы, и более подчинены господствующей воле современного государства: делегализованная юстиция представляет собой одну из моделей соревнования между государством и обществом как совокупностью составляющих это общество социальных групп.

В то же время мы видели, что в традиционных обществах значение категории договора совсем иное: господствуя в первобытных и полупервобытных обществах, она олицетворяет стремление этих обществ предохранить себя от социального разделения. В современном же обществе эта категория является техническим средством управления этим разделением. Категория принуждения не сменяет категорию договора в хронологическом порядке. Категория договора преобладает не только в традиционных, но, возможно, и в современных обществах, если учесть тот факт, что большинство дел решается государственными или внегосударственными инстанциями в рамках делегализованной юстиции. Нам трудно осознать это, так как видимость, создаваемая официальным правом, обманчива: учебники создают иллюзию, будто мы живем под властью категории принуждения. Если при этом государство стремится завуалировать значение категории договора, то это происходит не потому, что оно видит в ней непременно противника (в большинстве случаев оно использует ее в своих целях), а, скорее, потому, что институциональная значимость категории принуждения лучше соответствует тем «монархическим» представлениям о государстве, которые оно стремится внушить о себе тем, кто должны ему подчиняться.

Этот анализ, на первый взгляд, дает удивительные результаты. Но изучение опыта «неформальной юстиции» в США подтверждает их.

§ 3. «Неформальная юстиция» в США

Понятие «неформальная юстиция» охватывает весь судебный опыт, накопленный в области применения категории договора, которая действовала и продолжает действовать в США. Эта формулировка представляется нам весьма уязвимой, но все же мы будем употреблять ее в дальнейшем, так как она отражает специ-

фическую особенность Соединенных Штатов в области судебной политики.

Развитие неформальной юстиции. Возраст неформальной юстиции достаточно солиден, так как появление ее можно датировать 80-ми годами прошлого века: оно совпадает с появлением арбитражных юрисдикции, независимых от судов общего права и распространяющихся главным образом на область коммерции. Затем, уже в нашем веке, ее действие охватывает разрешение не слишком значительных дел, имеющих место между соседями или родственниками, или таких, которые касались детей и подростков. В связи с этим возникли многочисленные специфические судебные инстанции: муниципальные суды, суды несовершеннолетних, специализированные суды по семейным делам (domestic relations courts), суды, занимающиеся мелкими тяжбами (small claims courts) и т. д., и, в последнюю очередь, суды, занимающиеся разбором дел между соседями (neighbourhood justice centers). Различные инстанции призваны осуществить скорее «социальное», нежели «законное» правосудие: они должны преодолеть формализм, заботясь более о восстановлении социальной справедливости, чем о применении права, добиваться согласия сторон, оперируя скорее «терапевтическими», нежели репрессивными мерами. Короче говоря, прибегать к категории договора и избегать категории принуждения. В настоящее время считается, что только от 5 до 10% споров доходят до судов общего права, что может послужить доказательством достаточной распространенности практики регулирования конфликтов либо самими сторонами, либо с помощью различных инстанций «неформальной юстиции».

Смысл неформальной юстиции. В пользу распространения неформальной юстиции говорят многие аргументы. Некоторые из них — технического порядка: доступ к правосудию становится для людей все более затрудненным (дороговизна и сложность процедур), а результаты — неопределенные (длительные отсрочки); профессиональные юристы сбрасывают наименее выгодные дела на официальные инстанции. Другие аргументы касаются развития с 60-х годов прогрессивного процесса: государство сохраняет монополию на ведение дел, связанных с тяжкими преступлениями, а также с урегулированием серьезных споров, и допускает регулирование менее значительных конфликтов и мелких правонарушений более удобным методом в духе новейших течений правовой мысли, придающей «терапевтическим» методам большее значение, чем репрессивным. Материалистический анализ исходит из принципа, что класс капиталистов стремится снять с себя бремя

разрешения конфликтов между трудом и капиталом, перекладывает его на плечи государства, но последнее для осуществления этой функции должно было бы без конца повышать налоги, вызывая тем самым сопротивление налогоплательщиков. В результате государство вынуждено поощрять развитие неформальной юстиции, которая берет на себя часть дел.

Большинство авторов, в целом не соглашаясь с этой последней позицией, сходятся на том, что подвергают сомнению то оправдание, которое обычно приводится в пользу неформальной юстиции, а именно ее демократический характер. Они обращают внимание на то, что неформальная юстиция невольно способствует росту того, против чего она должна бороться, а именно государственного контроля, скрывая его под масками отсутствия принуждения и формализма. Доказательством этому служит тот факт, что неформальная юстиция касается прежде всего социальных групп, играющих ведущую роль в обществе. Развитие неформальной юстиции сопровождалось серией обманов. Она не предусматривает элемент принуждения, однако использует все более гибкие способы подчинения слабых; она не имеет в виду восстановление коллективных отношений, но, напротив, разрушает их в силу своего исключительно индивидуалистического характера; она не только не вытесняет судебную бюрократию официальной юстиции, но создает свою собственную, способствуя формированию прослойки профессионалов в области неформальной юстиции (посредники и т. д.).

Эта точка зрения соответствует нашим представлениям, согласно которым государство допускает или приветствует большинство форм делегализованной юстиции, ибо при этом косвенно обеспечиваются, хотя бы в форме компромисса, интересы господствующих слоев. Таким образом, попытка установления тождества между неформальной юстицией и категорией договора в традиционных обществах чревата опасностью ошибки: механизмы могут быть сходными, однако результаты получаются различные.

Смысл категории договора. Какой оценки заслуживают эти теории? С нашей точки зрения, они в достаточной мере объясняют реальные результаты существования неформальной юстиции: тот факт, что во многих случаях она распространяется на низшие социальные слои, не может быть объяснен иначе, но, с другой стороны, можно заметить, что существует определенная связь между либеральной идеологией и неформальной юстицией, и не случайно последняя получила наиболее широкое распространение именно в США.

Однако, на наш взгляд, было бы грубой ошибкой заключать из этого, что механизмы категории договора, используемые неформальной юстицией, могут идентифицироваться лишь со следующим результатом: «мягкой» техникой господства высших социальных классов над низшими. В действительности категория договора является лишь формой, а смысловым ее значением — та система, которая ее использует. Она может поддерживать капиталистическую систему, но равным образом — и социалистическую: в Китае времен Мао Цзэ-дуна, в СССР в принципе придавалось большое значение предупреждению, примирению, воле сторон в достижении согласия. Но мы знаем, что и в этих случаях данный факт отнюдь не означает отказ государства от контроля над индивидом.

Однако есть ряд ситуаций, в которых категория договора не выступает в качестве инструмента государства или господствующих классов. Мы видели, что возможно существование «народного» правосудия неорганизованных общностей. Категория договора лежит также в основе урегулирования большинства семейных конфликтов в нашем обществе и, в более широком смысле, таких дел, в которых стороны более склонны к соглашению, нежели к конфронтации (в частности, это касается бесчисленных дорожных происшествий в результате нарушения правил движения, которые в большинстве своем оканчиваются прямым соглашением между страховыми компаниями на уровне материального возмещения одной из сторон причиненного ущерба). В других обществах эта категория соответствует совокупности культурных ценностей, которые отдают ей предпочтение перед категорией принуждения. Нам знаком пример традиционных обществ, которые стремятся избежать внутреннего разделения. Но сходная ситуация существовала и в Древнем Китае, где господствовала та же идея о существовании творца отдельно от сотворенного им мира.

Итак, как видим, если категория договора повсюду использует сходные механизмы, каждое общество вкладывает в нее определенный смысл. Посмотрим, каков этот смысл в судебной системе современной Франции.

§ 4. Лик Януса судебной системы в современной Франции

Понятие «неформальная юстиция» хотя и не отличается точностью, но показывает, что существует определенное противоречие между формами, используемыми легализованной юстицией,

легко отождествляемыми с формализмом, и формами, используемыми делегализованной юстицией, более гибкими, сглаживающими конфронтацию сторон. Мы не станем пытаться охватить здесь все то многообразие форм, которые существуют в праве и официальной юрисдикции, а постараемся остановиться на одной из них, а именно той, которую берет за образец судебный ритуал, порождающий непосредственное впечатление человека, столкнувшегося с судебной организацией, ибо она представляет принуждение. Затем мы рассмотрим обратную сторону лика Януса, те способы, посредством которых наша судебная организация пользуется категорией принуждения.

А. Судебный ритуал принуждения

Для этнолога ритуал является символическим или религиозным актом, призванным оформить общение людей с оккультными силами, либо актом напоминания о важном событии, мифическом или реальном. Семиолог, со своей стороны, видит в ритуале некую форму. Но в любом случае ритуал не следует считать исключительной принадлежностью традиционных обществ. Нашим современным обществам знакомы весьма разнообразные ритуалы: политические, семейные, судебные. Что такое судебные ритуалы? Мы смутно чувствуем, что в них проявляется некий высший авторитет, но a priori мы ничего не можем добавить к этому. Поскольку ритуалы — это чистый вид формы, наполнить ее смыслом может только анализ, выходящий за рамки нашего восприятия: тот факт, что судьи, как и университетские профессора, носят специальные мантии, может иметь великое множество значений, из которых лишь некоторые будут истинными. Выдающиеся труды А. Гарапона[1] послужат для нас путеводителем в этой области.

Судебный ритуал и категория принуждения. А. Гарапон полагает, что судебный ритуал может быть определен как совокупность всех действий, поведений, предписаний и символов, исполнение которых, санкционированное или не санкционированное догматическим правом, носит обязательный характер, хотя в этом и

[1] См.: *Garapon A.* L'Ane portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire. Paris, Le Centurion, 1985; Le symbolisme juridique: un nouveau terrain pour Г anthropologue juridique // BLAJP, 13 (1987). P. 41—49.

не усматривается непосредственная связь с исходом дела, и которые в целом образуют тот мир, в котором протекает процесс и реализуется право.

В частности, важно отметить, что если определенный ритуал присущ любой юрисдикции, то этот ритуал приобретает все большую значимость по мере продвижения вверх в судебной иерархии: кассационный суд использует его в значительно большей степени, чем суд высшей инстанции. Но и в другом случае ритуал имеет большой смысл: мы имеем в виду суд присяжных. И все же роль ритуала больше в уголовных судах, нежели в гражданских. Отсюда можно заключить, что судебный ритуал напрямую связан с категорией принуждения, а категории договора он чужд. В самом деле, он появляется тогда, когда осуществление технических функций вместе с применением права берет верх над диалогом, и развивается по мере того, как право преобладает над фактом. Напротив, ритуал отсутствует в примирительных судебных заседаниях при разводах, или же когда судья рассматривает дело несовершеннолетнего в присутствии его семьи.

Таким образом, символизм, порождающий ритуал, связан с правом теснее, чем с понятием урегулирования конфликта, в том смысле, что в категории принуждения конфликт не может быть разрешен иначе, как с помощью применения права. И здесь кроется тот смысл, который видят в ритуале этнологи. Поскольку ритуал в целом дает тому, кто возглавляет его, возможность использовать некие силы, постольку судебный ритуал признает за судьей право использовать ту власть, которая дана ему законом.

Иными словами, смысл символизма кроется в авторитете закона больше в качестве принципа, чем в виде его содержания. Как писал Ж. Карбонье, «текст закона, поведение судьи, жест регулировщика, абстрагированные от их содержания, являются первоначальными юридическими феноменами. Это — вместилище, это — футляр. Содержание — положения законов, осуждение, оправдание или штраф за нарушение правил движения — это вторичные феномены. Таким способом можно анализировать отношения между двумя видами феноменов как отношения причинные»

Итак, судебный ритуал и категория принуждения, похоже, очень тесно взаимосвязаны, поскольку мы знаем, что закон — святая святых категории принуждения, а в категории договора он играет лишь второстепенную роль. Однако повторим, что в рамках категории принуждения ритуал сильнее в области уголовной, нежели в гражданской.

Судебный ритуал в уголовных юрисдикциях. Уголовные нормы самым прямым образом связаны с контролем общества. Отсюда — особенное развитие ритуала в уголовных юрисдикциях, так как очевидно, что тяжести содеянного должна противостоять сила закона. И здесь ритуал является организующим звеном при переходе от беспорядка к порядку. В самом деле, любой уголовный процесс начинается с «возврата к хаосу», с напоминания о преступлении с целью его устранения. Зритель невольно ассоциирует себя с обвиняемым и с его помощью снимает с себя бремя собственной «преступности», подобно тому, как в античных цирках, упиваясь зрелищем смерти гладиаторов, публика как бы заклинала свою собственную смерть: не по этой ли причине громкие процессы собирают толпы народа.

Но этот хаос не должен затягиваться. Воскресив его в памяти, участники процесса приступают к делу. Они облачены в мантии, которые отнюдь не являются просто одеждой. Почти целиком скрывая фигуры тех, кто в них облачен, эти одеяния подчеркивают особую роль вершителей уголовного процесса: судья представляет государство и его законы, прокурор является гарантом закона, адвокат выступает от имени права. (В этом смысле платье, носимое «представителями доктрины», то есть профессорами права во время лекций, не символизирует обладание властью, оно является лишь формой.) На завершающем этапе процесса произнесение приговора восстанавливает порушенный порядок; и если обвиняемый признается виновным, то символическое удаление его из зала суда означает исключение из общества с отсылкой в место наказания, где он отныне будет содержаться.

Судебный ритуал в гражданских юрисдикциях. Хотя и гражданский, и уголовный процесс прибегают к категории принуждения, равно как и к применению закона, логика их при этом существенно различается. Краеугольный камень уголовного процесса — угроза исключения из общества: если дебаты приведут к выводу, что обвиняемый нарушил основные порядки общества, он будет из него изгнан.

В гражданском процессе, напротив, никогда нет обвиняемого и почти никогда — публики. Тем не менее и здесь имеется судебный ритуал, правда, «упрощенный» по сравнению с уголовным процессом. И смысл его иной: он позволяет сторонам возобновить зашедшие в тупик отношения с помощью посредничества их представителей. Разводящиеся супруги, виновник и жертва дорожной аварии на определенном этапе своего конфликта должны нахо-

диться на известном расстоянии друг от друга с тем, чтобы их конфликт мог быть урегулирован, а их поведение должно подчиняться строгому порядку. Адвокаты облекают претензии сторон в надлежащую форму, но их роль не ограничивается этим техническим аспектом: в дальнейшем они представляют свои стороны, следуя определенной совокупности правил, вводя конфликт в рамки регламентированной процедуры, и в конце концов улаживают его. Судья, стоящий над обеими сторонами, в силу данной ему власти один может разрешать их требования, нейтрализовать их согласно закону и тем самым восстанавливать порядок в социальной жизни.

Гражданская процедура скрупулезно организует все этапы этого процесса. Его цель, в конечном счете, заключается не столько в том, чтобы обеспечить торжество справедливости, сколько в том, чтобы добиться окончательной ликвидации конфликта: это принцип авторитета, который не дает гарантии, что приговор является выражением справедливости, однако должен рассматриваться в качестве такового.

Надо заметить, что этот принцип существует и в уголовном праве. Он отличается точностью, но справедливость понимается сторонами неоднозначно: «Уголовный ритуал основан на возвышении или принижении личности, гражданский — на признании или непризнании ситуации. Уголовный ритуал находится в рамках легитимности, гражданский базируется на концепции урегулирования. Первый связан с понятием «священных основ», второй — с возобновлением социального обмена. Эффективность права, как и ритуала, в общих чертах сводится к механизму внешнего проявления, представления и классификации объектов и субъектов, в частности, к воспроизведению социальной формы, которая при этом поддается контролю, поскольку полностью воссоздана средствами права»[1].

Другой тип действия категории договоров характеризуется отсутствием ритуала.

Б. *Проявления категории договора*

Рост судебной деятельности. Весьма распространенной является идея о том, что в ходе развития Государства Благоденствия из судебных рамок было изъято множество дел, отныне регули-

[1] *Garapon A.* L'Ane portant des reliques. P. 170—172.

руемых в административном порядке. Однако последние данные, касающиеся судебной деятельности во Франции, не подтверждают эту гипотезу, ибо с 1976 г. по 1986 г. число дел, прошедших по судебному ведомству, возросло вдвое. Можно было бы истолковать эти данные как свидетельство возрастания социальной напряженности в нашем обществе. Несомненно, резко возросло количество конфликтов в области трудового права (число дел, разбираемых экспертами, с 1978 г. по 1983 г. увеличилось на 173%); рост уровня жизни влечет за собой тяжбы, в частности, связанные с областью потребления; доверие к правовым нормам пошатнулось: юридические тексты становятся все более многочисленными и зачастую плохо составленными, что делает возможным их оспоривание.

Но вместе с этим надо подчеркнуть, что благодаря развитию системы юридической помощи доступ к юстиции стал значительно легче. Поэтому сложно определить, означают ли эти цифры реальный рост количества конфликтов или же говорят о том, что ныне в судебном порядке решаются те споры, которые раньше решались иным путем. Как бы то ни было, результаты налицо: в суды поступает все большее число дел. Но это автоматически не означает расширения сферы применения принуждения. Напротив, чрезмерная загруженность судов заставила Министерство юстиции и законодателя поощрять развитие техники регулирования конфликтов в рамках категории договора. Если это регулирование осуществляется независимыми от государства людьми, но их статус и функции определяются этим последним, то в данном случае мы имеем дело с внегосударственной категорией договора. Если же оно осуществляется в рамках определенных государственных юрисдикции, то это государственная категория договора.

Полугосударственная категория договора. Она представлена двумя институтами: внесудебным посредничеством и внесудебным арбитражем.

Внесудебное посредничество. По-видимому, оно отвечает желаниям людей больше, чем категория принуждения. Опрос, проведенный в 1975 г., показал, что французы отдают предпочтение гражданской юстиции, находящейся в рамках категории договора (в отношении уголовной юстиции мнения расходятся)[1]. Они и на

[1] См.: *Baraquin A.* Les Francais et la justice civile. Paris, La documentation francaise, 1975.

20. Заказ №1837.

деле на нее рассчитывают: за судебные заседания, понимаемые как свободная дискуссия между сторонами и судьей, высказываются 77,3%, за практику примирения сторон 32%, за упрощение процедур 51,9% и за сокращение сроков 44,4%. За последние 12 лет посредничество как институт развивалось в двух направлениях. Случаи, когда в качестве посредника выступает судья, т. е. судебное посредничество, будут рассмотрены ниже. В случае же, когда роль посредника добровольно берет на себя частное лицо, мы сталкиваемся с внесудебным посредничеством, законодательно оформленным декретом от 14 марта 1978 г.

И все же, хотя посредничество в области гражданского права, бесспорно, отвечает чаяниям людей, на практике оно не находит широкого применения.

Внесудебный арбитраж. В основном французы высказываются за развитие арбитража (90,1%) в области гражданского права. Арбитраж может осуществляться судьей: в этом случае мы сталкиваемся с судебным арбитражем, речь о котором пойдет ниже. Он может осуществляться также частным лицом, избранным сторонами: это внесудебный, или частный, арбитраж. Этот последний функционирует согласно определенным правилам, которые носят ограничительный характер и свидетельствуют о стремлении государства установить свой контроль над арбитражем. С помощью соглашения, называемого компромиссом, стороны полагаются на частное лицо, чтобы урегулировать противоречие, которое уже обнаружилось (заявлено) между ними. Оговорка о третейском суде — соглашение, заключаемое заранее в отношении всех разногласий, могущих возникнуть впоследствии между сторонами, — запрещается, за исключением относящегося к области коммерции. Более того, дела публичного характера не подлежат ведению арбитража. Наконец, решения арбитражных судов приобретают исполнительную силу только после признания акта о принудительном исполнении, исходящего от государственного судьи.

Государственная категория договора. Обстоятельства, в которых эта категория действует, весьма различны. В целом всегда можно обнаружить два условия: наличие если не родственных, то достаточно близких отношений сторон и относительная умеренность претензий; эти два фактора побуждают стороны, скорее, искать согласия, нежели конфронтации. Существует много способов применения государственными судебными инстанциями категории договора, помимо соглашения. Мы последовательно рассмот-

рим примирительное производство и судебный арбитраж, а также суд по делам несовершеннолетних.

Примирительное производство. Эта процедура протекает перед лицом суда, при этом оспариваемая сумма не обязательно ограничена 30 000 франков: если дело не является предметом исключительной компетенции других судов, стороны имеют право в случае взаимного согласия на рассмотрение судьей дел, касающихся и более крупных сумм. В этом случае соглашение осуществляется по инициативе сторон. Но на первой стадии процедуры в любом случае стороны должны пройти через паритетные суды сельских общин, советы экспертов и т. д. Кроме того, ст. 21 нового Гражданско-процессуального кодекса Франции устанавливает, что в миссию судьи входит примирение сторон: оно возможно на любой стадии процедуры, которая завершается судом. Но на практике примирение по инициативе сторон имеет место редко. Более того, опыт показывает, что примирение эффективно лишь при определенном характере споров. Стороны должны быть приблизительно равны (примирение имеет мало шансов на успех, если одна из сторон — простой клиент, а другая — могущественная организация); спор не должен касаться слишком крупной суммы; стороны должны сохранять интерес к соглашению, в особенности если они намереваются в будущем продолжать свои отношения (в случае с соседями или родственниками).

Судебный арбитраж. Статья 12 нового Гражданско-процессуального кодекса позволяет видоизменять роль судьи, освобождая его в большей или меньшей степени от его обычных обязанностей. На деле же стороны, обладая правом свободного распоряжения на этот счет, могут либо ограничить право судьи на определение, известным способом лимитируя обсуждение по некоторым позициям, либо освободить его от строгого соблюдения предписаний закона, доверив ему миссию утверждения справедливости. Может даже случиться так, что судья при этом вынесет решение, противоречащее юридической норме, если он придет к выводу, что применение ее препятствует справедливому исходу дела.

Бросается в глаза сходство этих процедур с процедурами договора в традиционных обществах, где нормы могут служить предметом обсуждения. Однако применяемая при этом категория договора в традиционных обществах понимается гораздо шире: судья в нашем обществе может выносить решение, противоречащее норме, лишь в редких случаях; с другой стороны, поскольку такое

решение нарушает существующие правовые нормы, постольку становится возможной и апелляция. По отношению к частному арбитражу государственный арбитраж обладает определенными преимуществами: большей компетенцией чиновников, исполнительной силой выносимых решений, бесплатным характером оказываемых услуг.

Однако, несмотря на это, ст. 12 редко используется на практике. Как объяснить этот парадокс, при том, что, как нам известно, категория договора отвечает потребностям большинства людей? Надо понять, что для конкретного использования своих возможностей в этой области необходима определенная юридическая подготовка. Эти возможности, в свою очередь, зависят от точки зрения тех лиц, которым доверено урегулирование конфликтов. А эти последние очень сдержанно относятся к возможности применения вышеописанных способов. Их мировоззрение сформировано в духе принципов категории принуждения, которые почти целиком преобладают в преподавании права. И в этой связи еще более усугубляет положение дел традиция римского права (права писаного и кодифицированного): нарушение юридических правил, пусть и во имя справедливости, противоречит юридическому менталитету.

С другой стороны, справедливость не является для самих судей понятием более ценным, чем право: ее поиски требуют от них умственных усилий зачастую гораздо больших, чем простое применение нормы. Более того, надо признать, что люди не всегда сами отдают предпочтение справедливости перед правом: если у одной из сторон есть возможность использовать, скажем, истечение срока давности или иное правовое преимущество, она не преминет им воспользоваться. Наконец, как подчеркивает П. Сане де Альба[1], арбитраж не обязательно является синонимом обретения справедливости. На деле стороны могут предпочесть положиться на правила, отличные от норм государственного права, но при этом не менее строгие: например, в случае, когда арбитраж осуществляется внутри христианских общин в мусульманских странах или внутри иудейских общин в христианских странах.

Суды по делам несовершеннолетних. Эти суды в недавнем прошлом были подробно изучены Э. Ле Руа[2].

[1] См.: *Sanz de Alba P.* Sur quelques aspects de l'equite (these d'Etat Droit, Aix-en-Provence, 1980, multigr.), 145.

[2] См.: *Le Roy E., Garapon A. et al.* La justice des mineurs en region parisienne // BLAJP, 9 (1985).

Как показали данные опроса, юрисдикция в отношении несовершеннолетних преимущественно использует технику категории договора, так как ее деятельность можно охарактеризовать тремя чертами: отсутствие ритуала, устный характер, наличие переговоров в отношении юридических норм.

Мы знаем, что судебный ритуал является одним из признаков категории принуждения. В то же время в юрисдикции в отношении несовершеннолетних он отсутствует. Процедура происходит в кабинете судьи, который принимает несовершеннолетних и членов их семей в гражданском платье и использует обычные, бытовые выражения. Процедура носит устный характер: дебаты не протоколируются, записываются лишь судебное решение и обязательства сторон; судья широко пользуется телефоном. Более того, юридические нормы при этом представляют собой лишь модель, от которой судья, подросток и его семья могут в определенной степени отдаляться. Судья является представителем символического Закона, а также принципа: он должен внушить несовершеннолетнему правонарушителю представление о том, что социальный порядок существует и что его необходимо соблюдать, однако этот результат достигается по преимуществу путем переговоров и убеждения, а не применения императивной нормы. Вся процедура призвана не столько установить факт имевшей место провинности подростка, сколько помочь ему в будущем, по вступлении в совершеннолетие, адаптироваться в том самом социальном порядке, который был им нарушен.

Если преимущество категории договора здесь абсолютно очевидно, то ее интерпретация достаточно сложна. Мы видели, что категория договора может принимать различные формы в зависимости от условий, в которых она действует. С одной стороны, надо отметить, что правосудие в отношении несовершеннолетних, хотя оно и совершается от имени французского народа, подчиняется особым правилам, которые нередко отходят от норм: в этом смысле оно не является правосудием всего человеческого общества. С другой стороны, можно заметить (и в этом его отличие от формы той категории договора, которая изучена юридической этнологией на материале традиционных обществ), что оно не является уже внутренним правосудием одной из общественных групп (семьи, клана, деревни и т. д.). Оно является промежуточным звеном между политическим (в понимании античной Греции) и домашним уровнем. Как отмечал Э. Ле Руа:

«Там, где в наших африканистских трудах мы обнаруживаем социальные связи и институты, основанные одновременно на внутренних и внешних отношениях, мы всегда видим, что они носят объединительный характер. Итак, что это за объединение, которое основывает правосудие несовершеннолетних, и во имя чего оно защищено?». Сегодня мы еще не знаем ответа на этот вопрос.

Этот беглый и отнюдь не полный обзор нашей судебной системы показывает, что категория договора имеет гораздо большее распространение, чем это заставляет предполагать правовая литература, вопреки тому факту, что законодатель зачастую отвергает эту категорию. Мы сталкиваемся с ней прежде всего в области гражданского права, но можно предполагать, что она также имеет распространение и в области уголовного права, что доказывает пример с правосудием в отношении несовершеннолетних, а также использование различных степеней применения наказания в зависимости от личности правонарушителя и его способности к социальной реабилитации.

Ритуализация и формализм. Наконец, надо заметить, что наиболее часто приводимый в пользу категории договора аргумент — это отсутствие в ней формализма. Однако стоит задаться вопросом, всегда ли это отсутствие отвечает интересам людей. П. Сане де Альба отмечает: «Кажется, что опасность, таящаяся в льстивой демагогии, угрожает не только тому праву, которое применяется в судах, но и самой основе позитивного права. Это больше не тот идол, которого с известной осторожностью можно ослушаться. Это стало облаком, которое окутывает визуальное право. Есть своего рода самолюбование в том, чтобы упразднять форму, придавать правосудию иллюзию покровительства и благодушия, отдавать предпочтение соглашению перед процессом, посреднику — перед судьей»[1]. А. Гарапон высказывал сходное беспокойство в связи с развитием неритуальных форм судебного механизма — заседаний, в которых единственный судья принимает стороны в своем кабинете, наиболее часто практикуемых в семейных и бракоразводных делах и делах по опеке; различных комиссий, особенно по применению наказания. Итак, «хотя ритуал жесток, но его отсутствие — вдвойне»[2], ибо деритуализация чревата опасными последствиями. Стороны, чувствуя себя более вольготно в этих но-

[1] *Sanz de Alba P.* Op. cit. P. 386.

[2] *Garapon A.* L'Ane portant des reliques. P. 201.

вых присутственных местах, нежели в зале суда, могут составить себе неверное представление о характере того процесса, в котором участвуют, принять судебное заседание за светскую беседу.

Как видим, если эти опасения справедливы, они подтверждают, что категория договора не может иметь одно и то же содержание в традиционных и в современных обществах, несмотря на сходные формальные признаки. В первом случае она выражает мировоззрение, основанное на приоритете коллективизма, во втором — имеет под собой почву индивидуализма и зачастую призвана противостоять чрезмерному вторжению государства, по отношению к которому она выступает в качестве следствия.

С этой точки зрения, на наш взгляд, следует строго различать формализм и ритуализацию. Формализм состоит в чрезмерном пристрастии к формам, и отсюда то предпочтение, которое отдают категории договора столкнувшиеся с судом люди. Ибо юридические формы остаются для людей бессмысленными, они более не являются символами, более того, означают для них олицетворение права клерками, юристами, судебным и околосудебным персоналом. Отрицание формализма есть отрицание того права и той юстиции, которые воспринимаются людьми как нечто инородное.

И совсем иное дело — ритуализация. Антропологам хорошо известно, что любое общество, не только традиционное, нуждается в ритуалах. Ибо ритуал есть способ отметить и усилить, посредством действия на область чувств (жест, речь, костюм и т. д.), ту важность, которую общество придает своим фундаментальным ценностям. Когда эти ценности меняются, меняются и ритуалы, либо видоизменяются старые, либо возникают качественно новые.

Поскольку общество нуждается в символах, постольку оно нуждается и в ритуалах, а в символах оно нуждается потому, что тот смысл, который оно придает окружающему миру и жизни вообще, должен утверждаться вновь и вновь. И судебный процесс — одна из разновидностей этого утверждения.

ОБЩЕЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

ЮРИДИЧЕСКАЯ АНТРОПОЛОГИЯ И МЕТАФИЗИКА

И увидел Господь, что велико развращение человеков на земле и что все мысли и помышления сердца их были зло во всякое время; и раскаялся Господь, что создал человека на земле; и восскорбел в сердце своем.

Бытие, VI, 5—6

Се скиния Бога с человеками,и он будет обитать с ними... И отрет Бог всякую слезу с очей их, и смерти не будет уже; ни плача, ни вопля, ни болезни уже не будет; ибо прежнее прошло.

Апокалипсис, XXI, 3—4

Существуют неудачные сочетания: a priori юридическая антропология и метафизика составляют такую пару. Когда человек, возможно, заранее обрекая себя на неудачу, пытается понять природу своего существования, он вступает на путь, начавшийся задолго до того, как появились первые цивилизации, искусство, религия, размышления о творческом начале в космосе и природе. Но право? По сравнению с этими возвышенными понятиями оно может казаться тривиальным. Открыв кодексы или официальные издания, мы увидим лишь столкновения интересов, гарантии и санкции, императивные формы актов; и все это изложено, мягко говоря, умозрительным стилем. Теми же серыми тонами окрашен и портрет юриста, человека, к которому в повседневной жизни обращаются лишь тогда, когда нагрянет несчастье или возникнет какая-либо неясность. Известно, что в большинстве своем подростки не испытывают внутреннего призвания к профессии юриста.

И тем не менее право занимает прочное место в ряду проявлений смысла жизни и нашего мира, не менее почетное, чем искусство и религия. Но чтобы заметить это, необходимо обладать некоторыми навыками, познать тот юридический опыт, который накопило человечество. Важной ступенью в этой области является юридическая антропология.

Замечено, что во все времена человек мучился тревогой онтологического порядка, порождаемой противоречием между его стремлением к тому, что принято называть бесконечностью, и ненадежностью способов ее достижения, которыми он располагал. Ибо смысл нашего существования, если допустить, что он есть, не дается нам путем непосредственного опыта. Юридическая антропология отнюдь не является новым Евангелием. Но она свидетельствует о продолжающихся поисках смысла, о протесте людей, древних и нынешних, против хаоса, в котором они пытаются распознать связь и, возможно, преемственность. Что может дать она в отношении понимания трех глобальных проблем человеческого существования: смысла Истории, понятия Зла и понятия Смерти?

Смысл Истории. Что же такое на самом деле История: вечная смена циклов, как утверждала античная философия, осуществление замысла Создателя, как учит христианство, или же она подчиняется законам эволюции, как думали первые антропологи права в XIX в.? На первые две части этого вопроса юридическая антропология не знает ответа. Что касается третьей части, то она приходит к выводу, что у самых своих истоков человечество обладало такими изобретательскими способностями, что было бы ошибкой поддаваться иллюзии, будто современные общества дальше продвинулись по пути эволюции, чем так называемые традиционные. Каждое общество по-своему и в разных областях развивало свои таланты. Как писал Леви-Строс[1], если Запад утверждал свое господство над машинами, то бедуины побеждали самые неблагоприятные условия существования; меланезийское искусство являет собой одну из вершин эстетического развития человечества, а аборигены Австралии, при зачаточном развитии средств производства, выработали такие утонченные формы родственных отношений, что для их постижения нам приходится прибегать к средствам информатики.

Что касается правовой сферы, то мы видели, что многие традиционные общества не только выработали в этой области оригинальные концепции, но, более того, часто использовали то, что мы

[1] См.: *Levi-Strauss C.* Race et Histoire. Paris, 1961. P. 41—50.

считаем нашим собственным изобретением: закон, суд, наказание, контракт, семью на основе союза супругов. Богатство этого опыта заставляет нас окончательно расстаться с очень удобной и выигрышной для нас позицией, настаивающей на одномерности смысла Истории. Если эволюция и существует, то она состоит не в диахронической смене одного явления другим, а в предпочтительном и, главное, обратимом выборе определенных социо-юридических форм, в то время как остальные, не исчезая, временно отходят на второй план, то есть в такие области социальной жизни, которые находятся вне поля зрения официального права.

При этом юридическая антропология, отрицая эволюционизм, делает акцент на том, что могло бы считаться главным уязвимым местом западной мысли и чего сумели избежать традиционные общества, а именно — на стремлении к единообразию. Вовсе не возбраняется, а, напротив, является весьма необходимым поиск связей в кажущемся хаосе, каким нам представляется многовариантность культурных и юридических моделей в разных обществах. Но осмысление общности не должно приводить к преувеличению единообразия, чем склонно грешить наше западное право. Как доказывает присущая африканскому строю мышления взаимодопустимость противоположностей, принятие плюрализма, без сомнения, отлично может обеспечить равновесие между порядком и хаосом. Во всяком случае это может служить для нас одним из уроков, которые преподают теории юридического плюрализма: то виденье социальной жизни, которое они предлагают, является более подвижной моделью, чем та, что вытекает из одного уважения к государственному праву.

Отсюда следует, что надо навсегда расстаться с иллюзией. Не существует строго предопределенного смысла Истории. Каждое общество достаточно состоятельно в интеллектуальном отношении, чтобы осознавать смысл своей Истории. Не существует также законодателя-демиурга, который вел бы нас по заранее проложенным путям: мы более свободны, но при этом и более одиноки.

Существование Зла. Альфа и Омега Библии, Книга бытия свидетельствует об удрученности Бога склонностью человека к Злу, а Апокалипсис помещает вне этого мира исчезновение Зла и несчастья. Ибо приходится признать, что Зло правит Историей человечества, и тем хуже для нас, если это ввергает нас в уныние. Добро также существует и, без сомнения, встречается гораздо чаще, чем кажется, ибо зачастую оно безмолвно. Но в сегодняшнем состоянии нашего исторического опыта исход возможного поединка совер-

шился бы в пользу Зла. И все же этот результат нельзя считать единственно возможным. Всегда можно верить, что за те миллиарды лет, которые еще предстоят в ходе космической эволюции, человек радикально изменится или же появится новый вид, лучший, чем нынешний. Но мы можем руководствоваться только уже существующим опытом.

Как традиционные, так и современные общества охотно ассоциируют право со Справедливостью и Добром. Здесь следует остановиться, ибо право связано с Добром меньше, чем со Злом. Как писал Ж. Карбонье, право не есть Зло, но оно не существует без этого последнего, как говорят нам многочисленные мифы о золотом веке, минувшем или грядущем[1]. В конечном счете, право есть стигмат (клеймо) нашего несовершенства. Однако оно не олицетворяет вечное Сизифово покаяние. Порожденное Злом, оно может предотвратить несчастье, ибо, как мы видели, именно оно является организующим началом обмена между группами людей, препятствующим их отклонению от пути, консолидирующего человечество. Из этого надо заключить: если Зло есть необъяснимый и постоянный фактор, то право, со своей стороны, есть только необходимое зло, которое скрывается под отсветами Добра.

Существование Смерти. Но есть порок еще больший, чем Зло, — это Смерть, о которой Ростан говорил: «Преступление смерти не в том, что она убивает, а в том, что она увековечивает нашу скорбь». Она не только не придает никакого смысла жизни, напротив, она его лишает. Если она есть благо, — а если бы не существовало Бога, так оно и было бы, — тогда, как говорил М. Элиад, великий историк религий, «все есть тлен».

Точка зрения Леви-Строса, полная печали в силу испытанного разочарования, однако, иная. «Эта картина (заката солнца) не есть ли в то же время отражение жизни всего человечества и, еще шире, всех проявлений жизни — птиц, бабочек, моллюсков и других животных и растений с их цветами, чья эволюция идет вперед и множит формы, — которые рано или поздно исчезнут, не отражение ли того, что природа, жизнь, человек, все эти утонченные и хрупкие создания его — языки, социальные институты, обычаи, шедевры искусства и мифы — исчезнут и ничего не оставят после себя? Показывая строгий распорядок мифов и причис-

[1] См.: *Carbonnier J.* Essais sur les lois // Repertoire du notariat Defrenois. 1979. P. 296.

ляя к ним также существование предметов, мой анализ подчеркивает мифический характер предметов: вселенной, природы, человека, которые на протяжении тысяч, миллионов, миллиардов лет будут неизменно, в рамках обширной мифологической системы, бесконечно комбинировать варианты, прежде чем запутаются, придут в ветхость и исчезнут.

Фундаментальное противоречие, вытекающее из всех прочих, которыми изобилуют мифы, сродни тому, которое формулирует Гамлет в виде очень легковесной альтернативы. Ибо не человеку принадлежит право выбора между «быть» и «не быть». Пронизывающие его историю мысленные усилия, которые будут существовать вплоть до его ухода из бытия, заставляют его принимать факт существования двух противоречащих друг другу очевидностей, чье столкновение и приводит в движение его мысль, и, чтобы нейтрализовать их противостояние, ему приходится изобретать бесконечный ряд второстепенных противоречий, которые, будучи не в состоянии разрешить эту первичную антиномию, могут лишь воспроизводить и продолжать ее в уменьшенных масштабах: реальность бытия, которую человек ощущает в глубине своего существа, одна может придать смысл и значение его обыденным поступкам, его моральной и эмоциональной жизни, его политическим пристрастиям, его положению в социальном и природном мире, его практическим делам и научным достижениям; но в то же время человека неизменно сопровождает, — наряду с ощущением реальности бытия, в силу которой человек живет, борется, мыслит и верит, сохраняет самообладание, — ощущение реальности небытия, напоминающее ему, что он не всегда жил на земле раньше и не будет жить вечно, что с его смертью исчезнут с лица земли его труды, его заботы, его радости, его надежды и его творения и ничто, кроме воспоминаний, не сохранит их; ничего не останется»[1].

Если невидимый мир существует, если он не просто порождение нашей тоски, он не может быть ничем иным, как чем-то бесконечно отличным от наших представлений в этом мире, и потому почти недоступным живущим. Но предположение, что описание Леви-Строса верно, чревато последствиями. Так, большинство обществ нашли способы преодолеть тоску небытия, — ибо только немногие могут относиться к ней спокойно, — либо скрывая смерть (в нашем обществе), либо уверовав в существование

[1] *Levi-Strauss C.* L'Homme nu. Paris, 1971. P. 620—621.

сверхъестественного мира и загробной жизни (в большинстве случаев). Традиционные общества, как мы видели, использовали при этом право, предоставляя усопшим множество возможностей вмешиваться в жизнь живых и превращая отношения родства в средство и инструмент преодоления смерти.

Право, таким образом, не сводится к тому, к чему его слишком часто сводят наши учебники права: свод принципов властвования, облеченных в Разум, или, в худшем случае — советы истцам. Юридическая антропология показывает нам, что рожденное нашим несовершенством и ограниченностью нашего бытия, оно может также стать одним из инструментов, которые изобретает каждое общество, чтобы попытаться разрешить свои конфликты.

Норбер Рулан
Юридическая антропология

Учебник для вузов

Перевод с французского

Издательство НОРМА
Лицензия № 064250 от 6 октября 1995 г.
109544, Москва, Школьная ул., 36-38
Тел./факс (095) 912-97-21
Подписано в печать 03.02.99.
Формат 60x90/16. Усл. печ. л. 19,5.
Тираж 3000 экз. Заказ № 1837.

Издано при содействии издательства ИНФРА-М
Лицензия № 070824 от 21 января 1993 г.
127214, Москва, Дмитровское ш., 107
Тел. (095) 485-70-63; 485-76-18

Отпечатано с готовых диапозитивов
в Чебоксарской типографии № 1.
428019, г. Чебоксары, пр. И. Яковлева, 15.

ISBN 5-89123-303-7

9 785891 233034

Уважаемые студенты юридических вузов и Факультетов!

Помощь в овладении юридическими знаниями вам окажут следующие учебники, выпущенные издательством НОРМА:

Нерсесянц В.С.
Философия права

Теория государства и права
Под ред. проф. В.Д. Перевалова

Баглай М.В.
Конституционное право Российской Федерации

Дождев Д.В.
Римское частное право

История государства и права зарубежных стран
Под ред. проф. О.А. Жидкова
и проф. Н.А. Крашенинниковой

История политических и правовых учений
Под ред. член.-корр. РАН В.С. Нерсесянца

Тихомиров Ю.А.
Курс сравнительного правоведения

Трудовое право России
Под ред. проф. Р.З. Лившица
и проф. Ю.П. Орловского

Уголовно-исполнительное право
Под ред. проф. А.И. Зубкова

Жилинский С. Э.
Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право)

Киселев И. Я.
Зарубежное трудовое право

Седугин П.И.
Жилищное право

Криминология
Под ред. проф. А.И. Долговой

Гражданское право
Под ред. проф. Т.И. Илларионовой,
доц. Б.М. Гонгало, доц. В.А. Плетнева

Российское таможенное право
Под ред. проф. Б.Н. Габричидзе

По вопросам приобретения учебников, комментариев и другой литературы издательства НОРМА

просим обращаться в указанные ниже магазины, где они продаются по издательским ценам, за наличный и безналичный расчет, оптом и в розницу, а также рассылаются почтой и контейнерами:

Москва, Дмитровское ш., д. 107
Тел.: (095) 485-7177, 485-7618

Дом Деловой книги
Москва, ул. Марксистская, д. 9
Тел.: (095) 270-5217 j

Московский Дом Книги
(отдел "Деловая книга")
Москва, ул. Новый Арбат, д. 8
Тел.: (095) 291-1287, 290-3580.